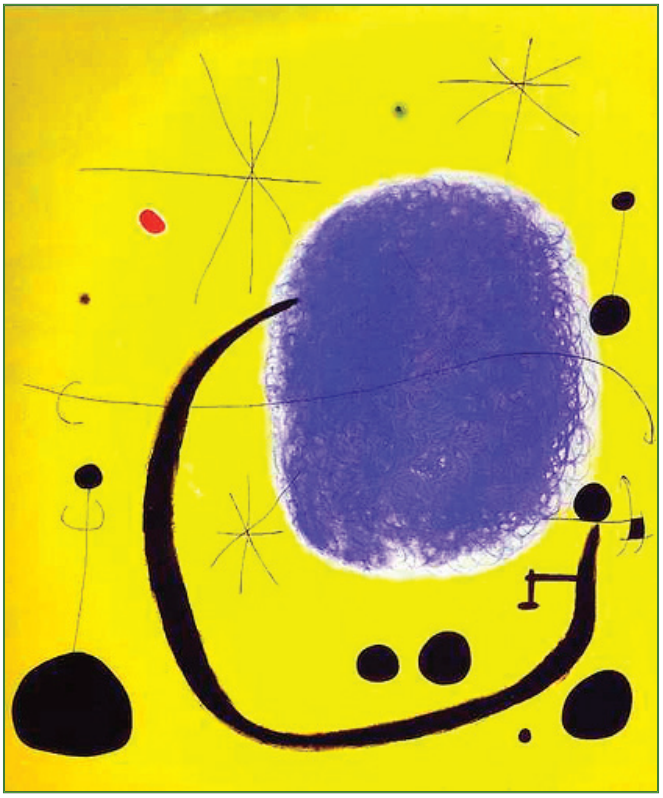
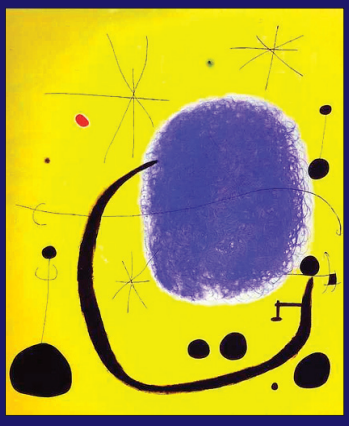
THĒMIS

Revista de Derecho



Giovanni Priori Posada • Barbara Luppi • Juan Luis Avendaño Valdez
Adrián Simons Pino • Joan Picó i Junoy • Francisco Eguiguren Praeli
Francesco Parisi • Freddy Escobar Rozas • Dante Ludwig Apolín Meza
Enrique Palacios Pareja • Gadwyn Sánchez Yaringaño • Luis Pásara
Tabata Arteta Pinto • Jorge W. Peyrano • Manuel Atienza Rodríguez
Michael S. Dodge • Francesco P. Luiso • Mario Reggiardo Saavedra
Víctor García Toma • Omar Sumaria Benavente • Richard H. Thaler
Teresa Arruda Alvim Wambier • Javier de Belaunde López de Romaña
Roberto O. Berizonce • Aldo Zela Villegas • Renzo Saavedra Velazco
Richard A. Posner • Juan Monroy Gálvez • Rómulo Morales Hervias

1965 - 2010



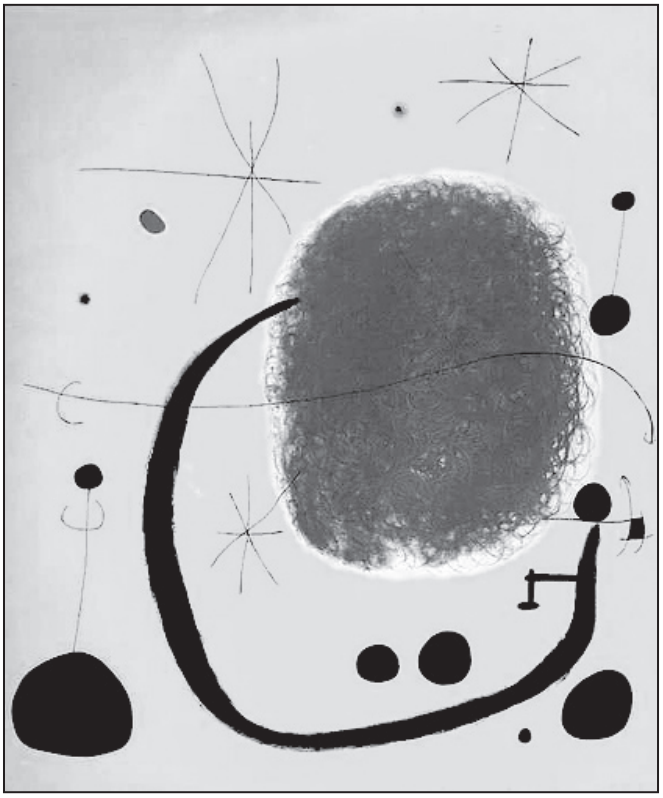
© Joan Miró (español, 1893-1983)

El oro del azur, 1967
Acrílico sobre tela
205 x 173cm
Fundación Joan Miró, Barcelona, España

Reproducción autorizada por la Asociación Peruana de Artistas Visuales (APSAV). Lima, 2010.

THĒMIS

Revista de Derecho



1965 - 2010

THĒMIS
desde 1965

© Asociación Civil THEMIS, 2010
Segundo piso de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: 626-2000, anx. 5391
editor@themisderecho.org
www.themisderecho.org

Diagramación de interiores: José Antonio Casas Dávila

El contenido de los artículos publicados en **THEMIS-Revista de Derecho** es responsabilidad exclusiva de los autores.

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

ISSN: 1810-9934
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2000-0958
Registro de Proyecto Editorial: 31501361000823
Año XXXXV - Número 58
Tiraje: 1000 ejemplares

PRESENTACIÓN

Un presupuesto indispensable para hacer posible la convivencia entre los hombres fue desterrar a la autotutela como mecanismo principal para la solución de conflictos intersubjetivos de intereses dando paso a la heterocomposición, en especial al proceso, como mecanismo principal para la solución de los mismos.

Así, hoy en día los seres humanos suelen relacionarse sobre la base de acuerdos de voluntades cumpliendo de manera espontánea las obligaciones que han asumido. Sin embargo, cuando los particulares no cumplen de manera voluntaria lo señalado por el ordenamiento jurídico, se hace necesario utilizar el proceso como herramienta fundamental para plasmar en la realidad lo señalado por el Derecho objetivo.

En ese sentido, el proceso ha venido evolucionando y perfeccionándose a lo largo del tiempo convirtiéndose en una de las herramientas más importantes para la solución de conflictos dentro de una sociedad.

Es por ello que **THEMIS-Revista de Derecho** decidió asumir la tarea de elaborar un Tema Central enfocado en el **Derecho Procesal Civil,** intentando abarcar los temas de mayor relevancia dentro de dicha rama del Derecho. Así, la estructura del Tema Central se divide en tres secciones.

La primera sección presenta una introducción al objeto y las ideologías del proceso, mientras que la segunda pretende esbozar el estado actual del Proceso Civil y de las principales instituciones que lo componen dentro de su constante evolución. La tercera sección busca sugerir posibles reformas al Proceso Civil con el objetivo de contribuir a su continuo perfeccionamiento.

Es importante agregar que, al intentar cumplir este objetivo, no sólo hemos contado con una visión nacional del Derecho Procesal Civil de la mano de los más destacados autores peruanos, sino que hemos contado con el valioso aporte de reconocidos autores extranjeros como lo son Teresa Arruda, Roberto Berizonce, Francesco Luiso, Jorge Peyrano, Joan Picó i Junoy y Richard Posner, lo cual brinda un enfoque más completo a esta publicación.

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar importantes artículos en nuestra sección **Miscelánea**, donde se tocan temas de Derecho Espacial –una materia totalmente innovadora e inexplorada en este lado del globo–, Derecho Civil y Derecho Ambiental. Asimismo, debemos resaltar que en esta sección también se encuentra publicado un proyecto de investigación elaborado por miembros de THEMIS sobre la regulación y el estado de las prácticas pre-profesionales de Derecho en la actualidad.

Adicionalmente, en nuestra sección **Interdisciplinaria**, contamos con un artículo de Richard Thaler sobre *Behavioral Law and Economics*, una nueva corriente de estudio en los Estados Unidos, y en la de **Entrevistas** podrán encontrar interesantes conversaciones con Barbara Luppi, Francesco Parisi y Manuel Atienza. Finalmente, presentamos el regreso de la sección **¿Qué está leyendo…?**, en la cual dos destacados abogados reseñan libros para incentivar su lectura.

Los invitamos a disfrutar de este número de **THEMIS-Revista de Derecho**; esperamos que sea de su agrado.

Lima, noviembre de 2010

LOS DIRECTORES

BARRIOS FUENTES

ABOGADOS

FUNDADO EN 1968

ASESORÍA LEGAL EN LAS SIGUIENTES ESPECIALIDADES:

- Administrativa
- Ambiental
- Arbitraje
- Bancaria, Financiera y de Seguros
- Comercio Internacional
- Corporativa
- Defensa de la Competencia
- Derecho Concursal
- Financiamiento de Proyectos
- Fusiones y Adquisiciones
- Inmobiliaria
- Inversión Extranjera
- Laboral
- Licitaciones, Concesiones y Contratos con el Estado
- Migratoria
- Minera
- Pesquera
- Petróleo y Gas
- Privatizaciones
- Procesos Judiciales
- Propiedad Intelectual
- Recursos Naturales
- Regulación y Competencia
- Sanitaria
- Telecomunicaciones
- Transporte
- Tributaria

ARIAS ARAGÜEZ 250, LIMA 18 - PERÚ, TELF (511) 610-6100 FAX (511) 445-1015 (511) 242-2403
www.bafur.com.pe

THĒMIS

Revista de Derecho

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

2009-2

CONSEJO DIRECTIVO

Guillermo Francisco Alarcón Zubiaurr (Marketing & Ventas)
Alberto de Belaunde de Cárdenas (Desarrollo Social)
Carolina Chipollini Román (Financiamiento)
Claudia Isabel Lazarte Abarca (Contenido)
María Teresa Marroquín Manrique (Seminarios)
Andrea Morelli Ferreyros (Cursos & Capacitación)
Pilar Oliva Rocca (Administración)
Xavier Palao Carrera (Actualidad Jurídica)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica
Cristina Arizmendi Bellido-Tagle
Patricio Ato del Avellanal Carrera
Francisco Lira Miró Quesada
Manuel Fabricio Privat Colla
Administración
Juan Manuel Casalino Franciskovic
Camila de Lasa Larrea
Edison Tito Peralta
Contenido
Jorge Luis Morelli Ferreyros
Mariano Peró Mayandía
Rodrigo Rabines Matta
Gloria Zubizarreta Rondón
Cursos & Capacitación
Sebastián León Saavedra
Fabio Núñez del Prado Chaves
Diana Roig Trelancia
Sofía Zavala Quiroz
Desarrollo Social
Juan Luis Balarezo Revilla
María del Carmen Bedoya Valdez
Nicolás de la Flor Puccinelli
Financiamiento
Diego Castro Panez
Claudio Cruces Larco
Alejandra Llosa Parró
Pia Gabriela Olea Ubillús
Flavia Queirolo-Nicolini Pflucker
Marketing & Ventas
Chantal Deleplanque Sánchez
Alexandra Lelouch Loebl
Kiana Maggiolo Cook
Manuel Núñez Farfán
Seminarios
Javier Albán González
Alonso Barreda Ayllón
Javier Echecopar Sabogal
Diego Ocampo Acuña
Cindy Quispe Valencia

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

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

THĒMIS

Revista de Derecho

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

2010-1

CONSEJO DIRECTIVO

Alberto de Belaunde de Cárdenas (Actualidad Jurídica)
Javier Echecopar Sabogal (Cursos & Capacitación)
Alexandra Lelouch Loebl (Marketing & Ventas)
Francisco Lira Miró Quesada (Desarrollo Social)
Fabio Núñez del Prado Chaves (Seminarios)
Pilar Oliva Rocca (Administración)
Mariano Peró Mayandía (Contenido)
Diana Roig Trelancia (Financiamiento)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica
Juan Luis Balarezo Revilla
María del Carmen Bedoya Valdez
Mijael Garrido-Lecca Palacios
Sebastian Salazar Jeanneau
Administración
Juan Manuel Casalino Franciskovic
Enrique del Castillo Fernández
Camila de Lasa Larrea
Contenido
Guillermo Arribas Irazola
Sebastián León Saavedra
Jorge Luis Morelli Ferreyros
Rodrigo Rabines Matta
Gloria Zubizarreta Rondón
Cursos & Capacitación
Claudio Cruces Larco
Gerardo Holguín Salazar
Sofía Zavala Quiroz
Desarrollo Social
Nicolás de la Flor Puccinelli
Cindy Quispe Valencia
Andrés Valdivia Montes
Financiamiento
Javier Albán González
Diego Castro Panez
Claudia Pacora Rodríguez
Flavia Queirolo-Nicolini Pflucker
Gonzalo Villanueva Llanos
Marketing & Ventas
Diana Arciniega López
Carla Bengoa Rojas
Andrea Cadenas Cachay
Kiana Maggiolo Cook
José Luis Rodríguez Guardamino
Seminarios
Alejandra Flecha Corvetto
Gabriela Bernales Wuan
Elías Maya Zusman
Milo Ruiz González
Edison Tito Peralta

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

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

SOUTHERN PERU
sigue trabajando

Southern Peru continúa trabajando, creyendo y apostando por el progreso del Perú a través de sus unidades operativas en Toquepala, Cuajone e Ilo; además de proseguir con su programa de exploraciones y desarrollo de Tía María y Los Chancas.

SOUTHERN COPPER
SOUTHERN PERU



cobre significa progreso



Las formas pueden cambiar… los valores perduran.

132 años de experiencia nos mantienen a la vanguardia para solucionar los retos del mundo de hoy.

ESTUDIO OLAECHEA

Bernardo Monteagudo 201, San Isidro, Lima 27, Peru. Tel: +51 (1) 219-0400 Fax: +51 (1) 219-0420 / +51 (1) 219-0422 www.esola.com.pe

ÍNDICE

TEMA CENTRAL: DERECHO PROCESAL CIVIL

INTRODUCCIÓN

Omar Sumaria Benavente
Sistemas procesales: El sistema de la tutela jurisdiccional y la relación con el sistema político 11

Jorge W. Peyrano
Acerca de los "ismos" en materia Procesal Civil 23

TEMAS DEL PROCESO CIVIL

Joan Picó i Junoy
De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas: ¿Un avance del Derecho Procesal? 29

Aldo Zela Villegas
La tutela preventiva de los derechos: Una introducción 41

Dante Ludwig Apolín Meza
Impugnación y adecuación: Sobre la mal considerada inimpugnabilidad del auto admisorio 53

Juan Luis Avendaño Valdez
El interés para obrar 63

Teresa Arruda Alvim Wambier
La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el Estado de Derecho –*Civil Law* y *Common Law* 71

Adrián Simons Pino
El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales 81

Francesco P. Luiso
Los efectos del laudo y los efectos de la sentencia 99

Tabata Arteta Pinto
La interpretación restrictiva de las causales del recurso de anulación de laudo arbitral 109

REFORMA DEL PROCESO

Giovanni Priori Posada
Del fracaso del proceso por audiencias a la necesidad de regular una auténtica oralidad en el proceso civil peruano 123

Mario Reggiardo Saavedra
Aplicación práctica de la acumulación en el Proceso Civil 145

Enrique Palacios Pareja
Modificaciones al Código Procesal Civil. Reformatio in peius 159

Juan Monroy Gálvez
Comentarios a la Ley Procesal de Trabajo 165

Roberto O. Berizonce
Bases para actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica 185

Richard A. Posner
El rol del Juez en el siglo XXI 199

Javier de Belaunde López de Romaña, Francisco Eguiguren Praeli, Víctor García Toma y Luis Pásara
Mesa Redonda: El sistema de justicia hoy 213

MISCELÁNEA

Michael S. Dodge
El Derecho del Espacio Exterior y el futuro de la humanidad 227

Renzo Saavedra Velazco
Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. ¿Un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible? 247

Gadwyn Sánchez Yaringaño
El principio de responsabilidad ambiental y su aplicación por la Administración Pública en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores: Una perspectiva crítica 277

Grupo de Investigación THEMIS
El rol de las universidades en las prácticas pre-profesionales: Hacia una necesaria reivindicación 285

INTERDISCIPLINARIA

Richard H. Thaler
Del *homo economicus* al *homo sapiens* 299

ENTREVISTAS

Manuel Atienza Rodríguez
Apuntalando hacia un norte jurídico: La importancia de la Filosofía del Derecho en el siglo XXI 307

Barbara Luppi y Francesco Parisi
Responsabilidad extracontractual: Elementos básicos para una aplicación a países en desarrollo 313

¿QUÉ ESTÁ LEYENDO…?

Freddy Escobar Rozas 321

Rómulo Morales Hervias 325

HAZ LAS COSAS CON
MAESTRÍA
EN LA MEJOR UNIVERSIDAD PRIVADA DEL PAÍS

MAESTRÍA EN DerechoProcesal

La Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú ofrece una respuesta académica de acuerdo a las exigencias del siglo XXI, en el estudio e investigación del Derecho Procesal, sobre la base de un análisis multidisciplinario, constitucional, histórico, comparado, globalizado e internacional: a) del proceso como instrumento jurídico para el desarrollo de la función jurisdiccional en un Estado Democrático, b) un sistema de justicia supraindividual y trasnacional, y c) el análisis, gestión y evaluación para la solución del conflicto a través de sistema alternativos.

Inscripciones y recepción de documentos
Lugar: Oficina Central de Admisión
Del miércoles 2 al lunes 7 de febrero del 2011
De lunes a viernes de 2:00 a 7:00 p.m.

Entrevista Personal
Martes 15 de febrero de 2011 de 9.00 a 2:00

Publicación de resultados
Viernes 18 de febrero del 2011

Proceso de matrícula
Del miércoles 23 de febrero al martes 1 de marzo del 2011
Matrícula presencial el martes 8 de marzo del 2011, de 5:00 a 7:00 p.m.

Inicio de clases
Lunes 14 de marzo del 2011

Charla informativa
Lunes 17 de enero 2011 7.00. p.m.
(previa inscripción a los correos indicados)

Informes

Escuela de Posgrado
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, San Miguel, Edificio Mac Gregor, piso 8°
Teléfono: 6262000, anexo 5143
Asistente Académico: Omar Sumaria B., osumaria@pucp.edu.pe
Asistente Administrativo: Elizabeth Paredes, paredes.elizabeth@pucp.edu.pe
Revista Electrónica de la Maestría en Derecho Procesal:
http://pergamo.pucp.edu.pe/derechoprocesal

www.pucp.edu.pe/maestria/derecho_procesal

ESCUELA DE **POSGRADO**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

BARREDA
MOLLER

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

SISTEMAS PROCESALES: EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL Y LA RELACIÓN CON EL SISTEMA POLÍTICO

Omar Sumaria Benavente[*]

El análisis del "proceso" como instrumento de realización y protección de los derechos fundamentales de las personas ha sido, en la mayoría de los casos, realizado desde una perspectiva interna y estructural a través de distintas clasificaciones, como aquella que plantea la distinción entre los modelos adversariales e inquisitivos. Sin embargo, ¿es posible analizar la institución del "proceso" desde una perspectiva ideológica y social?

En el presente artículo, el autor plantea que ello es posible desde un estudio sistémico y comparado de las distintas acepciones del "proceso" que sea han dado en diversos contextos históricos, identificando las relaciones sociales y políticas subyacentes a dicha concepción.

[*] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Asistente de la Maestría en Derecho Procesal de la Escuela de Posgrado de la PUCP. Egresado del Programa de Gobernabilidad y Gerencia Política, Universidad George Washington - PUCP. Profesor asociado en Gerencia de Despacho Judicial y Ética Judicial en la Academia de la Magistratura. Profesor invitado del Posgrado en Derecho Procesal de la Universidad Central de Venezuela, en la Especialización en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín (Colombia) y en la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Miembro del Inter American Bar Association, Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Academia Virtual de Altos Estudios Jurídicos y Centro de Estudios de Derecho Procesal y Comparado, Círculo Empresarial de la PUCP. Árbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Director Ejecutivo de la Revista Electrónica de la Maestría en Derecho Procesal de la PUCP. Socio del Estudio Cabrejos, Vassallo & Sumaria Abogados.

"La pregunta no es sólo que tipo de procedimiento queremos, sino también qué tipo de organización del Estado poseemos". Mirjan R. Damaska[1]

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo es una invitación al lector a la introducción del análisis del derecho procesal desde un enfoque sistémico comparado por el cual este fenómeno cultural se analiza en una visión global con el sistema político general, tomando en cuenta los subsistemas económicos y sociales, abandonando el clásico estudio del derecho procesal que se circunscribe o anquilosa en la revisión del proceso o de la acción y la jurisdicción y centrándose en el análisis de la cultura jurídica política y su amplia perspectiva de las relaciones de poder en la sociedad proyectadas sobre un determinado contexto histórico[2].

El desarrollo del concepto Estado vio en la antigüedad la justificación de la "dominación" (arkhé), sobre todo en la parte relativa al orden y a la conducción. Posteriormente, la filosofía política de la era moderna tiene como fundamento el concepto de "coerción" como elemento determinante de un Estado, sin embargo, en una era postmoderna se habla del desencanto del Estado y en consecuencia del desmantelamiento del poder de coerción, siendo el cuestionamiento si la dominación y la coerción siguen siendo justas, llevando al pronóstico de la disolución del Estado, o la pérdida de poder[3] pese a dicho pronóstico, en tanto, para "que existan los derechos, se deben formular normas y darles valor y que cuando estás entran en conflicto deben ser armonizadas a través de instituciones específicas"[4] lo que justifica la razón de la existencia de este Sistema de Tutela o Protección de derechos a través del Estado vinculado a una de sus funciones legítimas. La función jurisdiccional, en tal sentido, debe ser coherente con el propósito que debe perseguir para la sociedad de acuerdo al modelo establecido y valores adoptados en el Sistema Político General.

Se prefiere hablar de Sistema Político en lugar de Estado, subrayando que este no es la punta de una jerarquía para los diferentes sistemas parciales de la Sociedad. Los poderes públicos representan, en el marco de la sociedad entera únicamente un sistema parcial, al cual otros sistemas parciales (economía, arte, ciencia, tecnología) no se encuentran subordinados, sino coordinados[5].

La falta de coherencia entre el modelo político elegido (variable que elige el Sistema Político), y su traducción en el modelo procesal (variable que elige el Sistema de Tutela Jurisdiccional) a través del cual se desarrolla la función jurisdiccional sólo trae como consecuencia una actividad jurisdiccional inútil e ineficiente, en contradicción permanente con el Estado, además de la falta de legitimación del sistema social mismo. Es así que un Sistema de Tutela Jurisdiccional coherente con el Sistema Político general se convierte en componente básico de un Estado de Derecho[6]. "Una institución que desaparece en la realidad social compromete aquello que hemos mencionado como primer argumento a favor de una reanimación de la perspectiva de la justicia: quita al debate sobre la legitimación su importancia para el mundo de la vida"[7].

En la actualidad, si bien el juez se ha convertido en todos los ordenamientos procesales en quien dirige el proceso, bien entendido está que esa dirección se refiere a las que se han denominado facultades procesales, sin influenciar en lo que puede ser el resultado del proceso[8]. Existe un debate de ideologías procesales entre el denominado "garantismo procesal" y el "activismo o solidarismo procesal"[9], pero, dicho debate se ha centrado en el aspecto técnico del proceso con relación a las facultades materiales de dirección del proceso, en la distinción de un proceso "inquisitivo" que respondería a una supuesta ideología "totalitaria", y entre un proceso "dispositivo" que correspondería a una supuesta ideología "liberal"[10], que responde sólo a una visión del fenómeno procesal en el aspecto técnico, el cual se debería reorientar,

1 DAMASKA, Mirjan R. "Las caras de la justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal". Editorial Jurídica de Chile. 1986. p. 86.

2 SANCHEZ-BAYON, Antonio. "Estudios de Cultura política-jurídica. De la tolerancia a la libertad y su cuarentena actual". Madrid: Editorial Delta. 2010. p. XX.

3 HOFFAN, Otfried. "¿La justicia como intercambio?". En: El proyecto político de la modernidad. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. 2008. pp. 163-164

4 MARTIN, Rex. "Un sistema de derecho". Barcelona: Gedisa. 2001. p. 11.

5 HÖFFE, Otfried. Op. cit. p. 167.

6 SUMARIA BENAVENTE, Omar. "El Sistema de la Tutela Jurisdiccional". En: Proceso y Constitución. Lima: ARA. 2009. p. 387.

7 HÖFFE, Otfried. Op. cit. p. 166.

8 MONTERO AROCA, Juan. "El proceso civil llamado "social" como instrumento de justicia autoritaria". En: Proceso Civil e Ideología. Lima: Editorial San Marcos. 2009. p. 146.

9 MONTERO AROCA, Juan. "Proceso Civil e Ideología". Valencia: Tirant le Blanch. 2006.

10 SUMARIA, Omar. Op. cit. Loc. cit.

en una visión más integradora y global, hacia el proceso como consecuencia de una política de Estado.

Max Weber desarrolla la idea de "tipos de autoridades" y sugiere que la diversidad de las relaciones de poder pueden explicar diferencias importantes entre los sistemas legales, incluyendo la administración de justicia[11]. Por otro lado, Mirjan Damaska[12] se concentra en analizar la forma en que el proceso puede verse marcado por dos tipos contrastantes de Estado, uno con inclinación manifiesta a gestionar la sociedad (Estado de bienestar - activista) y otro, con la sola disposición de proporcionar un marco para la interacción social (Estado *laissez faire* - reactivo). En este contexto, se analizan distintas variables que van caracterizando tanto el derecho como la administración de justicia en ambos tipos de Estado, de las cuales –finalmente– se extraen los principios estructurales fundamentales sobre los cuales se levantan los "edificios procesales" de cada uno. En el caso del Estado activista, el proceso sirve como una herramienta de realización o implementación de su política, y para el caso del Estado reactivo, el proceso es un mecanismo de resolución de conflictos o disputas. Mientras en el primero, la disputa no pasa de ser un pretexto que permite encontrar la mejor solución para un problema social (puesto en conocimiento de las autoridades a raíz de un conflicto entre las partes), en el segundo, la característica fundamental es el desapego del Estado en la forma en que los contendientes gestionan su contienda judicial, y donde los jueces se limitan a presidir la disputa e intervenir en forma mínima en ella.

En correlación con el tema de la prueba, que a su vez es un sub sistema dentro del Sistema de la Tutela Jurisdiccional, Michelle Taruffo[13] en la perspectiva de Damaska, habla de "sistemas centrados en las partes" y "sistemas centrados en los tribunales", dependiendo que la presentación de las pruebas se realice principalmente o en forma exclusiva por las partes o por el Juez.

Antoine Garapon y Loannis Papadupulos[14] proponen la búsqueda de la cultura judicial de un pueblo en dos direcciones, por un lado como un modo de producción de la verdad y, de la otra, como una adecuación de la política, que sería a la postre las variables que definirían el sistema procesal; "no es, entonces, ni consultando las obras de filosofía ni examinando el derecho positivo que descubriremos la cultura jurídica, sino restableciendo su relación con lo político"[15], esto con relación a lo propuesto por Damaska quien explica las diferencias de procedimiento entre la tradición inquisitiva y la acusatoria, oponiendo el modelo jerárquico al modelo coordinado como reflejo de la oposición entre la democracia y el liberalismo. Sin embargo, sobre esta aproximación, parecería necesario "complementarla con una aproximación cultural que no se detenga en las reglas, sino que, además, vaya a la manera en que éstas son recibidas por cada pueblo. Es, por tanto, en la relación de cada pueblo con la regla de derecho y, recíprocamente, en la posición del derecho frente a lo real y a los individuos que forman ese pueblo"[16], a lo que se denomina "cultura judicial".

Sin embargo, intentar descifrar una cultura judicial es una tarea harto complicada con el riesgo de caer en la caricaturización o apología, por ello no se puede centrar el análisis en los sujetos, en la historia, en la identidad o en la profundidad. Más que permitir una concepción inmóvil es preferible sobreponer la relación a la subjetividad, la actualidad a la historia, la mundialización a la identidad, la idea de curva a la de profundidad. "La cultura judicial es un fenómeno total, título que será explicable a partir de una explicación económica (el mercado del derecho), histórica (la creación del Estado de Derecho), lingüística y hasta geopolítica"[17], la cultura judicial más que el producto de todo eso, es una fuerza que impulsa a la unidad, a la coherencia en la cual la historia ejerce un peso determinante pero no puede explicar todo. Identificar las fuerzas motrices que dan a cada cultura su dinamismo obliga a salirse del derecho.

De otro lado, Nobert Wiener[18] dedicó un largo capítulo al derecho, explicando estas dos ideas centrales, encontrando una relación entre el derecho y la cibernética:

(i) Que los problemas jurídicos son por naturaleza propia problemas de comunicación

11 WEBWER, Max. "Economía y Sociedad". México Distrito Federal: Fondo de Cultura Económica. 2008. pp. 502 y siguientes.

12 DAMASKA, Mirjan. Op. cit. Loc. cit.

13 TARUFFO, Michelle. "La prueba". Madrid: Editorial Marcial Pons. 2008. p. 110.

14 GARAPON, Antoine. Op. cit. p. 11.

15 GARAPON, Antoine y Loannis PAPADOPULOS. "Juzgar en Estados Unidos y en Francia". Bogotá: Legis. 2006. p.18.

16 GARAPON, Antoine. Op. cit. p. 39.

17 Ibíd. p. 26.

18 WIENNER, Norbert. "Cibernética y Sociedad". Buenos Aires: Editorial Sudamericana. 1969. p. 97.

y de cibernética, es decir, relativos al control regular y repetible de situaciones críticas.

(ii) Que, la teoría y práctica del derecho se componen de dos conjuntos de problemas: los de su propósito general, centrados en el concepto justicia, y los de la Técnica, mediante la cual se realizan esas ideas.

Encontrando en estas ideas las premisas que desarrollaría luego Amartya Sen respecto de la "justicia por esquemas" o "abstracta" y la "justicia por realizaciones" o "concreta", como variables para determinar el diseño procesal en un modelo político determinado.

De esta forma, todos estos autores han otorgado una mayor importancia a las relaciones del poder político en el diseño del proceso legal más que a la influencia de la ideología pura, "dado que el derecho como fenómeno social es un tema tan complejo que parece escapar a todo intento de clasificación excluyente"[19], apuntando al concepto de "visión jurídica" constituido por la ideología jurídica, los compromisos teóricos de la ciencia jurídica y las teorías referidas al objeto de la dogmática jurídica a efectos de intentar modelos explicativos a través del estudio de la historia de las ideas jurídicas y de la historia de la ciencia jurídica[20].

Resulta pertinente, en esta perspectiva, la reflexión que realiza Cándido Rangel respecto del proceso y su alejamiento de la realidad, proponiendo nuevas visiones, innovadoras, críticas de cara hacia un derecho procesal coherente y en plena interacción con los demás aspectos de la realidad. "Por imposición de su propio modo de ser, el derecho procesal sufre de una natural propensión al formalismo y al aislamiento. Aquel no va directamente a la realidad de la vida, ni habla el lenguaje del hombre común. El hombre común lo ignora, el propio jurista lo desdeña y los profesionales lamentan sus imperfecciones, sin atinar a proveer medios para mejorarlo. El descrédito de todos respecto de la Justicia es efecto de la deficiencias de un sistema acomodado en el tradicional método introspectivo, que no incluye la crítica del sistema mismo ni de los resultados que éste es capaz de ofrecer a los consumidores finales de sus servicios, es decir, a los miembros de la población"[21].

En esta reflexión el énfasis se dirige hacia la necesidad de tener una mirada sistémica a la dinámica de las políticas públicas, siendo la determinación de la estructura del Sistema de Tutela Jurisdiccional parte de ellas. La mirada sistémica (o pensamiento sistémico) considera observar a la organización –en este caso el Estado– y sus diferentes partes y componentes en el contexto del entorno en el cual opera y entender el papel que tiene esta organización respecto de su entorno. La mirada sistémica implica aplicar una dosis importante de abstracción a fin de incorporar la mayor cantidad de elementos presentes en el contexto e identificar las interacciones entre estos elementos[22].

II. EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL

En este esquema, el Sistema de Tutela Jurisdiccional[23]está propuesto en la interacción de dos elementos que son la acción, que pertenece a la sociedad, y la jurisdicción, que pertenece al Estado; relación que se desarrolla a través del proceso. En este sistema, el "proceso" es el mecanismo de interacción de la "acción" (sociedad) y la "jurisdicción" (Estado) y presenta variantes de acuerdo a la opción política del Estado, ya sea en una democracia neo liberal o una democracia social, de acuerdo a los modelos políticos del siglo XXI, y con dirección del sentido de justicia que dichos modelos políticos adoptan, ya sea la "justicia como principio de imparcialidad" o "justicia como garantía de ventaja mutua", y que, a su vez, se apoyan en dos distintos modelos constitucionales ya sea un "constitucionalismo legal" o un "constitucionalismo político", lo que determina el modelo de proceso, ya sea activista o de competencia, con relación a la asignación del "esfuerzo procesal" en diferentes proporciones a los actores del proceso: Estado–juez / Sociedad–partes, y condicionado por la forma de producción de normas, "jurisgénesis", ya sea a cargo de los jueces o a cargo del legislador.

La tesis crecientemente dominante establece que las constituciones consagran y aseguran los valores fundamentales de una sociedad democrática[24], lo cual es entendido como el Constitucionalismo Legal, en donde la Constitución se entiende

19 KARGAS, Urpo. "Un análisis de la recepción de las ideas jurídicas y su impacto en la visión jurídica del mundo". En: La normatividad del Derecho. Barcelona: Gedisa. 1997. p. 127.

20 Ibídem.

21 RANGEL DINAMARCO, Cándido. "La instrumentalidad del proceso". Lima: Communitas. 2009. p. 10.

22 AUSEJO, Flavio. "De las políticas públicas a la gestión pública: una visión sistémica". En: Aula Magna. Reforma del Estado. El papel de las políticas públicas. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2008. p. 30.

23 SUMARIA, Omar. Op. cit. Loc. cit.

24 BELLAMY, Richard. "Constitucionalismo Político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia". Madrid: Marcial Pons. 2010. p. 17.

como un documento escrito que es superior a la legislación ordinaria y que se encuentra protegida contra cambios legislativos, que ha de ser interpretada por el Poder Judicial, y que es parte integrante del sistema legal y político, y se asume que es la base para que los ciudadanos sean tratados de un modo democrático, como merecedores de igual preocupación y respeto.

Así, el Constitucionalismo Legal se sustenta sobre dos afirmaciones relacionadas entre sí, por un lado se puede llegar a un consenso racional sobre los resultados sustantivos que una sociedad comprometida con los ideales democráticos de igualdad de trato y respeto debería alcanzar. Tales resultados se expresan mejor en términos de "derechos humanos" y deberían dar forma a la ley fundamental de una sociedad democrática. Por otro lado, desde este punto de vista, el proceso judicial sería más seguro que el democrático a la hora de identificar esos resultados[25]. El problema surge entre lo complejo de distinguir entre causa y efecto en cuanto a la vida social y económica, lo que hace difícil juzgar cuáles serán las consecuencias de una medida, además de la dificultad de poder especificar qué política se relaciona con un valor determinado. Los desacuerdos respecto de tal o cual valor implican que también serán difíciles las condiciones políticas, sociales y económicas que los desarrollen. Estos desacuerdos relativizan la razón sobre que los jueces tengan la "perspectiva" correcta en cuanto a la determinación del valor con relación a la justicia, presuponiendo un éxito en donde han fracasado filósofos o políticos desde Platón hasta Rawls. Si bien se podría argumentar que los jueces están en mejor posición de resolver el conflicto al tener mayor información, lo antes descrito desvía el tema de debate hacia el procedimiento en lugar de hacia los resultados, convirtiendo a la Constitución en vez del espacio en donde se atesoren el núcleo de los valores democráticos, en un procedimiento de resolución de conflictos sobre la naturaleza e implicancia de los valores democráticos de modo que pondera de forma imparcial las perspectivas e intereses en disputa. En este sentido, si existen desacuerdos sobre los resultados sustantivos que espera alcanzar una sociedad comprometida con los valores democráticos, el proceso democrático político tendría mayor legitimidad que el proceso judicial a la hora de resolver tales desacuerdos[26].

En las primeras constituciones modernas las declaraciones de derechos eran sólo un preámbulo o un apéndice de la constitución procedimental, sin embargo, actualmente la importancia de los procedimientos legales y políticos democráticos se ha visto eclipsada por las declaraciones de derechos, dejando de lado esta organización para la toma de decisiones, se constitucionaliza legalmente los procedimientos confundiéndose con el enfoque sustantivo basado en derechos, siendo al final elevados al rango de derecho constitucional conceptos como el "proceso debido" o "tutela jurisdiccional" a efectos de salvaguardar la función de los jueces como guardianes de la Constitución, en lugar de promover la toma de decisiones democráticas ante desacuerdos de caracteres políticos.

Las constituciones hacen mucho más que proteger derechos, pero tal vez nada ha sido tan decisivo para que el constitucionalismo transite por el pensamiento legal y no por la del político como la plasmación de derechos en un documento constitucional, su interpretación o elaboración por parte de un Tribunal Supremo o Constitucional y el constante énfasis en ellos. Para el Constitucionalismo Legal la idea de derechos constitucionales es fundamental. Es esta centralidad de los derechos la que otorga al constitucionalismo legal su entero molde jurídico, gracias a la cual se percibe que la tarea de una Constitución consiste en encarnar la sustancia de los fundamentos de la ley, y no tanto el proporcionar una estructura fundamental para la elaboración de las leyes.

Comprometerse con los derechos no quiere decir que su protección requiera plasmarlos en una declaración de derechos que deba ser supervisada por un Tribunal Jurisdiccional, sin embargo, esta posición se halla sustentada en los siguientes argumentos: (i) se afirma que fijar ciertos derechos sujetos a revisión judicial protege contra la tiranía e incompetencia de la mayoría; (ii) la integridad de la ley depende de los derechos, y en ese sentido se asume que los derechos proveen de los principios necesarios para que los jueces orienten su criterio hacia una decisión consistente con los valores básicos que subyacen a todo el sistema legal; (iii) se dice que ciertos derechos se hallan implícitos en el proceso democrático.

A pesar del amplio respaldo otorgado tanto a los derechos constitucionales como a la posibilidad de que éstos sean garantizados judicialmente, generalmente no se coincide sobre los aspectos a tomar en cuenta sobre qué derechos merecen tal consideración. El problema subyace en que las constituciones han sido organizadas sobre la base de tres tipos de derechos, aquellos que garantizan la "justicia", que proveen de los prerrequisitos

[25] Ibíd. p.19.
[26] Ibíd. p. 20.

y mecanismos para que los individuos puedan desarrollarse en forma individual y en sociedad, a los que pertenecen el derecho a la dignidad, la libertad, la igualdad, el trabajo, la propiedad, la familia, etcétera; un segundo grupo que garantiza la "consistencia" y se marca en las relaciones con el Estado, y que son el derecho a un proceso justo e igualdad ante la ley; y, el último grupo que garantiza la "imparcialidad", derechos que son más de origen político y son necesarios para una democracia en acción, como son los relativos a la estructura del Estado, la libertad de reunión, asociación, expresión, etcétera. Estos grupos de derechos se encuentran relacionados entre sí y cuando entran en tensión tradicionalmente se ha acentuado la primacía en el primer conjunto sobre los otros dos, encargando al órgano jurisdiccional la solución de la tensión enfocado hacia la justicia. Pero esa percepción parte de un supuesto erróneo, dado que no se puede partir de una idea consensuada inicial de la justicia y el papel de la Constitución no sería el de alcanzar esta "hipotética" justicia, sino por el contrario ofrecer procedimientos imparciales para lidiar con los desacuerdos de la justicia invirtiendo el enfoque hacia este grupo de derechos que sustentan la "imparcialidad". De esta forma, no serán los derechos constitucionales los que garanticen el sistema político sino que, al contrario, la constitución del sistema político será la garantía de la aceptabilidad de un sistema de derechos [27].

El modelo constitucional elegido ya sea legal o político determina "la producción de normas de derecho", es decir, la "jurisgénesis", que estará a cargo de los legisladores o a cargo de los jueces. En una sociedad en donde prima una constitución de carácter político hay escasez de producción de normas, por lo cual el Juez comienza a producirlas, en relación inversa, en un modelo político de constitucionalismo legal, el legislador produce las normas. Esta forma de producción determina el grado de autoridad del órgano jurisdiccional. Así, cuando hay exceso de producción de normas, es decir, una "sobre oferta", entonces, el órgano jurisdiccional debe tener mayor autoridad para evitar la incertidumbre. Este hecho puede ser verificable en el estado alemán del siglo XIX, en el cual la sobre producción de normas condujo al desorden administrativo, y en cuyo seno nace la teoría del "Juez Activo". Con relación a dicha relación Robert Cover afirma que "resulta notorio que, tanto en el terreno mítico como en el histórico, raramente se haya entendido que el origen y la justificación de los tribunales fuera la necesidad de crear la ley. Más bien, se ha entendido que se trata de la necesidad de suprimir la ley, de elegir entre dos o más leyes, de imponer a las leyes una jerarquía. Es la multiciplicidad de leyes, la fecundidad del principio juris genético, el que crea el problema para el cual los tribunales y el Estado constituyen la solución… Se entiende entonces que el estado de controversia irredimible, el problema de la existencia de demasiado derecho, puede ser solucionado por la autoridad de los tribunales"[28].

El modelo de Sistema de Tutela Jurisdiccional presentado es correlativo con el criterio económico de eficiencia productiva, por el cual se entiende que todos los factores de la producción (en este caso acción y jurisdicción) se han asignado en un espacio productivo (proceso), de tal modo que ninguna reasignación ulterior aumente el producto final (justicia) (es decir, un movimiento de un punto a otro en una curva contractual en el espacio de insumos)[29], principio que aplicado al proceso, implica la determinación de los factores de producción de la "justicia" que son la acción y la jurisdicción, y cuyo modelo de producción (modelo procesal) que se ha de adoptar, finalmente, debe estar de acuerdo con los objetivos y el modelo del Estado.

Este enfoque sistémico permite identificar los diversos actores y elementos del sistema y determinar cómo influyen unos con otros, es decir determinar las relaciones de interacción o interdependencia entre sus unidades, identificando las características que los hacen aportar efectividad o inefectividad al proceso completo. En el mismo sentido, se permite identificar los niveles estructurales, es decir, los sub sistemas y los súper sistemas, y los sistemas alternativos o colaterales, en el cual se ubica el Sistema de la Tutela Jurisdiccional, así como las posibles relaciones que se dan entre ellos, ya sea en forma vertical u horizontal.

III. EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EN EL MODELO NEO LIBERAL

El primer movimiento liberal del siglo XIX obtuvo fuerza a partir de un conjunto de intereses comerciales e industriales cuya oposición a los privilegios aristocráticos se expresaba en un inconformismo religioso, pero que luego se vio comprimido en la lucha o tensión de clases, de quienes defendían el derecho a la propiedad

[27] Ibíd. pp. 20-27.

[28] COVER, Robert. "Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial". Barcelona: Courtis. Gedisa. 2002. p. 69.

[29] ROMER, Andrés. "Introducción al análisis económico del derecho". México Distrito Federal: Fondo de Cultura Económica. 1994. p. 26.

establecida, denominados "conservadores" y quienes abanderaban las peticiones de las clases pobres, proclamados "socialistas", lo que conllevó al ostracismo de esta ideología luego de la Primera Guerra Mundial. Sin embargo, hoy en día, al ejemplo de Inglaterra el neo liberalismo se constituye en una tercera fuerza política, que surge del espacio comprimido por el conflicto derecha–izquierda, justo ante el fracaso de los proyectos socialistas de la década de los 80´s que trajo el desmoronamiento del bloque soviético, y la hegemonía de la ideología capitalista. La argumentación se centra en la transformación del liberalismo clásico que se asociaba a la idea de un Estado minimalista, es decir, la creencia de que únicamente la economía de libre mercado, sin interferencias políticas, podía salvaguardar los derechos y libertades individuales. El liberalismo moderno posclásico o neo liberalismo, por el contrario, defiende ciertas medidas para la supervisión estatal de la economía y también para liberar a las personas de las intolerables condiciones sociales, aunque el problema estriba en que para los críticos de esta posición entre el liberalismo clásico y el neo liberalismo hay un gran vacío insalvable.

La nueva fórmula del liberalismo se describe como una transición del individualismo al colectivismo. Los liberales clásicos, veían a la sociedad como un conjunto de individuos autosuficientes, donde cada uno de ellos era responsable de los éxitos y fracasos de sus vidas, siendo ésta la razón por la que se identificarían con una esfera propia de derechos inamovibles, específicamente el derecho a la propiedad privada, que debería ser inmune a la interferencia del gobierno. Por el contrario, el proyecto neo liberal, está en conjugación con la perspectiva de una sociedad colectiva, reconociendo que no se puede culpar totalmente a las condiciones sociales insufribles por el fallo de las personas, dado que la sociedad es un todo interconectado y ya no un colectivo de individualidades aislados, razón por la cual el Estado tiene el deber de asumir toda la responsabilidad en el bienestar común. También se ha centrado la diferencia en la transformación de esta ideología en el paso del concepto de libertad negativa hacia la libertad positiva. En el primero se entiende que los individuos son libres en tanto y en cuanto pueden hacer lo que quieren sin interferencia alguna, mientras que el segundo concepto entiende que la noción de libertad comprende la oportunidad de que los ciudadanos den lo mejor de sí mismos, lo cual establece un giro ideológico, en tanto, el primer liberalismo surge como oposición al privilegio aristocrático, ideando razones de fuerza en apoyo de una de una competencia económica sin trabas, ganando la confianza una clase social que estaba a punto de obtener un gran ascendiente social y político como era la burguesía. Por el contrario, el segundo liberalismo trata de aducir razones sólidas para defender una posición intervencionista del Estado que promocione el Estado de Bienestar en tanto que este proporciona a todos la opción de desarrollar sus capacidades humanas[30], el consenso ideológico gira sobre la previsión liberal de una sociedad técnicamente eficaz y exenta de conflictos, uniclasista de ciudadanos que se gobiernen a sí mismos, la cual garantiza una prosperidad expansiva y un amplia opción de productos de consumo, es decir, el desarrollo del mercado, como mecanismo de satisfacción de las necesidades sociales.

Francis Fukuyama argumentó en "¿El fin de la Historia?" en el año 1989, de un notable consenso respecto a la legitimidad de la democracia liberal como sistema de gobierno que había surgido en el mundo, durante los años anteriores, al ir venciendo a ideologías rivales, como la monarquía hereditaria, el fascismo y el comunismo, que la democracia liberal podía constituir "el punto final de la evolución ideológica de la humanidad", la "forma final de gobierno", presentándose como una ideología libre de contradicciones internas fundamentales, lo que no significaba que las democracias estables contuvieran situaciones de injusticia o serios problemas sociales, pero que en su mayoría se debían a una aplicación incompleta de los principios de libertad e igualdad. "El número de alternativas que se ofrecen a los países al determinar cómo se organizarán política y económicamente ha ido disminuyendo a lo largo del tiempo. De los diferentes regímenes que han hecho historia, de las monarquías aristocráticas a las teocracias religiosas y a las dictaduras fascistas y comunistas de nuestro siglo, la única forma de gobierno que ha sobrevivido intacta hasta final del siglo XX ha sido la democracia liberal"[31].

El proyecto neo liberal en América Latina se "articula desde un punto de partida: la necesidad de ajustar al Estado y sus relaciones con la sociedad a lo que serían las exigencias de un nuevo momento de las relaciones de acumulación capitalista, marcadas por su reconfiguración en el ámbito global"[32]. Luego, el impulso de este proyecto está en la necesidad de ajustar la economía, removiendo las barreras para la expansión del mercado internacional, principalmente en el Tercer Mundo,

[30] ECCLESHAL, Robert; GOEGHENGAN, Vincent; JAY, Richard y Rick WILFORD. "Ideologías Políticas". Segunda Edición. Madrid: Tecnos. 2004. pp. 71-74.

[31] FUKUYAMA, Francis. "El fin de la Historia y el último hombre". Buenos Aires: Planeta. 1992. pp. 11 y 82.

[32] DANIGNO, Evelyna. Op. cit. p. 59.

para liberar al mercado de los obstáculos que le impedían funcionar como organizador de la vida social. La nueva configuración para la relación Estado-Sociedad ha sido determinada para esta región por las características vigentes del Estado, consideradas inadecuadas para la nueva realidad de inserción al mercado internacional, marcado por el gigantismo, ineficiencia, exceso de burocracia, expansión de la corrupción y el gran déficit fiscal, teniendo como perspectiva el "adelgazamiento" y reducción del aparato del Estado con las transferencia de las responsabilidades sociales a la sociedad civil y al sector privado.

"La primacía del mercado en tanto eje reorganizador de la economía es vista como algo que debe extenderse al conjunto de la sociedad. La búsqueda de eficiencia y de modernización pasa entonces a legitimar la adopción del mercado como organizador de la vida social y política. La transferencia de la lógica del mercado al ámbito estatal transforma a los gobiernos en "proveedores de servicios" y a los ciudadanos en "clientes" o "usuarios", en relación con los cuales es preciso tener sensibilidad respecto a sus demandas y eficiencia en la atención"[33] .

El proyecto neo liberal se basa en una "nueva estatalidad" que forma parte de un complejo de fenómenos que hablan en contra de un rango demasiado elevado del Estado, abogando por un "desencanto" de éste. Esta tesis denominada "depotenciación" del Estado es apoyada por la legitimación en términos de la teoría del intercambio con dos argumentos: el primero se refiere a la legitimación en cuyo sentido el Estado no es legítimo ni por gracia propia, ni por autorización transcendente (respecto a los ciudadanos); la legitimación resulta de la facultad universal de consentimiento en términos distributivos. De acuerdo con el segundo argumento, el Estado no es inmediatamente ventajoso, sino sólo de modo secundario y subsidiario, en este caso, para implementar los derechos de libertad.

En la legitimación meramente secundaria se confirma la superioridad de la justicia por intercambio, porque quien parte de la justicia distributiva presupone de alguna manera como ya dado aquello que se va a distribuir. Esto proviene, por así decirlo, "desde arriba", desde una instancia superior, es decir, superior primordialmente no en términos de poder, sino de producción: desde Dios, la naturaleza, un *pater familias* o una *magna mater* y, más adelante desde un Estado que necesariamente tendrá rasgos paternalistas o maternalistas. Sin embargo, lo que se va a distribuir no caerá del cielo como el maná, no está dado, lo que se distribuirá tendrá que ganarse de una u otra forma a fuerza de trabajar (esfuerzo), entendiendo el trabajo en un sentido muy amplio. Ahora bien para la justicia, en el proceso de lo que se gana a "fuerza de trabajar", se requiere la idea de justicia por intercambio. Desde el punto de vista de la teoría de la legitimación, los ciudadanos, grupos, o subsistemas sociales deben considerarse coordinados y no subordinados; lo que cuenta es la ventaja de cada uno[34].

Por ello, en el modelo neo liberal, la justicia se presenta como una "garantía de ventaja mutua", y en consecuencia, en un modelo neo liberal se debería desarrollar un proceso adversarial o de competencia, en el cual la mayor "asignación de esfuerzo procesal"[35] corresponde a las partes. Según este principio de la justicia como "garantía de la ventaja mutua", la decisión del Estado debe reflejar la diferencia de poder de negociación de las partes en conflicto y esto es el incentivo de las partes para acudir al sistema jurisdiccional. Si la decisión no refleja el hecho del poder diferencial de negociación que les correspondería en una situación "de acuerdo", tendrían, al contrario, un incentivo para violarlo; en consecuencia, es el autointerés en el motivo para comportarse de manera justa. El concepto "justicia" como fin del proceso es el restablecimiento del "contrato" y por tanto de la resolución del conflicto que altera dicho "contrato", entendiendo por ello a la justicia como "mercado" siendo la justicia un "bien" que deben alcanzar las partes en conflicto a través del proceso[36]. En este tipo de modelo procesal dado que el interés personal es el motivo de acudir al Sistema de Tutela Jurisdiccional, y ello conlleva la mayor "asignación de esfuerzo procesal" a la partes, el diseño se debe adecuar a una estructura que permita a las partes la "maximización de beneficios", es decir, conseguir el más alto beneficio. Así, la "justicia" como punto de equilibrio de la acción y jurisdicción será entendida cuando esté más cerca del punto más alto de la "utilidad personal".

33 Ibíd. pp. 60-61.

34 HÖFFE, Otfried. Op. cit. pp. 178-179.

35 COOTER, Robert y Thomas ULEN. "Derecho y Economía". México Distrito Federal: Fondo de Cultura Económica. 1999. p. 514.

36 Para ver más al respecto: KERN, Lucian y Has Peter MÜLLER. "La Justicia: ¿discurso o mercado?". Barcelona: Gedisa. 2000.

IV. EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EN EL MODELO DEMOCRATICO SOCIAL

Si bien el período de 1880 a 1940 fue extraordinariamente fructífero para la maduración de las ideas liberales, quienes abogaban por la abolición de los privilegios aristocráticos, conjuntamente con la rehabilitación moral de los pobres como remedio a los males sociales con la idea que con este modo todos los grupos sociales quedarían equiparados en los valores idóneos y precisos para una economía competitiva, a finales del siglo XIX también se comprendía que se precisaban de nuevos remedios para resolver los crecientes problemas de una sociedad industrial cada vez más compleja, de modo que empezaron a apoyar una actividad intervencionista por parte del Estado, con el objeto de corregir las deficiencias de la empresa privada, teniendo como consecuencia inmediata el socavar la idea liberal original en la armonía natural y en la bondad de una economía de libre mercado. Abandonado el concepto de *laissez-faire* se comienza a apremiar al gobierno instándole a la acción, a fin de coordinar la actuación global de la economía y suministrar bienes y servicios que el mercado capitalista era incapaz de satisfacer, apoyando un programa de bienestar social[37].

T. H. Green (1836-1882)[38] afirmaba que la libertad no podía limitarse a salvaguardar la vida y la propiedad, sino que abarcaba la capacidad de poder cumplir cabalmente todo el potencial del ser humano, de tal suerte que el principio liberal de igualdad de derechos ante la libertad sólo se podía instrumentar cuando todos los ciudadanos tuvieran la oportunidad de llevar una existencia digna del tal nombre. Por ello, el Estado en su condición de guardián del bienestar común, tenía el deber de liberar a las clases pobres de la ignorancia, la falta de moderación, la enfermedad, la suciedad y la degradación que sufrían en las fábricas, la tarea del gobierno, que aseguraba Green consistía en "mantener las condiciones sin las cuales el ejercicio libre de las facultades humanas sería imposible".

Se planteaba luego un cambio de dirección que pasaba de la competitividad y el egoísmo a la cooperación y el altruismo, a través de la expansión de los valores democráticos y el apaciguamiento de la lucha de clases, teniendo el Estado por cometido conseguir que las tendencias sociales progresistas pasaran a constituir una política reflexiva e intencionada, con un Estado más activo que apelaba a "un sentimiento más firme de la responsabilidad colectiva y a un deseo más acertado en lo referente al empleo de los recursos colectivos y el poder organizado de la comunidad a favor de las necesidades públicas"[39]. Una consecuencia directa fue echar por tierra el sacrosanto derecho de la propiedad privada. "El carácter evolutivo de la sociedad comunitaria refuta por completo la idea de que la propiedad es un derecho inherente el individuo, al demostrar que nadie puede hacer o apropiarse de ningún valor sin la participación directa y continuada de la sociedad"[40], lo cual tenía como fin sustentar la posibilidad del gobierno mediante una política tributaria, utilizar una parte de los recursos económicos de la sociedad para asegurar los beneficios sociales y satisfacer ciertas necesidades sociales, habilitando así una base económica para justificar el incremento de la actividad de gobierno, dado que el capitalismo irrestricto era ineficaz e inhumano, debido a que las fuerzas del mercado tendían a concentrar el poder adquisitivo en manos de una minoría pudiente, y que frente al exceso de productos de consumo se buscan mercados exteriores mediante la agresión imperialista. Por ello, ese exceso de abundancia que no podía ser consumido por las clases ricas debía ser canalizado a través de salarios de subsistencia y de servicios sociales adecuados para las clases más necesitadas, de esta forma se podía dotar a esta clase de una nueva capacidad adquisitiva que estarían en condiciones de demandar bienes. En consecuencia, al promover la justicia social, se contribuiría a eliminar las crisis cíclicas del capitalismo. Sin embargo, un gobierno más activo no equivalía en modo alguno a imponer igualdad de ingresos y riquezas, con la consiguiente asfixia de la iniciativa privada, el objetivo era proporcionar una base de bienestar material por debajo del cual nadie pudiera caer en la degradante pobreza. Su efecto sería reforzar la libertad personal para que todos los ciudadanos pudieran amoldar la estructura de sus vidas de acuerdo con su capacidad y preferencias personales. La meta del bienestar social era la de "poder orientar uno mismo su propia personalidad"[41], por consiguiente el capitalismo modificado propiciaría la base económica para que cada uno tuviera la oportunidad de hacer uso de los valores de autogobierno que los liberales habrían tenido siempre en tanta estima[42].

37 ECCLESHAL, Robert. Op. cit. p. 66.

38 GREEN, T. H. "Legislación liberal y libertad de contratación (1881)". Citado por: ECCLESHALL, Robert. Op. cit. p. 66.

39 HOBHOUSE, L.T. "Democracia y reacción (1905)". Citado por: ECCLESHALL, Robert. Op. cit. p. 68.

40 HOBSON, J.A. "La reafirmación de la democracia (1902)". Citado por: ECCLESHALL, Robert. Op. cit. p. 68.

41 HOBSON, J.A. "El liberalismo (1911)". Citado por: ECCLESHAL, Robert. Op. cit. p. 69.

42 ECCLESHAL, Robert. Op. cit. p. 69.

En América Latina del siglo XXI, el núcleo esencial del proyecto democrático social o participativo está conformado por una concepción de profundización y radicalización de la democracia, que confronta con nitidez los límites atribuidos a la democracia liberal representativa como sistema privilegiado de las relaciones entre Estado y sociedad. En ese sentido, la participación de la sociedad en los procesos de decisión asume un papel central para la democratización, vista como un instrumento de construcción de mayor igualdad, en la medida en que contribuye a la formulación de políticas públicas orientadas con ese objetivo. Esta participación también ayuda a la desprivatización del Estado, que se vuelve más permeable al interés público y menos subordinado a la apropiación privada de sus recursos. Se trata de una participación activa, distinguiéndose de una noción de participación que se limita a la consulta popular. Esta participación activa, tiene como consecuencia la práctica de "rendición de cuentas" dado que la toma de decisiones ya no estaría monopolizada por el Estado, aplicando mecanismos de seguimiento y monitoreo sobre el desempeño estatal por parte de la sociedad con el fin de garantizar su carácter público. Se redimensiona el concepto de sociedad civil, conformada por los sectores organizados de la sociedad en forma amplia e inclusiva, creando espacios públicos sociales de deliberación y discusión, como instrumento político privilegiado para el avance del proceso de construcción democrática. Un elemento adicional, central en este proyecto y dirigido hacia la construcción de una mayor igualdad, es la construcción de una nueva ciudadanía afirmando la ampliación y defensa de los derechos, asegurando derechos colectivos, participación en la gestión del Estado y en las decisiones políticas, con un vínculo indisoluble entre el derecho a la igualdad y el derecho a la diferencia. Esta visión de ciudadanía trasciende el mero reconocimiento legal de los derechos, hacia una posición de defensa y promoción de los derechos por parte del Estado y de los límites estrictos de la relación Estado–individuos, para inclinarse hacia el ámbito de las relaciones sociales en su conjunto, en los cuales el reconocimiento de los derechos debe fundar en parámetros de convivencia en la sociedad[43].

Así, en un Modelo Democrático Social–Participativo, se desarrolla un proceso activista o solidario, en donde la "asignación de esfuerzo procesal" del Estado es mayor al asignado a las partes. Se subvenciona "costos" del proceso a las partes, bajo el sustento del concepto de "justicia" como "principio de imparcialidad". Según este concepto se separa la diferencia del poder de negociación con el concepto de la justicia. El motivo para un comportamiento justo no es el autointerés, sino el actuar en concordancia con principios que razonablemente no podrían ser rechazados por quienes buscaran un acuerdo con otros bajo condiciones libres de ventajas y desventajas negociadoras[44]. En este caso, el objetivo del proceso es alcanzar la "justicia" como principio de imparcialidad, es decir, una justicia equitativa de acuerdo a las políticas que da el Estado, siendo la función jurisdiccional a través del proceso una herramienta de implementación de políticas públicas. Así, el contrato social como fundamento del Estado no es la alineación de intereses particulares, sino que representa intereses comunes y se convierte en un modelo genético colectivo de aprendizaje permanente, el cual la función jurisdiccional trata de desarrollar. En este modelo procesal, el fin no es "maximizar intereses personales", sino distribuir el bien "justicia" de manera equitativa, por ello el diseño procesal busca "optimizar recursos", es decir, un proceso eficiente, y en razón de ello la "justicia" se puede entender cuando el punto de equilibrio de la "acción" y "jurisdicción", se encuentra más cerca del punto más bajo de los costos del proceso.

En síntesis en la relación jurisdicción–acción, que conforma el Sistema de la Tutela Jurisdiccional, como representación de la relación Estado–Sociedad, se realiza a través del proceso legal. Este mecanismo puede tener distintas características con relación al proyecto político en el cual se desarrolla. Por un lado, el modelo democrático participativo o social, a través del proceso legal, como actividad institucional del Estado, se verifica en la implementación de políticas públicas, por ello puede tomar el carácter de un proceso eficiente–activista, cuya característica es la "optimización de recursos" para solucionar el conflicto de la forma más rápida posible, en tanto, se inspira en el valor de "justicia como imparcialidad" correspondiendo la mayor "asignación de esfuerzo procesal" al Estado a través del juez.

En contraposición a ello, en el proyecto democrático neo liberal, el fin del proceso es la resolución del conflicto particular, y por ello su característica es la "maximización de beneficios", generando un proceso legal de carácter "competitivo–adversarial", cuya mayor asignación de esfuerzo procesal corresponde a las partes, inspirado en el principio de "justicia como garantía de ventaja mutua", a fin de reproducir en el proceso la ventaja

[43] DANIGNO, Evelyna; OLVERA, Alberto J. y Aldo PANFICHI. "La disputa por la construcción democrática en América Latina". Veracruz: Fondo de Cultura Económica. 2006. pp. 53-58.

[44] BARRY, Brian. "Teorías de la Justicia". Barcelona: Gedisa. 2001. p. 23.

material original como incentivo para acudir al sistema.

V. REDEFINIENDO EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL

En el tema del Derecho Procesal, América Latina ha seguido la misma línea para la sociedad en general y el derecho en particular, pasando a ser una continuidad, mimetismo y alineación con el pensamiento europeo del siglo XIX y XX. "En el volumen sobre América Latina, en cambio, el énfasis es puesto, no tanto en la autonomía, diferencia y originalidad, sino en la continuidad e influencia que los criollos exhiben respecto de los europeos. Por eso, América Latina y sus autores, aunque tratados con respeto, son una tradición *ius* teórica débil, en la que el mérito consiste, precisamente, en el mimetismo y la alineación con lo europeo. Igualmente, notable es el alto nivel de la abstracción de la iusfilosofía latinoamericana, verdaderas reflexiones profesorales que, a diferencia de sus contrapartes europeas, se ubican a gran distancia de las preocupaciones corrientes de la práctica profesional"[45].

Ante la explicación de la supuesta crisis del modelo de proceso activista y solidario que tiene mayor influencia en las legislaciones procesales latinoamericanas de finales del siglo pasado, y a consecuencia que resulta a veces incoherente con una actual política económica de liberalización del mercado en América Latina, entrando en un aparente conflicto, por un lado se aumentan los poderes del funcionario público en el desarrollo de la actividad jurisdiccional y su capacidad de coerción, y contrariamente en el aspecto económico se reduce el Estado. El criterio posmoderno de las ciencias sociales y políticas que diagnostican para el Estado a veces fenómenos de disolución, a veces una pérdida de poder, a veces el fin del Estado[46], hace una reflexión respecto a cuáles son las probabilidades para la implementación de un modelo procesal coherente con el Sistema Político General para el caso de países pobres y con un alto grado de desigualdad, como el Perú y América Latina en general, partiendo de que la democracia es un contrato social entre los miembros de la sociedad sobre una distribución justa de derechos; es decir, de bienes y servicios que se sacan del mercado para ser distribuidos a la sociedad en forma de derechos políticos y económicos, pero que esta democracia no existe en nuestros países porque el conjunto de derechos económicos es también más limitado. En consecuencia, dicho contrato no puede existir sino existen primero los respectivos sujetos sociales y políticos, y si el ejercicio de los poderes públicos no se basa en un sistema legal que asegure y garantice la justicia[47].

Así, se ha trazado la dirección de la búsqueda de una cultura judicial para América latina del siglo XXI en dirección de adecuación a la política, cuestionando si corresponde un modelo procesal de ¿competitividad o equidad procesal?, con relación a la propuesta de un Sistema de Tutela Jurisdiccional que funciona como un sistema de producción de la "justicia", a través de la interacción de un bien del Estado (jurisdicción) y de un bien particular (acción), la cual se logra a través del proceso cuyo modelo debe ser coherente con los demás sub sistemas, políticos, económicos, sociales. En razón de ello, en una sociedad con un alto grado de desigualdad y pobreza, como la sociedad latinoamericana el Sistema de Tutela Jurisdiccional se cumple a través del proceso; luego, la cuestión a resolver sería si debería estar basado en la competitividad (individualidad) o en la equidad (distribución). Es decir, el proceso debe "maximizar beneficios" u "optimizar recursos", y de ello depende la "asignación de esfuerzo procesal" a las partes o al juez, en correspondencia con los valores de justicia que inspiran el proyecto político a desarrollar.

Para poder evaluar la situación descrita, se entra en un campo distinto que es la definición del concepto de "justicia por esquemas" y "justicia por realizaciones"[48]. La primera perfilada por Kant hasta Rawls entiende que existe un comportamiento correcto en tanto haya instituciones correctas, es decir, el enfoque de la justicia se da hacia las instituciones, si las instituciones son justas, la sociedad será justa, lo cual se contrapone a la concepción de la "justicia basada en realizaciones", que se sustenta en el utilitarismo de Bentham, y se concentra en el comportamiento real de la gente en lugar de presumir la observancia general de un comportamiento ideal.

En esta propuesta del Sistema de la Tutela Jurisdiccional, la "justicia en esquemas" se ha identificado con lo que se ha denominado "justicia abstracta" que bien puede responder al principio de

45 LÓPEZ MEDINA, Diego. "Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana". Bogotá: Legis. 2005. p. 25.

46 HÖFFE, Otfried. Op. cit. p. 165.

47 JIMENEZ, Félix. "Teoría Económica y Desarrollo Social. Exclusión, desigualdad y democracia. Homenaje a Adolfo Figueroa". Lima: Fondo Editorial PUCP. 2009. p. 10.

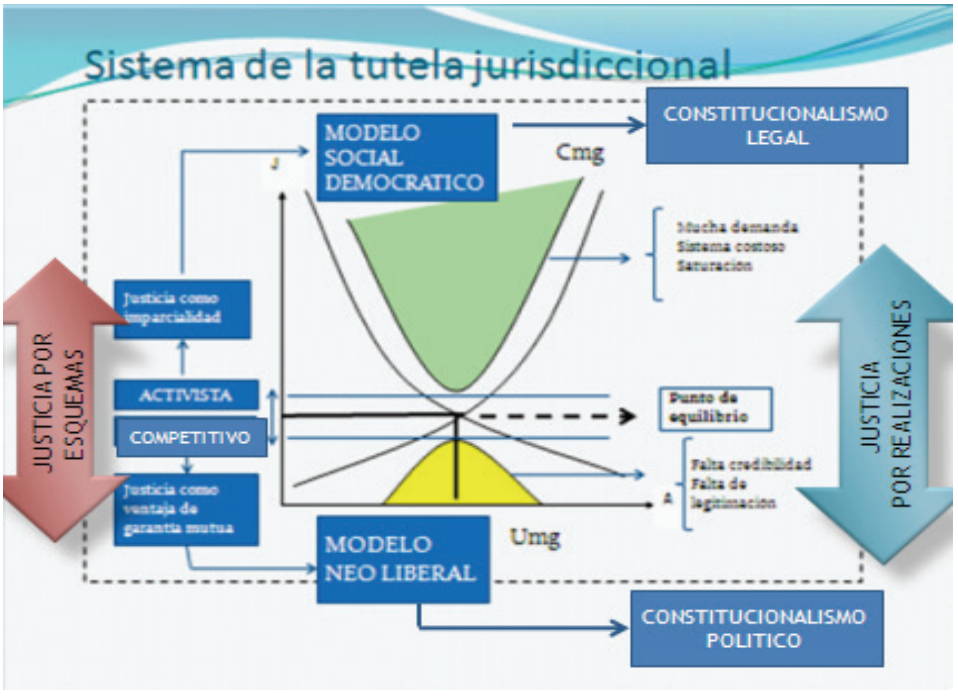
48 SEN, Amaryta. "La idea de la justicia". México Distrito Federal: Tauros. 2010. pp. 15-51.

justicia como garantía de ventaja mutua o justicia como imparcialidad. Mientras que la "justicia por realizaciones" se ha identificado con lo definido como "justicia concreta" que corresponde al punto más cercano al punto de equilibrio en la relación jurisdicción–acción, ya sea en el punto más bajo de "costos procesales" o en el punto más alto de "maximización de beneficios". "La necesidad de una comprensión de la justicia basada en logros está relacionada con el argumento de que la justicia no puede ser indiferente a las vidas, experiencias y realizaciones humanas, no puede ser suplantada por información sobre las instituciones existentes y las reglas operantes"[49].

Por ello, el problema central se basa en la formación de los modelos procesales al amparo de doctrinas y experiencias extranjeras, éstos se han inspirado en mirar hacia el lado de la "justicia por esquemas", tratando de crear instituciones justas, pero se ha marginado el lado de la "justicia por realizaciones", dejando para este aspecto sólo soluciones de técnicas, siendo, como ya se ha comentado, América Latina un territorio con alto grado de desigualdad, pobreza, desintegración.

Si se revisa nuevamente el esquema para el Sistema de la Tutela Jurisdiccional que se ha propuesto, ahora se podrá apreciar que entre el punto más próximo de un "proceso eficiente" o un "proceso útil" al punto de equilibrio, siempre va a haber un espacio, es decir, siempre habrá un "campo de injusticia", luego las propuestas procesales se han orientado hacia la creación de instituciones justas de acuerdo a la opción política adoptada pero no han puesto relieve en que la misión de los organizadores del proceso debe orientarse a "tratar de reducir siempre ese espacio inevitable de injusticia", ya sea en un modelo procesal eficiente o competitivo. Una perspectiva enfocada en la realización también hace más fácil comprender la importancia de la prevención de la injusticia manifiesta en el mundo, en lugar de lo perfectamente justo, dado que la justicia no consiste tan sólo en tratar de conseguir una sociedad con unos esquemas sociales perfectamente justos, sino también en evitar y prevenir la injusticia manifiesta.

En consecuencia, es necesario un cambio de rumbo hacia la necesidad de una teoría que no se confine a la elección de instituciones, ni a la identificación de esquemas sociales ideales. La necesidad de una comprensión de la justicia basada en los logros está relacionada con el argumento de que la justicia no puede ser indiferente a las vidas que las personas pueden realmente vivir. La importancia de las vidas, experiencias y realizaciones humanas no pueden ser suplantadas por información sobre las instituciones existentes y las reglas operantes. Si bien las reglas y las instituciones son muy importantes por su influencia en lo que sucede y por ser parte esencial del mundo real, la realidad efectiva esta más allá de la imagen organizacional e incluye las vidas que la gente es capaz o no de vivir[50].



[49] Ibíd. p. 51.
[50] Ibíd. p. 50.



AÑOS

TRAMARSA

OPERADORES PORTUARIOS

LA EVOLUCION ESTA EN MARCHA

ISO 14001:2004
Certificate Number: 43034

OHSAS 18001:2007
Certificate Number: 39972

ISO 9001:2008
Certificate Number: 69425

Marca de Garantía
Puerto del Callao
AUTORIZACIÓN DE USO
AGENCIAMIENTO MARITIMO AM-003
SERVICIO DE PRACTICAJE SP-004
SERVICIO DE REMOLCAJE SR-005
SERVICIO DE ESTIBA SE-007

ISPS CODE

ABE
ASOCIACIÓN DE BUENOS EMPLEADORES
SOCIO

BASC
BUSINESS ALLIANCE FOR SECURE COMMERCE
CERTIFICADO BASC
PERLIM00102

DUANY & KRESALJA
ESTUDIO DE ABOGADOS

ENLAZAMOS

ARGUMENTOS

DANDO

SOLUCIONES



LIMA - PERÚ
www.duakre.com.pe

SPDA
Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

ACERCA DE LOS "ISMOS" EN MATERIA PROCESAL CIVIL

Jorge W. Peyrano*

El sufijo "ismo" es utilizado para formar sustantivos que suelen referirse a doctrinas, escuelas o sistemas. En este artículo el sufijo se contextualiza para referirse a realidades distintas, a doctrinas que –aunque a veces contrapuestas– se relacionan entre sí dentro del Derecho Procesal.

El reconocido autor argentino hace exposición de los distintos "ismos" que existen dentro del Derecho Procesal. Así, explica distintas vertientes doctrinarias como el garantismo, el eficientismo y el activismo. La relevancia de los "ismos" es manifiesta siempre que la divergencia de doctrinas es justamente lo que nos lleva a las distintas percepciones que hacen que el Derecho evolucione.

* Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Vocal de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario-Argentina.

I. INTRODUCCIÓN

El sufijo "ismo" es propuesto y empleado para identificar realidades distintas, pero de algún modo relacionadas entre sí. Así, por ejemplo, para denotar un movimiento artístico de vanguardia[1], una corriente de pensamiento innovadora; y también para significar adhesiones a tendencias (por ejemplo, activismo procesal, tal como se verá más abajo) doctrinas, partidos, religiones, etc. o simplemente disposiciones de ánimo o actitudes (por ejemplo, *canibalismo procesal*, según se observará *infra)*.

Los profundos cambios sufridos por el proceso civil nacional en las últimas décadas[2] y los remezones consiguientes, explican la aparición –no siempre bienvenida– de plurales corrientes del pensamiento procesal que son acreedoras a que se les endilgue algún *"ismo"*. Las líneas que siguen, examinarán, sumariamente, algunas de ellas con la intención principal y acotada de dar noticia sobre sus perfiles.

II. EL POPULISMO PROCESAL

Dice bien Marcos Aguinis que "[e]l populismo simula ser revolucionario y lo simula muy bien. De ese modo atrapa la pasión de jóvenes, intelectuales y gente solidaria, que cae bajo sus embotantes malabarismos ideológicos". Y es que la primera nota identificatoria de dicha corriente es que simula ser revolucionaria cuando en realidad mira hacia el pasado y más bien propende a mantener el estado de cosas imperante. Lo grave es que su prédica –pletórica de invocaciones a la libertad– suele ser un cebo tentador para atraer a los más idealistas. Algunos desprevenidos (la mayoría de ellos bienintencionados) se han dejado convencer acerca de las ventajas de las situación imperante que, entre otras cosas condenables, ha legitimado una suerte de inversión de los roles tradicionales que va contra el sentido común: en materia Penal, se diseña una sociedad indefensa donde el protegido debe ser el delincuente y el permanente olvidado, la víctima; en materia Civil se exagera la "debilidad" del deudor (vituperado por el viejo y sabio Derecho Romano) y se "demoniza" la figura del acreedor como si, fatalmente, siempre éste fuera un mercader de Venecia, una multinacional "sin corazón" o una entidad financiera que practicara la usura[3]. Además, es *estéril* porque por considerar defendible el aparato procesal que se encuentra en operaciones y poco recomendables las innovaciones que se vienen proponiendo para modernizarlo, no proporciona instituciones o herramientas procesales novedosas y ni tan siquiera suma interpretaciones más progresistas a las ya conocidas[4]. Asimismo, es *grandilocuente* porque lo seducen las *grandes palabras*, pero sucede que las vacía de contenido. Así, suele utilizar la expresión "debido proceso" limitándose a la parte exógena o formal de dicha garantía con olvido de que el norte debe ser un proceso justo y con olvido, también, de la posición del acreedor que igualmente posee un derecho Constitucional a obtener la percepción de su crédito pronta y expeditamente[5].

Puede considerarse que, en alguna medida, el populismo procesal está encarnado en lo que se denomina "garantismo procesal", del que nos ocuparemos enseguida.

III. EL GARANTISMO PROCESAL

Para justificar el uso de dicha denominación, se ha manifestado que: "*El garantismo procesal* es una posición doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto tal orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución. En otras palabras, los autores así enrolados no buscan un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar a todo trance las garantías constitucionales. La voz *garantista* o su sucedáneo *garantizador* proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra *Derecho y razón* y quiere significar que por encima de la *ley* con minúscula está siempre la *Ley* con mayúscula (la Constitución). En otras palabras: guarda adecuado respeto a la gradación de la pirámide jurídica"[6] . Descartados los buenos propósitos de sus cultores y la calidad científica de sus mentores, creemos que olvidan que el juez del proceso civil no es un árbitro deportivo únicamente interesado en que los jugadores observen las reglas del juego, sin poder agregar ni modificar nada de lo que hicieren

1 MOLINER, María. "Diccionario de uso del español". Tomo 1. Madrid: Editorial Gredos. 2007. p. 1691.

2 PEYRANO, Jorge W. "El Derecho Procesal Civil de las posibilidades ilimitadas o el fin de los sistemas". En: "Procedimiento Civil y Comercial: Conflictos procesales". Tomo 2. Rosario: Editorial Juris. 2003. pp. 219 y siguientes.

3 PEYRANO, Jorge. "Acerca del populismo procesal". En: "Nuevas apostillas procesales". Santa Fe: Editorial Panamericana. 2003. p. 248.

4 Ibid. p. 249.

5 Ibid. p. 250.

6 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. "El garantismo procesal". En: Academia Nacional De Derecho Y Ciencias Sociales De Córdoba. "Activismo y garantismo procesal". Córdoba: Editorial Advocatus. 2009. p. 145.

o dejaran de hacer aquéllos. El resultado de dicha preterición es el *minimalismo procesal* del que hablaremos más luego. A ello se suma una lectura de la Constitución Nacional que no es, pensamos, la correcta[7] porque ésta privilegia, ante todo, que el proceso civil se corone con una sentencia justa[8].

Para conocer, más detalladamente, las singularidades del garantismo procesal es suficiente con invertir las correspondientes al activismo procesal, del que también daremos cuenta más adelante.

IV. EL *MINIMALISMO* PROCESAL

Íntimamente enraizado en el garantismo procesal –del cual es una derivación– representa una posición que priva de toda iniciativa al juez civil sea de índole probatoria (por ejemplo, el dictado de medidas para mejor proveer) o de otra laya (por ejemplo, reconducción del trámite, rechazo *in limine* de una pretensión, etc.).

Esta corriente, emparentada con el neutralismo –ya superado– del procedimentalismo francés, es denominada así por asemejarse a lo que se interpreta, en general, por *minimalismo*; línea de pensamiento –especialmente fuerte en Pintura, Arquitectura y Decoración– que pregona la necesidad de construir realidades reducidas a lo esencial y desprovistas de elementos sobrantes. Su divisa de fe –cuyo autor fuera Mies Van Der Rohe– es "menos es más". Ella también podría caracterizar adecuadamente al *minimalismo procesal* que proclama la conveniencia de reducir al mínimo el quehacer judicial; limitándolo prácticamente a la función de declarar el Derecho en oportunidad de emitir la sentencia de mérito y a procurar que durante la tramitación del proceso las partes y sus letrados observen formalmente las conductas programadas por el legislador, sin modificar ni incorporar nada de su cosecha. Cappelletti, denostó, sin tapujos, dicha toma de posición, expresando que "[s]on demasiado conocidos, por otra parte, también los arbitrios, los abusos y las flagrantes injusticias que por siglos se han ido cometiendo en nombre de una absoluta neutralidad y apartamiento del juez, y de una igualdad puramente formal. La teoría de la prueba legal fue un antiguo ejemplo de ello. La teoría deportiva del derecho procesal, es un ejemplo moderno de lo mismo… Es conocida la incisiva denuncia de Roscoe Pound respecto del procedimiento civil americano al que le imputa haber degenerado en una teoría deportiva de la justicia, en la que el juez desempeña el papel de un mero árbitro, que asegura que se observen las reglas del juego"[9].

La vuelta al pasado que involucra el minimalismo procesal en lo tocante a la función judicial implica un retorno del juez –fantoche que ya era objeto de escarnio a comienzos del siglo XX. Dicha manifestación de un liberalismo procesal exacerbado, determina que los jueces deban ser "fugitivos de la realidad" por obligarlos a cerrar los ojos ante la comprobación de que, fatalmente, su pasividad redundará en un pronunciamiento que no distribuirá el pan de la Justicia.

V. EL ACTIVISMO PROCESAL

El activismo procesal –fórmula que se cree fue enunciada por vez primera por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, alrededor de 1992– se particulariza por las prendas que a continuación se enumeran: el activismo procesal confía en los magistrados; el activismo procesal es creativo y le ha aportado numerosos nuevos institutos y herramientas procesales; las ideas activistas han tenido un buen eco legislativo; el activismo procesal pareciera involucrar una dinámica de sus propios conceptos; el activismo procesal se preocupa ante todo por las justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar al sistema procesal respectivo; el activismo procesal propone una lectura distinta de la Constitución Nacional; el activismo procesal se caracteriza por depositar en manos de los jueces la facultad de dictar pruebas oficiosas o para mejor proveer, pero no se agota con el otorgamiento de dicha atribución[10].

Se trata de una corriente del pensamiento procesal prevaleciente en la actualidad en la Argentina y en los cenáculos científicos foráneos de mayor trascendencia.

Las últimas reformas procesales civiles provinciales (Corrientes, Chaco, Entre Ríos, Formosa, La Pampa, Río Negro, San Juan y Santiago del Estero), han incorporado buena parte del ideario activista.

7 "Para el activismo judicial la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el pan de la Justicia, sino más bien un estímulo… Zagrebelsky ha llegado a decir que los principios constitucionales encierran un mandato tácito que, llegado el caso, pueden determinar que deba dejarse de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio". Ver: PEYRANO, Jorge W. "Sobre el activismo judicial". Op cit. p. 17.

8 Todavía resuenan las palabras de Germán Bidart Campos cuando enseñaba que "el juez es el administrador de la Justicia; con ley, sin ley o contra la ley porque el valor Justicia prevalece sobre la ley y nuestra Constitución así lo deja entrever a quienes saben comprenderla cuando manda en el Preámbulo afianzar la Justicia. Con ley, sin ley o contra la ley".

9 CAPPELLETTI, Mauro. "La oralidad y las pruebas en el proceso civil". Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Ejea. 1972. pp. 79 y siguientes.

10 PEYRANO, Jorge. "Sobre el activismo judicial". Op. cit. pp. 12 y siguientes.

Parte de la premisa de privilegiar a ultranza el proceso justo o, mejor, el proceso con resultado justo, en la medida en que la Justicia humana –siempre deficitaria y fragmentaria– puede lograrlo.

VI. EL EFICIENTISMO PROCESAL

Se singulariza este "*ismo*" por ponderar muy especialmente a la finalidad del proceso civil en general y a las finalidades de las instituciones y herramientas procesales de que se sirve[11]. Asimismo, se preocupa por analizar y mejorar el rendimiento del Servicio de Justicia, y para ello reclama la ayuda de ciencias auxiliares[12]. Por añadidura, se caracteriza por abrirse –con la prudencia del caso– a experiencias foráneas y a aceptar el trasplante (con los ajustes que correspondieren) de instituciones procesales probadas en otros países de cuño análogo al nuestro[13]. Vaya un ejemplo: todo lo que se incorporó a nuestra praxis después de conocidas las enseñanzas de Mauro Cappelletti, vertidas en su "Acceso a la Justicia"[14].

El eficientismo procesal, en suma, viene a representar un cuarto estadio de los conocimientos procesales (los otros son la práctica forense, el procedimentalismo y el procesalismo) que ha venido a insuflar aires nuevos al tradicional ámbito del procesalismo clásico. Sus ideas armonizan y complementan a las ideas activistas, generándose así una sinergia que reputamos muy beneficiosa.

VII. EL EXISTENCIALISMO PROCESAL

Alguna vez señaló el maestro bonaerense Pedro Bertolino[15] que las ideas que hoy se rotulan como activistas o eficientistas "se preocupan más por la existencia que por la esencia de las instituciones procesales", y tenía razón. Sin darnos cuenta cabalmente, quien esto suscribe –y muchos otros– nos interesamos en mayor medida "por conocer el proceso y su circunstancia y no tan sólo por indagar sobre el proceso "cómo debería ser". Dicho de otro modo: nos resulta más atractivo bucear en el *proceso-real* que en el *proceso-virtual* o programa, según el elegante decir de Barrios de Ángelis"[16].

Cabe acotar que resulta difícil consignar caracteres definidos al existencialismo. Las diversas manifestaciones existencialistas provienen, por derivación inmediata o por condicionamiento problemático, de la especulación teológico-filosófica del pensador danés Soren Kierkegaard. De todos modos, debe admitirse que las primigenias ideas de Kierkegaard encontraron un feraz y extenso desarrollo en Jaspers, Heidegger, Sartre y Unamuno. Cierto es que los mencionados pensadores no siempre coinciden entre sí, pero al menos concuerdan en algo: esta nueva filosofía centra su problemática en el hombre concreto. El punto de partida no va a ser el *cogito*, sino el *sum*, en que el propio *ego* consiste. El *sum* se encuentra implantado en una situación que le es impuesta. Esta situación, única para cada hombre, es irrenunciable e incambiable. También a nosotros –y no estamos solos– nos convoca y entusiasma el proceso concreto, la necesidad de diseñar un Derecho procesal de excepción llegado el caso[17] y la conveniencia de estar atentos permanentemente a las circunstancias reinantes que puedan legitimar ajustes en los mecanismos procesales predispuestos[18].

Hacer Justicia en serio reclama como presupuesto insoslayable recuperar el interés por el proceso y por su circunstancia o *situación*, como preferirían decir los pensadores existencialistas. Concebimos al *existencialismo procesal* como una visión dinámica del fenómeno procesal, que viene a posibilitar la mejoría y el cambio en el funcionamiento del Servicio de Justicia.

11 PEYRANO, Jorge W. "El cuarto estadio de los conocimientos procesales: El eficientismo procesal". Op. cit. p. 183.

12 Ibid. p. 181.

13 Ibídem.

14 CAPPELLETTI, Mauro y Garth, BRYANTH. "El acceso a la Justicia". Traducción de Samuel Amaral. Buenos Aires: Edición del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata: 1983. Passim.

15 PEYRANO, Jorge W. "Conferencia la recensión de "El proceso atípico"". En: Jurisprudencia Argentina. Boletín del 8 de febrero de 1984. Buenos Aires: Editorial Universidad. 1984.

16 PEYRANO, Jorge W. "El proceso atípico". Parte tercera. Buenos Aires: Editorial Universidad. 1985. p. 155.

17 Un Derecho Procesal de excepción es un ramillete de instrumentos que valora, muy especialmente las circunstancias del caso (o sea el ajuste de la decisión judicial a las particularidades de la causa) que revelan que se está frente a un supuesto excepcional que no puede ser objeto de los parámetros corrientes. Ver: PEYRANO, Jorge W. Op. cit. p. 19.

18 La doctrina de las cargas probatorias dinámicas es una buena muestra de un Derecho Procesal de excepción. Ver: Ataneo De Estudios Del Derecho Procesal Civil De Rosario. Conf. "Cargas probatorias dinámicas". Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni. 2004. Passim.

VIII. COLOFÓN

Si bien nunca nos agradaron demasiado los "ismos"[19], constituyen una realidad insoslayable que merece atención.

En la mayoría de los casos (no todos), esconden alguna suerte de exceso de entusiasmo en la defensa de una posición asumida. No resulta absolutamente inconveniente dicha potenciación, en tanto no melle la necesaria objetividad que debe presidir todo debate mantenido en el ámbito científico.

En verdad, si algo aqueja a la Argentina en general y al mundo procesal nativo en particular, es su bipolaridad maniquea propia de una lógica binaria resumida en la dicotomía "amigo-enemigo" tan usada por Carl Schmitt. El referido autor alemán –adscripto a la escuela del Realismo Político– encontraba en dicha antinomia la piedra angular de su pensamiento; sosteniendo que "enemigo es simplemente el otro que está en contra de mi posición", no interesando la moralidad o acierto del "enemigo". Algo de eso quizás ocurra a quienes militan en las filas antagónicas del activismo y del garantismo procesal, hasta el punto que, quizás, ambos bandos incurran en una suerte de "*canibalismo procesal*" del que diéramos cuenta en otra oportunidad[20].

Hoy, como ayer, somos de la idea que "resulta inconveniente la "demonización" de cualquiera de las corrientes en las que se divide el pensamiento jurídico procesal actual. Seguramente, algo habrá de rescatable y aun de elogiable en lo sostenido por una de ellas que pueda llegar a morigerar o, inclusive, a modificar el entramado de la restante. Las posturas crudamente maniqueas son acientíficas y conspiran contra el progreso de la disciplina respectiva"[21].

Y para el final, una admisión. Creemos, sinceramente, que el estado agonal del proceso civil argentino demuestra que todavía no está consolidado el nuevo modelo y que su ideario y las numerosas herramientas procesales generadas deben decantarse y probarse en la criba de la experiencia y la praxis. Confiamos en ellas y en su veredicto.

19 PEYRANO, Jorge W. Op. cit. p. 252.

20 "Y, ¿qué quiere significarse cuando se habla del canibalismo procesal? Pues a la tendencia que se registra en muchos compatriotas comprometidos en el quehacer intelectual, a devorarse unos a otros como si fueran presa de un deseo contestatario irrepresible, que apunta no a la "crítica constructiva", sino más bien a la demolición de lo construido solamente porque viene a quebrar la línea del horizonte o, quizás porque pretenden la destrucción de toda obra ajena solamente por eso, es decir, por ajena". Ver: PEYRANO, Jorge W. Op. cit. p. 187

21 PEYRANO, Jorge W. Op. cit. p. 19.

JORGE AVENDAÑO ◆ FORSYTH & ARBE

ABOGADOS

DE LAS MEDIDAS CAUTELARES A LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS ¿UN AVANCE DEL DERECHO PROCESAL?

Joan Picó i Junoy*

La evolución del Derecho Procesal y la discusión doctrinaria acerca de las exigencias innovadoras que la efectiva tutela jurisdiccional requiere, han hecho surgir, a nivel legislativo, nuevas instituciones procesales que buscan proteger situaciones que, hasta hoy, no han podido ser satisfechas a través de la tutela cautelar.

En el presente artículo, el autor, advirtiendo la existencia de dichas necesidades, realiza un agudo análisis acerca de las experiencias que, en el mundo, han dado lugar al nacimiento de las llamadas "medidas autosatisfactivas", erigidas como una vía autónoma, paralela a la tutela cautelar que busca garantizar la protección de los derechos de las personas ante situaciones de particular urgencia.

* Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Rovira i Virgili (España). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la International Association of Procedural Law.

I. INTRODUCCIÓN: DE LAS MEDIDAS CAUTELARES A LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

Una de las grandes preocupaciones del Derecho Procesal moderno lo constituye la búsqueda de mecanismos que permitan una rápida eficacia de la tutela jurisdiccional. En este empeño encontramos propuestas dirigidas a proteger determinadas situaciones que requieren de una urgente intervención judicial. Sin embargo, la rapidez en la prestación de la tutela judicial no puede lograrse a base de limitar los derechos fundamentales del demandado, muy especialmente su derecho a la defensa.

Para los supuestos de urgencia, el sistema procesal civil español ofrece una regulación de las medidas cautelares sumamente amplia, incluyendo en su seno las de contenido anticipatorio (artículos 726.2 y 727.1.7 o 9 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil).

Para la adopción de una medida cautelar se exige la concurrencia de los clásicos presupuestos del periculum in mora (artículo 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el *fumus boni iuris* (artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y la caución (artículo 728.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y, para los supuestos muy urgentes, se permite la adopción de la medida cautelar con anterioridad a la presentación de la demanda principal e *inaudita parte* (artículos 730.2 y 733.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente).

Mediante la medida cautelar se puede lograr dos tipos de efectos: uno conservativo, manteniendo la situación existente al momento de interponer la demanda (artículo 721.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y otro anticipatorio, posibilitando la realización de actos que adelantan provisionalmente lo que se pretenda en el proceso (artículo 726.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En cualquier caso, todas las medidas cautelares se caracterizan por su instrumentalidad, esto es, por ser accesorias a un proceso principal (artículo 721.1 y 731.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Junto a estas medidas cautelares, cuya configuración es similar en la mayoría de los países de nuestra órbita cultural, se están ideando nuevas instituciones procesales cuya única finalidad es proteger con urgencia determinadas situaciones de forma definitiva. En Argentina, el profesor Peyrano aparece como el máximo defensor de las denominadas "medidas autosatisfactivas". Para este autor, en expresión muy gráfica, "todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar"[1], por lo que cuando se dan situaciones de urgencia que no pueden encontrar una debida solución en el marco de la tutela cautelar resulta necesario buscar un mecanismo que resuelva definitivamente la urgencia, esto es, sea independiente de un proceso posterior. Y ello sucede cuando el justiciable pretende "remover la urgencia, y punto, es decir, no pretende ni desea promover pretensión principal alguna posterior"[2]. Con estas medidas, "se procura remediar la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica conforme a la cual sólo puede obtenerse una solución jurisprudencial urgente a través de la promoción de una cautelar que, ineludiblemente, reclama la ulterior o concomitante iniciación de un proceso principal, so pena del decaimiento de la respuesta jurisdiccional urgente obtenida"[3]. El problema de las medidas cautelares reside en su instrumentalidad respecto de un proceso principal, por lo que en determinadas situaciones de urgencia, de mantenerse la teoría clásica cautelar, se exige "inventar procesos principales para poder estar en condiciones de encaballar en las mismas solicitudes cautelares cuya sustancia es, en realidad, lo único que les interesa y motoriza. Casi huelga aclarar que dichos procesos inventados o son derechamente abandonados o se impulsan al solo efecto de evitar perenciones"[4]. Ante esta situación, las medidas autosatisfactivas pretenden configurarse como un instrumento eficaz de tutela judicial urgente con autonomía propia, esto es, no cautelar.

En la doctrina procesal argentina existe en la actualidad un profundo debate científico sobre si las medidas autosatisfactivas constituyen un mecanismo procesal válido para la protección de determinadas situaciones urgentes, y buena muestra de ello lo constituye la existencia de más de medio centenar de estudios sobre las mismas.

Y dentro de este debate de opiniones, lo cierto es que las medidas autosatisfactivas han recibido el respaldo de la mayoría de la doctrina procesal argentina[5], de diversos congresos de Derecho

1 PEYRANO, Jorge. "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas". En: Jurisprudencia Argentina. 1997. p. 926.

2 Ibídem.

3 PEYRANO, Jorge. "La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución". En: "Medidas autosatisfactivas". Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2001. p. 16.

4 PEYRANO, Jorge. "Lo urgente y lo cautelar". En: Jurispruencia Argentina 5923. 1995. p. 2.

5 Al margen de los trabajos de Peyrano ya citados, debo destacar a Morello, quien en diversos estudios ya había planteado la necesi-

Procesal argentinos[6], de cierta jurisprudencia[7], y ya se encuentran recogidas expresamente, y con carácter general, en diversos textos prelegislativos de importantes provincias –como la de Buenos Aires[8] y la de Santa Fe[9]– y en textos normativos de otras provincias –como la del Chaco[10]. Además, en la normativa actual se han identificado preceptos que, de forma encubierta y para supuestos concretos, parecen recoger medidas de este tipo[11].

II. LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

A. Concepto y naturaleza jurídica

La medida autosatisfactiva es definida por Peyrano como "un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva– con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento"[12].

En la misma línea, y de forma más completa, De Los Santos las concibe como "soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, que importan una satisfacción definitiva de lo requerido, despachables *inaudita parte* o, según el caso, previa audiencia y sólo procedentes si media un interés tutelable cierto y manifiesto (o fuerte probabilidad de que la pretensión formulada resulta atendible) y la tutela inmediata es imprescindible"[13].

dad de tutelas judiciales urgentes de carácter autónoma (así, "La cautela material". En: Jurisprudencia Argentina. 1992, pp. 314 y 316; "La cautela satisfactiva". En: Jurisprudencia Argentina. 1995. pp. 414-415); ANDORNO, L. "El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano". En: Jurisprudencia Argentina 5936. 1995. pp. 2 y 10; BERIZONCE, Roberto. "Tutela anticipada y definitoria". En: Jurisprudencia Argentina. 1996. pp. 748-749; BERIZONCE, Roberto. "Tutelas procesales diferenciadas". Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 2009; DE LOS SANTOS, Mabel. "Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)". En: Revista de Derecho Procesal 1, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 1998. p 55; De Los Santos, Mabel. "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas. En: Jurisprudencia Argentina. 1997. p. 801; GARDELLA, Luis Luciano. "Medidas autosatisfactivas: principios constitucionales aplicables. Trámite. Recursos". En: Jurisprudencia Argentina 6119. 1998. p. 14; así como la treintena de autores que publican sus estudios sobre aspectos concretos de las medidas autosatisfactivas en la obra colectiva "Medidas autosatisfactivas", director Jorge Peyrano. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 2001.

6 Así, en el XIX Congreso Argentino de Derecho Procesal, celebrado en Corrientes en agosto de 1997, se llegó a la conclusión de que: "resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa dándose así cabida a los procesos urgentes y a la llamada medida autosatisfactiva. La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que da una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial". De igual modo, ya en el anterior XVIII Congreso Argentino de Derecho Procesal, celebrado en Santa Fe, en agosto de 1995, se concluyó que: "la categoría de proceso urgente es más amplia que la de proceso cautelar. Así, la primera comprende también las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipatorias". En esta línea, las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Procesal Civil y Comercial, celebradas en Junín en septiembre de 1996, concluyeron, entre otras ideas, con que: "(i) corresponde regular legalmente como categoría autónoma y diferenciada al llamado proceso urgente, género que se caracteriza por registrar en su seno un reclamo acentuado de una pronta, expedita y eficiente respuesta jurisdiccional. El mismo está integrado, entre otras, por las siguientes especies: las medidas cautelares, las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipatorias y la variante de esta última especie, constituida por la denominada cautela material…". Finalmente, en el X Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe, celebrado en dicha ciudad en agosto de 1996, se insistió en la idea de que: "(i) el proceso urgente constituye una categoría amplia caracterizada por la necesidad de proporcionar respuestas jurisdiccionales prontas y expeditas a determinadas situaciones cuya solución no admite demoras. Las diligencias cautelares son sólo una especie de las mismas, pero también se integra con otras: las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipatorias, el hábeas corpus, etcétera".Todas las referencias a estos congresos y jornadas pueden consultarse en el trabajo de VARGAS, Abraham Luis. "Teoría general de los procesos urgentes". En: Medidas Autosatisfactivas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2001. p. 114.

7 Al respecto, los supuestos jurisprudenciales descritos por PEYRANO, Jorge. "Una especie destacable del proceso urgente: la medida autosatisfactiva". En: Jurisprudencia Argentina 6152. 1999. pp. 5-7; PEYRANO, Jorge. "Un segundo hito jurisprudencial de bienvenida a la medida autosatisfactiva". En: El Derecho 10.215. 2001. pp. 1-2; y los recogidos por GARCÍA SOLÁ, Marcela. "Medidas autosatisfactivas: perfiles jurisprudenciales". En: Medidas autosatisfactivas. Op. cit. pp. 689-702.

8 En este sentido, el artículo 67 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires de 1997 (ACPCCBA), redactado por los profesores Augusto Morello, Isidoro Eisner, Roland Arazi y Mario Kaminker, establece: "Medidas de efectividad inmediata. En aquellos supuestos excepcionales en que concurran de modo evidente los siguientes requisitos: (i) se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto; (ii) su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustación, (iii) no fuese necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo; se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionario. Si el juez lo entendiera necesario requerirá contracautela".

9 Así, el artículo 21 del Anteproyecto de Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe (ARCPCCSF), redactado por Jorge Peyrano, indica: "los jueces –a pedido fundamentado de parte, respaldado por prueba que aparentemente demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata– deberán, excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas".

10 El artículo 232 del Código Procesal Civil del Chaco (CPCCh) recoge en su integridad la propuesta del artículo 21 del ARCPCCSF –reproducido en la nota anterior–, por lo que evitamos su reiteración.

11 Para un estudio de estos supuestos PEYRANO, Jorge. Op. cit. pp. 932-937; y los múltiples trabajos que, desde un punto de vista sectorial del ordenamiento jurídico (derecho de daños y tutela al consumidor, derecho de familia, derecho a la intimidad, derecho a la propiedad horizontal, derecho del seguro, derecho de sociedades, etcétera) se publican en la obra "Medidas autosatisfacticas".

12 PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 13; e ídem. En: Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas. En: Medidas autosatisfactivas. Op. cit. p. 27.

13 DE LOS SANTOS, Mabel. Op. cit. p. 54.

Se trata de medidas que se adoptan en un procedimiento que podríamos calificar de sumarísimo, en el que sólo se pretende la protección expedita y rápida del actor debido a la situación de urgencia que requiere su tutela, y nada más[14]. El carácter sumarísimo se deduce de la posibilidad de adoptarse la medida autosatisfactiva sin audiencia del demandado. Su derecho a la defensa se posterga a la formulación del recurso de apelación contra la sentencia en la que se adopta la medida[15] o al inicio de un proceso declarativo posterior[16] (la elección de una vía defensiva excluye la otra[17]). Así, como destaca Marinoni, la clásica tutela cautelar se transforma en técnica de sumarización para con ello lograr superar la ineficacia del procedimiento ordinario y obtener una sentencia rápida y capaz de hacer efectivo el derecho material reclamado[18].

B. Características y presupuestos

1. Características

Las características básicas de las medidas autosatisfactivas son la urgencia –con posibilidad de adoptarse *inaudita parte* y ejecución inmediata– y su carácter autónomo.

a) La urgencia

Con estas medidas se pretende dar una solución rápida a situaciones conflictivas que requieren urgentemente una decisión jurisdiccional. Suelen citarse aquí los casos reales del deportista que pocos días antes de iniciarse las Olimpiadas se le niega su asistencia a las mismas después de haberse

[14] Calderón Cuadrado ya advierte del riesgo de la sumarización de la tutela cautelar, cuando afirma: "sin embargo, una y otra (la medida cautelar conservativa y la anticipatoria), sin distinción, si no están en función de una sentencia del proceso principal, si no se ha establecido ese nexo de unión entre ambos, sino que se solicitan con la intención de convertirse en definitivas, se corre el riesgo de modificar su naturaleza y convertirlas de medidas cautelares en procesos sumarios". (CALDERÓN CUADRADO, María Pía. "Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil". Madrid: Civitas. 1992. p. 80).

[15] El despacho de la medida tiene lugar, en opinión de algunos autores, mediante sentencia (GARDELLA, Luis Luciano. Op. cit. p. 18; o RIOL, María. "La cosa juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas". En: Medidas autosatisfactivas. Op. cit. p. 360), y esta sentencia podrá desplegar, en última instancia, eficacia de cosa juzgada material (RIOL, María. Op. cit. pp. 360-361; y GARCÍA SOLA, Marcela. "Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad de su procedencia. Aproximaciones para su categorización. Particularidades de su trámite". En: Medidas autosatisfactivas. Op. cit. p. 287).

[16] En este caso, como es obvio, la primera sentencia deberá carecer de eficacia de cosa juzgada material: si es posible un posterior proceso declarativo para que el demandado inicial pueda discutir con todas las garantías (de alegación y prueba) los hechos que originaron la primera sentencia y éste opta por interponer una demanda para iniciar dicho proceso, se deberá concluir en la falta de cosa juzgada material. Sin embargo, algún autor entiende erróneamente que la sentencia sí tiene eficacia de cosa juzgada si los hechos discutidos han desaparecido debido a la medida autosatisfactiva. Así, García Sola mantiene que "si la resolución hace lugar a la medida y cumplida ésta autoconsume toda la materia litigiosa, es evidente que en los hechos (la sentencia) tiene carácter definitivo y hace cosa juzgada material" (GARCÍA SOLÁ, Marcela. Op. cit. p. 287); y Riol afirma que "en los supuestos en que haya desaparecido el sustento fáctico que dió lugar a la medida, la resolución de la autosatisfactiva causará estado de cosa juzgada material. Si, por ejemplo, se ha logrado a través de una autosatisfactiva el cese de las vibraciones del inmueble vecino que causaban molestias al peticionante, ya no será posible volver atrás y modificar esa situación que benefició a aquél y, probablemente, impidió algún tipo de actividad al causante de las vibraciones. Sin embargo, el destinatario de la medida, si bien no podría atacarla por un recurso que sería inconducente e improcedente, sí podría iniciar un posterior jucio de daños y perjuicios para obtener el resarcimiento si existió un menoscabo en el ejercicio de algún derecho tutelado por el ordenamiento jurídico. Pero esa pretensión no reabriría el debate judicial sobre la misma cuestión de hechos y derecho, ya resuelta en la autosatisfactiva, sino que se dirigiría a resarcir" (RIOL, María. Op. cit. pp. 361-362). A mi entender, ambos autores incurren en el error de confundir cosa juzgada con ejecución. En todos los casos, es posible iniciar un segundo proceso debido a la falta de cosa juzgada de la primera sentencia: si los hechos discutidos en el primer proceso son reversibles, podrán volverse a discutir y condenar al inicial beneficiado por la medida autosatisfactivas a restablecer la situación fáctica a la misma situación que estaba antes del primer proceso (así, en el ejemplo que propone Riol, la medida autosatisfactiva contenida en la sentencia ordenando el cese de la vibraciones del inmueble vecino provocará, como es obvio, la desaparición del "sustento fáctico que dió lugar a la medida", esto es, las vibraciones. Pero ello no impide que tales vibraciones puedan volver a producirse -imaginemos que surgían de una maquinaria cuyo funcionamiento se ha paralizado– si, en el segundo proceso, se acredita que la inicial parte actora tenía, por cualquier motivo, el deber de soportarlas, pero ello no pudo acreditarse en el primer proceso debido a la falta de audiencia del demandado o bien su limitación. Precisamente, lo que en un segundo proceso debe poder discutirse, en toda su plenitud, es si el demandado tenía derecho a realizar las citadas vibraciones, o si éstas eran de escasa intensidad, etcétera. Los hechos justificadores de la medida evidentemente habrán podido desaparecer debido a la ejecución de la misma, pero el carácter reversible de tales hechos permite que puedan volverse a discutir y solicitar). De igual modo, si los hechos discutidos en el primer proceso son ya irreversibles (imaginemos, por ejemplo, a un enfermo oncológico que logra como medida autosatisfactiva la rápida realización de un tratamiento radioterápico en un centro sanitario), también podrán discutirse en un segundo proceso si bien, debido al carácter irreversible de los hechos que justificaron la adopción de la medida, ya no podrá solicitarse la restitución de los hechos al estado anterior a la práctica de la medida, pues ello será imposible, sino su correspondiente conversión económica (indemnización de daños y perjuicios). En estos casos, ciertamemente, no será posible volver atrás y modificar la inicial situación que benefició al solicitante de la medida, pero ello no será debido –como indican García Sola y Riol– a la cosa juzgada material de la primera sentencia sino, simplemente, a la imposibilidad de ejecutar lo contrario de lo ordenado en la primera sentencia, por lo que en el segundo juicio, aún discutiéndose los mismos hechos, deberá ejercitarse una acción de resarcimiento económico por los daños y perjuicios que la medida haya podido causar.
La ausencia de cosa juzgada de la sentencia plantea muchos interrogantes, tales como el carácter jurisdiccional de la decisión judicial, o la imposibilidad de conocer el mismo juez que haya decretado la medida autosatisfactiva el posterior proceso declarativo que pueda iniciarse (sobre la debida protección de la imparcialidad de este juez, me remito a mi trabajo: PICÓ I JUNOY, Joan. "La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación". Barcelona: Bosch. 1998. pp. 97-98. (nota 267 y 115).

[17] Así lo sostenía la doctrina (PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 33) y ha sido recogido tanto en los textos prelegislativos (artículo 21 CPCCSF) como en el artículo 232 CPCCh.

[18] MARINONI, Luiz Guillherme. "Novas linhas do Processo Civil". São Paulo: Malheiros. 1996. p. 75. De igual modo, BEDAQUE, José Roberto. "Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)". São Paulo: Malheiros. Malheiros. 1998. pp. 24-26.

confirmado su participación; la del paciente que requiere urgentemente la implantación de una prótesis de brazo si no se quiere que con posterioridad dicho implante resulte ineficaz, etcétera.

De la urgencia se derivan otras dos características: la posibilidad de adoptarse *inaudita parte* y la ejecutibilidad inmediata.

En la medida en que se requiere una urgente decisión judicial, ésta debe efectuarse en el plazo más breve de tiempo posible, por lo que puede tener lugar sin audiencia de la parte afectada. Así, Peyrano, destaca que al igual que la tutela cautelar, la medida autosatisfactiva se caracteriza por la posibilidad de realizarse *inaudita pars*[19]. Sin embargo, ello ha sido criticado acertadamente por algún autor debido, especialmente, a que esta medida se agota en sí misma, esto es, es totalmente autónoma de un proceso posterior[20]. Ello ha llevado a que cierta doctrina que admite estas medidas haya matizado su opinión indicando que las mismas "requieren, para su otorgamiento, por regla, la previa audiencia de la contraria"[21]; y en algunos casos ha provocado que algún autor llegue a mantener opiniones contradictorias[22]. En cualquier caso, al problema aquí planteado, Peyrano, tras destacar la relevancia constitucional del derecho a la defensa, pone de manifiesto que éste puede ser diferido o atenuado en algunas ocasiones, por lo que entiende que el destinatario de una medida autosatisfactiva puede ejercitar su derecho a la defensa: "(i) En algunos casos, previo a su dictado y en forma reducida si el juez así lo considera atento a las circunstancias particulares y materia de la medida, y (ii) en todos los casos, con posterioridad a su despacho mediante la gama de acciones de tipo impugnativo"[23].

En cuanto a la ejecutibidad inmediata, si realmente existe una situación de urgencia que justifica la adopción de una medida autosatisfactiva, la decisión judicial que la adopta no puede admitir recurso con efecto suspensivo ni incidente que pueda suspender su ejecución[24].

b) Su carácter autónomo

La autonomía de las medidas autosatisfactivas es la segunda gran característica que, a diferencia de la primera, constituye la principal distinción entre ellas y las medidas cautelares que, como es sabido, son siempre instrumentales de un proceso principal. La medida autosatisfactiva se agota en sí misma, resuelve la situación conflictiva urgente de manera definitiva –de ahí el nombre de "autosatisfactiva"– por lo que su eficacia no queda condicionada al resultado de un proceso posterior que no existe. Ello no impide –como indica Peyrano– que pueda establecerse un término de vigencia determinado de la medida, sin perjuicio de que puedan decretarse prórrogas al plazo inicialmente concedido, ya que su fijación *sine die* puede en algunos casos resultar inconveniente[25].

El procedimiento que se sigue tiene, como indicamos anteriormente, un carácter sumarísimo, pues en virtud de la petición formulada y los medios probatorios que acreditan los presupuestos justificadores de tales medidas, y que después se analizarán, el juez resuelve lo que estime conveniente, sin necesidad, por regla general, de audiencia previa al demandado, a pesar de que se acepta la posibilidad de que si las circunstancias del caso concreto lo permiten se celebre una "módica sustanciación previa"[26]. En este sentido, el artículo 21 del mencionado ARCPCCSF establece: "d) los jueces deberán despachar derechamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente y según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación que no excederá del otorgamiento a quien correspondiere, de la posibilidad de ser

19 PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 3. De igual modo se pronuncia GARDELLA, Luis Luciano. Op. cit. p. 15.

20 Así, CAMPS, Carlos. "La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada". En: Jurisprudencia Argentina 6161. 1999. pp. 12-13; PALACIO, Lino Enrique. "Breves apuntes acerca de la Tutela Anticipada". En: Estudios en homenaje al Profesor Enrique Vescovi. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 2000. p. 539; y BENABENTOS, Omar. "Teoría General Unitaria del Derecho Procesal". Rosario: Juris. 2001. pp. 51, 52, 65-66.

21 BERIZONCE, Roberto. Op. cit. p. 749. De igual modo, se pronuncia en su posterior trabajo "La tutela anticipatoria en Argentina (estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)". En: Jurisprudencia Argentina. 1998. p. 905.

22 Tal es el caso de De Los Santos, para quien la medida autosatisfactiva "constituye un proceso urgente, autónomo y contradictorio, despachable *inaudita parte*, según el grado de apariencia del derecho y de urgencia de su despacho" (DE LOS SANTOS, Mabel. Op. cit. p. 47).

23 PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 239.

24 DE LOS SANTOS, Mabel. Op. cit. p. 44. Sin embargo, el artículo 21 del ACPCCSF prevé que, excepcionalmente, en la tramitación del recurso de apelación o en el posterior juicio declarativo de oposición, pueda solicitarse la suspensión provisional de la medida autosatisfactiva. En esta línea, en España, la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1993, de 28 de junio, admitió la posibilidad de suspender la ejecución de la sentencia dictada en un proceso sumario a través de una medida cautelar adoptada en el posterior proceso declarativo (para un comentario acertado de esta resolución, CALDERÓN CUADRADO, María Pía. "Tutela anticipada, procesos sumarios y medidas cautelares". En: La Ley 1995-2. pp. 1086-1097).

25 PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 33.

26 Ibid. p. 33. De igual modo, De Los Santos entiende que pese a la regla general de la adopción de la medida *inaudita parte*, en ciertos casos debería "preverse algún tipo de sustanciación rápida" (DE LOS SANTOS, Mabel. Op. cit. p. 46).

oído". Por su parte, el artículo 67 ACPCCBA prevé la adopción de medidas autosatisfactivas sin hacer mención alguna a la audiencia del perjudicado por dichas medidas.

Contra la sentencia que acoge la medida, el perjudicado por la misma puede optar por la interposición directa del recurso de apelación, sin efecto suspensivo, o iniciar un juicio declarativo de oposición cuya sustanciación no impide el cumplimiento de la medida[27]. Es a través de uno de estos dos cauces procesales, y de la eventual (rápida, reducida o módica) audiencia previa, que se canaliza el derecho de defensa del perjudicado por la medida autosatisfactiva.

B. Presupuestos

Los presupuestos básicos para que pueda adoptarse una medida autosatisfactiva son dos: la "fuerte probabilidad" de la existencia de la petición solicitada; y el "perjuicio irreparable".

1. La "fuerte probabilidad"

La posibilidad de adoptarse la medida autosatisfactiva *inaudita parte* comporta que para su admisión se requiera no ya sólo un simple *fumus boni iuris*, esto es, una mera verosimilitud o apariencia de buen derecho –como sucede en las medidas cautelares– sino un alto grado de certeza del mismo[28]. Así, para decretar una medida autosatisfactiva el artículo 67.1 del ACPCCBA exige que "se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto"; y el artículo 21 bis del ARCPCCSF, exige una "prueba que aparentemente demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible".

2. El "perjuicio irreparable"

La urgencia de la medida autosatisfactiva presupone necesariamente una irreparabilidad del daño susceptible de causarse de no adoptarse tal medida. Aquí, el *periculum in mora* de las medidas cautelares adquiere su mayor magnitud, pues el peor peligro que puede comportar la pendencia de la litis es la irreparabilidad del objeto discutido en el proceso[29]. Así, para ordenar una medida autosatisfactiva, el artículo 21 del ARCPCCSF exige que sea "impostergable prestar tutela judicial inmediata"; y en similares términos, el artículo 67.1 del citado ACPCCBA establece como presupuesto de tales medidas que: "su tutela inmediata (la del interés invocado) sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustación".

Respecto del tercer presupuesto de las medidas cautelares, el de la caución, no existe unanimidad en su concurrencia respecto a la medidas autosatisfactivas. Así, para cierta doctrina no es necesaria caución alguna[30], mientras que para algunos autores, así como para la gran mayoría de jurisprudencia[31], sí lo es cuando la medida se

27 En este sentido, PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 33; BARACAT, Edgar. "Vicisitudes del procedimiento impreso a un pedido de resolución autosatisfactiva". En: Medidas autosatisfactivas. Op. cit. pp. 256-258; y GARCÍA SOLÁ, María. "Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad de su procedencia. Aproximación para su categorización. Particularidades de su trámite". En: Medidas autosatisfactivas.Op. cit. pp. 284-286. En muy similares términos se expresa el artículo 21 apartado e) del citado ARCPCCSF. Sin embargo, algún autor sólo admite el recurso de apelación (sin efecto suspensivo), como GARDELLA, Luis Luciano. Op. cit.p. 18.

28 Pese a esta distinción, entiendo que no estamos ante presupuestos distintos, sino ante el mismo pero con distinta intensidad. Como destaca Grillo, "la verosimilitud será siempre tal (tanto en la medida cautelar como en la autosatisfactiva). Sin embargo la apariencia del derecho admite grados. Cuando la medida cautelar implica –en palabras de la Corte– anticipo de jurisdicción favorable, la verosimilutud deberá ser alta". (GRILLO, Pablo. "Medidas cautelares: el anticipo de jurisdicción". En: Revista del Colegio de Abogados de La Plata 59. 1998. p. 263).

29 En este orden de ideas, al analizar el alcance del perjuicio irreparable, Grillo destaca que "estamos en presencia del antiguo *periculum in mora*, bien que en una alta intensidad" (GRILLO, Pablo. Op. cit. p. 264). También relacionan ambos conceptos, De Los Santos, para quien en las medidas autosatisfactivas "siempre es necesario, al igual que en el esquema cautelar clásico, que exista peligro en la demora, consistente en la necesidad impostergable de tutela judicial inmediata de manera que en caso contrario se fruste el derecho invocado, recaudo que deriva del carácter urgente del proceso autosatisfactivo (DE LOS SANTOS, Mabel. Op. cit. p. 46) y Camps, cuando afirma que "el grado de urgencia que posee el caso y que –de no adoptarse la medida solicitada– daría lugar a un daño irreparable al peticionante, es otra manera de expresar el clásico recaudo del peligro en la demora o *periculum in mora*"(Idem. 10). Al igual que indiqué para el anterior presupuesto, entiendo que pese a la distinta nomenclatura que se emplea ("peligro por la mora procesal" en las medidas cautelares y perjuicio irreparable en las autosatisfactivas) no estamos ante presupuestos distintos
, sino ante dos tipos de *periculum in mora*. Peyrano critica a los autores que defienden la similitud entre el peligro por la mora procesal y el perjuicio irreparable porque no aciertan a distinguir entre el peligro de la tardanza de la resolución del proceso principal y el peligro de infructuosidad o *periculum in damni* (PEYRANO, Jorge. "La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa". En: Revista de Derecho Procesal 5. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2000. p. 318). Sin embargo, como ya destacó el profesor Calamandrei, en su clásica obra Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelare. (CALAMANDREI, Piero. "Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelare". Padova: CEDAM. 1936), ambos peligros son tipos de *periculum in mora*, pues tanto el *pericolo di tardività del proveddimento principale* como el *pericolo di infruttuosità* son "*due tipiche configurazioni che può assumere nei provvedimenti cautelare il periculum in mora*" (Idem. p. 55). En consecuencia, tanto si se habla de "peligro de la tardanza de la resolución del proceso principal" como del "peligro irreparable" (esto es, *periculum in damni* o peligro de "infructuosidad") estamos ante el mismo presupuesto cautelar del *periculum in mora*. En esta línea de pensamiento, si bien con referencia a las medidas cautelares anticipatorias, CALDERÓN CUADRADO, María Pía. Op. cit. pp. 78-79.

30 Así, por ejemplo, ANDORNO, L. Op. cit. p. 10.

31 Al respecto, García Sola, tras analizar la jurisprudencia existente sobre las medidas autosatisfactivas, concluye indicando que "re-

decrete *inaudita parte* o sin la suficiente certeza sobre la existencia del derecho invocado[32].

III. REFLEXIONES PERSONALES SOBRE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

A. Originalidad de las medidas autosatisfactivas

Lo primero que debe destacarse de la configuración que el profesor Peyrano ha ido pergeñando en los múltiples estudios sobre las medidas autosatisfactivas es su originalidad. En una época en la que aparecen nuevos derechos que requieren de una tutela jurisdiccional urgente y no se logra reducir, en la práctica, la larga duración de los procesos judiciales, siempre resulta positivo formular nuevas propuestas capaces de satisfacer la rapidez de la tutela judicial. Y en esta línea, junto a las medidas autosatisfactivas, debo destacar la existencia de otras instituciones muy similares como las *ordonnances des référés* y *sur requête* francesas[33] o las "resoluciones urgentes" propuestas por el profesor Tarzia[34].

B. Difícil distinción entre medida cautelar y medida autosatisfactiva

Pese a la originalidad de las medidas autosatisfactivas, entiendo que éstas no presentan nítidas diferencias con las medidas cautelares, a excepción de su carácter autónomo[35]. Los presupuestos de la "fuerte probabilidad" y el "perjuicio irreparable" de las medidas autosatisfactivas suponen una más alta intensidad en cuanto a su apreciación que los presupuestos clásicos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* de la medidas cautelares[36].

sulta abrumadora la cantidad de resoluciones que ordenan la prestación de contracautela, como requisito condicionante y previo a la resolución" (GARCÍA SOLA, Marcela. Op. cit. p. 702).

32 En este sentido, PEYRANO, Jorge. Op. cit., p. 939; DE LOS SANTOS, Mabel. Op. cit. p. 46; Idem. p. 803; GARDELLA, Luis Luciano. Op. cit. p. 16. De igual modo, el artículo 21 del ARCPCCSF prevé: "Según fueran las circunstancias del caso valoradas motivadamente por el tribunal, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente"; y el artículo 67 del ACPCCBA establece: "Si el juez lo entendiera necesario requerirá contracautela".

33 Sobre el alcance de estas resoluciones, me remito al completo estudio de Calderón Cuadrado, María Pía. "Una solución del Derecho francés a la duración del proceso civil: tutela cautelar indeterminada en las *ordonnances des référés* y *sur requête*. En: Revista General del Derecho. 1992. pp. 33-51.

34 La tutela urgente de los intereses del actor –y no instrumental de un proceso posterior– se ve recogida en el Proyecto italiano de Ley delegada para la revisión del *Codice di procedura civile*, elaborado en 1996 por una comisión presidida por el profesor Giuseppe Tarzia. El 1 de diciembre de 1994 se constituyó en el Ministerio de Gracia y Justicia italiano una Comisión para la revisión de las normas *del codice di procedura civile* italiano, aprobado el 22 de junio de 1996 un proyecto de ley delegada, con 51 puntos, destinados a ser la base de un futuro código procesal civil. En la base 43 se recoge la citada tutela urgente indicando: "Revisión de la disciplina de las resoluciones urgentes según los siguientes principios: a) previsión que, cuando el derecho esté amenazado de un perjuicio inminente y gravísimo, el juez pueda pronunciar las resoluciones urgentes más idóneas, según las circunstancias, y asegurar o anticipar provisionalmente la tutela del derecho; b) exclusión de la carga de la parte solicitante de promover la causa sobre el fondo; c) previsión que la resolución pronunciada durante el curso del proceso conserve eficacia en el caso de extinguirse el proceso sobre el fondo, en la medida que no sea revocada o modificada; d) previsión que la parte perjudicada por la resolución, cuando no haya causa pendiente sobre el fondo o éste se extinga, pueda pedir en cualquier momento la declaración de inexistencia del derecho respecto del cual ha sido dictada la resolución; e) previsión que la resolución no revocada o modificada conserve eficacia hasta que se dicte sentencia, incluso no firme, italiana o extranjera, o laudo arbitral, que declaren la inexistencia del derecho tutelado por la resolución que haya sido dictada" (este texto puede consultarse en la "Rivista di diritto processuale" de 1996, pp. 948-970). Como puede observarse, en esta base no se indica nada respecto de un extremo sumamente relevante para las medidas autosatisfactivas como es el ejercicio del derecho de defensa del perjudicado por la medida. En orden a justificar esta tutela urgente, Tarzia destaca que "la revisión de la disciplina de las resoluciones urgentes (punto 43) tiene por objeto permitir resoluciones idóneas para asegurar o anticipar la tutela de los derechos no sólo por el tiempo necesario para lograr una decisión sobre el fondo. La instrumentalidad respecto a tales decisiones debe permanecer en las resoluciones cautelares típicas, pero ya es el momento adecuado para la introducción en nuestro sistema, junto a dichas resoluciones, de una tutela de urgencia de carácter general, posible para cualquier derecho, incluso prescindiendo del presupuesto de la irreparabilidad del daño amenazado. Se determina, en consecuencia, como presupuesto de esta tutela la amenaza de un perjuicio inminente y gravísimo. Así, el juicio sobre el fondo es puramente eventual: ello se deja a la iniciativa, en cualquier momento, de la parte instante o de la parte perjudicada por la resolución, cuando ésta no ha sido pronunciada en el curso de un proceso. La falta del inicio del juicio sobre el fondo en el término perentorio previsto en la ley, o su sucesiva extinción, no será causa de caducidad de la resolución urgente, que, si no es revocada o modificada, conservará eficacia hasta que se dicte sentencia, aunque no sea firme, italiana o, según los casos, extranjera, o también laudo arbitral, que declaren inexistente el derecho tutelado en la resolución que haya sido dictada" (TARZIA, Giusseppe. "Relazione". En: Rivista di diritto processuale. 1996. pp. 1016-1017). Ya este autor, en un trabajo previo, había destacado la constante evolución de la tutela cautelar, su autonomía estructural y funcional y la necesidad de buscar nuevas fórmulas de tutelas jurisdiccionales urgentes (TARZIA, Giuseppe. "La tutela cautelare". En: I procedimenti cautelare. Padova: CEDAM.1990. pp. XIII-XXV). Sin embargo, algún autor se muestra crítico frente este planteamiento, y así Montesano afirma: "[…] non credo convenga modificare questo sistema rendendo irremovibile la misura cautelare (o meglio trasformandola in soluzione più o meno stabilmente definitiva della controversia) se chi l'abbia subita non instauri i prosegua in contraddizione ad essa l'ordinario giudizio di merito. Ritengo che il non lieve costo processuale della necessaria successiva fase di merito valga la pena, sia per essenziali garanzie di paritaria giustizia" (MONTESANO. "Problemi attuali e riforme opportune dei provvedimenti cautelari, e in specie d'urgenza, nel processo civile italiano". En: Rivista di diritto processuale. 1995, p. 233).

35 Ponen de manifiesto esta identidad ROJAS, Jorge. "Sistemas cautelares atípicos". En: Jurisprudencia Argentina. Sante Fe: Rubinzal-Culzoni. 2009. pp. 405 y siguientes, GRILLO, Pablo. Op. cit. p. 263; y CAMPS, Carlos. Op. cit. p. 12.

36 En este orden de ideas, Grillo destaca que pese al intento de distinción entre las medidas cautelares y las medidas autosatisfactivas, "los requisitos sin embargo, permanecen inmutados" (GRILLO, Pablo. Op. cit. p. 263).

Por ello, en mi opinión, las medidas autosatisfactivas no son más que medidas cautelares autónomas, en las que se refuerza la concurrencia de sus clásicos requisitos de la "apariencia de buen derecho" y el "peligro por la mora procesal", siendo modificados por los de "fuerte probabilidad" y "perjuicio irreparable", respectivamente. Al tener un carácter autónomo la medida cautelar vendría a independizarse para venir a convertirse en un proceso sumario denominado "la medida autosatisfactiva".

En definitiva, las medidas autosatisfactivas constituyen un nuevo paso hacia la autonomía de la tutela cautelar: de las clásicas medidas cautelares de contenido asegurativo o conservativo se pasó, ante la necesidad de tener que anticipar ciertos resultados de la sentencia, a las medidas cautelares anticipatorias. Ahora se propone su independencia.

C. Problema que deben superar las medidas autosatisfactivas: la eliminación o limitación del derecho de defensa

El gran problema que se apunta en contra de la admisión de las medidas autosatisfactivas radica en su propia autonomía respecto de un posterior proceso unido a la posibilidad de adoptarse *inaudita parte*, o con una audiencia rápida, por lo que se eliminaría o limitaría el derecho constitucional a la defensa[37]: se eliminaría en los casos en los que la medida se adoptase sin oír a la parte perjudicada por la misma; y se limitaría, en los supuestos en los que –en palabras de los autores que mantienen la vigencia de las medidas autosatisfactivas– se procediese a una "módica sustanciación previa"[38] o una "sustanciación rápida"[39](en las formulaciones doctrinales y prelegislativas que se están realizando no se establece con precisión el alcance y contenido de la audiencia a la parte contraria, ni se indica nada sobre si ésta se limita sólo a las alegaciones o si se permite algún tipo de actividad probatoria[40], etc.).

Sin embargo, la compatibilidad de las medidas autosatisfactivas con el derecho a la defensa puede lograrse mediante dos tipos de argumentaciones:

En primer lugar, debe destacarse que el derecho a la defensa del demandado tan sólo se posterga o desplaza en el tiempo, como sucede en la tutela cautelar, en los procesos de ejecución o en el juicio monitorio[41], pero en ningún caso se elimina o limita.

Al igual que sucede con la medida cautelar adoptada inaudita parte, en la medida autosatisfactiva también es posible que el demandado ejerza su derecho a la defensa si bien de forma diferida. Ello tendrá lugar, no en el proceso principal –como sucede con la medida cautelar– sino a través del recurso de apelación[42] o la demanda de oposición que dará origen a un

37 Así, CAMPS afirma que "el resguardo de las garantías básicas del debido proceso con relación a todos los involucrados en el litigio debe ser una preocupación constante al momento de la implementación de estas estrategias tutelares ya que resultaría muy sencillo desarrollar sistemas protectorios de los derechos de quien aparece como afectado olvidando que frente a él existe otra parte (el supuesto transgresor) quien también cuenta con derechos a ser salvaguardados. Flaco favor haría a la justicia un proceso de amparo donde so pretexto de la custodia de derechos del actor se violentaran los de la contraparte" (Amparo y ultra anticipación de la tutela, p. 11 de manuscrito original que, muy amablemente, me facilitó su autor. Este trabajo se encuentra pendiente de publicación). De igual modo, este mismo autor destaca en otro estudio: "Fácil resultaría la tarea de obtener la tutela rápida y efectiva si olvidásemos los derechos de aquel contra quien se manda ejecutar la medida que satisface inmmediatamente al que la reclama. Por el contrario, una vez configurado el litigio tendremos el conflicto planteado entre dos sujetos, cada uno de ellos con prerrogativas que no pueden ser soslayadas por el orden jurídico. El derecho a la pronta satisfacción del interés de uno de los contendientes colisiona frontal e inexorablemente con el derecho de defensa de la otra parte, a quien le asiste todo el plexo garantista legal y supralegal protegiéndolo contra la posibilidad de un accionar incorrecto, abusivo y hasta delictivo por parte de quien reclama –a través de los tribunales– una prestación de manera coactiva" (GRILLO, Pablo. Op. cit. pp. 5-6). También destaca la infracción del derecho a la defensa para no admitir las medidas autosatisfactivas, PALACIO, L. Op. cit. p. 539. Por último, debo destacar la radical crítica que efectúa Benabentos, quien recientemente afirma: "No entiendo que pueda generarse una *alarma social* por: […] Alzarse contra la proposición de simples procedimientos, en donde sólo hay dos partes: el actor y el juez, y sólo se escucha al pretendiente, es decir a quién tendría un derecho fuertemente verosímil (sic) y, luego, sin más, se despacha una sentencia en un ¡proceso de pleno conocimiento! (medidas autosatisfactivas-sentencia anticipada). La impugnación lejos de calificarse como una insolencia jurídica, insisto, debería tomarse como un compromiso científico y ético, exteriorizado en una crítica abierta y sincera, de la que no se puede rehuir al estar en juego las garantías más elementales a no ser *condenado* (civil o penalmente) sin transitar, previamente, *por* un debido proceso (y no una *parodia* de tal). Es que si el sistema de justicia hace aguas por sus cuatro costados y si ese naufragio es producto (entre otras causas) de querer apagar el fuego con combustible (¡por qué la justicia *es* lenta suprimimos el debido proceso!) intensificar las propuestas en esa ominosa dirección, supone someter a muchas personas a un triste destino que, sin embargo, puede ser cambiado (BENABENTOS, Omar. "Teoría General Unitaria del Derecho Procesal". Rosario: Juris. 2001. pp. 51-52).

38 PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 33.

39 DE LOS SANTOS, Mabel. Op. cit. p. 46.

40 Sobre la inadmisibilidad constitucional de las limitaciones probatorias en cualquier tipo de proceso, me remito a mi trabajo: PICÓ I JUNOY, Joan. "El derecho a la prueba en el proceso civil". Barcelona: Bosch.1996. pp. 204-206.

41 Así, GALDÓS Jorge. "El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas". En: Medidas autosatisfactivas. Op. cit. p. 64.

42 En este sentido, Galdós afirma que la "resolución *inaudita pars* (de la medida autosatisfactiva) no vulnera el principio de bilateralidad y contradicción, el que se afianza con el ejercicio ulterior de la potestad impugnatoria que se abre con la vía recursiva" (GALDÓS, Jorge. Op. cit. p. 64.). Estoy radicalmente en contra de esta opinión, pues el recurso de apelación como único medio procesal para articular el derecho a la defensa del demandado no es la vía adecuada o idónea para que éste pueda alegar, discutir

juicio declarativo posterior[43] . Pese a la autonomía de esta medida, la misma no puede configurarse como un verdadero "proceso", ya que si éste lo definimos como el mecanismo de resolución de conflictos, éste persistirá si el demandado formula su oposición. En cualquier caso se estará respetando su derecho a la defensa: si no se opone a la medida, habrá una renuncia tácita al mismo[44], y si se opone se estará materializando dicho derecho. No obstante, si configurásemos a la medida autosatisfactiva como un verdadero proceso autónomo, que concluyera con una sentencia definitiva susceptible de adquirir eficacia de cosa juzgada, muy probablemente sí existiría una eliminación del derecho a la defensa: entiendo que al adquirir este derecho el carácter de fundamental en nuestro sistema constitucional, debe garantizarse siempre en todo tipo de proceso, esto es, debe poder ejercitarse plenamente en cualquier tipo de juicio, con independencia de que se permita acudir, posteriormente, a otro proceso[45], por lo que la realización de un proceso –por muy urgente que fuese– con la sola audiencia de una parte comportaría, desde un punto de vista práctico o real, la eliminación en el mismo del principio básico de la bilateralidad, sin el cual difícilmente podría hablarse de la existencia de un proceso[46].

También, de forma similar a lo que sucede en los procesos de ejecución y el juicio monitorio, en las medidas autosatisfactivas el derecho de defensa únicamente se posterga. En ninguno de tales procesos se elimina este derecho: en los de ejecución, porque si se fundamenta en una sentencia de condena, el derecho a la defensa ya se habrá podido ejercer en el previo juicio declarativo[47], y se si basa en un título extrajudicial, se articula un mecanismo de oposición para la defensa del deudor ejecutado[48]. Y respecto al juicio monitorio, también se garantiza el derecho a la defensa del demandado al preverse expresamente un trámite de oposición que, de formularse, lo convierte automáticamente en un procedimiento ordinario[49]. En el caso aquí estudiado, esto es, para las medidas autosatisfactivas, se emplea

y probar hechos por primera vez; y, en todo caso, ello supondría restarle una instancia judicial al demandado, ya que la única en la que verdaderamente se habrá podido defender habrá sido la realizada ante el tribunal *ad quem*.

43 En este orden de ideas, Peyrano afirma que la opción al demandado de "promover un juicio declarativo de oposición […] podría dar adecuada respuesta a las críticas que hacen base en que la medida autosatisfactiva involucraría un menoscabo para la garantía del debido proceso" (PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 33).

44 Para la distinción entre "renuncia al ejercicio" del derecho a la defensa y "renuncia a su contenido", me remito a mi trabajo: PICÓ I JUNOY. "Las garantías constitucionales del proceso". Barcelona: Bosch. 1997. pp. 22-23. En esta línea, Chiarloni, al analizar el derecho a la contradicción procesal proclamado recientemente en el artículo 111 de la Constitución italiana, destaca: *"È sufficiente che il contraddittorio sia garantito alla parte che lo pretende, anche in un momento successivo al provvedimento. La garanzia diventa rinunciabile per opera della parte a cui favore è prevista, secondo modalità tipiche delle garanzie costituzionali relative al processo"* (CHIARLONI, Sergio. "Il nuovo artículo 111 Cost. e il processo civile". En: Rivista di diritto processuale 4. 2000. pp. 1020-1021).

45 Por ello, Tarzia destaca la inadmisibilidad constitucional de *"procedimenti speciali giurisdizionali che non solo in una loro prima fase, sommaria o sommarissima, ma per tutto il loro corso non prevedessero il contraddittorio tra le parti"* (TARZIA, Giuseppe. "Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale". En: Rivista di diritto processuale 3. 1998. p. 666). De igual modo, acertadamente mantiene Carocca que "la garantía constitucional de la defensa debe respetarse en todo proceso jurisdiccional y durante toda su tramitación" (CAROCCA, Alex. "Garantía constitucional de la defensa procesal". Barcelona: Bosch. 1998. p. 78), por lo que si bien son constitucionalmente admisibles los procedimientos en los que se difiere el trámite de defensa del demandado, "lo que debe quedar claro, es que en base al principio de proporcionalidad, atentaría contra el contenido esencial del derecho fundamental de defensa, que en esta clase de procedimientos no se contemplase ninguna posibilidad de las partes para obtener la revocación de la resolución, antes de su completa ejecución, es decir, se eliminase completamente la defensa, haciendo ineficaz la intervención de la parte. Asimismo, tampoco es admisible el argumento utilizado por el Tribunal Constitucional para reafirmar las limitaciones en los procedimientos sumarios, en cuanto a que podría siempre recurrir a un procedimiento ordinario posterior. Porque, según ya hemos puesto de manifiesto, la garantía debe ser apreciada siempre en cada proceso" (Idem. p. 328). Para analizar el derecho a la defensa desde una perspectiva plenamente garantista, los excelentes estudios de GOZAÍNI, Osvaldo. "Derecho Procesal Constitucional". Buenos Aires: Editorial de Belgrano. 1999. (especialmente, las pp. 124-127, 162-168 y 188-190). Para el estudio de este derecho en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, me remito a mi trabajo: PICÓ I JUNOY, Joan. Op. cit. pp. 102-105.

46 En este orden de ideas, Montero Aroca afirma que "la necesidad de oír a todas las partes es consustancial con la idea de proceso" (MONTERO AROCA, Juan. "Introducción al derecho procesal". Madrid: Tecnos. 1976. p. 240); Gimeno Sendra mantiene que "el principio de contradicción, por ser consustancial a la idea de proceso, se encuentra implícito en todas las actuaciones del proceso civil" (GIMENO SENDRA, Vicente. "Fundamentos del derecho procesal". Madrid: Civitas. 1981. p. 182); y finalmente, Berzosa Francos destaca que la "dualidad de posiciones, si se intenta construir un auténtico proceso, general el principio de audiencia" (BERZOSA FRANCOS, María Victoria. "Principios del proceso". En: Justicia. 1992. p. 563).

47 Y, para los hechos sucedidos con posterioridad a la sentencia, o los casos de extralimitación en la ejecución de la misma, los ordenamientos procesales ya prevén específicos mecanismos de oposición a la ejecución que se configuran como válidos mecanismos de defensa del deudor ejecutado (Idem. pp. 565-566; y ORTELLS RAMOS, Manuel. "Introducción al Derecho Procesal". Granada: Comares. 1999. pp. 175-176).

48 En relación a los procesos de ejecución y su compatibilidad con el derecho a la contradicción procesal, introducido en el nuevo apartado segundo del artículo 111 de la Constitución italiana –mediante la ley constitucional de 23 de noviembre de 1999, nº 2– según el cual: "Todo proceso se desarrollará contradictoriamente entre las partes, ante un juez tercero e imparcial". TROCKER, N. "Il nuovo articolo 111 della costituzione e il giusto processo in materia civile: profili generali". En: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 2. 2001. p. 395; MONTESANO, Luigi. "La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"". En: Rivista di diritto processuale 4. 2000. p. 931; TARZIA, Giuseppe. Op. cit. p. 668; o CHIARLONI, Sergio. Op. cit. pp. 1020-1021.

49 Este es el caso de la regulación española del proceso monitorio, pues de acuerdo al artículo 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

una técnica procedimental muy similar a la del proceso de ejecución de títulos extrajudiciales, sustituyendo la ex utosatisfactiva, sin perjuicio de que el demandado pueda formular posteriormente la oportuna demanda de oposición.

En segundo lugar, la doctrina intenta justificar la validez de las medidas autosatisfactivas mediante la vigencia del derecho a la efectividad de la tutela judicial del actor[50]. Así, suele razonarse que el derecho a la efectividad de la tutela judicial –reconocido en la mayoría de las constituciones modernas– debe asegurar al actor que todas sus pretensiones serán debidamente atendidas, incluidas las de carácter urgente. Si bien ello es cierto, no lo es menos que: en primer lugar, el mencionado derecho no corresponde en exclusividad al actor, sino también al demandado, quien está en su legítimo derecho de reclamar su aplicación respecto a los intereses que entiende le corresponden[51]; y, en segundo lugar, el demandado tiene asimismo reconocido su derecho constitucional a la defensa que, como he indicado anteriormente, si bien no se elimina sí se retrasa su ejercicio. Ello nos conduce al problema de la colisión de derechos fundamentales que habrá de resolverse mediante la institución del *balancing* o ponderación de intereses en conflicto[52]. Una primera aproximación al problema aquí planteado podría inducirnos a mantener la primacía del derecho a la efectividad de la tutela judicial del actor pues, si la medida autosatisfactiva tiene como presupuesto el "perjuicio irreparable" y no se actúa con urgencia, la irreparabilidad del daño producido comportará la ineficacia de la tutela judicial. Y, por el contrario, al demandado, si bien se le posterga el ejercicio de su derecho a la defensa, como he indicado anteriormente, no se le niega al tener la posibilidad de oponerse con posterioridad a la medida autosatisfactiva, pudiendo en este momento ver satisfecho su derecho a la tutela judicial. Sin embargo, esta forma de plantear el problema no es del todo correcto siempre que el ordenamiento jurídico permita evitar el daño irreparable a través de un sistema amplio de medidas cautelares, de contenido anticipatorio, adoptables *inaudita parte* y que puedan solicitarse –en caso de extrema urgencia– con anterioridad al inicio del proceso. En esta situación, que es la que actualmente se da en la mayoría de ordenamientos jurídicos, considero que es posible evitar el citado problema, por lo que resulta innecesario plantearse el sacrificio de algún derecho fundamental si la efectividad de la protección judicial del actor puede alcanzarse mediante una amplia regulación de las medidas cautelares.

En esta línea de búsqueda de la eficacia procesal debo destacar la amplia regulación que la tutela anticipada ha recibido en las reformas procesales civiles brasileñas e italianas.

Así, el artículo 273 del Código Procesal Civil brasileño, redactado mediante la Ley 8.952, de 13 de diciembre de 1994, establece que: "El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I - haya fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; o II - exista abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio del reo. (i) En la decisión de anticipar la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento. (ii) No se concederá la anticipación de tutela cuando haya peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado. (iii) La ejecución de la tutela anticipada se regirá, en todos los casos, por lo dispuesto en los incisos II y III del artículo 588. (iv) La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier momento, por decisión fundada. (v) Concedida o no la anticipación de tutela, proseguirá el proceso hasta el enjuiciamiento final"[53].

"Si el deudor presentare escrito de oposición dentro de plazo, el asunto se resolverá definitivamente en juicio que corresponda, teniendo la sentencia que se dicte fuerza de cosa juzgada".

50 Incluso con cita expresa del artículo 24.1 de la Constitución española, como hace PEYRANO, Jorge. Op. cit. pp. 14-15. Se refiere igualmente a la tutela judicial efectiva, GARDELLA, Luigi. Op. cit., p. 14; VARGAS, Abraham Luis. Op. cit. pp. 116-120; entre otros autores.

51 Respecto a la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva, me remito a mi trabajo: PICÓ I JUNOY, Joan. Op. cit. p. 44.

52 Sobre el *balancing*, ALONSO GARCÍA, Enrique. "La interpretación de la Constitución". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1984. pp. 413-448; y para su aplicación a las limitaciones al derecho fundamental a defenderse probando, mi trabajo: PICÓ I JUNOY, Joan. Op. cit. pp. 198-206.

53 Sobre el alcance de esta norma, los trabajos monográficos de MARINONI, Luis Guillherme. "A Antecipação da tutela". São Paulo: Malheiros. 2000. pp. 35 y siguientes; ZAVASCKI, Teori Albino. "Antecipação da tutela". São Paulo: Saraiva. pp. 72 y siguientes; BEDAQUE, José Roberto.Op. cit. pp. 274 y siguientes; CARREIRA ALVIM, Jose Eduardo. "Tutela antecipada na Reforma Processual". Curitiba: Juruá. 1999. pp. 35 y siguientes; FRIEDE, Reis. "Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar". Belo Horizone: Del Rey. 1999. pp. 25 y siguientes; GUSMÃO CARNEIRO, Athos. "Da antecipação de tutela no processo civil". Rio de Janeiro: Forense. 1999. pp. 15 y siguientes; GUERRA, M.L. "Estudos sobre o processo cautelar". São Paulo: Malheiros. 1997. pp. 81 y siguientes; DINAMARCO, C.R. "A reforma do Código de Processo Civil". São Paulo: Malheiros. 1995. pp. 138 y siguientes; y los trabajos en las obras colectivas de BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. "A anticipação da tutela na recente reforma procesual". En: A reforma do Código de Processo Civil, obra coordinada por Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva. 1996. pp. 129-142; y FABRICIO, Adroaldo Furtado. "Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares". En: Inovações do Código de Processo Civil, obra coordinada por José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1996. pp. 20 y siguientes. De igual modo, me remito al más de medio centenar de estudios reseñados por NEGRÃO, en su obra "Código de Processo Civil". São Paulo: Saraiva. 1999. pp. 334-336.

Y, de la regulación italiana debo destacar las resoluciones anticipatorias de condena (la *ordinanza per il pagamento di somme non contestate* y la *ordinanza di ingiunzione*) introducidas con la reforma de Ley nº 353, de 26 de noviembre de 1990[54]; la tutela cautelar anticipatoria prevista en el artículo 700 CPC, según el cual: "Fuera de los casos regulados en las precedentes secciones de este capítulo, quien tenga motivos fundados para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho por vía ordinaria, sea éste amenazado de un perjuicio inminente e irreparable, puede solicitar mediante escrito al Juez las medidas de urgencia que según las circunstancias aparezcan como las más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo"[55]; y el nuevo artículo 186 *quater* CPC, introducido en la reforma del Decreto Ley nº 238, de 21 de junio de 1995, que permite al juez instructor dictar, después de practicada la prueba y en función de la valoración anticipada de la misma, una resolución de condena provisional, de carácter ejecutivo[56].

IV. CONCLUSIÓN FINAL

En definitiva, entiendo que la amplia regulación que la tutela cautelar tiene en la mayoría de los ordenamientos procesales civiles, incluyéndose las medidas anticipatorias, todavía aporta, hoy por hoy, válidas y eficaces soluciones para resolver los problemas que generan las situaciones de protección judicial urgente. Por ello, sólo cuando se acredite la ineficacia de los citados instrumentos de tutela judicial, entiendo que deberán adoptarse nuevas soluciones, dentro de las cuales podrán tener cabida las "medidas autosatisfactivas" y otros mecanismos de tutela judicial de naturaleza sumaria. Quizás por ello, estas medidas no aparecen todavía recogidas en los recientes textos procesales civiles –como la nueva de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000[57]– ni en los últimos proyectos de Códigos Procesales Civiles, como el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de 1988[58], o las *Transnational rules of civil procedure*, de la *American Law Institute*, de 2000[59], discutidas en los Congresos Mundiales de Derecho Procesal de la *International Association of Procedural Law* (el de Wien de 1999 y el de Gent de 2000) que versaron sobre el Derecho Procesal del siglo XXI.

54 Para un estudio general de esta importante reforma del *Codice di procedura italiano* (CPC), me remito a mi trabajo "El nuevo proceso civil italiano" con B. Mora. En: Documentación Jurídica 75. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. 1992 (y en concreto, para las referidas resoluciones anticipatorias de condena, a las pp. 76 y siguientes).

55 Monográficamente, sobre esta amplia tutela cautelar, ARIETA, Giovanni. "I provvedimenti d'urgenza". Padova: CEDAM. 1982; DINI, Mario. "I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile". Milan: Giuffrè. 1961; DITTRICH, Lotario. "Natura e presupposti del provvedimento d'urgenza". En: Tarzia, Giuseppe. Il nuovo processo cautelare. Padova: CEDAM. 1993. pp. 190 y siguientes.; DITTRICH, Lotario. "Il procedimento d'urgenza". En: Tarzia, Giuseppe. "I procedimenti cautelari". Padova: CEDAM. 1990. pp. 157-176; MONTESANO, Luigi. "I provvedimenti d'urgenza nel processo civile". Nápoles: 1955; MONTESANO, Luigi. "Sulle misure provvisorie in Italia". En: Tarzia, Giuseppe. "Les mesures provisoires en procédure civile". Milan: Giuffrè. 1985, pp. 113-129; PROTO PISANI, Andrea. "I provvedimenti d'urgenza ex artículo 700 c.p.c.". En: Appunti sulla giustizia civile. Bari. 1982. pp. 365-373; PROTO PISANI, Andrea. "Provvedimenti d'urgenza". En: Enciclopedia Giuridica. Tomo 25. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani. 1991. pp. 1-14; SAPIEZA, Carmelo. "I provvedimenti d'urgenza ex. artículo 700 c.p.c. (profilo sistematico)". Milan: Giuffrè. 1957; TOMMASEO, F. "I provvedimenti d'urgenza, struttura e limiti della tutela anticipatoria". Padova: CEDAM. 1983; y el volumen La tutela d'urgenza. Atti del XV Convegno Nazionale. Quaderni dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, XLIII. Rimini: Maggioli. 1985, en el que aparecen numerosos estudios de procesalistas italianos. En España, el trabajo de CALDERÓN CUADRADO, María Pía. "Sobre una reciente reforma del proceso cautelar italiano. Su incidencia en el artículo 700 del CPC". En: Justicia IV. 1991. pp. 973-1010; así como mi estudio El nuevo proceso civil italiano. Op. cit. pp. 133-190.

56 Establece el artículo 186 *quater* CPC: "Resolución sucesiva al cierre de la instrucción. 1. Concluida la instrucción, a instancia de la parte que ha formulado demanda de condena al pago o al depósito o la entrega de bienes, puede disponer mediante *ordinanza* el pago o el depósito o la entrega dentro de los límites que resulten de la prueba. Con la *ordinanza* el juez se pronunciará sobre las costas procesales. 2. La *ordinanza* es título ejecutivo. Es revocable con la sentencia que concluya el juicio. 3. Si después de dictada la *ordinanza* el proceso se extingue, la *ordinanza* adquiere la eficacia de la sentencia impugnable sobre el fondo. La parte beneficiada puede solicitar la renuncia a la emisión de la sentencia, mediante acto notificado a la otra parte y depositado en la *cancelleria*. Desde la fecha del depósito del acto notificado, la *ordinanza* adquiere la eficacia de la sentencia impugnable sobre el fondo. Para el estudio de esta norma, DIDONE, Andrea. "*Le ordinanze anticipatorie di condanna*". Milan: Giuffrè. 1998. pp. 71-115; DIDONE, Andrea. "Per la difesa dell'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione (artículo 186-quater c.p.c)". En: Rivista di diritto processuale. 1996. pp. 71-77; VERDE, G. "L'artículo 186-quater c.p.c." En: Diritto e giurisprudenza. 1997. pp. 2231-2236; CHIARLONI, Sergio. "Valori e tecniche dell'ordinanza di condanna ad istruzione esaurita ex artículo 186-quater c.p.c". En: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. 1996, pp. 513-539; LAPERTOSA, F. "L'artículo 186 quater c.p.c: una rivoluzionaria novità nella giustizia civile". En: Rivista di diritto processuale. 1996. pp. 54-70; CARRATTA, A. "Ordinanze anticipatorie di condanna". En: Enciclopedia giuridica Treccani. Tomo 22. Roma. 1995. pp. 18-24; o SCARSELLI, Giuliano. "Osservazioni sparse sul nuovo artículo 186-quater c.p.c." En: Il Foro italiano. 1995. pp. 394-404.

57 Como indiqué anteriormente, en los artículos 721 a 747 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se recogen tanto las medidas cautelares conservativas como las anticipatorias, pero no las denominadas medidas autosatisfactivas.

58 En este Código también se recogen en los artículos 274 a 280 la regulación de las medidas cautelares, incluyendo sólo las de carácter anticipativo (artículo 280).

59 Él documento que analizo es el *Preliminary Draft* 2, de 17 de marzo de 2000, publicado por el *American Law Institute*, que puede consultarse en Internet: www.ali.org/ali/transrules.htm. En ninguna de sus reglas se hace referencia a alguna institución similar a las medidas autosatisfactivas, recogiendo la regla 12 un amplio sistema de tutela cautelar, carecterizado en todo momento por su carácter instrumental.

Rebaza, Alcázar & De Las 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

LA TUTELA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS: UNA INTRODUCCIÓN

Aldo Zela Villegas[*]

En el presente artículo se discuten distintos temas relativos a la tutela preventiva y a su aplicación. Este tipo especial de tutela de los derechos debe actuar antes de que el daño al derecho material se concrete, por considerar que este tiene una particular importancia y que la protección a posteriori sería irrelevante. Dicho esto, el autor se pregunta hasta qué punto se puede obtener una verdadera tutela preventiva. En caso sea posible, ¿cómo puede un juzgador determinar en un caso concreto cuándo debe conceder una tutela preventiva?

Existen diversas técnicas que deben ser empleadas al momento de decidir qué tipo de protección se otorgará. El análisis costo-beneficio, expresado en la fórmula HAND, o la ponderación de derechos son instrumentos útiles para este fin. Asimismo, es importante recordar que, como sostiene Guido Calabresi, no se busca evitar los daños a cualquier precio. El autor ejemplifica sus ideas con interesantes casos de la jurisprudencia nacional e internacional. Así, se discute el trato frente a derechos como el honor o al medio ambiente, derechos que tienen distintas formas de protección.

[*] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Estudio Echecopar Abogados.

I. INTRODUCCIÓN: ¡*KAMMIONMI CHEKAMUNAM*!

El ingeniero Echecopar tenía una misión muy especial: tender una carretera que, por primera vez, una la selva con la costa, para lo cual debía construir inmensos túneles que pasen por debajo de los Andes. Echecopar había hecho de su trabajo un ideal, pues estaba convencido que su labor traería salud, educación y progreso a distintos pueblos del Perú y pretendía dar todo de sí para cumplir con su tarea: "Estoy dispuesto a asfaltar esta carretera con mis huesos y con los de ustedes", les solía decir a los obreros.

Un día, uno de los capataces informó a Echecopar que grandes cantidades de agua habían desaparecido de Collacocha (la laguna al lado de la cual trabajaban diariamente) y que debían paralizar las obras para evitar una posible inundación del túnel. Sin embargo, Echecopar no lo escuchó, pues no había ninguna certeza de a dónde iba a parar toda esa agua y ya en varias ocasiones anteriores habían paralizado las obras "para nada" y una inundación bien podría ocurrir en días como en años. Cada día de atraso en la obra significaba, para Echecopar, el sufrimiento y hasta la muerte de muchas personas por no recibir las medicinas y los alimentos que la carretera les traería.

¡Kammionmi chekamunam...! (que quiere decir ¡Allí vienen los camiones!) era la manera en que los lugareños celebraron la llegada de los primeros vehículos en atravesar la carretera: "¡Maquinas y medicinas para la selva!" "¡Alimentos y madera para la costa!". Echecopar estaba logrando unir dos mundos.

Sin embargo, en ese mismo momento se descubren filtraciones de agua en el túnel: Una catástrofe parecía inminente. Echecopar dio la voz de alarma para que todos los obreros abandonen sus labores. El pánico se apoderó de todos, pero Echecopar permaneció firme en su puesto, esperando a que el último obrero saliera a la superficie y sólo cuando el túnel empezó a desmoronarse lo hizo estallar para sellarlo y evitar que el aluvión se expanda.

Esa es, en pocas palabras, la trama de una gran obra del teatro nacional. Nos referimos a "Collacocha" de Enrique Solari Swayne y resulta un buen inicio para entender de lo que se trata la tutela preventiva de los derechos. ¿Debía Echecopar acaso paralizar la obra a la primera señal de peligro? ¿Tenía razones fundadas para esperar? ¿Acaso podía llevarse el caso ante los Tribunales y estos obligar a Echecopar a detener las obras? Son este tipo de preguntas a las que la tutela preventiva debe dar solución.

II. PRIMER ACERCAMIENTO A LA TUTELA PREVENTIVA

Podemos decir que la tutela preventiva tiene como finalidad actuar antes que un daño se concrete, evitando que continúe la acción dañosa, o evitando que la misma se repita. En tal sentido, se trata de una tutela específica, pues busca proteger en sí mismo el derecho o la situación jurídica de ventaja a la cual sirve y no pretende intercambiarla por un mero derecho a una indemnización. Lo que se pretende, entonces, es evitar que un comportamiento potencialmente dañoso se lleve a cabo (se repita o continúe), para lo cual se deberá imponer al demandado una obligación de hacer o de no hacer. Ello puede ocurrir, como veremos en detalle más adelante, en una gran variedad de casos distintos entre sí, como por ejemplo cuando se pretende evitar la contaminación ambiental o un acto de competencia desleal.

Asimismo, cabe señalar que en doctrina se suele denominar de distintas formas a este tipo de tutela. Así, cuando se habla de tutela preventiva, tutela inhibitoria, tutela específica o tutela de condena de obligaciones de hacer o no hacer, en realidad se está hablando de supuestos similares, pues todas estas figuras se refieren a los mismos fenómenos, aunque, claro está, desde distintos puntos de vista (según el tiempo en el que actúan o del contenido de la tutela).

III. DERECHO A LA INDEMNIDAD Y TUTELA PREVENTIVA

La tutela preventiva o inhibitoria, en adición, es una manifestación del derecho a la tutela diferenciada[1] y, como tal, tiene su propio contenido. Debe tenerse presente que el modo en que está expresada la tutela es lo que determina el derecho material, y no al revés; así, la llamada tutela resarcitoria viene

[1] El derecho a la tutela jurisdiccional diferenciada debe reconocerse esencialmente como un derecho de los justiciables hacia el Estado. En un primer momento, es un derecho hacia los legisladores según el cual estos deben adoptar y prever mecanismos legales adecuados para brindar una tutela efectiva. Esto implica que el legislador debe establecer: una tutela eficaz particular que le sea inherente a cada tipo de derecho, la oportunidad en que deba actuarse dicha tutela, y el contenido de la misma. Asimismo, también debe establecer las técnicas de aceleración del proceso (es decir, mecanismos de sumarización) que sean adecuadas para cada caso. De esta manera, por ejemplo, no basta con que el legislador reconozca formalmente el derecho al honor o a la salud cuando no se dispone también de mecanismos para que tales derechos sean protegidos de manera íntegra; pues es necesario crear procedimientos sumarios y establecer mecanismos por los cuales se cumplan las sentencias en sus propios términos.
En un segundo momento, el derecho a la tutela diferenciada es un derecho de los justiciables frente a los jueces. Los justiciables no sólo tienen derecho a que existan diferentes tipos de tutela y a elegir la tutela que consideren más efectiva; sino también tienen derecho a que los jueces, obligatoriamente, den una tramitación adecuada a las pretensiones que se presentan ante ellos.

a sustituir el derecho primigenio por un derecho consistente en la reparación pecuniaria de los daños producidos (daño emergente y lucro cesante). Es evidente, entonces, que la tutela resarcitoria no hace sino tutelar un derecho de crédito del sujeto dañado (en otras palabras, transforma el derecho primigenio en un derecho de crédito). Así, por ejemplo, si alguien atenta contra un bien de mi propiedad y por tal motivo este bien se extingue, perderé igualmente mi derecho de propiedad, pero nacerá un derecho de crédito a ser reparado pecuniariamente por los daños causados.

Ahora bien, si la tutela inhibitoria pretende la prevención de la ocurrencia de un daño, no hay duda de que la situación jurídica subjetiva que se crea es un derecho a la intangibilidad de la esfera jurídica; es decir, a que una determinada situación no se modifique, el mismo que ya algunos autores han denominado de diversas maneras: derecho a la integridad[2], derecho material a la seguridad[3] o derecho a la indemnidad[4].

Luigi Corsaro define el derecho a la integridad como "el derecho (la pretensión) a que otro no haga nada que atente contra la situación, es decir, el derecho a que otro no transforme o altere la situación propia"[5]. El derecho acotado, además, es de antigua data y tiene su origen en una manera distinta de entender el viejo adagio romano *neminen laedere* o *alterum non laedere*. Este principio puede traducirse en dos deberes específicos: (i) el no lesionar deliberadamente dicha integridad (un no hacer) y (ii) adoptar las medidas necesarias para no lesionar la integridad ajena (un hacer). Para este autor, la "integridad" no es un simple tipo de tutela: se trata de un derecho autónomo que no puede ser confundido con la situación jurídica subjetiva a la cual sirve, sea ésta un derecho de propiedad, de la persona, o cualquier otro. El derecho a la integridad y la tutela preventiva son dos caras de la misma moneda. Así, por ejemplo, el derecho de propiedad implica la satisfacción de un interés mediante el uso y disfrute de un bien específico. Sin embargo, al ser amenazado, hace nacer un nuevo interés, distinto del primigenio –por el que se pretende que cierta circunstancia no se modifique–, lo que da lugar, a su vez, a una nueva situación jurídica subjetiva que es el derecho a la integridad y que, por tanto, despliega sus propios mecanismos de tutela, como por ejemplo, los derivados del interdicto de retener (evitando un daño) o de recobrar (evitando que el daño se prolongue).

IV. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

Ahora bien, aun cuando la tutela preventiva tiene actualmente una gran importancia en la mayoría de ordenamientos jurídicos, tiene también una problemática compleja que se presenta en distintos aspectos. La primera cuestión a plantearse está referida a determinar hasta qué punto se puede obtener una verdadera tutela preventiva, pues en nuestro ordenamiento se han regulado sólo algunos supuestos específicos, pero no se ha establecido dicha tutela de manera generalizada y, sobre todo, atípica (es decir, aplicable incluso en casos no recogidos expresamente por una norma). En segundo lugar, aun cuando una norma establezca una tutela preventiva para un determinado derecho, ello no necesariamente significa que tal tutela se puede hacer efectiva a nivel del proceso, pues éste puede no tener un diseño adecuado para brindar la protección que la norma material ha dispuesto. Veamos a continuación cada uno de estos supuestos.

V. LA TUTELA PREVENTIVA EN ACCIÓN

¿Qué casos y qué derechos pueden ser susceptibles de tutela preventiva? ¿Cuándo se debe declarar procedente una pretensión de este tipo? Como hemos visto, la tutela preventiva tiene como finalidad actuar antes que un daño se concrete, antes que continúe la acción dañosa, o antes que la misma se repita. Sin embargo, ¿cómo puede un juzgador determinar en un caso concreto cuándo debe conceder una tutela preventiva?

En primer lugar, el juzgador debe analizar la actividad que se pretende vedar o prohibir. En este sentido, resultaría ideal que dicha actividad esté expresamente prevista en una norma; así, la labor del juzgador se simplificaría notablemente, puesto que sólo se limitaría a verificar que dicha actividad se está llevando a cabo (ello en tanto el juicio de ponderación, sobre si una actividad es dañosa, ya ha sido realizado por el legislador). Por ejemplo, el artículo 1 de la Ley 26856 establece que las playas "son bienes de uso público, inalienables e imprescriptibles", por tanto bastará que el juzgador verifique que alguna persona está ejerciendo (o

[2] CORSARO, Luigi. "Neminen laedere y derecho a la integridad". En: Proceso & Justicia. Revista de derecho procesal 3. 2002. pp. 146 y siguientes.

[3] DA SILVA, Ovídio. "Racionalismo y tutela preventiva en proceso civil". En: Revista Peruana de Derecho Procesal 5. 2002. pp. 285 y siguientes.

[4] LLAMAS POMBO. "La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del derecho de daños)". En: CABANILLAS, Antonio. "Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo". Tomo II. Madrid: Civitas. 2003. p. 2206.

[5] CORSARO, Luigi. Op. cit. p. 156.

pretende ejercer) un dominio privado sobre tales zonas para que dicha actividad sea inmediatamente vedada.

Sin embargo, en los casos en que no existe una normativa expresa, el juzgador debe determinar, de acuerdo a algún método de solución de conflictos (como por ejemplo el análisis costo-beneficio o la ponderación de derechos), cuál es el interés que debe prevalecer. Ello, por ejemplo, ocurre a menudo en los conflictos entre el derecho al honor y la libertad de expresión, o entre el derecho al medio ambiente y la libertad de empresa, en que el juzgador debe ser muy cuidadoso en determinar hasta qué punto debe restringir la libertad de expresión o de empresa.

Sigamos el siguiente ejemplo bajo los postulados del análisis costo-beneficio: En el célebre caso Adams v. Bullock, un niño de doce años de edad cruzó un puente llevando en la mano un cable de aproximadamente tres metros de longitud. Mientras meneaba el cable, éste tomó contacto con el alambrado del tranvía –que corría por debajo del puente– y la consiguiente descarga eléctrica provocó múltiples quemaduras en el niño. Los familiares decidieron demandar una indemnización a la compañía de tranvías. Ahora bien, supongamos que, además de solicitarse la indemnización, se hubiese demandado la eliminación del cableado aéreo –ya de por sí peligroso– o el cambio de éste por otro sistema más seguro. El demandado alegó que, al usar un tranvía alimentado por cables elevados, estaba ejerciendo de manera legal su derecho de concesión y que sólo una casualidad extraordinaria podía convertir al cable en un objeto peligroso. Nótese que en el presente caso no existía una norma específica que determinara cómo debía construirse el sistema de cableado del tranvía (lo cual hubiera permitido argumentar el incumplimiento de dicha norma). El juez que resolvió el caso consideró que la compañía demandada no había sido negligente y que, por tanto, no era necesario cambiar el sistema de cableado aéreo. El razonamiento que el juez utilizó se basó en el costo de tomar precauciones y el costo del daño (del potencial daño). En primer lugar, las probabilidades de causar un daño con el sistema de cableado aéreo son relativamente escasas; resulta muy difícil que alguien toque un cable de alta tensión que está a dos o tres metros por encima del nivel de la calle. Claro está que, por otro lado, si el accidente ocurre, la magnitud del daño puede ser muy grande (alguien puede morir). Por otra parte, ¿qué medidas de precaución se podían tomar? ¿Cuánto costaría tomar precauciones? No se puede forrar el cable porque tiene que estar descubierto para que el tranvía funcione. Por otra parte, colocar un cableado subterráneo hubiera sido muy costoso y complicado, y en la práctica, tal cosa era irrealizable. También resultaba excesivamente costoso colocar un vigilante cada veinte metros para impedir que alguien toque el cable. Por tanto, dado que la posibilidad del accidente es remota, y dado que el costo de precaución es demasiado alto, no se puede decir que hubo negligencia. La compañía propietaria del tranvía, entonces, no es responsable ni tiene por qué cambiar su sistema de cableado aéreo.

De este razonamiento se extrae la famosa fórmula HAND, que se puede expresar –a los fines que nos interesan– de la siguiente manera: podría otorgarse una tutela preventiva (o *injuction* como es denominada en el derecho norteamericano) cuando "P x D > C" y no se deberá otorgar la misma cuando "P x D < C" (en donde "P" representa a la probabilidad de que ocurra un accidente, "D" representa el daño o la magnitud del mismo si se produjera el accidente, y "C" representa el costo de la prohibición de la actividad potencialmente dañosa). Resumiendo: un juez podrá conceder una tutela preventiva en aquellos casos en que la probabilidad de causar un daño multiplicada por la magnitud del mismo sea mayor al costo de precaución del accidente[6].

Cabe resaltar que no toda actividad dañosa debe ser prohibida ya que puede tener una gran utilidad social. Por ejemplo, como se sabe, en nuestro país, los accidentes automovilísticos son una de las principales causas de muerte. Sin embargo, a nadie se le ocurriría demandar que se prohíba el uso de automóviles aduciendo que atentan contra la integridad de las personas. Aunque los accidentes de este tipo pueden ser muy graves, no resultaría adecuado vedar de manera absoluta esta actividad, sino establecer incentivos para que dicha actividad se desarrolle de manera adecuada. De hecho, esto nos demuestra que la tutela preventiva, en el fondo, no es otra cosa que un análisis de probabilidades. El prohibir la circulación de automóviles reduciría a 0% las muertes por esta causa. Sin embargo, se prefiere un sistema extremadamente regulado (por las reglas de tránsito) que, si bien no reduce a 0% los accidentes, los disminuye en gran medida. Por eso también Calabresi señala que la sociedad no busca evitar los daños a cualquier precio y que, más bien, permite determinadas actividades a pesar de que estadísticamente son dañinas[7].

[6] TRIMARCHI, Pietro. "Illecito". En: Enciclopedia del diritto. Tomo XX. Milano: Giuffrè. 1970. p. 99. Trimarchi realiza un análisis muy similar. Sostiene que, para determinar si un riesgo es justificado o no, debe "confrontársele con la utilidad social de la actividad con la cual se relaciona, teniendo en cuenta el costo de remoción de tal actividad: cuanto más grande sea la utilidad social y el costo de remoción, tanto más grande es el riesgo justificado".

[7] CALABRESI, Guido. "El costo de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil". Barcelona: Ariel. 1984. p. 35.

En un segundo momento, una vez que el juzgador advierte que determinada actividad no debe ser fomentada (actividad que podemos considerar ilícita, negligente o culposa), aquél debe realizar un nuevo análisis y establecer si debe otorgarse una tutela preventiva o una tutela resarcitoria. La tutela resarcitoria resulta útil cuando, si bien se desea proteger el derecho del demandante, no se quiere dar una tutela demasiado exigente que prohíba totalmente la actividad dañosa. Por otra parte, conceder la tutela preventiva no significa –en todos los casos– prohibir totalmente la actividad objeto de la pretensión; antes bien, puede implicar utilizar un mecanismo de prevención que disminuya la potencialidad dañosa de dicha actividad. Por ejemplo, en casos de protección del medio ambiente, puede resultar mucho más útil condenar a la empresa infractora a utilizar o instalar filtros anti-contaminación en sus chimeneas que prohibir que realice cualquier actividad empresarial. La prohibición total de una actividad debe ser el último recurso del juez; sólo justificable en situaciones extremas y cuando no haya otra manera de tutelar el derecho del demandante.

En pocas palabras, tanto la tutela preventiva como la tutela resarcitoria tienen como presupuesto la determinación de la licitud de una actividad. En un momento posterior se determina si esa conducta amerita una tutela preventiva o una resarcitoria. En el primer momento, la elección entre uno u otro interés en juego puede ser sumamente difícil; del mismo modo, en el segundo momento –en determinados casos–, puede no ser tan clara la necesidad de privilegiar la tutela preventiva. Un autor ya ha señalado que los distintos operadores jurídicos (especialmente legisladores y jueces) se encuentran, con frecuencia, frente "elecciones trágicas"[8].

Como veremos a continuación, la tutela preventiva involucra tal diversidad de fenómenos y elementos distintos como para que se pueda dar, en determinados casos, una respuesta concluyente y unívoca respecto de su admisión o rechazo. Sin embargo, es indudable que la tutela preventiva no puede ser reducida a unos cuantos supuestos en que la norma específicamente ha prohibido una determinada conducta, a riesgo de tener un campo de acción prácticamente excepcional.

VI. LA TUTELA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES NO PATRIMONIALES

La tutela preventiva se presenta como idónea para proteger aquellos derechos que no tienen un equivalente pecuniario o que, teniéndolo, no cumplen con una función patrimonial. Resulta importante recalcar que el hecho de calificar un derecho como patrimonial depende, finalmente, del ambiente jurídico-social en que éste se desenvuelve (podría decirse, incluso, que la patrimonialidad es un concepto más "sociológico" que "jurídico")[9]. Por otro lado –como bien afirma Proto Pisani–, los derechos que, a pesar de tener un contenido patrimonial, no cumplen con una función similar, son aquellos que "garantizan al titular el goce de una situación de libertad o de satisfacción de necesidades primarias que no pueden ser satisfechas de otra manera"[10].

Los principales derechos no patrimoniales son casi todos los derechos fundamentales; en especial, los llamados derechos de la personalidad, tales como: la vida, la integridad física, la libertad, la voz, el nombre, el seudónimo, la imagen, el domicilio, el honor, la buena reputación, la intimidad y la salud. Por su parte, los derechos que, si bien tienen un contenido patrimonial, no cumplen una función similar son: el derecho a la remuneración (u otros derechos laborales), el derecho al disfrute de un servicio público, el derecho a una pensión (llamado derecho previsional)[11], etc.

Los llamados derechos de la personalidad están protegidos expresamente mediante una tutela preventiva que se deriva de la cláusula general del

[8] CALABRESI, Guido y Phillip BOBBITT. "Tragic choices". Nueva York. 1978. Citado en: FERRANINI, Guido. "Scelte tragiche nuovi sviluppi dell'analisi economica del diritto". En: MACIONE, Francesco. "La responsabilità civile nei sistemi di Common Law". Padova: Cedam. 1989. Dicha obra trata sobre la problemática de la distribución de recursos escasos en situaciones en que, por diversos factores, la elección de una determinada sociedad se presenta como particularmente difícil.

[9] FORNO, Hugo. "Apuntes sobre el contenido de patrimonial de la obligación". En: Revista Advocatus 10. 2004. p. 182. Ver también: GIORGIANNI, Michele. "La obligación". Barcelona: Bosch. 1958. pp. 43 y 44. En este sentido se expresa el profesor Hugo Forno, quien –siguiendo a Giorgianni– afirma que "para establecer si una prestación específica tiene carácter patrimonial debe observarse el ambiente jurídico social en el que la obligación surge (…). Los sujetos están dispuestos a un sacrificio económico para gozar de los beneficios de aquella prestación, y esto puede tener lugar sin ofender los principios de la moral y de los usos sociales".

[10] PROTO PISANI, Andrea. "Los proveimientos de urgencia en el derecho italiano". En: Revista Peruana de Derecho Procesal 9. 2006. pp. 421-424.

[11] Esta diferencia explica, por ejemplo, por qué en nuestro país se acepta una gran cantidad de procesos de amparo de pensionistas. Las pretensiones de los pensionistas no buscan sino el pago de una suma de dinero adeudada por el Estado. Este derecho tiene un claro contenido patrimonial (pues es un típico derecho de crédito) y, en principio, no compartiría la naturaleza de los derechos que pueden ser tutelados mediante el amparo; sin embargo, en esta vía, se ha admitido este tipo de pretensiones, subsumiéndolo en el derecho constitucional a la seguridad social (lo que resulta no poco cuestionable). Creemos que no habría mayor inconveniente en reconocer su carácter de derecho de crédito; no obstante, como no cumple una función patrimonial sino una función de satisfacción de necesidades primarias, creemos que no existiría mayor inconveniente en ser admisible en la vía del amparo.

artículo 17 del Código Civil[12], el cual se refiere a la "acción de cesación". De manera similar, el artículo 686 del Código Procesal Civil[13], cuando establece el "restablecimiento y preservación" de tales derechos, permite una tutela contra la amenaza de un daño, pero sólo en los casos de derechos a la intimidad, a la imagen y a la voz (pero perfectamente aplicable a los otros derechos de la personalidad).

Por otra parte, si bien resulta correcto afirmar que la tutela *in natura* o preventiva se presenta como idónea para tutelar estos derechos, ello no significa que en todos los casos corresponde otorgar este tipo de tutela, pues pueden entrar en conflicto con otros derechos fundamentales no patrimoniales o con otros bienes jurídicamente protegidos. Se revela, entonces, una vez más, la importancia que asume el juzgador en este tipo de casos en los que su ámbito de discrecionalidad puede ser bastante amplio.

Para graficar este punto analicemos los conflictos que se presentan entre el derecho al honor y la libertad de expresión: Remitámonos a los siguientes casos presentados ante nuestros tribunales:

a) Caso Caja de Ahorro y Crédito de San Martín.- En este caso, la Caja de Ahorro y Crédito de San Martín demandó a los propietarios de Radio Imagen y solicitó el cese de la violación a su derecho a la buena reputación (Exp. 0905-2001-AA/TC)[14]. En concreto, se solicitaba que dicha radioemisora se abstuviera de seguir difundiendo informaciones que vinculaban a la demandante con una red de corrupción, lo que estaría provocando pánico financiero y el retiro masivo de ahorros de su institución.

b) Caso Julia Medina Díaz.- En este proceso, Julia Estela Medina Díaz demandó al diario "El Clarín". Pretendía el cese de publicaciones que cuestionaban sus funciones como alcaldesa de la Municipalidad Provincial de San Miguel de Cajamarca, por considerarlas lesivas de su derecho al honor, a la buena reputación y a la intimidad (Exp. 748-2000-AA/TC).

En estos casos (y en otros similares), como se puede entrever, se buscaba la protección preventiva o *in natura* del derecho al honor, a la buena reputación y a la intimidad. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional consideró que debían desestimarse las pretensiones incoadas. El fundamento del Tribunal, en ambos casos, fue similar: "Cuando, como consecuencia del ejercicio de las libertades informativas, se transgreden otros derechos constitucionales, como los derechos al honor o a la buena reputación, su tutela no puede significar que, con carácter preventivo, se impida que un medio de comunicación social (...) pueda propalar la información que se considera como lesiva, pues ello supondría vaciar de contenido a la cláusula que prohíbe la censura previa, la que proscribe el impedimento del ejercicio de tales libertades y (...) la condición de garantía institucional de las libertades informativas como sustento de un régimen constitucional basado en el pluralismo" (Exp. 0905-2001-AA/TC).

En otras palabras, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, se debe negar toda posibilidad de actuar una tutela preventiva para proteger el derecho al honor y a la intimidad, incluso en aquellos casos en que el abuso del derecho a la libertad de expresión e información sea manifiesto (ejemplos que sobran en nuestra sociedad). De este modo, sólo cabría un mero resarcimiento dinerario[15] o un derecho a la rectificación.

Desde nuestro punto de vista, la solución de estos casos resulta bastante cuestionable: optar por la "posición preferente" del derecho a la libertad de información y de expresión implica otorgar a estos derechos un contenido absoluto que ni siquiera otros derechos fundamentales poseen. Por otra parte, se llegaría a una paradójica conclusión: la protección de un derecho constitucional como el honor (o la intimidad) no podría ser exigida –en ningún caso– mediante un proceso de amparo (sino, mediante un proceso de responsabilidad en la vía civil)[16]. Asimismo, se tendría que concluir que el artículo 17 del Código Civil antes citado no sería aplicable al derecho al honor y a la intimidad. Por ello compartimos la posición de Eguiguren, para quien la intervención judicial a través del amparo

[12] Artículo 17.- La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos (…).
Para un análisis de este artículo ver: FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. "Nuevos alcances sobre la protección preventiva, unitaria e integral de la persona en el ordenamiento jurídico peruano". En: Revista Jurídica del Perú 33. 2002. pp. 61 y siguientes.

[13] Artículo 686.- Derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz.- Cuando la demanda pretenda el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida personal o familiar, así como la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o la voz de una persona puede el Juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada.

[14] El texto íntegro de todas las sentencias del Tribunal Constitucional peruano que citamos aquí puede ser consultado en la página *web* de dicha institución: www.tc.gob.pe

[15] Como se puede colegir, en ninguno de los casos señalados se procedió a examinar el fondo de la causa (es decir, si es que el demandado hizo abuso de su libertad de expresión) sino, simplemente, se esgrimió que la pretensión preventiva era, en realidad, un imposible jurídico.

no debería ser calificada como censura previa, y que es posible obtener la prohibición de difusión de determinada información violatoria, al menos, del derecho a la intimidad[17].

Por otra parte, y a pesar de lo mencionado, en el conocido caso "La Señito" se llegó a un resultado radicalmente distinto de los que hemos señalado, pero en la vía civil. La animadora de televisión, Gisela Valcárcel, demandó –ante un juez competente en lo civil– a Carlos Vidal y San Borja Ediciones Sociedad Anónima, solicitando el cese de los actos lesivos de su derecho a la intimidad y, en consecuencia, la prohibición de la divulgación y comercialización del libro titulado "La Señito", por contener información de su vida familiar y personal cuya publicación nunca autorizó. La base legal para sustentar el petitorio señalado fue, precisamente, el artículo 17 del Código Civil. A diferencia de lo que viene ocurriendo en la llamada jurisdicción constitucional, en el presente caso se amparó la demanda (Exp. 4643-99) sin mayores cuestionamientos, procediéndose al secuestro de la citada publicación.

Cabe señalar que ni siquiera en el ordenamiento norteamericano existe una protección absoluta de la libertad de expresión. Así, Posner señala que "el carácter de bien público de la información crea situaciones donde la regulación *ex ante* [*rectius*: la tutela preventiva] puede ser necesaria para evitar un daño irreparable. Supongamos que una revista está a punto de publicar un artículo que explicará al terrorista más estúpido un procedimiento viable para el ensamblaje de una bomba atómica a bajo costo"[18].

VII. LA TUTELA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DIFUSOS

Como ejemplos de este tipo de derechos, podemos mencionar el derecho al medio ambiente, la tutela del consumidor, la salud pública y la competencia desleal (cuando afecta al mercado en general).

La Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo 716) habla de un derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que representen riesgos o peligro para la salud. Entendemos, por tanto, que puede deducirse la naturaleza esencialmente preventiva de este tipo de derecho[19].

Por otra parte, el derecho al medio ambiente es un ejemplo claro de un derecho de contenido negativo; es decir, un derecho a la abstención, por parte de un tercero, de ejercer un comportamiento nocivo al medio ambiente. Así, la Ley General del Ambiente establece que toda persona tiene derecho a una acción rápida para *preservar* la ecología[20].

Con respecto a la competencia desleal, la norma positiva es bastante clara cuando establece la no necesidad de un daño, bastando el perjuicio potencial[21].

Ahora nos detendremos en un caso relativamente reciente. Nos referimos al "caso Nextel" (Exp. 2004-00308-130201, publicado en el diario oficial "El Peruano" con fecha 16 de setiembre de 2005).

Un grupo de vecinos interpuso una demanda de amparo contra la empresa Nextel, solicitando se le conmine a desmantelar una antena para telefonía móvil instalada cerca de sus viviendas. El fundamento de la demanda se basaba en el "potencial" daño que dicha antena podría causar en la salud de las vecinos demandantes, debido a que el campo electromagnético que aquélla genera influiría directamente sobre las neuronas cerebrales.

16 EGUIGUREN, Francisco. "Libertades de expresión e información y el derecho a la intimidad personal". Lima: Palestra. 2004. p. 246. En este sentido se expresa Francisco Eguiguren: "el criterio de interpretación asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por nuestro Tribunal Constitucional, de considerar a un mandato judicial como una forma de censura previa, torna improcedente e ineficaz toda utilización del amparo (sea preventivo, correctivo, o reparador) en defensa de la intimidad cuando es indebidamente vulnerada por el ejercicio abusivo de las libertades de expresión e información".

17 EGUIGUREN, Francisco. "Estudios Constitucionales". Lima: Ara. 2002. pp. 170 y siguientes.

18 POSNER, Richard A. "El análisis económico del derecho". México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1998. p. 626.

19 Artículo 5.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos: a) Derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física (…).
Artículo 9.- Los productos y servicios puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes (…).

20 Artículo IV.- Del derecho de acceso a la justicia ambiental.- Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.
Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia.

21 Artículo 7.- Condición de ilicitud.-
7.1.- La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización.
7.2.- Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial.

Este caso resultó de difícil solución, incluso para los mismos juzgadores, pues se resolvió con votos en discordia. Así, finalmente, se declaró infundada la demanda con el voto de tres magistrados. Sin embargo, uno de los juzgadores consideraba que la demanda debía declararse fundada; otros dos magistrados, a su vez, votaron por la improcedencia de la misma.

Uno de los fundamentos principales de la sentencia fue que "no existe un consenso sobre los daños a la salud que pudieran causar la instalación de antenas telefónicas en lugares cercanos a grupos de población, pues si bien está demostrado que generan radiación (…) no está demostrado cabalmente que éstas causen perjuicio a la salud". Asimismo, se argumentó que la empresa demandada contaba con licencias municipales para la construcción de las mencionadas antenas y que las mismas no se encontraban ubicadas en un centro urbano, sino a las afueras de éste[22].

Sin duda, se trata de un caso polémico[23]. Sin embargo, en principio, estamos de acuerdo con la jurisprudencia reseñada. En primer lugar, resulta importante resaltar que el simple cumplimiento de requisitos administrativos (si bien son importantes) no enerva las facultades del juez para conocer el fondo del asunto. En segundo lugar, con respecto al ejemplo citado, nos parece adecuada la labor "preventiva" que cumple la administración (en estos casos se solicita un informe técnico sobre el posible impacto de este tipo de tecnologías en la salud de los vecinos). Se trataba, entonces, de un tema técnico[24].

Asimismo, en el caso comentado, la antena objeto de litis cumplía con las disposiciones administrativas y estaba situada en las afueras de un centro poblado, con lo cual se redujo, en gran medida, el peligro de daños. En otras palabras, el cumplimiento de determinados requisitos puede hacer que un bien que, en principio, es peligroso, se torne "inofensivo".

VIII. LA TUTELA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE CARÁCTER PATRIMONIAL

Dentro de este ámbito podemos encontrar a la llamada "tutela aquiliana" del crédito, la propiedad, la posesión y ciertos tipos de obligaciones contractuales. Asimismo, bajo este rubro podemos ubicar a los derechos de autor, la propiedad industrial, las marcas y los signos distintivos.

Con respecto a los derechos de autor, debe destacarse lo hecho en materia legislativa, donde sí observamos claras medidas de tutela preventiva, tanto a nivel administrativo como judicial[25]. Cualquier titular de derechos de autor o similar puede pedir "el cese inmediato de la actividad ilícita"[26], y la autoridad administrativa puede ordenar medidas cautelares[27]. Asimismo, en caso se decida acudir al INDECOPI, no se cierran las puertas para que un juez civil goce de las mismas facultades, otorgándole amplia libertad de acción en esta materia[28].

22 Cabe señalar que, ya en un caso anterior, el Tribunal Constitucional (Exp. 0964-2002-AA/TC) había fallado ordenando a la misma empresa Nextel que proceda al desmantelamiento de una de sus antenas. Sin embargo, el fundamento de ese caso fue que la empresa demandada no contaba con una licencia municipal y que la antena se ubicaba en una zona residencial.

23 El jurista Jorge Peyrano señala que en la jurisprudencia argentina sí se ha procedido a ordenar el desmantelamiento de este tipo de antenas, pues se creía que causaban leucemia en los niños. Ver: Entrevista a Jorge Peyrano. En: Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial "El Peruano". No. 52. Año 2. 28 de junio del 2005. p. 7.

24 Uno de los temas técnicos que se menciona en la sentencia (aunque sin hacer un análisis profundo) es el siguiente: estas antenas, se dice, generan radiación horizontal no ionizante, de manera que no irradian mucha energía hacia abajo. En este sentido, cuanta más alta sea una antena, menor será la posibilidad de que cause un eventual daño.

25 Sin embargo, compartimos las consideraciones de Alfredo Bullard, para quien el actual contenido de los derechos de autor y de propiedad intelectual en general debería ser, al menos, reformulado. Según Bullard, si bien resulta atrevido sugerir que la propiedad intelectual debería eliminarse, hay que dudar de las distintas "bondades" que justifican su existencia (o ciertas formas de ella). Sobre el tema ver: BULLARD, Alfredo. "Reivindicando a los piratas: ¿Es la propiedad intelectual un robo?". En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales 1. Lima: Palestra Editores. 2005. pp. 327-357.

26 Artículo 176.- Sin perjuicio de lo establecido en el Titulo V del Decreto Legislativo 807, los titulares de cualquiera de los derechos reconocidos en esta Ley o sus representantes, sin menoscabo de otras acciones que les corresponda, podrán pedir, bajo su cuenta, costo y riesgo, el cese inmediato de la actividad ilícita del infractor en los términos previstos en este Capítulo. Con este fin, la Oficina de Derechos de Autor, como autoridad administrativa, tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares rápidas y eficaces para:
Evitar una infracción de cualquiera de los derechos reconocidos en la presente ley y, en particular, impedir la introducción en los circuitos comerciales de mercancías presuntamente infractoras, incluyendo medidas para evitar la entrada de mercancías importadas al menos inmediatamente después del despacho de aduanas.
Conservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción.

27 Artículo 181.- La Oficina de Derechos de Autor tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares en virtud del pedido de una sola parte, sin necesidad de notificar previamente a la otra, en especial cuando haya posibilidad de que cualquier retraso cause un daño irreparable al titular del derecho, o cuando haya un riesgo inminente de que se destruyan las pruebas.

28 Artículo 195.- Cuando por motivo de la violación de las disposiciones contenidas en la presente ley, el interesado opte por acudir a la vía civil, se tramitará de acuerdo a lo establecido en el procedimiento abreviado previsto en el Código Procesal Civil y las disposiciones contenidas en la legislación especial.
Artículo 196.- Los titulares de cualesquiera de los derechos reconocidos en esta ley, sus representantes o las sociedades de gestión colectiva, sin perjuicio de otras acciones que les correspondan, podrán pedir el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados por la violación, así como el pago de las costas procesales.

Se podría decir que la tutela preventiva de las situaciones jurídicas patrimoniales es un ámbito poco trabajado (por los procesalistas, al menos), donde aún quedan muchas cosas por tratar, y que, sin duda, merece un trabajo aparte. Por ello sólo vamos a delinear algunos rasgos generales.

Para empezar, vamos a referirnos a la tutela aquiliana del crédito, mediante la cual se pretende evitar que un comportamiento de un tercero incida de tal manera en la relación obligatoria que provoque su incumplimiento. Así, en este rubro encontramos casos como la instigación a violar un contrato preliminar de venta, un contrato de exclusividad, la inducción a violar deberes de confidencialidad, etc[29]. Por ejemplo, en el *Common Law* ha sucedido el siguiente caso: una compañía cinematográfica famosa demandó a otra compañía del mismo rubro por instigar a una de sus actrices a incumplir su contrato de exclusividad (contrato que la obligaba a grabar películas sólo para la compañía demandante) y, en la sentencia, consiguió que el juez condene a la demandada a abstenerse de realizar en el futuro cualquier acto de instigación al incumplimiento, bajo apercibimiento de fuertes multas dinerarias. Como se puede inducir del ejemplo, se logra proteger el crédito de manera íntegra (aunque aquí no podemos detenernos a discutir los pormenores de esta figura[30]). Nuestra legislación recoge esta figura específicamente, pero limitada al ámbito de la competencia desleal, donde se le conoce como "acto de sabotaje empresarial"[31].

El caso de la posesión es paradigmático, y se encuentra expresamente regulado por la normativa del denominado interdicto de retener[32]. Por otra parte, la propiedad –en tanto implica también posesión– puede ser protegida mediante el mismo mecanismo; y las inmisiones a la propiedad están protegidas de manera preventiva por el artículo 961 del Código Civil[33]. En este rubro también podemos ubicar la pretensión contra las obras que amenazan ruina, contenida en el artículo 956 del Código Civil[34].

Ahora bien, otro tema poco tratado es el referido a los contratos que son susceptibles de una tutela preventiva; es decir, aquéllos en que se pretende evitar el ilícito contractual (lo cual no es otra cosa que el incumplimiento). Se debe analizar en cada caso la conveniencia de una tutela preventiva, pues, en este ámbito, el daño puede ser minimizado por las mismas partes a través de distintos mecanismos, llámese cláusula penal, fianzas, garantías reales, etc. A diferencia de la tutela aquiliana del crédito, donde el mandato de abstención estaba dirigido a un tercero ajeno a la relación contractual, en el ilícito contractual está dirigido específicamente al deudor[35]. Esta

29 Sobre estos supuestos ver: FRANZONI, Massimo. "La tutela aquiliana del contrato". En: THEMIS-Revista de Derecho 35. 1997. pp. 219 y siguientes. y VISINTINI, Giovanna. Op. cit. pp. 167 y siguientes.

30 Sin duda se trata de una figura polémica y, si bien ha tenido un reconocimiento en ordenamientos extranjeros, habría que hacer un análisis profundo para determinar la pertinencia de su inclusión en el ordenamiento peruano.

31 Artículo 15.- Actos de sabotaje empresarial.-
15.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, perjudicar injustificadamente el proceso productivo, la actividad comercial o empresarial en general de otro agente económico mediante la interferencia en la relación contractual que mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial o mediante una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades.
15.2.- Los actos que impliquen ofrecer mejores condiciones de contratación a los trabajadores, proveedores, clientes o demás obligados con otro agente económico, como parte del proceso competitivo por eficiencia, no constituyen actos de sabotaje empresarial.

32 Artículo 606.- Interdicto de retener.- Procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión. La perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso. Si así fuera, la pretensión consistirá en la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, aunque se pueden acumular ambas pretensiones. En todos los casos, la pretensión consistirá en el cese de estos actos (…).

33 Artículo 961.- El propietario, en ejercicio de su derecho y especialmente en su trabajo de explotación industrial, debe abstenerse de perjudicar las propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes.
Están prohibidos los humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias.

34 Artículo 956.- "Si alguna obra amenaza ruina, quien tenga legítimo interés puede pedir la reparación, la demolición o la adopción de medidas preventivas.

35 En el derecho anglosajón se regula el instituto de la *specific peformance*, que es una especie de *injunction* para el cumplimiento de obligaciones contractuales de hacer infungibles; normalmente, actividades artísticas. En este sentido, por ejemplo, si un cantante se rehúsa a brindar una presentación previamente pactada, este artista podrá ser conminado por la autoridad judicial a realizar su actividad bajo apercibimiento de aplicársele el *contempt of court* (multa pecuniaria o, incluso, prisión). Al respecto: GRECO, Leonardo. "A execução civil no do direito comparado". En: Revista de direito comparado 2. Volumen 2. Belo Horizonte: Universidad Federal de Minas Gerais. 1998. pp. 202 y siguientes. Por su parte, los conocidos Principios de los Contratos Comerciales Internacionales (UNIDROIT) -en el viejo continente- han optado por la solución contraria. Si bien los principios UNIDROIT establecen que la tutela específica es la regla general, se han fijado excepciones: la imposibilidad material o jurídica, el gasto no razonable, el carácter personal de la obligación, y la alternativa de que la pretensión sea satisfecha en otra vía. Por tanto, tras la aplicación de las excepciones mencionadas, "el derecho a obtener el cumplimiento de la prestación por parte del deudor queda limitado a las obligaciones de dar una cosa no fungible. En efecto, si se ha incumplido una obligación de hacer, el acreedor no puede ejercer su derecho al cumplimiento". Ver: GUILLAMET, Joan Marsal y Elena LACASA. "Algunos mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual en el futuro derecho europeo de contratos. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios". En: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo. Tomo 2. Madrid: Civitas. 2003. p. 2463.

tutela, por ejemplo, está específicamente prevista en el artículo 594 del Código Procesal Civil[36]. En este tipo de casos, la tutela preventiva tendría como fin la protección de la parte más débil de la relación contractual.

IX. TUTELA PREVENTIVA Y VÍAS PROCEDIMENTALES

En este punto, debemos reparar en la vía procedimental idónea para la tramitación de pretensiones preventivas. El ordenamiento judicial nos otorga, en general, dos grandes vías generales a través de las cuales podemos hacer posible la tutela preventiva de los derechos: el proceso constitucional de amparo y el proceso civil.

A. El proceso de amparo

En el proceso de amparo se intenta siempre una tutela de condena[37] cuyo contenido no es una "obligación de dar suma de dinero"; así, se deduce que este proceso es una manifestación de una tutela específica y preventiva de los derechos fundamentales y no de la tutela resarcitoria.

Por otra parte, decir que el proceso de amparo es un proceso "urgente" o de trámite "acelerado" no es sino reconocer que se trata de un proceso eminentemente sumario (y cuyo trámite está hoy regulado en el artículo 53 del Código Procesal Constitucional[38]).

Así, desde nuestro punto de vista, el proceso de amparo es un mecanismo de tutela mediante el cual se hace valer, esencialmente, la tutela preventiva (o inhibitoria) de los derechos fundamentales, mediando un procedimiento sumario.

Por otra parte, no podemos dejar de señalar el peculiar diseño del procedimiento del amparo. Casi no se han realizado estudios de naturaleza procesal respecto del proceso de amparo, pero se puede indicar que este tipo de proceso está basado esencialmente en una sumarización procedimental; es decir, en una simple reducción de plazos procesales así como en la concentración de actividades judiciales. El trámite del proceso de amparo carece, en principio, de etapa conciliatoria, de etapa probatoria e, incluso, de una audiencia (que se ha convertido en una verdadera excepción).

[36] Artículo 594.- Sentencia con condena de futuro.- El desalojo puede demandarse antes del vencimiento del plazo para restituir el bien. Sin embargo, de ampararse la demanda, el lanzamiento sólo puede ejecutarse luego de seis días de vencido el plazo.
Si el emplazado se allanara a la demanda y al vencimiento del plazo pusiera el bien a disposición del demandante, éste deberá pagar las costas y costos del proceso.
Sobre este punto, debemos rescatar la opinión de Proto Pisani, para quien estos casos, en estricto, no serían una expresión de la tutela preventiva (a menos que se le use en un sentido muy amplio) ya que no estaría dirigida a prevenir la violación de un derecho sino la diferencia de tiempo entre el momento de la violación y la posibilidad de usar un proceso ejecutivo. PROTO PISANI, Andrea. "Le tutele giurisdizionali dei diritti: Studi". Napoli: Jovene. 2003. p. 133.

[37] Si bien la tutela que brinda el amparo es esencialmente una "tutela de condena", existen un par de casos *sui géneris* que no caben dentro de dicho calificativo. Nos referimos al caso en que se intenta la defensa del derecho al debido proceso y al caso en que se impugna un acto administrativo por afectar un derecho constitucional. En estricto, la sentencia de amparo que acoge una pretensión por infracción al debido proceso (sea que se trate de otro proceso judicial o de un procedimiento administrativo o, incluso, privado) no es de condena, sino que tiene efectos "nulificantes"; en este sentido, deberíamos hablar, más bien, de una tutela meramente declarativa. Por ejemplo, si en un proceso se ha obtenido una sentencia mediando fraude procesal, se puede obtener una sentencia en el amparo que "declare" que dicha sentencia carece de efectos jurídicos por afectar el debido proceso. En el sentido de que la sentencia obtenida con afectación de debido proceso es nula. Ver: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "Derechos fundamentales y proceso justo". Lima: ARA. 2001. p. 323 y ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. "Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada". En: Proceso & Justicia 1. 2001. p. 17.
Por otra parte, también se suelen tramitar, en vía de amparo, pretensiones que, si bien pueden ser claramente materia de un proceso contencioso-administrativo (pensemos, por ejemplo, en los casos del llamado derecho previsional), son admitidas en la vía constitucional por afectar (indirectamente) un derecho constitucional. Por tanto, en estos casos, la sentencia del amparo comparte la naturaleza de la sentencia del contencioso-administrativo. En este orden de ideas, la sentencia suele tener, también, efectos nulificantes sobre el acto administrativo, por lo cual cabría en la definición de tutela meramente declarativa. En casos similares en donde además se solicita las llamadas pretensiones de "plena jurisdicción" mediante el amparo, puede decirse también que estamos ante una sentencia constitutiva, puesto que esta resolución viene a reemplazar el contenido del acto administrativo declarado nulo.

[38] Artículo 53.- Trámite.- En la resolución que admite la demanda, el Juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste. Dentro de cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el Juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización.
Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el Juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días; con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, dictará un Auto de Saneamiento Procesal en el que se anule lo actuado y se dé por concluido el proceso, en el caso de que se amparen las excepciones de incompetencia, litispendencia, cosa juzgada y caducidad. La apelación de la resolución que ampare una o más de las excepciones propuestas es concedida con efecto suspensivo. La apelación de la resolución que desestima la excepción propuesta es concedida sin efecto suspensivo.
Si el Juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios.
El Juez expedirá sentencia en la misma audiencia o, excepcionalmente, en un plazo que no excederá los cinco días de concluida ésta.
El Juez en el auto de saneamiento, si considera que la relación procesal tiene un defecto subsanable, concederá un plazo de tres días al demandante para que lo subsane, vencido el cual expedirá una sentencia. En los demás casos, expedirá sentencia pronunciándose sobre el mérito.
Los actos efectuados con manifiesto propósito dilatorio, o que se asimilen a cualquiera de los casos previstos en el artículo 112 del Código Procesal Civil, serán sancionados con una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal. Dicha sanción no excluye la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera derivarse del mismo acto.

En este proceso, prácticamente, no se emiten autos y, aunque la norma no lo indica con precisión, sólo sería apelable la sentencia.

Sin duda, el simplísimo diseño demanda-contestación-sentencia le otorga al amparo un dinamismo apreciable. Incluso, el amparo es un proceso más "acelerado" que el mismo proceso sumarísimo civil. Nunca se ha dudado -y nos incluimos- de la constitucionalidad de este procedimiento, pues la tutela de los derechos fundamentales así lo exige. Entonces, cabría preguntarse: ¿por qué no se puede simplificar de modo similar el proceso civil?[39]

B. El proceso civil

Obviamente, el proceso civil viene a ser la vía ordinaria para la tutela de la mayoría de derechos. Sin embargo, a diferencia de los procesos constitucionales, difícilmente podría decirse que los procesos civiles poseen una estructura adecuada para hacer viable cualquier tutela preventiva o inhibitoria. Esto se debe a que los institutos que nos brinda el proceso civil, en gran parte, están abocados únicamente a la tutela del derecho de crédito, pero no responden de manera adecuada ante otro tipo de derechos. Estas deficiencias se manifiestan específicamente no sólo respecto de la vía procedimental a seguir, sino también respecto de las medidas cautelares y de la actuación de sentencias.

En la actualidad, a través de nuestro vetusto proceso civil de cognición, se puede pretender obtener una tutela preventiva, la misma que, después de mucho batallar, obtendría su amparo en una sentencia de primer grado. Y contra esta sentencia, la contraparte podría proponer una apelación y, así, lograr que sea revisada. Por si fuera poco, esta última decisión puede ir en casación. Una vez que la sentencia haya quedado firme, constituirá un titulo ejecutivo, en base al cual se debe proponer un proceso de ejecución para lograr el cumplimento de la sentencia (si es que esto aún es posible) y, por fin, la satisfacción del derecho del demandante. Como afirma Trimarchi, el proceso jurisdiccional así descrito es largo, costoso e imprevisible[40].

Sin lugar a dudas, la tutela preventiva debería ser tramitada -al menos, en casi todos los casos- en la vía del proceso sumario. Como afirma Proto Pisani, el recurso a procesos sumarios está justificado por la exigencia de evitar que la duración del proceso de cognición plena cause un daño irreparable al actor que probablemente tiene la razón[41]. Este jurista, además, señala tres motivos específicos que hacen necesario el recurso a la tutela sumaria:

(i) Evitar (a las partes y a los juzgadores) el costo de un proceso de cognición plena.
(ii) Evitar el abuso del derecho de defensa (a través de los instrumentos previstos en el proceso de cognición plena) de parte del demandado.
(iii) Asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional referida a aquellos derechos no patrimoniales o con función no patrimonial, que sufrirían, por definición,

[39] Nótese que otros ordenamientos, generalmente europeos, carecen absolutamente de un procedimiento como éste: el proceso de amparo es una "invención" netamente latinoamericana. El llamado recurso de amparo español, en realidad, funciona, en la mayoría de los casos, como una impugnación extraordinaria ante el Tribunal Constitucional español, pues los particulares no pueden acudir a él directamente sino sólo a través de la revisión de otro proceso civil; que difícilmente puede ser calificado como sumario. En otros casos, el amparo español se comporta como un verdadero proceso contencioso-administrativo (de hecho, el amparo español está regulado en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa). Otro caso peculiar es el italiano, en donde se carece de un "proceso especial" de defensa de los derechos fundamentales (salvo el caso del hábeas corpus). Así, en el ordenamiento italiano, todos los derechos fundamentales son tutelados únicamente a través de los procesos civiles (pues los derechos fundamentales son también, al fin y al cabo, derechos de naturaleza civil y están regulados por el Código Civil). Asimismo, para la gran mayoría de la doctrina italiana, la idea de contar con un proceso sin audiencia y sin etapa probatoria resulta extrañísima (y tal vez hasta inconstitucional). Por otro lado, la ventaja de la regulación italiana es que evita una innecesaria duplicidad de competencias y consigue un sistema internamente coherente. Se piensa que, por ejemplo, en nuestro ordenamiento, las pretensiones del amparo podrían ser fácilmente tramitadas a través de los procesos civiles o de los contenciosos-administrativos, y que los justiciables muchas veces acuden al amparo para poder "saltarse" el engorroso diseño de otros procedimientos. Sin embargo, la gran desventaja del diseño ordinario es la morosidad del proceso, que no puede ser totalmente resuelta por las medidas cautelares; así, el promedio de duración del proceso civil italiano es de 10 años (y va en aumento).
Esta duplicidad de vías ante un mismo conflicto se reconoce en la misma legislación peruana, que le ha dado carácter residual al proceso de amparo; es decir, no serán tramitados por este conducto aquellas pretensiones que tengan "una vía procedimental específica" (artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional). En otras palabras, el amparo estará reservado para aquellos conflictos constitucionales que no tienen una regulación específica o que tienen una regulación deficiente. A decir verdad, mediante el proceso de amparo siempre se han resuelto aquellos conflictos sociales que no han podido ser solucionados por la legislación. De este modo se entiende por qué, hasta hace poco, alrededor del ochenta por ciento de los amparos en trámite corresponden a materias previsionales y el resto corresponde a pedidos de reposición en el puesto de trabajo (tanto en entidades públicas como privadas), dejándose un pequeñísimo porcentaje para otros derechos constitucionales. Algunas consideraciones sobre este tema y otros relacionados en: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. "El código procesal constitucional peruano y la procedencia o improcedencia del amparo: sus alcances y los retos que plantea el nuevo escenario previsto". En: Revista Jurídica del Perú 59. 2004. pp. 26 y siguientes.

[40] TRIMARCHI, Pietro. "Istituzioni di diritto privato". Milano: Giuffrè. 1969. p. 614.

[41] PROTO PISANI, Andrea. "Le tutele giurisdizionali dei diritti: Studi". Napoli: Jovene. 2003. p. 193.

un perjuicio irreparable si permanecen en un estado de insatisfacción durante todo el tiempo que dura el proceso de cognición plena[42].

X. EPÍLOGO: EL CASO DE LA MINERA HUARÓN

Muchas veces la literatura se nutre de la realidad, pero otras pocas veces es la propia realidad la que se vuelve un remedo literario. Es esa la relación que creemos se dio entre "Collacocha" y el caso de la Minera Huarón.

Los hechos son como siguen: Durante el año de 1997, la Compañía Minera Huarón interpuso una demanda contra Chungar S.A., otra compañía minera, solicitando se disponga y ejecute la colocación de tapones de seguridad en la concesión minera que ambas partes compartían. Se entiende que los mencionados tapones de seguridad que Huarón pretendía colocar iban a impedir que Chungar realice normalmente sus actividades mineras. Esta medida tendría, además, como finalidad, evitar la inundación que la concesión minera podría sufrir producto de la presión que ejercía la laguna Naticocha, que se encontraba justamente encima de la mina; la inundación podría causar serias pérdidas materiales e incluso humanas. Se trataba pues de una pretensión claramente preventiva.

Si bien en el caso nunca se determinó fehacientemente que tantas posibilidades existían que efectivamente se produzca una inundación en la mina, en el transcurso del proceso, el Juez de Primera Instancia concedió la pretensión planteada. Dicha sentencia fue revocada por la Corte Superior y, posteriormente, la Corte Suprema desestimó el recurso de casación, quedando firme la revocación. Paradójicamente, y de manera contraria a lo resuelto por los tribunales, días antes de expedirse la resolución suprema, se produjeron precisamente los hechos que se buscaban evitar; es decir, al igual que en la obra de teatro mencionada en la introducción de este artículo, la mina cedió a la presión de la laguna Naticocha y se produjeron cuantiosos daños materiales y lamentables pérdidas de vidas humanas.

En suma, en este caso no sólo se dio una decisión judicial absolutamente tardía y por tanto inútil, sino que además dicha decisión resultó injusta y claramente contraria a la realidad de los hechos. Ello nos debe llevar a pensar acerca de las radicales repercusiones que una sola sentencia puede llegar a tener en este tipo de casos.

[42] Ibid. p. 363.



MURANO

SHIFT_the way you move NISSAN

Maquinarias
COMPROMETIDOS DE POR VIDA

NISSAN TEST DRIVE

Ingresa a **www.nissan.com.pe** o **www.maquinarias.com.pe**
y realiza una **prueba de manejo** en nuestra red de concesionarios.
Central Telefónica: 614-5555

RODRIGO,
ELIAS
& MEDRANO
ABOGADOS

Av. San Felipe 758. Lima 11. Perú. Tel: [511] 619-1900 Fax [511] 619-1919
www.estudiorodrigo.com

HERNÁNDEZ & CÍA.
ABOGADOS

**desea éxitos a THEMIS en su
45avo Aniversario**

Av. Javier Prado Oeste 795
Magdalena del Mar • Lima • Perú
t (511) 611 5151
f (511) 628 8292

estudio@ehernandez.com.pe
www.ehernandez.com.pe

sociedad civil de responsabilidad limitada

IMPUGNACIÓN Y ADECUACIÓN: SOBRE LA MAL CONSIDERADA INIMPUGNABILIDAD DEL AUTO ADMISORIO

Dante Ludwig Apolín Meza*

La inimpugnabilidad del auto admisorio ha generado no poca controversia en la doctrina y en la jurisprudencia nacional. Esta figura supone la imposibilidad del demandado de cuestionar la decisión tomada por el juez en la calificación inicial de la demanda, principalmente en la existencia de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción necesarias para que se establezca una relación procesal válida.

El autor analiza el tema tomando como punto de partida el desarrollo de las instituciones procesales de la impugnación y la propia figura del auto admisorio. Así, responde a cuestiones como la viabilidad del cuestionamiento del auto admisorio por medio de los recursos y remedios regulados por nuestro Código Procesal Civil, como también rebate esta supuesta falta de instrumento impugnatorio contra el auto admisorio.

* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente del Instituto Peruano de Estudios Procesales.

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo determinaremos si los denominados autos que admiten a trámite determinada pretensión (auto admisorio de demanda) son válidamente susceptibles de impugnación mediante el recurso de apelación o si acaso pueden ser revisados mediante un pedido de nulidad u otro medio de impugnación.

Este problema recoge lo que hasta el momento se ha denominado como la inimpugnabilidad del auto admisorio, que ha sido objeto de posiciones encontradas tanto en la doctrina nacional como en su jurisprudencia.

En tal sentido, creemos que el problema no puede ser resuelto a partir de una simple referencia normativa legal o constitucional, sino a partir una adecuada comprensión de la función de la impugnación y del auto admisorio en el proceso civil.

I. LA IMPUGNACIÓN EN EL DERECHO

A. La función de la impugnación

La impugnación es un concepto que pertenece a la Teoría General del Derecho, y por lo tanto no resulta ser exclusivo del derecho procesal como algunos podrían entender. La impugnación así entendida supone, de manera general, cuestionar un determinado acto denunciando un error, a fin que éste sea corregido. De igual manera, en el caso de la impugnación denominada "procesal" las partes y terceros legitimados de un proceso pueden cuestionar actos "procesales" denunciando los errores ahí contenidos, con la finalidad de corregirlos.

En consecuencia, no queda duda alguna que el esquema de toda impugnación procesal será el siguiente: (i) la existencia de un error, (ii) la denuncia del error, y (iii) la corrección del error. De este esquema se puede apreciar que la función que cumple la impugnación en el proceso civil, es **la corrección de los errores contenidos en los actos procesales**.

Cabe recordar que los actos procesales tienen siempre una finalidad y se desarrollan conforme a reglas preestablecidas, por lo que el incumplimiento de tales fines o formas legitima la actividad impugnatoria con el objeto de corregir tales errores.

Ante tal eventualidad, es decir, ante la producción de actos irregulares, el ordenamiento procesal permitirá la producción de otra serie de actos procesales tendientes al saneamiento de aquellos, denominados "previsiones sanatorias o correctivas"[1]. En este mismo sentido, cuando las partes dirigen su actividad en procura de la corrección de dicha irregularidad hacen valer en el proceso un "poder de impugnación".

B. Manifestaciones de la impugnación procesal

Entendida así la función de la impugnación, la doctrina ha considerado que dentro de la categoría "medios de impugnación" caben una serie de supuestos claramente diferenciados. Éstos, siguiendo al profesor Ortells Ramos[2], pueden clasificarse del siguiente modo:

1. Medios de impugnación dirigidos a producir una nueva cognición de cuestiones ya resueltas mediante resoluciones que no son firmes y que se han dictado con las ordinarias posibilidades de audiencia previa de las partes.

En este tipo de impugnación procesal, están incluidos los recursos como el de apelación, reposición, casación y queja[3] que se encuentran regulados en nuestro Código Procesal Civil. Sin embargo, éstos no son los únicos medios de impugnación que reconoce nuestro ordenamiento, conforme veremos más adelante.

Estos medios de impugnación se caracterizan por lo siguiente:

(i) *El acto procesal que se cuestiona no ha obtenido aún firmeza ni autoridad de cosa juzgada*. Es decir, que se tratan de actos procesales emitidos por el órgano jurisdiccional que aún no pueden surtir efectos en la medida que, según previsión legal expresa, se encuentra pendiente el transcurso de un plazo para la adquisición de firmeza.

(ii) *La causa o motivo de la impugnación no consiste en que las partes hayan carecido de posibilidad de contradictorio previo o audiencia previa.* Es decir, que la irregularidad que sustenta estos medios de impugnación debe ser producto de una resolución emitida por el órgano jurisdiccional, previo

[1] VÉSCOVI, Enrique. "Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica". Buenos Aires: Depalma. 1988. p. 13.

[2] ORTELLS RAMOS, Manuel. "Derecho Procesal Civil". Tercera edición. Navarra: Aranzadi. 2002. pp. 513-514.

[3] También estaría incluido el remedio y recurso de nulidad como medio de impugnación que se interpone ante el mismo órgano jurisdiccional que emitió o dispuso el acto impugnado a fin de que éste corrija o disponga la corrección del error.

debate o contradictorio de las partes, pues conforme el principio del contradictorio la formación de los actos procesales dependen de la posibilidad de efectiva participación de las partes[4], debiendo tener conocimiento oportuno de todas las alegaciones o argumentos que se consideren aplicables al caso[5].

Esto es así pues, como veremos más adelante, en los casos en que no exista contradictorio previo por previsión legal expresa, el propio ordenamiento regula otros medios de impugnación a fin de garantizar dicho contradictorio previo a la impugnación regular.

2. Medios de impugnación interpuestos en un nuevo proceso por haber adquirido firmeza la sentencia contra la que se dirigen

Este es el caso del proceso denominado: nulidad de cosa juzgada fraudulenta, que se caracteriza por cuestionar una sentencia firme, contra la que no procede los recursos que hemos mencionado en el punto anterior. El ejercicio de este medio de impugnación implica el inicio de un nuevo proceso judicial autónomo destinado a corregir la irregularidad que se presenta en el proceso concluido[6].

3. Medios de impugnación consistentes en oposiciones a decisiones judiciales

Según el profesor Ortells Ramos, "con estos medios de impugnación se trata de compensar la falta de audiencia (o audiencia insuficiente) de una de las partes, con carácter previo a la resolución que se impugna, pues el incidente de oposición permite una instrucción (alegaciones y pruebas) más amplia que los medios de impugnación que a continuación veremos (se refiere a los ordinarios que hemos mencionado como la primera manifestación) y, después de esta instrucción, incluso la posibilidad de una apelación"[7].

Un ejemplo claro de medio de impugnación "que trata de compensar la falta de audiencia (contradictorio) de una de las partes" **es la excepción procesal,** pues permite adecuadamente a las partes alegar y probar respecto de aquello que fue resuelto de manera provisional en el auto admisorio (sin contradictorio al demandado): el cumplimiento de los presupuestos procesales y las llamadas condiciones de la acción.

Al respecto, la doctrina más calificada sostiene que: "En definitiva, además del recurso, se reconoce como medio impugnativo: (…) **la propia excepción,** que a veces no funciona específicamente como derecho de contradicción, sino como forma de relevar una nulidad o deducir una oposición…"[8]. (El énfasis en nuestro)

En el proceso civil peruano, queda claro que las excepciones tienen por finalidad denunciar el incumplimiento de los presupuestos procesales y condiciones de la acción; tal es el caso de las excepciones perentorias cuya consecuencia es la anulación de todo lo actuado (auto admisorio incluido) y la conclusión del proceso (demostrando su función como medio de impugnación)[9].

C. El ejercicio del derecho a impugnar puede limitarse por la ley, a diferencia del ejercicio de derecho a la doble instancia

Habiendo quedado claro que las manifestaciones de la impugnación procesal no se restringen al elenco de recursos regulados en nuestro Código Procesal Civil, resulta evidente a partir de ello, una distinción entre el derecho a impugnar y el derecho a la doble instancia a partir de su contenido.

El inciso 6 del artículo 139 de la Constitución de 1993 reconoce como principio y derecho de la función jurisdiccional "la pluralidad de la instancia"[10], lo que significa que el legislador no podría establecer procesos de instancia única. Esto a su vez determina que las partes cuenten con un derecho a tener a su disposición un medio de impugnación que les permita llegar a un órgano jurisdiccional distinto de aquél que ha emitido la resolución que concluye la instancia.

4 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "A garantia do contradictorio". En: Revista Peruana de Derecho Procesal V. 2002. p. 20.

5 EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. "*Iura novit curia* y aplicación judicial del derecho". Valladolid: Lex Nova. 2000. pp. 31-37.

6 Un medio de impugnación similar sería el proceso de amparo contra resolución judicial, en el se busca dejar sin efecto una resolución judicial firme cuando se violentan derechos relacionados con la tutela judicial efectiva.

7 ORTELLS RAMOS, Manuel. Op. cit. p. 514.

8 VÉSCOVI, Enrique. Op. cit. p. 14.

9 Es decir, como medio a través del cual, ante la existencia de un error, permite denunciar tal error a fin que sea corregido.

10 Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(…)
6. La pluralidad de la instancia.
(…)"

Desde este punto de vista, nuestra Constitución garantiza solo una de las modalidades del derecho a impugnar, que consiste en la impugnación de la resolución que ha puesto fin a la instancia judicial; por ejemplo la sentencia estimatoria, desestimatoria o absolutoria del órgano jurisdiccional que conoció la demanda.

De esta manera, la existencia de otras formas de impugnación procesal no se encontraría garantizada por la Constitución de 1993, dependiendo exclusivamente de la regulación legal que nuestros legisladores estimen conveniente. Esta ha sido la interpretación del Tribunal Constitucional español[11] y la que asumió nuestro Código Procesal Civil al establecer una serie de resoluciones inimpugnables[12].

Al respecto, debe tenerse en cuenta que considerar que toda resolución o acto procesal al interior de un proceso es impugnable, sería simplemente seguir un dogma, es decir, seguir aquello que "(muchas veces a causa de imprecisiones o incorrectas interpretaciones históricas) elevados a rango de conceptos intocables y sagrados, respecto de los cuales no se puede criticar, ni reflexionar, bajo pena de cometer un sacrilegio procesal, conceptual, histórico o dogmático"[13].

En consecuencia, una correcta apreciación del fenómeno de la impugnación impide que podamos adherirnos a aquellas posturas que proscriben la inimpugnabilidad en atención a lo consagrado en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución de 1993.

II. LA FUNCIÓN DEL DENOMINADO "AUTO ADMISORIO" DE LA DEMANDA

El denominado "auto admisorio" de la demanda es una resolución judicial mediante la cual el Juez admite la demanda luego de haberla "calificado positivamente", según lo expresamente dispuesto en el artículo 430 del Código Procesal Civil[14].

El "calificarla positivamente", en los términos de la ley, significa que el Juez ha verificado el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil respectivamente. Estos requisitos contienen lo que la doctrina ha denominado desde hace buen tiempo como los presupuestos procesales y condiciones de la acción[15].

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la verificación del cumplimiento de los presupuestos procesales y condiciones de la acción tienen su

11 El cual sentó la doctrina del "derecho al recurso legalmente previsto". Al respecto: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva". Segunda edición, Madrid: Civitas. 1989. pp. 206 y siguientes; CHAMORRO BERNAL, Francisco. "La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivadas del artículo 24.1 de la Constitución". Barcelona: Bosch. 1994. pp. 79 y siguientes; PICÓ I JUNOY, Joan. "Las garantías constitucionales del proceso". Barcelona: Bosch. 1997. pp. 80 y siguientes.

12 Pueden revisarse los artículos 194, 217, 301, 363, 369, 374, 406, 449, 477, 484, 487, 549, 729, 730 del Código Procesal Civil.

13 PRIORI POSADA, Giovanni. "Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción". En: Advocatus 9. 2003. p. 405. Cabe citar de mismo autor en este trabajo: "Son varias las ocasiones en las que los procesalistas olvidan en sus estudios que están ante un instituto procesal y, como tal, ante un instituto necesariamente instrumental, creado por el ser humano para servir a las necesidades vitales de él mismo y no para servir al proceso en sí. De esta manera, muchos procesalistas olvidan que el proceso existe para servir a la solución pacífica y justa de los diversos conflictos de intereses que se producen en la sociedad, a consecuencia de una crisis de cooperación producida por el incumplimiento por parte de los sujetos de las normas de conducta impuestas por el ordenamiento jurídico, lo que produce una vulneración a las situaciones jurídicas de ventaja por él reconocidas y, en consecuencia, una situación de injusticia.
Se olvida que detrás del proceso hay siempre un drama humano. Muchos estudios se quedan en esa simple creación humana que es el proceso, olvidando que éste tiene por finalidad hacer que las situaciones jurídicas de los particulares realmente se realicen, es decir, sean efectivas, para así alcanzar la justicia. Muchas veces se observa el proceso y los institutos procesales como fines en sí mismos, como si su mero desarrollo y trámite resolvieran los problemas de las personas y de la sociedad. El procesalista muchas veces parece sentir que su tarea ha acabado con el diseño del proceso. Muchos procesalistas sienten y creen firmemente que al haber desarrollado la disciplina procesal tienen que defender al proceso y a todos sus institutos, porque el proceso por sí y en sí es una garantía. Por ello, muchos creen que mientras más institutos procesales existan, mientras más complejos sean o mientras más dure el proceso mayor garantía existe para los sujetos.
Muchas veces se olvida que el proceso no es justicia, sino un medio para alcanzarla. Se olvida que más allá del proceso hay un ser humano. Se olvida también que hay una dignidad humana y unos derechos fundamentales que con el proceso muchas veces se hacen pedazos porque el proceso y sus institutos con frecuencia han sido elaborados en un escritorio, delante de miles de libros, en una biblioteca sin ventanas, sin aquellas ventanas que sería necesario siempre tener abiertas para que el procesalista recuerde cada segundo de trabajo y de reflexión que fuera de esa biblioteca hay una sociedad que clama e implora por justicia, que clama por algo tan esencial y simple a la vez que el procesalista imbuido en tantos conceptos parece no entender."

14 Artículo 430.- Traslado de la demanda
Si el Juez califica la demanda positivamente, da por ofrecidos los medios probatorios, confiriendo traslado al demandado para que comparezca al proceso.

15 MONROY GÁLVEZ, Juan. "Conceptos elementales de proceso civil". En: La formación del proceso civil peruano. Escritos Reunidos. Lima: Comunidad. 2003. pp. 175 y siguientes. Cabe señalar, que según una posición que compartimos, todos aquellos requisitos, condiciones o presupuestos necesarios para que el órgano jurisdiccional pueda emitir una sentencia válida sobre el fondo del conflicto o de la pretensión, han sido denominados "presupuestos procesales", eliminándose la distinción, innecesaria desde una perspectiva funcional, entre presupuestos procesal y condiciones de la acción. Véase MAGARIAGA CONDORI, Luis Eduardo. "Hacia un sistema procesal unitario: ¿el fin de la superstición de las condiciones de la acción?". En: Temas de Derecho Procesal Peruano. Arequipa: Adrus. 2007. pp. 273-283.

momento estelar en la etapa de saneamiento procesal. En concreto, de conformidad con lo establecido en los artículos 465, 466 y 467 del Código Procesal Civil[16], la función del saneamiento procesal es declarar la validez o invalidez de la denominada relación jurídica procesal.

Así lo ha establecido claramente la doctrina nacional al señalar que en la etapa de saneamiento el Juez determinará la validez o invalidez de la relación jurídica procesal, para lo cual deberá verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales y condiciones de la acción recogidos en los artículos 446 y 447 del Código Procesal Civil[17].

En consecuencia, si esa es la función del saneamiento procesal, ¿cuál es la función del auto admisorio?

Lo que resulta claro es que **a través del auto admisorio el órgano jurisdiccional realiza una primera revisión del cumplimiento de los presupuestos procesales y condiciones de la acción y sin la participación de la parte demandada,** por lo que la cognición realizada por el órgano jurisdiccional para admitir a trámite la demanda puede ser considerada como *sumaria*[18].

Todo ello significa que la función que cumple el auto admisorio de la demanda es únicamente verificar, de manera "provisional", el cumplimiento de los presupuestos procesales y condiciones de la acción. Por ello, al ser una resolución provisional, no puede considerarse definitiva en cuanto a la declaración de validez de la relación jurídica procesal.

La naturaleza provisional del auto admisorio se justifica en el hecho de que éste se obtiene disminuyendo las garantías de la tutela jurisdiccional efectiva, especialmente en lo referente al contradictorio, el derecho a las alegaciones y prueba.

En este sentido, la convicción que logra el Juzgador sobre el cumplimiento de los presupuestos procesales y condiciones de la acción es menos fuerte que la que obtiene al analizar esta misma situación en la etapa de saneamiento procesal que se desarrolla con un contradictorio pleno y exhaustivo[19].

III. SOBRE LA IMPROCEDENCIA DE LOS RECURSOS CONTRA EL AUTO ADMISORIO

Habiendo determinado cuál es la función de la impugnación en general, así como la del auto admisorio en particular, podemos concluir que no resulta procedente impugnar esta resolución a través de un recurso de apelación o través de

[16] Artículo 465.- Saneamiento del proceso
Tramitado el proceso conforme a esta SECCION y atendiendo a las modificaciones previstas para cada vía procedimental, el Juez, de oficio y aún cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución declarando:
La existencia de una relación jurídica procesal válida; o,
La nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos; o,
La concesión de un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental.
Subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida. En caso contrario, lo declarará nulo y consiguientemente concluido.
La resolución que declara concluido el proceso o la que concede plazo para subsanar los defectos, es apelable con efecto suspensivo.
Artículo 466.- Efectos del saneamiento del proceso.-
Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida, precluye toda petición referida, directa o indirectamente, a la validez de la relación citada.
Artículo 467.- Efectos de la declaración de invalidez de la relación procesal.-
Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la invalidez de la relación procesal o vencido el plazo sin que el demandante subsane los defectos que la invalidan, el Juez declarará concluido el proceso imponiendo al demandante el pago de las costas y costos.

[17] Véase TICONA POSTIGO, Víctor. "El debido proceso y la demanda civil". Tomo II. Lima: Rodhas. 1999. pp. 527 y siguientes; MORALES GODO, Juan. "Las audiencias y el código procesal civil". El saneamiento procesal. El juez en el proceso. Lima: Palestra. 1998. pp. 27 y siguientes.

[18] Es decir, que el "juicio" que realiza el Juez se realiza sobre pedido de las partes, en el que ha existido una restricción legal en cuanto al contradictorio, alegaciones y prueba. En el caso de la admisión de la demanda, el Juez únicamente conoce las alegaciones y prueba de la parte demandante, lo que significa una clara restricción de contradictorio, alegaciones y prueba de la parte demandada.

[19] La restricción del contradictorio limita el conocimiento del órgano jurisdiccional para resolver la cuestión puesta a debate. En tal sentido, puede sostenerse que la "cognición" del Juzgador será "sumaria" si la regulación particular dispone dicha limitación.
En general, la "cognición" a la que hacemos referencia puede ser sumaria o plenaria dependiendo del grado de conocimiento del Juez, respecto de un determinado conflicto. En este sentido, un proceso de "cognición plenaria" será aquel en el que el demandante y demandado han podido afirmar todo tipo de hechos (pretensiones y contradicciones), y donde han tenido la oportunidad de acreditar tales hechos con los medios probatorios que consideren convenientes, sin que exista restricción de probar, ni del principio del contradictorio.
Por el contrario, un proceso o procedimiento de "cognición sumaria", será aquel en el que las partes no han tenido la facultad de alegar, de contradecir o probar, por lo que el grado de conocimiento del Juez respecto de la conflicto no es completo, sino parcial.
Desde otro punto de vista, la cognición será sumaria en los siguientes casos:
Cuando en un proceso se prevé que la resolución sobre el fondo será expedida sin que se lleve a cabo el contradictorio previo entre las partes.
Cuando pese a que el proceso se desarrolla con contradictorio entre las partes, no existe la posibilidad procesal de que las partes formulen libremente las alegaciones que consideren adecuadas. Es decir, cuando existe una restricción a la

un pedido de nulidad, siempre que la causa o el sustento de dichos recursos sea el mismo que pudiera haber motivado una defensa de forma nominada o innominada, conforme veremos mas adelante.

A. No es procedente la impugnación del auto admisorio a través de un recurso de apelación

Tal como hemos desarrollado en los puntos precedentes, el denominado auto admisorio de la demanda, es emitido por el órgano jurisdiccional sin que la parte demandada haya podido alegar o probar respecto de los hechos que se afirman en la demanda. Por ello, puede concluirse que la cognición que realiza el órgano jurisdiccional para dictar el auto admisorio es *sumaria*[20], es decir, la verificación del cumplimiento de los presupuestos procesales y condiciones de la acción se realiza de manera *sumaria*.

En tal sentido, esta resolución inicial jamás podría ser considerada definitiva o inmodificable, en la medida que para llegar a ella, no ha existido posibilidad legal para que el demandado participe formulando, de manera previa, alegaciones y/o pruebas.

Esto nos lleva a creer en la **"provisionalidad" del auto admisorio.** Frente a ello, **el propio ordenamiento procesal, conciente de la provisionalidad, pone a disposición de la parte demandada diversos medios de impugnación creados específicamente para remediar la situación de provisionalidad derivada de la ausencia de contradictorio**[21].

Estos medios de impugnación **vendrían a ser las defensas de forma en general y las excepciones en particular.**

Así, mediante las defensas de forma nominadas (excepciones) o innominadas (solicitudes de improcedencia de la demanda), la parte demandada puede cuestionar (impugnar) el acto procesal y lograr la corrección del error en el que habría incurrido el Juzgador al momento de verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales y condiciones de la acción, para lo cual, en este caso sí existe un contradictorio previo a la emisión de la resolución final.

Como hemos señalado en el punto II.B, las excepciones o defensas de forma son medios de impugnación, mediante los cuales "se trata de compensar la falta de audiencia (o audiencia insuficiente) de una de las partes, con carácter previo a la resolución que se impugna, pues el incidente de oposición permite una instrucción (alegaciones y pruebas) más amplia que los medios de impugnación"[22] ordinarios.

Ahora bien, si el auto admisorio es provisional, cabe preguntarse ¿cuando cambia esta situación de provisionalidad respecto a la determinación del cumplimiento de los presupuestos procesal y condiciones de la acción?

Si consideramos que con las defensas de forma en general, el ordenamiento restituye el contradictorio que fue suprimido en la etapa inicial, resulta claro que, para las partes, la provisionalidad desaparece al momento en que se emite la resolución que resuelve dichas defensas de forma, en la medida que el artículo 466 del Código Procesal Civil, dispone que: "Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida, precluye toda petición referida, directa o indirectamente, a la validez de la relación citada".

De esta manera, considerando que el (i) auto admisorio es provisional y que (ii) el medio de impugnación reconocido por nuestro ordenamiento para cuestionar los errores en la verificación del cumplimiento de los presupuestos procesales y condiciones de la acción son las excepciones o defensas de forma, concluiremos necesariamente **en que el recurso de apelación no es el medio de impugnación adecuado para cuestionar lo resuelto en el auto admisorio de la demanda.**

facultad de incorporar hechos al proceso, ya sea que se traten de hechos constitutivos, extintivos, impeditivos, modificativos o invalidativos.
Cuando pese a que el proceso se desarrolla en contradictorio entre las partes y aún cuando las partes puedan libremente incorporar hechos al proceso, no existe una verdadera etapa probatoria y por lo tanto no existe una efectiva verificación de los hechos que sustentan la pretensión.
Finalmente, cuando en un proceso está ausente el contradictorio entre las partes, la facultad de incorporar hechos pertinentes, así como una efectiva verificación probatoria de los hechos en que se fundamenta la controversia.

20 "La sumariedad supone limitación y ésta se refiere a las alegaciones de las partes, al objeto de la prueba y a la cognición judicial, lo que lleva a que en el proceso sumario no se plantee con plenitud el conflicto existente entre las partes, sino sólo un aspecto concreto del mismo; en esas circunstancias es lógico que pueda existir un proceso plenario posterior en el que pueda plantearse la totalidad del litigio y en el que no podrá excepcionarse cosa juzgada". Véase MONTERO AROCA, Juan y José FLORS MATÍES. "Tratado de proceso de ejecución civil". Valencia: Tirant lo Blanch. 2004.

21 Estos medios de impugnación deberán garantizar un contradictorio previo a la resolución definitiva, precluyendo el derecho de las partes a impugnar nuevamente la misma situación.

22 ORTELLS RAMOS, Manuel. Op. cit. p. 514. En otras palabras, **mediante la formulación de excepciones el ordenamiento procesal restituye el contradictorio que fue suprimido en la etapa inicial.**

Recordemos que la adecuación es un requisito de procedencia de todo medio de impugnación, conforme lo ha señalado la doctrina y nuestra legislación procesal[23].

En consecuencia, el recurso de apelación no será el medio de impugnación adecuado para cuestionar la validez de la relación jurídica procesal declarada de manera provisional en el auto admisorio. Las instituciones procesales creadas para cumplir esta función son las excepciones o las defensas de forma en general. Por ello, negamos que se pueda sostener que el auto admisorio es inimpugnable, en realidad su impugnación se encuentra regulada de manera expresa, pues es mediante las excepciones y las defensas de forma que puede obtenerse la corrección del error. Sin embargo, sí consideramos que resulta improcedente su impugnación mediante un medio de impugnación distinto al que hemos señalado.

En este mismo sentido, si permitiésemos la interposición de un recurso de apelación contra el auto admisorio, bien podrían emitirse resoluciones contradictorias, pues el superior jerárquico podría pronunciarse sosteniendo el incumplimiento de los presupuestos procesales o condiciones de la acción, mientras que el Juzgado de instancia al momento de sanear el proceso podría declarar la validez de la relación procesal o viceversa.

También debe tenerse presente que la resolución que se pronuncia sobre la validez de la relación procesal en la etapa de saneamiento es normalmente apelable, por lo que si permitimos la apelación del auto admisorio, podrían presentarse dos apelaciones casi simultáneas por parte del demandado con idéntico contenido, lo que también podría generar resoluciones contradictorias.

Sin embargo, la gravedad de la situación se incrementa si se permite al demandado interponer recurso de apelación contra el auto admisorio de la demanda, ello también vulneraría el propio derecho a impugnar de las partes.

En efecto, a modo de ejemplo planteamos el siguiente caso hipotético: un demandado interpone un recurso de apelación contra el auto admisorio alegando que el demandante no señaló que esa pretensión ya había sido resuelta en un proceso anterior, para lo cual adjunta copia certificada de la sentencia del referido proceso. ¿Acaso el Juez incurrió en algún error? ¿Cómo el Juez pudo incurrir en error si no pudo conocer las alegaciones y/o prueba de la parte demandada?[24] La apelación, en estricto, **no podría prosperar en la medida que no existieron errores en la resolución cuestionada.**

Sin perjuicio de considerar importante este problema teórico, la situación resulta grave, pues permitir la apelación contra el auto admisorio, implicaría que el argumento del demandado (apelación) y la defensa del demandante (absolución a la apelación) serían conocidas "por primera vez" por la Corte Superior de Justicia. Ello significa que si se confirma el auto admisorio, el demandado no tendrá otra oportunidad para recurrir, pues contra dicha resolución no procederá recurso de apelación ni casación (este último en tanto se trata de un auto que no finaliza el proceso).

De igual forma, si se revoca el auto admisorio por la Corte Superior, el demandante únicamente podrá interponer un recurso de casación y no uno de apelación, pese a que sus argumentos de defensa fueron conocidos por la Corte Superior por primera vez (como si fuera una primera instancia). En este último caso, el recurso de casación es procedente, toda vez que la Corte Superior cumplió sus funciones como órgano revisor al conocer el recurso de apelación.

Estas situaciones son claramente anómalas y no tendrían que presentarse si se comprendiese adecuadamente la función del auto admisorio y la de sus medios de impugnación regulados en el Código Procesal Civil (excepciones y defensas de forma). La comprensión de estas instituciones nos lleva necesariamente a concluir que no resulta procedente la impugnación del auto admisorio a través de un recurso de apelación.

Cabe señalar que existe jurisprudencia que sostiene la inimpugnabilidad del auto admisorio, aunque sin realizar un análisis de la función del auto admisorio y la de sus medios de impugnación. Estas son las siguientes: Casación N° 1012-2003-Lanbayeque[25] y la Casación N° 3086-2003-Lambayeque[26].

[23] Artículo 358.- Requisitos de procedencia de los medios impugnatorios
El impugnante fundamentará su pedido en el acto procesal en que lo interpone, precisando el agravio y el vicio o error que lo motiva. El impugnante debe adecuar el medio que utiliza al acto procesal que impugna.

[24] Debemos recordar que la apelación en el Perú, es simplemente "revisora" y no "renovadora", es decir, la apelación en el Perú no genera un *novum iudicium* en el que el órgano jurisdiccional *ad quem* pueda conocer nuevas alegaciones, defensas o pruebas. En este sentido, el medio de impugnación adecuado son las excepciones o defensas de forma.

[25] Publicada en el Boletín de Casaciones del Diario Oficial El Peruano con fecha 31 de marzo de 2004. p. 11643.

[26] Publicada en el Boletín de Casaciones del Diario Oficial El Peruano con fecha 31 de marzo de 2005. p. 13839.

B. No es procedente la impugnación del auto admisorio a través de un pedido de nulidad

Si bien es cierto existe jurisprudencia y opinión de diversos autores que consideran que el pedido de nulidad no puede ser substanciado como un recurso independiente o autónomo al de apelación, abordaremos el problema bajo la hipótesis de que sí es posible deducir un pedido de nulidad como recurso, a fin de demostrar la improcedencia de la nulidad contra el auto admisorio aún en estas circunstancias.

De esta manera, el considerar que la nulidad puede ser formulada como recurso impropio[27], nos lleva a concluir necesariamente que su utilización será alternativa al del recurso de apelación, pues conforme lo establecido en el artículo 382 del Código Procesal Civil, el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad[28]. Sin embargo, resulta indispensable comprender que los motivos de la impugnación en el denominado recurso de nulidad pueden ser distintos a los motivos de la apelación.

En efecto, como es de pleno conocimiento, **la nulidad es un remedio o sanción establecida ante vicios o errores *in procedendo*** (no ante errores *in iudicando*) cuando la irregularidad no pueda ser convalidada, subsanada o conservada. En tal sentido, cabe preguntarse: **¿Qué tipo de error existe cuando el Juez califica positivamente la demanda, pese a que no se verificó el cumplimiento de los presupuestos procesales y condiciones de la acción?**

Para responder a esta pregunta, debemos definir de cada tipo de error o motivo de la impugnación.

Una clásica confusión al distinguir los errores in procedendo de los errores *in iudicando* consiste en considerar que los primeros son los errores en la aplicación de la norma procesal y los segundos son los errores en la aplicación de la norma material. Considerar esto es una grave equivocación, pues podríamos concluir que toda apelación contra la resolución que resuelve una excepción procesal, será siempre resuelta con la nulidad y nunca con la revocación, en la medida que las excepciones procesales como la incompetencia y otras se refieren siempre a situaciones procesales[29].

Descartando la distinción a la que hemos hecho referencia, los errores in iudicando son los errores que comete el juzgador con relación al objeto de la resolución, es decir, con relación a lo que el acto procesal está llamado a resolver, sin que sea relevante si lo que está llamado a resolver es una situación procesal o material[30]. Mientras que los errores *in procedendo* son los que comete el juzgador en el procedimiento interno o externo para llegar a una resolución, es decir, en las reglas preestablecidas que se deben cumplir para otorgar validez a los actos procesales[31].

Entonces, respondiendo a la pregunta planteada, los supuestos errores que comete el Juzgador al admitir a trámite una demanda, pese a que no se han cumplido los presupuestos procesales y/o las condiciones de la acción, serán errores in iudicando debido a que el objeto o contenido del auto admisorio es precisamente verificar el cumplimiento de esos presupuestos y condiciones. En tal sentido, cualquier impugnación deberá buscar la revocación del acto procesal y no su nulidad.

En consecuencia, podemos concluir en que el pedido de nulidad no resulta ser un medio de impugnación adecuado (y por lo tanto es improcedente), para cuestionar los errores en la verificación de los presupuestos procesales y condiciones de la acción, en la medida que esos errores no constituyen errores de procedimiento (*in procedendo*) que permitirían deducir la nulidad, sino que, constituirían errores de juicio (*in iudicando*).

Finalmente, no solo resulta improcedente el pedido de nulidad para cuestionar los errores del auto admisorio, sino que (conforme lo señalado

27 Que será resuelto por el mismo órgano jurisdiccional que cometió el error.

28 Ello significa que en el recurso de apelación pueden formularse dos tipos de pedidos impugnatorios: (i) el pedido rescindente o nulificante y (ii) el pedido revocatorio.

29 Recordemos que los errores *in procedendo* determinan la nulidad del acto procesal y los errores *in iudicando* la revocación de mismo.

30 Véscovi señala: "que el «error *in iudicando*» es un error sobre el fondo (contenido) y consiste normalmente en una violación a la ley desaplicándola o aplicándola erróneamente." VÉSCOVI, Enrique. "Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica". Buenos Aires: Depalma. 1988. p. 37. Nótese que el autor no hace distinción en la inaplicación o aplicación errónea de derecho procesal o material.

31 Véscovi señala: "El «*error in procedendo*», en cambio, es la desviación de los medios que señala el derecho procesal para la dilucidación del proceso. Son los vicios del procedimiento, las irregularidades que afectan a los diversos actos procesales que componen el proceso." VÉSCOVI, Enrique. "Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica". Buenos Aires: Depalma. 1988. p. 37. Un ejemplo de error *in procedendo* será aquel que se comente vulnerando el contradictorio previo (procedimiento externo) o la debida motivación de las resoluciones judiciales (procedimiento interno).

el punto IV. A) al existir medios de impugnación expresamente diseñados para denunciar el incumplimiento de los presupuestos procesales y/o condiciones de la acción (excepciones y defensas de forma), deben optarse por estos medios en aplicación del principio de adecuación de los medios de impugnación.

IV. MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN ADECUADOS PARA DENUNCIAR EL INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTOS PROCESALES Y CONDICIONES DE LA ACCIÓN

Conforme lo señalado precedentemente, las excepciones constituyen, sin ninguna duda, verdaderos medios de impugnación destinados cuestionar un particular error judicial: la inadecuada comprobación del cumplimiento de los presupuestos procesales y condiciones de la acción.

Sin embargo, no solo las excepciones reguladas expresamente en el artículo 446 del Código Procesal Civil constituyen medios de impugnación adecuados para cuestionar a validez de la relación jurídica procesal, pues en el catálogo de excepciones no se incluyen causales de improcedencia de la demanda como la falta de interés para obrar, el petitorio jurídica y físicamente imposible, la falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio y la indebida acumulación de pretensiones.

Pese a ello, debemos señalar que conforme a lo establecido en el artículo 465 del Código Procesal Civil, corresponde al órgano jurisdiccional, en la etapa de saneamiento procesal, pronunciarse sobre la validez de la relación jurídica procesal, **consagrándose el deber de todo Juez de realizar una verificación del cumplimiento de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción,** es decir, el deber de verificar de oficio la competencia, la capacidad, los requisitos de la demanda, el interés para obrar y la legitimidad para obrar. En tal sentido, existiendo este deber de verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales y condiciones de la acción de manera oficiosa, dicha verificación deberá ser cumplida, con mayor razón, si la parte demandada ha solicitado de manera expresa que se declare improcedente la demanda por alguna de las causales de improcedencia mencionadas. En este caso, la parte demandada estaría haciendo uso de defensas de forma innominadas, a fin de que el órgano jurisdiccional las resuelva en el saneamiento procesal.

Las defensas de forma innominadas son aquellas defensas de forma que no han sido recogidas por nuestro ordenamiento procesal como excepciones, pero que implican una denuncia de incumplimiento de los presupuestos procesales o condiciones de la acción. Por lo tanto, de formularse una defensa de forma innominada, previo traslado a la parte demandante, el órgano jurisdiccional estaría en la obligación de pronunciarse en la etapa correspondiente[32].

Finalmente, luego de comprendida la función del auto admisorio y teniendo en cuenta que las excepciones y las defensas de forma innominadas se encuentran dirigidas a denunciar el incumplimiento de los presupuestos procesales y/o condiciones de la acción, podemos concluir que éstas vienen a ser los únicos medios de impugnación adecuados para cumplir tal finalidad.

V. CONCLUSIONES

- Los medios de impugnación en el proceso civil no se limitan a los denominados recursos o remedios regulados en el Código Procesal Civil, sino que existen otros tipos de medios de impugnación, entre los que se encuentran las excepciones o defensas de forma.

- No resulta procedente la interposición de un recurso de apelación contra el auto admisorio de una demanda para denunciar el incumplimiento de los presupuestos procesales y condiciones de la acción, debido a que el auto admisorio es provisional y por lo tanto, los medios de impugnación "adecuados" para realizar dicha denuncia son las defensas deforma nominadas (excepciones) y las defensas de forma innominadas.

- No es procedente formular un pedido de nulidad contra el auto admisorio de una demanda para denunciar el incumplimiento de los presupuestos procesales y condiciones de la acción, debido a que la nulidad no tiene por función corregir errores *in iudicando* o de juicio, sino solo errores *in procedendo* o de procedimiento.

[32] En los procesos de cognición la etapa correspondiente será el saneamiento procesal. Debe tenerse en cuenta que: "El saneamiento es un principio procesal, también denominado de expurgación, a través del cual se confiere al juzgador una serie de facultades y deberes a fin de que sean resueltas *in limine* todas las cuestiones que pudieran entorpecer el pronunciamiento sobre el fondo de la causa, o cuya dilucidación en determinado sentido puede provocar la inmediata finalización del proceso." MORALES GODO, Juan. "Las audiencias y el Código Procesal Civil". El saneamiento procesal. El Juez en el proceso. Lima: Palestra. 1998. p. 35.

GARCIA SAYAN abogados

EL INTERÉS PARA OBRAR

Juan Luis Avendaño Valdez*

¿Sabemos realmente qué es el interés para obrar como institución procesal? ¿Se trata de una institución útil, o acaso es realmente –y en palabras de Carnelutti– una institución "muerta"?

En el presente artículo el autor discrepa con esta última posición y señala que no se trata de una institución muerta. Así, busca primero dejar en claro qué es el interés procesal, pues sólo de esta manera será posible estudiar y entender su utilidad. Una vez hecho esto, el autor pasará a estudiar cómo ha sido normada esta institución.

* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Miranda & Amado Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta ahora no tenemos un concepto claro o único de lo que es el interés para obrar como institución procesal.

Una primera confusión es con el interés al que se refiere el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil[1].

Una segunda es confundirlo con la falta de titularidad de quien reclama tutela, manifestada en una falta de urgencia. Por ejemplo, no tiene interés para obrar aquel que pretende cobrar una deuda no vencida, o aquél que demanda sin haber agotado las vías previas.

Una última es confundirlo con la *causa petendi*. El legislador en el artículo 452 del Código Procesal Civil señala que para ciertas excepciones se requiere identidad de sujetos, objeto e interés para obrar. Es obvio que los sujetos pueden ser distintos lo mismo que el objeto, pero el interés para obrar nunca varía. Se tiene o no se tiene. Creo que más bien el requisito es el de la *causa petendi*. Puede haber dos procesos entre Juan y Pablo, con el mismo petitorio pero con una causa de pedir distinta.

En síntesis, preocupa el hecho que para muchos procesalistas el interés para obrar es "la quinta rueda del coche", expresión que Redenti habría sido uno de los primeros en emplear. Incluso para el maestro Carnelutti la institución está "muerta" desde el momento que la legitimidad para obrar tomó la importancia que tiene hoy en día.

Para nosotros, sin embargo, el interés para obrar es un instrumento útil y que puede cumplir un rol importante al interior de un proceso si es bien comprendido.

II. ¿QUÉ ES EL INTERÉS PARA OBRAR?

El interés para obrar es una institución procesal[2] surgida con la finalidad de analizar "la utilidad" que el proceso puede proveer a la necesidad de tutela invocada por las partes. Con razón el profesor Francesco Luiso señala que la razón de ser de la institución está vinculada estrechamente con el **principio de economía procesal**, concluyendo que el interés para obrar "(…) sirve para evitar una actividad procesal relativa a una demanda o una **defensa fundada, pero inútil**"[1] (énfasis agregado).

Como dice Devis Echandía el principio de economía procesal "es la consecuencia del concepto que debe tratarse de obtener el mayor resultado con el mínimo empleo de actividad procesal"[3]. Más adelante, el maestro colombiano señala que "resultado de él es el rechazo de la demanda que no reúne los requisitos legales… Todo esto para que –citando a Gelsi Bidart– el trabajo del juez será menor y el proceso más rápido. Justicia lenta es injusticia grave"[4].

Luiso señala que existe **interés para obrar en el medio** cuando la tutela que persigue el autor puede ser conseguida sólo por el medio jurisdiccional del proceso; y existe **interés para obrar en el resultado** cuando el resultado que se derive del proceso necesariamente producirá un cambio en la esfera del actor y será, por tanto, útil[5].

Para graficar cuándo no hay interés para obrar el profesor italiano pone varios ejemplos:

- Falta de interés para obrar en el medio: No es necesario demandar la resolución de un contrato si se ha pactado que esta opera de pleno derecho; la sentencia que se expida será fundada pero no le habrá servido de nada al demandante pues por su sola declaración, según el contrato, este ya había quedado resuelto. La falta de interés en el medio es evidente. Lo mismo ocurre cuando un trabajador quiere ponerle término al vínculo laboral; manda una carta a su empleador y se acabó el vínculo, no es necesario que demande. Si lo hace, el juez declarará fundada la demanda pero la actividad procesal, la sentencia y el triunfo habrán sido inútiles.

- Falta de interés en el resultado: Un ejemplo es el del hermano del difunto que demanda

[1] Ha quedado ya superada la confusión que existía entre el interés para obrar de naturaleza Procesal y aquél interés material recogido en el citado artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, el cual es entendido como el interés jurídicamente prevalente reconocido por el legislador en las normas jurídicas y que puede ser calificado como interés patrimonial o moral. Ver: PRIORI, Giovanni. "Comentario al artículo VI del Título Preliminar del Código Civil". En: Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. 2003. pp. 64-70.

[2] LUISO, Francesco. "Diritto processuale civile". Milán: Giuffré. 1997. pp. 201-207. En: Selección de Textos del curso "Derecho Procesal Civil I" de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[3] DEVIS ECHANDIA, Hernando. "Compendio de Derecho Procesal. Teoría General de Proceso". Tomo I. Medellín: Editorial Dike. 1993.

[4] Ibídem

[5] Ibídem.

la nulidad del testamento por falsificación, pero no tiene interés para obrar porque aunque la demanda sea declarada fundada, el hermano no heredará por haber herederos forzosos. Venció pero el proceso fue inútil. Otro ejemplo es el del licitante que demanda la nulidad del otorgamiento de la buena pro: gana, se anula la buena pro, pero el proceso ha sido inútil porque el demandante había quedado en tercer lugar, por lo que no corresponde que le otorguen la buena pro a él sino al segundo que pasa al primer lugar. En estos casos, dice Luiso, es manifiesta la falta de interés para obrar pues "se molesta" a la jurisdicción con procesos inútiles, es decir que no le habrán de reportar beneficio alguno al demandante, precisamente por falta de interés para obrar. De lo cual se concluye que esta institución procesal sirve para **evitar procesos justos pero inútiles,** pues el eventual triunfo no le reporta al demandante beneficio alguno ni cambio en su situación jurídica.

Como se aprecia del desarrollo que hace el profesor Luiso de la institución, la utilidad y el principio de economía procesal son cuestiones intrínsecamente ligadas con el interés para obrar.

En la doctrina nacional, el profesor Juan Monroy ha señalado que el interés para obrar es la "necesidad inmediata, actual, irremplazable de tutela jurídica" y también la "necesidad de acudir al órgano jurisdiccional"[6]. Como se aprecia, el profesor Monroy también relaciona la institución con la utilidad del proceso. Si no existe esa necesidad de acudir al órgano jurisdiccional o si no habrá utilidad, no existe interés para obrar.

El contenido que el profesor Monroy da a la institución encaja en lo que Luiso llama "interés para obrar en el medio", puesto que el proceso se presenta como el "bien" que satisface la necesidad de tutela que no puede ser satisfecha con otro medio distinto de él, con el ingrediente clave de la "utilidad".

Del desarrollo doctrinal de la institución se concluye que **necesidad y utilidad** son indispensables en la existencia de interés para obrar, debiéndose:

(i) identificar el tipo de tutela solicitada, es decir, la pretensión;

(ii) verificar que no exista otra vía que la jurisdiccional para obtener la tutela; y

(iii) afirmar que una sentencia fundada sí le producirá un efecto al demandante, un cambio en su situación jurídica, un beneficio.

III. ¿CUÁL ES LA UTILIDAD DE LA INSTITUCIÓN? ¿EN QUÉ MOMENTO SE AGOTA SU FINALIDAD?

Su finalidad es verificar que el proceso –o la decisión que en él se tome– provea una utilidad real para el demandante. Si la necesidad de obtener tutela jurídica se satisface a través del proceso, el actor tiene interés para obrar. Por el contrario, no lo tiene si el proceso no le reporta una utilidad concreta, así la sentencia le sea favorable.

La finalidad de la institución analizada evidencia la conexión con el principio de economía procesal, que se encuentra reconocido en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil[7]. Por ello, Luiso señala que algunos autores califican a este presupuesto procesal como la quinta rueda del coche, atendiendo a que es una institución procesal que, de no presentarse en el proceso, **no genera la invalidez del mismo.** En otras palabras, es una institución creada para evitar que el demandante –aún teniendo la razón– aumente la carga procesal al juez porque el triunfo no le reportará ningún beneficio:

"(…) Debemos subrayar, sin embargo, que la puesta en relieve de la falta de interés para obrar tiene la característica de todos los instrumentos destinados a realizar la economía procesal, categoría a la cual pertenece, como se ha dicho, el interés para obrar. En efecto, **el interés para obrar pretende evitar actividad que no sirve**, y como todos los instrumentos de economía procesal para funcionar bien debe funcionar rápido: para lograr su objetivo debe evitar el desarrollo de actividad inútil. **Sirve poco que la ausencia de interés para obrar sea puesta en evidencia en un momento en la que aquella actividad, que él debía evitar, ya se ha cumplido**" (énfasis agregado).

6 MONROY, Juan. "La formación del Proceso Civil. (Escritos Reunidos)". Segunda Edición Aumentada. Lima: Palestra. 2004. p. 231.

7 Artículo V.- Principios de Inmediación, Concentración, Economía y Celeridad Procesales.
Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.
El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.
El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.
La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

Por ello, es muy importante la oportunidad en la que esta institución puede ser invocada, distanciándola de los otros presupuestos procesales. Se afirma que "la decisión de mérito expedida en ausencia de interés para obrar no es **inválida, sino inútil**"[8] (énfasis agregado), y esto deriva de que, a diferencia de otros presupuestos procesales, el interés para obrar es una figura creada pensando no en la relación procesal juez–partes ni en el derecho de defensa de la contraparte que puede verse beneficiada con ella.

Piénsese en la competencia: es nula toda actuación procesal realizada por un juez incompetente[9], razón por la cual la incompetencia puede ser denunciada en cualquier fase del proceso. La razón radica en que la ausencia de competencia es un vicio de nulidad insubsanable pues afecta el derecho constitucional al juez natural y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ambos reconocidos en el artículo 139 de la Constitución.

Piénsese también en la capacidad procesal. Un proceso contra un niño de diez años es nulo, independientemente de la fase en la que se denuncie el vicio. Nuevamente, de no declararse la nulidad de todo lo actuado se afectaría el derecho de defensa y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocida constitucionalmente.

Finalmente, piénsese en la legitimidad para obrar. Un proceso de ejecución de garantías seguido ante un sujeto que jamás participó en la constitución de la garantía será siempre nulo e imposible de convalidar en fase alguna del proceso, pudiendo alegarse en todo momento la invalidez de la relación jurídica procesal y la afectación, una vez más, al derecho de defensa del demandado.

La falta de interés para obrar del demandante se distingue de todos los presupuestos procesales antes expuestos en la limitación temporal de su utilidad en el proceso como institución procesal, instrumental. Mientras que durante el proceso es necesaria la verificación de la existencia de los otros presupuestos procesales, no sucede lo mismo con el interés para obrar: su análisis es relevante en la fase postulatoria del proceso, en la etapa de saneamiento procesal o, como mucho, excepcionalmente en la sentencia. Más allá de estos momentos procesales, el análisis del interés para obrar pierde toda utilidad y su inexistencia no produce invalidez ni mucho menos la afectación a derecho constitucional alguno, ni a la relación jurídica procesal, **por cuya razón no existe una excepción de falta de interés para obrar**.

Pero el análisis del interés para obrar fuera del momento inicial de un proceso no sólo resulta inútil sino que podría ser contraproducente y colocar en una situación de indefensión absoluta al actor. Piénsese en un demandante que ha llegado a la Corte casatoria y en dicha fase, luego de 5 años de proceso, se determina que aquél no tenía interés para obrar y se manda a anular lo actuado. Una declaración equivocada en esta fase determinaría que un sujeto que sí tenía necesidad de tutela se quede sin tutela jurídica alguna por el mal uso de un instrumento procesal pensado y desarrollado únicamente en el principio de economía procesal, o sea en el ahorro de trabajo inútil para la Judicatura.

IV. LA REGULACIÓN DEL INTERÉS PARA OBRAR EN LAS NORMAS PROCESALES PERUANAS

El Código Procesal Civil recoge la institución en los artículos IV del Título Preliminar, 121, 427.2 y 452. Mientras que el primero únicamente hace mención a la importancia de su existencia en el proceso[10], los otros señalan el momento y la forma en que el juzgador está habilitado a pronunciarse sobre su existencia en el proceso.

El artículo 427.2 prescribe que el Juez declarará improcedente la demanda cuando "[e]l demandante carezca **manifiestamente** de interés para obrar"; mientras que el artículo 121 señala que "[m]ediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o **excepcionalmente** sobre la validez de la relación procesal" (énfasis agregado). El artículo 452 precisa, finalmente, que la triple identidad para determinadas excepciones está integrada por las partes, el petitorio "y el interés para obrar".

En las normas citadas se aprecia que la voluntad del legislador es que el análisis de la validez de la relación procesal y, en específico, de la existencia o no del interés para obrar, sea un análisis simple porque la ausencia debe ser "manifiesta", y que en la sentencia de primera instancia sólo pueda declarar la falta de interés para obrar de modo **excepcional**. Del mismo modo, quien no deduce las excepciones oportunamente ya no podrá

[8] Ibídem.

[9] Cabe señalar que hablamos de aquella competencia que no es prorrogable según el Código Procesal Civil.

[10] Artículo IV.- Principios de Iniciativa de Parte y de Conducta Procesal.
El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos. (…)

hacerlo ni como excepción ni como nulidad, según el artículo 452 del Código.

Si en un caso la falta de interés no ha sido manifiesta y el demandado no la opuso durante toda la primera instancia y el juez no la declaró al calificar la demanda, ni en el saneamiento procesal ni en el último momento en que pudo hacerlo **excepcionalmente**, es decir en la sentencia, no podrá hacerlo luego la Corte Superior ni la Corte Suprema por aplicación del principio de preclusión procesal.

Para demostrar lo que afirmamos citamos a continuación algunas normas del Código Procesal Civil que regulan el principio de preclusión y que, por su redacción, el legislador nos hace ver que la "excepcionalidad" prevista en el artículo 121 antes comentada se limita a la sentencia de primera instancia, que es cuando el proceso concluye, y que no se extiende a la sentencia de revisión ni menos a la casatoria:

"Artículo 176.- Oportunidad y trámite.
El pedido de nulidad se formula **en la primera oportunidad** que el perjudicado tuviera para hacerlo (…)."

"Artículo 97.- Intervención coadyuvante.
Quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante de ella.
Esta intervención puede **admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia.**
El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido."

"Artículo 98.- Intervención litisconsorcial.
Quien se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia, y que por tal razón estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso, puede intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de ésta.
Esta intervención puede ocurrir **incluso durante el trámite en segunda instancia."**

"Artículo 308.- Oportunidad de la recusación.
Sólo puede formularse recusación **hasta antes del saneamiento procesal**. Después de éste, se admitirá únicamente por causal sobreviniente."

"Artículo 323.- Oportunidad de la conciliación.
Las partes pueden conciliar su conflicto de intereses **en cualquier estado del proceso**, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia."

"Artículo 331.- Oportunidad del allanamiento.
El demandado puede allanarse a la demanda **en cualquier estado del proceso**, previo a la sentencia."

(…)

"Artículo 334.- Oportunidad de la transacción.
En cualquier estado del proceso las partes pueden transigir su conflicto de intereses, **incluso durante el trámite del recurso de casación y aún cuando la causa esté al voto o en discordia.**" (Énfasis agregado.)

Como se puede apreciar, cuando el legislador otorga una facultad o atribución la consagra expresamente y le otorga un plazo a las partes. En algunos casos extiende ciertas facultades hasta la Corte Superior y en uno solo (transacción) hasta la Corte Suprema.

Así debe interpretarse la facultad excepcional conferida exclusivamente al juez especializado porque el artículo 121 bajo comentario no menciona ni a la Corte Superior ni a la Corte Suprema. Por tanto la excepcionalidad prevista en el artículo 121 está restringida a la sentencia de primera instancia y porque en el caso del interés para obrar ya no hay forma de lograr su justificación, o sea la economía procesal.

Si en un caso concreto el demandado, **en el escrito de contestación de demanda, no solicitó la improcedencia de la demanda por falta de interés para obrar, tampoco lo hizo en la Audiencia de Saneamiento Procesal, ni apeló la decisión del juez de declarar saneado el proceso, mucho menos en los alegatos finales** y es recién en la apelación de la sentencia que introduce la supuesta falta de interés del demandante, pretendiendo violar los principios de preclusión procesal y de convalidación de las nulidades –aunque, como lo explicamos, no hay nulidad alguna y si la hubiere ya no es posible alegarla por mandato expreso de la primera parte del artículo 176 del Código Procesal Civil–, esa denuncia no puede ser amparada por la Corte Superior ni por la Corte Suprema.

Es muy relevante la oportunidad en que el demandado –en este caso hipotético– ha cuestionado el interés del demandante, pues evidencia la inutilidad de su planteamiento en esa segunda fase del proceso. Como lo vimos en los puntos anteriores, pasada la etapa postulatoria, de saneamiento y resolutiva, la alegación de falta de interés ya no es posible porque no lo autoriza ningún artículo del Código Procesal Civil, pues la institución pierde su finalidad que es la de evitar "molestar" a la judicatura innecesariamente. El proceso ya se llevó a cabo y se obtuvo una decisión. Discutir ahora si hay interés para obrar o no es ocioso, porque ya se realizaron

todos los actos procesales que el buen uso de la institución pretendería evitar en caso faltase el interés paraobrar, que no es el caso, porque el demandante tiene interés tanto en el medio como en el resultado.

Complementa estas ideas el concepto y razón de ser del saneamiento procesal. Víctor Ticona Postigo expone con acierto:

"El legislador peruano, mediante el Instituto del Saneamiento Procesal, impone al juez, inmacular o expurgar el proceso de todo vicio o nulidad, que pueda impedir ulteriormente resolver la litis o, en su caso, le impone liquidar el proceso si constata la presencia de un vicio o defecto de carácter insubsanable"[11].

Se aprecia en consecuencia que el deber del juzgador de expurgar el proceso de todo vicio o nulidad se presenta sólo en una fase determinada del proceso[12]: la fase de saneamiento procesal, aquella posterior a la presentación de las defensas iniciales de las partes y anterior a aquella en la que se realiza el debate probatorio. La ubicación temporal del saneamiento tiene relación con su finalidad, que es la de expurgar al proceso de todos los vicios y defectos insubsanables que impidan la decisión final. Trascurrido ese momento el deber no existe más.

Lo anterior refleja la conexión entre la figura del saneamiento procesal y el principio de preclusión, entendido como "(…) la exigencia de que los actos procesales deban ser ejecutados en las etapas procesales correspondientes"[13]. Esta relación ha sido ya analizada por diversos autores, siendo uno de ellos Humberto Briseño Sierra, quien expresa:

"Por la complejidad ya anotada del despacho, acontece también que sus efectos preclusivos tienen limitaciones. En el tocante a los presupuestos procesales, dice Fernando Marques, el principio domina de una manera casi absoluta, **pues luego del saneador no pueden ser aducidas cuestiones atinentes a la regularidad de la instancia, de modo que lo relacionado con esos presupuestos queda resuelto por el mismo despacho o por efectos de la preclusión**"[14] (énfasis agregado).

Sin embargo –y como ya lo hemos notado– el autor distingue aquellos presupuestos procesales como la competencia, cuya inexistencia es una nulidad insubsanable que, a diferencia del interés para obrar, sí puede ser declarada en cualquier fase del proceso:

"(…) La incompetencia absoluta se extiende a la cosa juzgada, a la litispendencia y a los impedimentos del juzgador. La preclusión no puede convalidar una citación nula en el proceso en contumacia, ya que ni la sentencia definitiva, amparada con la preclusión máxima de cosa juzgada formal, tiene ese efecto"[15].

En efecto, no sólo no existe una obligación permanente de saneamiento sino que, en caso de existir, ésta estaría limitada concreta y únicamente a aquellos presupuestos procesales cuya ausencia es insubsanable e inconvalidable, como la competencia, la capacidad o la legitimidad para obrar. Ciertamente, el interés para obrar no es uno de ellos pues su finalidad existe sólo para evitar un proceso inútil; habiéndose realizado ya el proceso, de nada sirve invocarla pues no incide sobre la validez del proceso.

En consecuencia, terminada la fase de saneamiento, precluye todo deber del juez de sanear el proceso. De existir una supuesta "obligación de saneamiento permanente", como pretende el demandado, la etapa procesal de saneamiento no precluiría jamás, perjudicando con ello el desarrollo eficiente del

[11] TICONA, Víctor. "El debido proceso y la demanda civil". Tomo I. Lima: Rodas. 1999. p. 535.

[12] En lo que concierne a la oportunidad del despacho saneador, Briseño expresa lo siguiente: "Todas las cuestiones que a él atañen son preliminares a la asunción de la prueba sobre el mérito y por ende, se divide al proceso en dos fases, ocasión en que se inserta el despacho saneador, como un centinela apostado para permitir el ingreso a la segunda, solamente destinada a la instrucción y a la decisión de los procesos que están en condiciones. En el último acto del primer momento procesal se coloca entre la postulación y la instrucción, marcando el final del saneamiento que proceda como preparación al *judicium*. En sentido amplio, por consecuencia, es el acto que se destina a expurgar la instancia de defectos formales, es un juicio de admisibilidad, para que la causa llegue al momento del juicio debidamente ordenada y regulada. (…) El despacho se dicta luego de practicarse el último acto de la fase postulatoria, que (…) es la contestación (o el transcurso inútil de su plazo) no sólo de la demanda, sino de la reconvención (…)". Ver: BRISEÑO, Humberto. "El Saneamiento Procesal. Comunicación presentada por el delegado de México en la IV Jornada Latinoamericana de Derecho Procesal". En: Revista Peruana de Derecho Procesal 3. Madrid. 1967. pp.149-150. Citado por HINOSTROZA, Alberto. "Postulación del Proceso Civil". Lima: Gaceta Jurídica. 2005. pp. 719-720.

[13] MONROY, Juan. "Introducción al Proceso Civil". Tomo I. Bogotá: Temis. 1996. p. 106.

[14] BRISEÑO, Humberto. "El Saneamiento Procesal. Comunicación presentada por el delegado de México en la IV Jornada Latinoamericana de Derecho Procesal". En: Revista Peruana de Derecho Procesal 3. Madrid. 1967. pp. 147-180. En: MORALES, Juan (Comp.). "El Saneamiento Procesal. El Juez en el Proceso. Fundamentos doctrinarios". Lima: Palestra. 1998. p. 119.

[15] Ibídem.

proceso y la obtención pronta de una decisión que ponga fin a la causa traída a su conocimiento[16].

Lo recogido en la doctrina sobre la oportunidad en la que se realiza el saneamiento también se encuentra en las normas del Código Procesal Civil. En primer lugar, el artículo 121 señala expresamente que el juez puede pronunciarse en la sentencia solamente de manera excepcional sobre la validez de la relación jurídica procesal. La norma dispone la excepcionalidad bajo el entendido de que el juzgador ya tuvo dos etapas específicas para realizar el mismo: en la calificación de la demanda, pero, sobre todo, en la fase del saneamiento procesal[17]. Tendría que ocurrir algo extraordinario para que opere la excepción.

La afirmación anterior se ve respaldada por diversas ejecutorias de la Corte Suprema:

En la Casación No. 233-99-Juliaca (página 8 del escrito de apelación de sentencia) la Corte Suprema declaró la invalidez de la decisión de la Sala Superior de declarar nulo todo lo actuado por la ausencia del presupuesto procesal de la representación. La sentencia casatoria fundamenta su decisión así:

"Primero.- Que, si bien es cierto el Art. 121 del C.P.C. autoriza a los Jueces a pronunciarse en la sentencia sobre la validez de la relación procesal, esta facultad es de carácter excepcional y sólo en el caso de nulidades insubsanables en concordancia con lo dispuesto en el Art. 176 del acotado".

Como se aprecia, la Corte Suprema de Justicia reafirma el carácter excepcional del pronunciamiento del juez en la sentencia sobre la validez de la relación jurídica procesal, de modo tal que ésta se presente sólo cuando exista una nulidad insubsanable[18]. Como lo expusimos en los puntos anteriores, téngase presente que **la falta de interés para obrar no genera la nulidad insubsanable de un proceso que amerite un pronunciamiento del juzgador más allá de la primera instancia.**

Otra jurisprudencia es la Casación No. 1955-2007-Lima, cuyo considerando segundo señala:

"(…) estableciéndose en el artículo 427, incisos 1° y 2°, del acotado Código Adjetivo que tales condiciones son dos: la legitimidad para obrar y el interés para obrar, los mismos que deben ser examinados por el juzgador cuando califica la demanda, **cuando resuelve las excepciones, cuando sanea el proceso y excepcionalmente al expedir sentencia**" (énfasis agregado).

Nuevamente, **la Suprema es contundente al establecer un límite temporal máximo** para que el juez pueda pronunciarse de oficio sobre el presupuesto procesal del interés para obrar: la sentencia de primera instancia.

16 La posición defendida por el Banco atentaría contra las finalidades del principio de preclusión: "Este principio cumple dos finalidades fundamentales: por un lado, permite ordenar el debate y, por otro lado, posibilita el avance del proceso (…). **A través de este principio es posible fijar un orden en que las partes y el Juzgador tienen facultades que deben hacerlas valer oportunamente, en el momento adecuado, porque clausurada una etapa ya no será posible hacer valer recursos que pudieron interponerse en la primera etapa**" (énfasis agregado). MORALES GODO, Juan. "Instituciones de Derecho Procesal". Lima: Palestra. 2005. p. 50.

17 Pero no sólo eso. En nuestro ordenamiento jurídico el proceso culmina con la sentencia; los actos posteriores realizados por las instancias superiores son sólo actos de revisión. En tal virtud, la facultad de analizar la relación jurídica procesal culmina cuando el proceso termina, cuando el juez emite la sentencia. Más allá de dicho acto, no existe una obligación de saneamiento procesal. Así lo ha dicho la Corte Suprema en reiteradas ejecutorias.

18 Artículo 176 del Código Procesal Civil.
Los Jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda.

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 VARSI
MARTÍN VILLANUEVA

Av. Pardo y Aliaga 699, Piso 7 San Isidro, Lima - Perú **T** 511 6121700 **F** 511 6121701 www.lazoabogados.com.pe

LA UNIFORMIDAD Y LA ESTABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA Y EL ESTADO DE DERECHO –*CIVIL LAW* Y *COMMON LAW*

Teresa Arruda Alvim Wambier*

La igualdad y la seguridad jurídica constituyen necesidades esenciales para toda sociedad, sin importar el lugar en el que se encuentre o el sistema jurídico bajo el cual se rija. En su consecución, la estabilidad y uniformidad de la jurisprudencia cumplen un rol preponderante.

En el presente artículo, la autora resalta la importancia de la predictibilidad y la estabilidad en las decisiones judiciales, tanto en los sistemas del common law como del civil law, para luego proceder al análisis de la realidad brasilera. Adicionalmente, reflexiona respecto de cómo, a pesar de las razones históricas que justifican las diferencias entre los sistemas de common law y civil law, ambos buscan los mismos objetivos: uniformidad de la jurisprudencia y necesidad de seguridad jurídica, con la finalidad de alcanzar una verdadera aplicación del principio de igualdad en la sociedad.

* Abogada. Doctor y Magíster en Derecho por la PUC-São Paulo. Profesora en los cursos de graduación, especialización, Maestría y Doctorado de la misma institución. Profesora en el curso de maestría de la UNIPAR. Presidente del Instituto Brasilero de Derecho Procesal (IBDP). Miembro de la International Association of Procedural Law, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, de la International Bar Association, de la Academia de Letras Jurídicas de Paraná y São Paulo, del IAPR, del IASP, de la AASP y del IBDFAM.

I. BREVÍSIMA INTRODUCCIÓN

Estas breves consideraciones que hemos hecho parten de la firme convicción de que la función del Derecho es, en primer lugar, generar estabilidad, lo que proporciona tranquilidad al justiciable, en la medida en que éste pueda moldear su conducta al contar con cierta dosis de predictibilidad. El Derecho, sin embargo, también tiene que, según nuestro entender, ser adaptable, puesto que sirve a la sociedad y ésta sufre alteraciones a lo largo del tiempo.

A partir de una visión comparada[1], pretendemos demostrar que tanto en los sistemas de *civil law*, cuanto en los de *common law*, el Derecho nació y existe con el objeto predominante de crear estabilidad y predictibilidad. Lo más curioso es que los sistemas de *civil law* son una creación supuestamente racional que tuvo como objetivo específico, y prácticamente declarado, alcanzar exactamente aquellas finalidades que, como se sabe, en Brasil no son siempre logradas.

II. RAZONES HISTÓRICAS PARA ALGUNAS DIFERENCIAS ENTRE EL *CIVIL LAW* Y *COMMON LAW*

Cuando se piensa en la manera en que nació el sistema de *common law*, hay una tendencia a responder que siempre fue como lo es hoy. Como lo constata J. H. Baker cuando relata que "en 1470, un *sergeant-at-law* afirmó que el *common law* existe desde la creación del mundo (...) no es improbable que él creyera literalmente en lo que dijo". Por cierto, "ello no consiste en un absurdo total, pues el sistema inglés representa un continuo desarrollo desde los tiempos prehistóricos: no hubo ningún acto consciente de creación o adaptación"[2].

De hecho, la naturaleza continua del desarrollo del Derecho inglés puede dar la impresión de que siempre haya sido tal cual lo es hoy. R. C. Van Caenegem afirma que la historia del Derecho inglés es un *continuum*. Nunca hubo el desprecio por lo que antes se entendía como correcto, o una división del Derecho entre dos eras, una anterior y otra posterior a una revolución[3]. Queda claro que los sistemas de *common law* no fueron siempre como lo son hoy, aunque su principal característica parece siempre haber estado presente: casos concretos son considerados fuente del Derecho. El Derecho inglés, cuna de todos los sistemas de *common law* que hoy existen en el mundo, nació y se desarrolló de un modo que nos parece que podría ser considerado como "natural": los casos iban surgiendo y se iban decidiendo. Cuando, posteriormente, surgían casos iguales o semejantes, aquella decisión tomada anteriormente era repetida para el nuevo caso. Más o menos como ocurría en el Derecho romano.

Hasta hoy, la idea de que **casos iguales deben ser decididos de la misma forma** es fundamental en toda la sistematización de los países de *common law*, y de esa manera se pretende que sea preservada la igualdad. Siendo la jurisprudencia uniforme, estable, consistente, habrá además condiciones para que se cree predictibilidad, de forma que el ciudadano pueda planear su vida sin grandes sustos. Así se garantiza la armonía.

Claro que hubo cambios en el Derecho inglés desde su inicio hasta la actualidad. Durante mucho tiempo, no hubo diferencia sustancial entre los actos de juzgar, administrar y legislar[4]. El *common law* estaba compuesto por costumbres "generalmente observadas por los ingleses". Este es el origen del nombre *common*, es decir, las decisiones de los conflictos se basaban en las costumbres, mientras que hoy las decisiones se basan en las propias decisiones precedentes. Hoy, las costumbres sólo tienen valor jurídico cuando se amparan en un precedente[5].

La historia de los sistemas de *civil law* es distinta. Lo que resulta interesante de observar es que, al parecer, todo lo que ocurrió en el pasado tuvo como objeto la creación de un sistema apto para contener abusos y preservar la igualdad. Se quiso crear un sistema harmónico y coherente, de una

1 La comparación fue realizada casi exclusivamente con el sistema inglés, pues estuvimos haciendo investigaciones científicas durante el año 2008 en Squire Law Library, de la Universidad de Cambridge, invitados por Neil Andrews, como Visiting Professor y allá se realizó parte de la investigación. Todas las versiones de los textos mencionados, que están entrecomillados y en español, fueron escritos por nosotros y el original consta de la nota de pie de página.

2 "In 1470, an English sergeant-at-law maintained that the common law had been in existence since the creation of the world" (…) "it was not improbable that he believed it literally". *Moreover*: "It was not a wholly absurd notion, in asmuch as the English system represented an unbroken development from prehistoric times: there had been no conscious act of creation or moment of adaptation". BAKER, J.H. "An Introduction to English Legal History". Cuarta edición. Londres: Butterworths. 2002. p. 1. Nombrando el caso Wallyng v. Meger (1470) (47ss 38), per Catesby sjt.

3 VAN CAENEGEM, R. C. "Judges, Legislators & Professors: Chapters in European Legal History, (Goodhart lectures, 1984-1985)". Nueva York: Cambridge University Press. 2006. p. 8.

4 BAKER, J. H. Op.cit. p. 1.

5 "Generally observed among Englishmen". CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. "Precedent in English Law". Clarendon Law Series. Cuarta edición. Oxford: Clarendon Press. 1991. p. 165.

forma racional. Sucintamente, se puede afirmar que las costumbres germánicas prevalecieron durante los siglos V y VI, época en que los pueblos germánicos dominaban Europa central y occidental. En un momento dado, el Derecho romano prácticamente desapareció. Muchos textos romanos fueron, no obstante, redescubiertos al final del siglo XI, y se volvieron objeto de inmensa atención de los expertos del norte de Italia, principalmente de Bolonia. La *jurisprudencia*, **como rama del conocimiento que estudia el Derecho**, se considera que ha nacido exactamente en ese momento.

Sin que hubiese sido integralmente abandonado el pensamiento jurídico romano, una característica diferente fue añadida: el dogmatismo. Los textos eran estudiados y analizados profundamente, por medio de distintos métodos: gramatical, retórico y dialéctico. Eran armonizados por medio de un complejo proceso de exégesis, pues los textos no eran siempre coherentes. Usando el lenguaje de nuestros días, podríamos decir que los expertos impusieron al material encontrado una forma "sistemática".

Es relevantísima la información en el sentido de que el Corpus Juris Civilis, voluminosa recopilación de textos romanos escritos en la época de Justiniano y que, bajo su comando, fueron publicados en el siglo VI y ejercían la función de Derecho con relación a una parte considerable del imperio romano, no era un código. Entre los textos, algunos eran muy antiguos, otros recientes; algunos eran actos legislativos y otros consistían en doctrina[6]. No raramente, los expertos se hallaban ante textos contradictorios y tenían que valerse de complejos procesos para compatibilizarlos. Así nacieron las reglas, como por ejemplo, el *legislador dijo más de lo que quería*, o *menos de lo que quería* o *la regla especial prevalece sobre la regla general*, etcétera. Fue así como el Derecho pasó a ser enteramente absorbido por las universidades, en las que los expertos se ocupaban de analizar técnicas jurídicas que también terminaban sirviendo a propósitos políticos.

Se entiende, por lo tanto, la importancia que tiene la *doctrina* para los sistemas de *civil law*. Dando un salto histórico, vamos a un segundo momento relevante para fijar las características de los sistemas de *civil law*: la Revolución Francesa. Es el momento en que se transfiere el centro del poder del monarca hacia la Nación, lo que generó el ambiente en el cual nació la base del *estilo* de razonamiento jurídico de los sistemas de *civil law*.

De hecho, desde el siglo XVII, el razonamiento abstracto venía caracterizando la manera en que los franceses veían el Derecho y la vida en general. La teoría de Montesquieu, con orientación contraria a la superconcentración de poderes en las manos de un solo individuo, se mezcló con el enfoque de Rosseau, que señalaba que la ley escrita debería ser la expresión de la voluntad de la Nación francesa[7]. La idea de que el poder central era justificado o legitimado por la voluntad del pueblo fue una de las principales concepciones que inspiró la Revolución Francesa.

Consecuentemente, los jueces tenían que *obedecer la ley*, tenían que decidir los casos precisamente de acuerdo con la ley, siendo sus decisiones siempre fundamentadas, debiendo hacerse expresa referencia a la ley. Los jueces eran vistos como seres inanimados, obrando como si fuesen "la boca de la ley". Las teorías deductivas eran capaces de explicar las decisiones judiciales como si ellas fuesen el resultado de un razonamiento absolutamente lógico: ley + hechos = decisión.

Esa concepción rígida era parcialmente resultante de una profunda desconfianza nutrida por la burguesía contra los jueces. Había una profunda creencia de que la voluntad del pueblo estaba efectivamente reflejada en la ley y, por ende, se entendía que ésta debería ser respetada literalmente. Si las decisiones judiciales fuesen basadas en la ley, se garantizaría que la voluntad del pueblo se cumpliera. Se nota, por lo tanto, que a través de un *acto racional*, ocurrido en un cierto momento histórico, relevantísimo para los rumbos que terminó tomando el Derecho en los sistemas de *civil law*, se pretendió contener el abuso de poder que generaba, obviamente, un exceso insoportable de *arbitrariedades*, lo que suprimía cualquier posibilidad de que hubiese *estabilidad* y *predictibilidad* en la vida social.

El sistema anterior (*ancien régime*), que fue abolido por la Revolución Francesa, le daba muchos privilegios a la nobleza y al clero, quienes, por ejemplo, no pagaban impuestos. Por otro lado, los jueces eran peligrosamente influenciables por los poderosos. Por eso, era preferible la absoluta rigidez de la ley a la libertad de interpretación por parte de los jueces.

6 VAN CAENEGEM, R. C. Op. cit. p. 41. También en Alemania el Corpus Juris Civilis fue "recibido" y este generó un cuerpo de normas estudiado por profesionales (Juristenrecht). El derecho romano fue la base teórica del desarrollo del derecho que culminó en el trabajo de los juristas del siglo XIX.

7 BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech y Miguel ALFONSO RUIZ. "Rationales for Precedent". En: "Interpreting Precedents: a Comparative Study". Editado por MACCORMICK, Neil y Robert S. SOMMERS. Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited. 1997. p. 482.

Durante el período revolucionario, muchos gobiernos podrían haber tenido la iniciativa de crear códigos. Sin embargo, sólo con Napoleón I se editó, en 1804, el Código Civil. La separación de poderes pasó a ser vista como un presupuesto de la concepción de Estado de Derecho. Ahora, en vez de una unidad, simbolizada por el monarca, había una compleja estructura formada por fuerzas interconectadas y equilibradas[8].

Se estableció una fuerte conexión entre la *ley escrita* y la *igualdad*, y pasó a ser entendido que cuando la ley impera, se garantiza la igualdad. En cambio, cuando lo que impera es la voluntad del hombre, se favorece la arbitrariedad[9]. De hecho, la *igualdad* estaba entre las principales ideas establecidas por la legislación concebida durante el período revolucionario francés: *liberté, égalité et fraternité*. Estas ideas se reflejaban en las leyes escritas, y a los tribunales les correspondía aplicar esta ley a los casos concretos *sin nunca formular reglas generales*. Con los años, esas condiciones pasaron a sufrir profundas alteraciones.

Los cambios de la sociedad moderna impusieron una visión diferente del Derecho. El mundo estable, con división nítida de clases sociales, en que prácticamente no había movilidad y en que el acceso a la justicia era considerablemente restricto, pasó, paulatinamente, a dar lugar a una sociedad en que las alteraciones ocurren muy rápidamente; que incluye, permite e incentiva la movilidad social, lo que acaba, de cierto modo, por generar modificación correlativa en la esfera de los valores sociales. Por otro lado, el acceso a la justicia, tradicional sueño de los juristas de *civil law*, se volvió una realidad.

Este cuadro acabó generando un aumento considerable de la complejidad de los casos llevados al Poder Judicial. Este fenómeno hizo que muchos pensadores se dieran cuenta de que el *texto de la ley* se había vuelto un instrumento insuficiente para solucionar todos los problemas llevados al Poder Judicial, ya que los multifacéticos rostros de las sociedades contemporáneas, sumados al hecho de que el Poder Judicial se hubiese vuelto más accesible, hicieron que el juez de nuestros tiempos se viera obligado a decidir según las particularidades de cada caso. Esos fenómenos también generaron un estilo diferente de redactar las disposiciones legales. Todo esto significa que, de algún modo, debe haber *flexibilidad*.

En ese contexto, las decisiones ya no pueden ser consideradas como el resultado de la aplicación automática de la ley y el pensamiento jurídico tradicional, de naturaleza lógica-deductiva, que han demostrado ser impotentes para resolver parte expresiva de los conflictos. En este ambiente, es notorio que hay que solucionar dos serios problemas que, a nuestro entender, deben ser resueltos sin que sean comprometidos los objetivos de estabilidad y predictibilidad que consideramos que sean el núcleo de la función del Derecho. Esos dos problemas son: (i) ¿De qué parámetros puede valerse el juez, además de la ley escrita, para resolver los conflictos?, y, (ii) ¿Cómo evitar que se comprometa indeseablemente el principio de la igualdad ante la ley frente a los resultados de la posible diversidad de decisiones, que pueden ser generados por el uso de parámetros menos *seguros* que los de la ley escrita?

III. LA VINCULATIVIDAD DE LOS PRECEDENTES EN EL SISTEMA DEL *COMMON LAW*

En estos sistemas, se vuelve evidente que el juez no puede *defraudar* a los ciudadanos. Éstos no pueden ser sorprendidos por una decisión que nunca podría haber sido imaginada antes. La predictibilidad es inherente al Estado de Derecho, afirmación también repetida con frecuencia por los juristas de *civil law*.

R. C. Van Caenegem menciona algunos criterios para que se esté ante un *buen* sistema jurídico (*good law*): las normas tienen que ser comprensibles y cognoscibles. Él observa que, difícilmente, habría quien no estuviese de acuerdo acerca de que estas dos características fueran necesarias para que se considere *bueno* un sistema jurídico. Las personas no pueden ser "como perros que sólo descubren que algo está prohibido cuando un bastón les golpea la nariz"[10].

El objetivo de la predictibilidad se logra en el sistema de *common law* por la práctica de obedecer precedentes. El comportamiento de los ciudadanos debe tomar forma según los términos de las decisiones judiciales. Esto tiene que ver con las partes y el resto de la sociedad, que observa las decisiones judiciales y ajusta su comportamiento a lo que éstas determinan[11]. Estabilidad, uniformidad y

8 SAMPAIO FERRAZ, Tércio. "Função Social da Dogmática Jurídica". São Paulo: Max Limonad. 1998. p. 67.
9 BOBBIO, Norberto. "Teoria Geral da Política". Rio de Janeiro: Campus. 2000. pp. 312-313
10 VAN CAENEGEM, R. C. Op. cit. p. 161.
11 ALEXANDER, Larry A. y Emily L. SHERWIN. "Judges as Rule Makers". En: "Common Law Theory". Editado por Douglas Edlin. Nueva York: Cambridge University Press. 2005. p. 2.

solidez[12] son condiciones para la existencia de *predictibilidad*. En este panorama, la *igualdad* termina naturalmente siendo respetada. Y la igualdad es uno de los principales fundamentos del sistema de precedentes vinculantes.

Esta idea está muy presente en la doctrina alemana, que usa la expresión de principio de la protección[13]. La vinculatividad de los precedentes se justifica por la necesidad de *igualdad* y la *igualdad* se alcanza a través de la selección de aspectos del caso que debe ser juzgado, aspectos que deben ser considerados relevantes para que ese caso sea considerado *semejante* a otro y sea decidido de *igual forma*. Hoy, el Derecho inglés está compuesto por dos elementos principales: *common law* (incluyendo la *equity*) y la ley escrita. Es importantísimo resaltar que el sistema de precedentes vinculantes se aplica, en el *common law*, aún cuando el juez decide con base en la ley[14]. Por lo tanto, el juez está sujeto a adoptar la interpretación de la ley por la cual haya optado el juez que decidió caso idéntico, anteriormente[15].

Se usa la expresión *common law*, en la actualidad, para representar el marcado contraste que existe entre los sistemas de *civil law* y de *common law*. Este contraste significa que en los sistemas de *common law* el Derecho *lo hace el juez* (*judge-made law*) y, en los sistemas de *civil law*, quien crea el Derecho es el Poder Legislativo. Sin embargo, los precedentes están vinculados tratándose de los sistemas de *common law*, en ambos casos, o sea, en los sistemas de *common law*, los precedentes se vinculan tanto en el campo de las decisiones en que el juez crea la regla, como en aquellas en que el juez aplica la ley[16].

Inglaterra no tiene Constitución escrita, a diferencia de los Estados Unidos. Se entiende que la base de la Constitución inglesa es el *common law*, derivado principalmente de precedentes y con la incorporación de los principios básicos de documentos como la Carta Magna (1215) y el *English Bill of Rights* (1689)[17]. Hoy, sin embargo, hay leyes escritas en Inglaterra, incluso en forma de Código, como, por ejemplo, el Código de Proceso Civil de 1998.

El sistema de precedentes vinculantes hace que las cortes actúen en dos dimensiones: resuelven conflictos, y eso concierne al *pasado*; y tienen el papel de *hacer Derecho*, creando reglas para el *futuro*. La primera función alcanza una audiencia limitada: el reo y el autor. La segunda alcanza una audiencia más amplia, que incluye el público, los tribunales, la media, los académicos y otros tribunales[18].

Unas palabras sobre *equity*. El sistema de la equidad fue inspirado por ideas de justicia natural y por eso conserva este nombre, pero hoy se trata, pura y simplemente, de un ramo del Derecho inglés en que se halla, por ejemplo, la *law of trusts*, la tutela específica y las *injunctions*[19]. **Cabe resaltar que el sistema de precedentes vinculantes existe también en este campo**. Los autores ingleses comentan que el sistema de precedentes vinculantes se aplica en Inglaterra en su versión más rígida[20]. Los precedentes deben ser seguidos, de no ser así, habría que abandonarlos. Es común que el juez, incluso sin estar de acuerdo íntimamente con la regla que consta en el precedente, decida de acuerdo con él, por apego a la necesidad de preservar la igualdad.

Por fin, es oportuno resaltar que, en Inglaterra, un determinado tribunal no necesita obedecer el precedente de un órgano inferior. No obstante, es común que las decisiones de las cortes inferiores sean respetadas, a menos que haya una seria razón para no tenerlas en cuenta[21]. Hasta hace poco tiempo, más precisamente hasta 1966, el sistema de precedentes en Inglaterra era tan rígido, que la *House of Lords*, órgano supremo del Poder Judicial en el Reino Unido, no podía modificar sus propios precedentes. Era el *stare decisis* en su versión más rígida: conservar las *rationes decidendi* de casos

12 Los ingleses usan mucho la palabra *consistency*, cuya traducción al español sería firmeza, solidez y de cierto modo, compatibilidad con otras reglas existentes.

13 ALEXY, Robert y Ralf DREIER. "Precedent in the Federal Republic of Germany". En: Interpreting Precedents: a Comparative Study. Editado por Neil MacCormick y Robert S. Sommers. Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited. 1997. pp. 17-64, especialmente p. 19.

14 CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. Op. cit. p. 5.

15 GOODHART, A. L. "Precedent in English Law and Continental Law". En: The Law Quarterly Review 50. Londres: Stevens & Sons Limited. 1934. pp. 40-65 (especialmente p. 41).

16 VAN CAENEGEM, R. C. Op. cit. p. 44.

17 EMERSON, Robert W. "Business Law". Cuarta edición. Nueva York: Barron's. 2004. p.7.

18 DYZENHAUS, David y Michael TAGGART. "Reasoned Decisions and Legal Theory". En: Common Law Theory. Editado por EDLIN, David. Nueva York: Cambridge University Press. 2007. pp. 134-166, especialmente p. 146

19 WILLIAMS, Glanville. "Learning the Law". Londres: Sweet and Maxwell. 2006. p. 24.

20 GOODHARD, A. L. Op. cit. p. 41.

21 GOODHART, A. L. Op. cit. pp. 41-42.

anteriores. Esta expresión viene del latín: *stare decisis et non quieta movere*[22].

Se entiende que, como los ingleses tradicionalmente no tienen ley escrita ni códigos, hay necesidad de una especie de "cimiento" que genere certezas y este "cimiento" consiste justamente en la doctrina del precedente vinculante. Por eso el *practice statement* de la *House of Lords* de 1966 fue considerado una revolución técnica[23] y los conservadores no se decidían si apoyar o no la medida. Del mismo modo, es oportuno que se diga que seguir precedentes también es una cuestión de *cultura*, porque, en Inglaterra, aunque una *ratio* tenga pura y simplemente valor persuasivo, será seguida, a no ser que el juez tenga una seria razón para no hacerlo. Conviene registrar que ese nivel de rigidez no existe en todos los países de *common law*. Alejar un precedente y crear otro en su lugar (*overruling*) es mucho más común en los Estados Unidos que en Inglaterra[24]. Parte de la doctrina observa que, muchas veces, el deseo de tratar de forma idéntica a los justiciables se realiza pagando un precio muy alto, pues si el tribunal cometió un error juzgando el caso A, se calcula que el mismo error debe ser repetido en el caso B[25].

IV. LA VINCULATIVIDAD DE LA LEY EN LOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW*

Conforme lo antedicho, los sistemas de *civil law* se basan casi enteramente en la ley escrita, codificada o no.

No se suelen vincular precedentes. Uno de los principios básicos de este sistema es el principio de la legalidad o *Normgebundenheits Prinzip*. Este principio determina que los jueces tienen que decidir los casos de acuerdo con la ley escrita. Las decisiones deben ser siempre fundamentadas, en ellas debe haber referencia a la ley y son redactadas para persuadir a la comunidad jurídica, miembros del Judicial y juristas en general. La rigidez que se podría creer encontrar en los sistemas de *civil law*, como una de sus principales características tiene un contrapeso, que puede generar un inmenso desequilibrio (como ocurre en Brasil): **los jueces pueden decidir de acuerdo con sus propias opiniones sobre el sentido de la ley**. Además, esta rigidez es razonablemente suavizada por algunas técnicas empleadas recientemente en la redacción de las leyes, que consisten en la inclusión de conceptos tenidos como vagos, indeterminados o abiertos y de cláusulas generales[26].

Además, de manera más frecuente, principios jurídicos que son verbalmente formulados con auxilio de expresiones expresamente vagas integran los razonamientos jurídicos. Se ve, por lo tanto, que los parámetros en los cuales se basan las decisiones de los jueces actualmente en los sistemas de *civil law* son mucho menos seguros y más flexibles que aquellos que había en el período revolucionario. Las leyes no son más las mismas, los razonamientos jurídicos son permeados de principios jurídicos y el juez puede decidir de acuerdo con su convicción. Esta fue la versión que se creyó conveniente adoptar en los sistemas de *civil law*, para que el Derecho pudiese absorber y neutralizar la complejidad, ya mencionada, de las sociedades contemporáneas.

Por eso, hoy se comprende el principio de la legalidad no más como siendo un excesivo apego a la letra de la ley. Se entiende, actualmente, que **la ley vincula de acuerdo con la manera como es vista a través de los ojos de la doctrina y de la jurisprudencia predominante**. Esto quiere decir que no es necesario que la ley siempre sea comprendida y obedecida en su sentido literal[27].

V. ¿CUÁNDO PUEDE EL JUEZ *CREAR* DERECHO EN LOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW*?

A nuestro entender, eso puede ocurrir sin que se comprometa el Estado de Derecho. La actividad creativa del juez aparece nítidamente cuando éste decide sobre la base de conceptos vagos, ya que éste "descubre" uno de los posibles sentidos de la expresión usada por la ley, "rellenando" un concepto abierto. Un buen ejemplo es el sentido de la expresión *familia*, para efecto de incidencia de la Ley 8.009, promulgada en el año 1990. Los tribunales entienden, y ese entendimiento terminó siendo un pronunciamiento del Supremo Tribunal de Justicia, que esta expresión abarca diversas situaciones, como la del nieto que vive con los abuelos, del sobrino que vive con los tíos e incluso de aquel que vive solo[28].

22 CRUZ Y TUCCI, José Rogério. "Precedente Judicial como fuente del derecho". São Paulo: RT. 2004. p. 160.

23 CROSS, Rupert y J. W. HARRIS. Op.cit. p. 107.

24 CROSS, Rupert Cross y J. W. HARRIS. Op.cit. p. 20.

25 GOODHART, A. L. Op.cit. p. 56.

26 GOODHART, A. L. lo observó y dijo que "flexibility in civil law countries can be achieved if law is framed in general terms". Op. cit. p. 51.

27 HASSEMER, Winfried. "O sistema do direito e a Codificação: a vinculação do juiz à lei". En: Revista da Faculdade de Direito da PUC/RS 9. 1985. p. 28.

28 Resp 182223/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rel. p/ Autos Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, j. 06.02.2002, DJ 07.04.2003, p. 209. Decisión 364 del STJ.

Teniendo como base principios jurídicos, la jurisprudencia engendró, con inspiración en el Derecho extranjero, la teoría de la *no consideración de la persona jurídica*, alejando la regla de la separación integral de personalidades jurídicas de los socios y de las sociedades que éstos componen. Parece tanto evidente como inevitable que haya un cierto *efecto sorpresa*, en el momento en que ocurren estas innovaciones[29]. Sin embargo, este efecto sorpresa es atenuado y efectivamente desaparece cuando se vuelve la regla que los tribunales decidan de esta manera aquellos casos *de la misma forma*. En ese sentido, es oportuno nombrar la decisión del Supremo Tribunal de Justicia en la que se consideró que no era debida la indemnización resultante de una desposesión de un inmueble en el que el propietario plantaba psicotrópicos. Se entendió que no estaba siendo cumplida la función social de la propiedad[30].

Son casos considerados difíciles, los *hard cases*, en donde se desea que el juez ejerza creatividad. Estos casos son aquellos cuya solución no está clara en el sistema (porque no es evidente que la situación esté abarcada por lo que determina la ley) o cuya solución no fue formulada en el sistema y, por lo tanto, necesita ser enteramente creada, con base, por ejemplo, en principios jurídicos. La constitucionalidad de las vacantes reservadas para grupos raciales en las universidades brasileñas es un bueno ejemplo. ¿Respetan la igualdad? ¿O dan énfasis a la desigualdad? ¿Significan discriminación revertida?

Cuando se piensa en la predictibilidad como objetivo deseable y que debe ser alcanzado por el Derecho, no significa que las partes tengan siempre condiciones de prever de forma precisa cómo será la decisión del proceso en el que se oponen. Pero la decisión no debe ser tal que sea imposible imaginarla. En casos "fáciles" del día a día (como categoría diferente de la de los *hard cases*) el juez no debe ejercer creatividad alguna. Si lo hiciera, estaría comprometiendo el Estado de Derecho.

¿Y los límites de esta creatividad? Están, indudablemente, en la necesidad de que el juez sea neutro, pues decide en nombre de la sociedad. Es en los valores predominantes en la sociedad (en el *ethos* dominante) que busca elementos para crear Derecho, en los casos en que le es permitido[31].

VI. NECESIDAD DE RESPETO A LA JURISPRUDENCIA FIRME

Para que sea preservado el **principio de la igualdad, es necesario que haya una misma pauta de conducta para todos los justiciables**. Es interesante que la obtención de la igualdad sea el objetivo de los sistemas de *civil law* y de *common law*. En los sistemas de *civil law*, la pauta de conducta de los justiciables, como se vio, no está exclusivamente en la letra de la ley. Está en la ley, según lo "comprende" tanto la doctrina y los tribunales. Aceptar, de forma ilimitada, que el juez tiene libertad para decidir de acuerdo con su propia convicción *equivale a decir que hay varias pautas de conducta diferentes (e incompatibles) para los justiciables*. Entonces, ¿todo pasa a depender del juez y del tribunal que haya decidido su caso concreto? ¿O de la Cámara? ¿O del Grupo? Tenemos la convicción de que la sistemática falta de respeto a los precedentes compromete el Estado de Derecho, en la medida en que las cosas pasan a ocurrir como si hubiese varias "leyes" para regir la misma conducta: un clima de completa inestabilidad y ausencia absoluta de predictibilidad. En los sistemas de *civil law*, de reglas, los precedentes comienzan a ganarse el respeto a partir del momento en que forman jurisprudencia predominante, o cuando se trata de un *leading case*.

Lo que aquí se desea remarcar, de manera insistente y con mucha vehemencia, es que si, por un lado, es indeseable la discrepancia entre los tribunales sobre la manera de decidir una misma cuestión, tampoco es conveniente que los tribunales, pura y simplemente, y sorprendentemente, cambien de posición; por otro lado, *la necesidad de uniformización es aún más urgente cuando se trata de decisiones basadas en esos parámetros flexibles, referidos en el sección V del presente artículo*.

Eso se debe a que en estos casos la discrepancia de la jurisprudencia es de cierto modo inevitable y "esperada", ya que los parámetros son realmente

[29] Aún así, hay una circunstancia en la que no se consigue evitar, en el sistema inglés, la sorpresa del ciudadano. El cambio de la regla, cuando se abandona un precedente y se crea otro, tiene efecto retroactivo (*retrospective effect*). Eso significa que la parte es juzgada de acuerdo con la rule que existe en el momento del juicio, siendo indiferente si el precedente, que existía en la época del hecho, era otro. Cuando el juez crea derecho, estableciendo un precedente nuevo, la parte que sucumbe será "punida" no porque haya dejado de cumplir un deber que tenía, sino porque dejó de cumplir un deber creado después de ocurrida su conducta (Cfr. DWORKIN, Ronald. "Taking Rights Seriously". Cambridge: Harvard University Press. 1978. p. 84.) Cabe observar que, en los Estados Unidos, el juez, cuando crea un precedente nuevo, puede determinar si sus efectos deben ser retroactivos o deben producirse de ese momento en adelante (Cfr. CROSS, Rupert Cross y J. W. HARRIS. Op. cit. pp. 229-230.) igual a lo que ocurre hoy con la acción declarativa de inconstitucionalidad en Brasil. (Artículo 27 de la Ley 9.868.1999.).

[30] Resp. 498.742 – PE (2003/0017278-8), Rel. Min. José Delgado, j. 16 de setiembre de 2003.

[31] ELL, John. "Policy Arguments in Judicial Decisions". Oxford: Clarendon Press. 1985. p. 5.

menos seguros. Observamos que esos parámetros, siendo más flexibles y, por lo tanto, menos seguros, tienen la potencialidad de generar decisiones extremadamente distintas unas de otras para casos sustancialmente idénticos. Ese fenómeno hace que el sistema, insoportablemente flácido y sin cohesión, genere una situación de absoluta falta de predictibilidad para los justiciables y, por lo tanto, de total inseguridad. Lo más importante que se comprenda en todo este contexto es que la libertad dada por estos expedientes técnicos, como, por ejemplo, el uso de un concepto vago, *no se destina al juez individualmente considerado, sino al Poder Judicial como un todo*. Evidentemente, esta libertad no puede ser entendida como siendo una libertad para que cada juez adapte el Derecho al caso concreto a *su manera personal*. Es decir, que esta libertad es engendrada por el sistema para que el Poder Judicial, como un todo, adapte el Derecho a las alteraciones de la sociedad o a las alteraciones de casos concretos, respetando el principio de la igualdad.

La dispersión de la jurisprudencia, fruto de diversas causas[32], es realmente una paradoja, en la exacta medida en que los sistemas de *civil law* fueron concebidos por un acto racional[33] específicamente destinado a contener abusos. Fueron estructurados y moldeados para generar seguridad, predictibilidad y respetar la igualdad. Entonces: ¿De qué sirve que haya una sola ley con diversas interpretaciones posibles? Habrá tantas pautas de conducta cuantas interpretaciones haya. Remarcamos que sería como si hubiese VARIAS LEYES disciplinando la misma situación.

VII. TÉCNICAS INTRODUCIDAS RECIENTEMENTE EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO

Al parecer, el legislador brasileño ya se dio cuenta de esta necesidad. No es saludable que convivamos eternamente con tribunales decidiendo concomitantemente, de forma distinta, la misma cuestión. Así como no es conveniente que nuestros tribunales sean tribunales de "grandes vuelcos".

Muchos dispositivos como, por ejemplo, los artículos 557, 544 numeral 3 y 552 numeral 4, 518 numeral 1, 285-A, 543-B y 543-C del Código Procesal Civil son síntomas de que nuestra ley procesal está caminando en el sentido de proporcionar condiciones para que haya uniformidad de jurisprudencia en un grado socialmente deseable. Lo mismo se puede decir en lo relativo a la **repercusión general** y a los **mecanismos vinculantes**. Y también, como se verá más adelante, en lo relativo a una nueva tendencia que empieza a manifestarse en el ámbito del Supremo Tribunal Federal[34].

Estos artículos del Código Procesal Civil, en los que se alude a la *jurisprudencia dominante*, el pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia o del Supremo Tribunal Federal como parámetros para la decisión, o los que permiten que se decidan casos iguales (muchos de una sola vez) de la misma forma, cuando hay un número expresivo de casos iguales en el tribunal de segundo grado y se hace la selección de uno o de algunos casos representativos de la controversia, para que sean admitidos y juzgados por el Supremo Tribunal de Justicia o por el Supremo Tribunal Federal, sólo pueden, obviamente, generar resultados saludables para el sistema si los Tribunales Superiores se abstienen de la práctica de alterar sus decisiones. Caso contrario, osaríamos decir que casi todas esas innovaciones podrán ser consideradas un verdadero desastre.

VIII. EL PROBLEMA GENERADO POR LA POSIBILIDAD DE QUE HAYA CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES –LA SOLUCIÓN

La dispersión de la jurisprudencia, como tendencia indeseable que está instalada en nuestros tribunales, asume especial gravedad cuando se piensa en el sistema de control de las leyes.

En Brasil se adopta un sistema mixto de control de constitucionalidad de las leyes. El control concentrado produce efecto *erga omnes* y efecto difuso, conforme lo que dice la doctrina tradicional, *inter partes*. En ambos casos se puede realizar por medio de la técnica de la declaración de inconstitucionalidad o de la interpretación conforme la Constitución. El hecho de que los jueces puedan realizar este control en cada proceso sometido a su apreciación, sumado a la libertad (teórica) que tendría cada juez de decidir de acuerdo con su convicción personal acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del dispositivo legal aplicable al caso, no podría producir, como de hecho no produce, buenos resultados.

En efecto, la adopción del método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, en un país

[32] Ver sección IX del presente artículo.

[33] Ver sección II del presente artículo.

[34] Ver sección VIII del presente artículo.

en que *no se exige la obediencia a los precedentes* y en el que *no rige la cultura de respetarlos*, está condenada a producir un *cuadro caótico*, en el que la multiplicidad de "pautas de conducta" para el justiciable genera un grado insoportable de inseguridad. Pues, como dijimos en la sección IV del presente artículo, la conducta del justiciable –es decir, de los integrantes de la sociedad– no acompañaría la ley en sí, sino la ley tal como es interpretada y comprendida por la doctrina, por la jurisprudencia, con base en los principios y demás, mejor dicho: la "versión final" de la ley. Admitida indiscriminadamente esta discrepancia, ¿cuántas "versiones finales" habrá?

Últimamente, ha surgido en el Supremo Tribunal Federal la tendencia jurisprudencial de atribuir *efecto vinculante*[35] a las decisiones incidentales acerca de la inconstitucionalidad de la ley, tomadas por el plenario del propio Supremo Tribunal Federal. De acuerdo con esta tendencia, los demás órganos del Poder Judicial y la Administración Pública deben respetar las decisiones del mencionado Tribunal tomadas en estas condiciones, como si fuesen fruto de Acciones Declaratorias de inconstitucionalidad, es decir, del control concentrado. Esta situación, aunque no comporta comparación con algo que pueda efectivamente ocurrir en el sistema inglés, es expresiva como demostración de la necesidad de implantación de la cultura del respeto a los precedentes y de la imposición de obedecerlos en ciertas situaciones. Desde hace mucho tiempo, dicho sea de paso, ya se esbozaba en la doctrina la tendencia de considerar carente de sentido la necesidad de que el Supremo Tribunal Federal notificase al Poder Legislativo para que suspendiese la eficacia de la ley tenida por inconstitucional, para que se obtuviese resultado absolutamente equivalente a la eficacia *erga omnes*.

IX. ANOTACIONES DE CARÁCTER CONCLUSIVO

Indudablemente, la necesidad de certidumbre es la razón más relevante que apunta a la necesidad de respetar los precedentes[36]. La ausencia de este respeto genera la posibilidad de que el sistema se degenere en una "*wilderness of individual and unconnected instances*"[37].

En los sistemas de leyes codificadas, una de las razones más evidentes para que sean seguidos "precedentes de interpretación" es que no es suficiente que tengamos el mismo cuerpo de normas escritas para que sea respetado el principio de la igualdad, pero deben estar en vigor en la misma interpretación en todas las regiones del país[38]. Hay varias razones por detrás de la tendencia a la dispersión de la jurisprudencia. Vivimos en un país de dimensiones continentales, y el Poder Judicial en Brasil no es centralizado. Michele Taruffo demuestra que la estructura del Poder Judicial puede influenciar profundamente la situación de la dispersión o del respeto a los precedentes. Todo puede ser más simple en sistemas no federativos, en que los tribunales son organizados en una dimensión simple. Las organizaciones pueden ser compactas o diversificadas. Taruffo nombra a Noruega como ejemplo de organización compacta y a Francia como organización diversificada[39]. En fin, cuanto más compleja sea la estructura del Poder Judicial, más difícil resulta garantizar uniformidad y certidumbre.

Por otro lado, hay diferencias entre los jueces, como seres humanos que son, en lo que concierne a enfoques políticos: con toda seguridad, hay decisiones distintas para casos iguales, y cada uno de los jueces que las profirió cree haber optado por el mejor camino. A veces no se nota la necesidad de neutralidad y de comprensión del *ethos* dominante. Otras veces, es perceptible la necesidad pero es difícil de llevarla a cabo. Eduardo Oteíza señala que la fragilidad de las instituciones en América Latina puede ser una razón para la falta de uniformidad de jurisprudencia, sumada a la existencia de un indeseable nivel de pobreza[40]. El modo como los jueces son reclutados en el sistema de *common law* también es una razón para el mayor respeto que la sociedad les tiene. Son elegidos entre un grupo de profesionales con experiencia, al contrario de lo que ocurre en los sistemas de *civil law*.

Pensamos también que el hecho de que la división entre el pasado y el presente sea menos clara en Inglaterra, hace que se le rindan naturales homenajes a los precedentes del pasado. El *civil law*

35 STF, RE 376.852, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.10.2003.

36 GOODHART, A. L. Op. cit. p. 58.

37 GOODHART, A. L. Op. cit. p. 53. Mantuvimos la frase en el idioma original, inglés, por ser la expresión impactante usada: "en una salvajería (igual, en un caos) de decisiones individuales sin conexión entre sí".

38 BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech y Miguel ALFONSO RUIZ. Op.cit. p. 486.

39 TARUFFO, Michele. "Institutional Factors Influencing Precedents". En: "Interpreting Precedents: A Comparative Study". Editado por Neil MacCormick y Robert S. Sommers. Aldershot: Dartmouth Publishing Company. 1997. p. 440.

40 "El Problema de la Uniformidad de la Jurisprudencia en Latinoamérica". En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal 10. Buenos Aires. 2007. pp. 158-215.

empezó con una ruptura[41] y en Brasil, específicamente, la insatisfacción con el presente hace brotar en todas las psiques la necesidad de reformas. Según nuestro entender, este estado de espíritu influye en la falta de respeto a las decisiones anteriores. *A pesar de todo lo que dijimos* para explicar muchas de las razones por las que no hay en Brasil una cultura de respeto a los precedentes, pensamos que esa actitud TIENE, NECESARIAMENTE, que cambiar.

Absolutamente inocuos o sin rendimiento práctico expresivo serán, por ejemplo, los artículos 557, 518 numeral 1, 285-A, 543-B y C del Código Procesal Civil si no se altera esta actitud del Poder Judicial brasileño. El cambio de la jurisprudencia a lo largo del tiempo es realmente necesario y saludable para la sociedad. Pero única y exclusivamente en casos disciplinados por reglas relacionadas con características de la sociedad como, por ejemplo, el entendimiento que se tenga acerca de lo que sea una *mujer honesta*. Este ejemplo es académico, pero expresivo. De la misma manera como el pasar de las décadas autorizó una nueva interpretación de la expresión *buen padre de familia*.

Con relación a casos como los nombrados, sin embargo, debe haber uniformidad en la interpretación de los tribunales *bajo un mismo momento* histórico, so pena de haber multiplicidad de reglas de conducta. En distintas hipótesis en que esté en juego, por ejemplo, la incidencia de un tributo sobre cierto tipo de negocio jurídico, la jurisprudencia, una vez uniformada, no se debe alterar. Si los poderes constituidos desean que cambie "la regla del juego", la ley es la que debe ser alterada, nunca el entendimiento jurisprudencial a respecto de ella, que tiene que ser el mismo, en un sólo momento histórico y no modificarse más. Admitir decisiones diferentes concomitantes o, los llamados grandes vuelcos, es negar el Estado de Derecho, es estimular la proposición de acciones y el acto de recurrir. ¿A quién le interesa esta situación?

Es necesario que la población tenga condiciones de confiar en las decisiones del Supremo Tribunal Federal, en sus declaraciones, incluso cuando no sean vinculantes. Lo mismo sea dicho sobre los sentimientos que deben inspirarle las decisiones del Supremo Tribunal de Justicia al justiciable. Debe haber una jurisprudencia firme *DE LAS CORTES*, y no *personal*, de cada uno de sus Ministros. Es preciso abandonar la concepción cínica de que el juez del *civil law* no crea Derecho, puesto que lo crea, porque hoy resulta inevitable. El juez lo hace al interpretar un concepto vago, al reconocer en el mundo empírico situaciones que se encajan en una cláusula general o al decidir con base en principios, en la ausencia de previsión legal expresa. Pero esta libertad es del Poder Judicial y no del juez. Fijada la regla, debe ser respetada, y se debe aplicar a todos los casos iguales bajo pena de confrontar de manera intolerable el principio de la igualdad ante la ley.

[41] Ver sección II.

EL DERECHO A LA EJECUCIÓN PLENA DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y LOS MEDIOS COMPULSORIOS PROCESALES[*]

Adrián Simons Pino[**]

El derecho de acción es aquel que permite dirigirnos al sistema de justicia y activar la maquinaria judicial en búsqueda de la protección de un derecho; mientras que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es aquel que, una vez dentro del proceso, permite realizar pretensiones con ciertas garantías para defender una postura y aportar los elementos necesarios para persuadir al juzgador de que esa posición es conforme con las normas y principios del ordenamiento. Sin embargo, ¿de qué serviría todo ello si, una vez obtenida una decisión judicial, éstas no estuviesen dotadas de eficacia y su ejecución no contara con los medios necesarios para asegurar su cumplimiento?

El autor responde esta interrogante desarrollando y analizando los distintos elementos con los que cuenta un Juez, al dilucidar una controversia, para garantizar la eficacia de sus decisiones y la verdadera protección de los derechos de quienes acceden al Poder Judicial pretendiendo el reconocimiento, la constitución o modificación de alguna situación jurídica en particular.

[*] Debo agradecer el valioso aporte de Martin Chocano Tabja, joven valor del Derecho Procesal peruano.

[**] Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; miembro de la International Asociation of Procedural Law (IAPL); director de la Asociación Peruana de Derecho Procesal; y miembro del Capítulo Peruano del Club Español de Arbitraje. Socio de Rebaza, Alcázar & de las Casas, Abogados Financieros.

"El día en que los jueces tienen miedo, ningún ciudadano puede dormir tranquilo".
Eduardo J. Couture[1]

"Si se desea un proceso eficaz, necesariamente se deben correr riesgos".
Jorge W. Peryano[2]

I. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y A LA EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Constituye doctrina pacífica que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es uno de claras raíces constitucionales. Más de un texto constitucional iberoamericano así lo ha consagrado. En nuestro país se encuentra acogido por el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado[3].

Es que ese derecho de acceder a los tribunales, que poseen todos los ciudadanos por el solo hecho de serlo, y, por ende, capaz de materializar el derecho de acción, tiene inclusive la categoría de derecho fundamental de la persona.

Pues bien, para que este derecho fundamental pueda ser considerado como pleno, debe ser apreciado en toda su integridad; para tal efecto, el profesor español Francisco Chamorro Bernal[4] ha subdividido el derecho a la tutela judicial efectiva, a su vez, en cuatro sub derechos básicos:

(i) El derecho de libre acceso a la función jurisdiccional y al proceso en sí mismo. Este derecho debe garantizar el irrestricto ejercicio del derecho de acción[5].
(ii) El derecho de defensa o la prohibición constitucional de indefensión. Este derecho debe organizar el derecho de contradicción, el derecho a la prueba y el derecho de impugnación.
(iii) El derecho a obtener una resolución fundada en "Derecho" que ponga fin al proceso.
(iv) El derecho constitucional a la efectividad de la tutela judicial. El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales, como una de sus manifestaciones.

Por ello, Jesús González Pérez concluye que "la obligación de cumplir las sentencias y resoluciones judiciales firmes, así como prestar la colaboración requerida por éstos, se ha constitucionalizado"[6].

Tan relevante se ha constituido el derecho a la ejecución que, dentro de un Estado de Derecho, no es posible hablar del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva si es que no se cumplen a cabalidad las sentencias y otras resoluciones judiciales (por ejemplo, las medidas cautelares). Así, se ha expresado el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el expediente No.01063-2009-PA/TC, cuando señala que "la actuación de la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una efectiva tutela jurisdiccional, siendo de especial relevancia para el interés público, dado que el Estado de Derecho no puede existir cuando no es posible alcanzar la justicia a través de los órganos establecidos para tal efecto. Para ello, la autoridad jurisdiccional deberá realizar todas aquellas acciones que tiendan a que los justiciables sean repuestos en sus derechos (…) reaccionando frente a posteriores actuaciones o comportamientos que debiliten el contenido material de sus decisiones, pues sólo así se podrán satisfacer los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos".

Para nadie es desconocida la actual crisis que vive nuestro país, y las sociedades latinoamericanas en general, en materia de confianza en el sistema judicial; crisis que se ve agudizada cuando las resoluciones que emiten los jueces y tribunales se ven burladas por actos que pueden implicar desde la negativa injustificada hasta el fraude o la simulación de la parte que está obligada al cumplimiento.

Para enfrentar dicha crisis, es importante desarrollar una cultura que implique el respeto y obediencia de los mandatos judiciales; los jueces deben estar conscientes del rol social que les ha tocado desempeñar, rol que implica la difícil tarea de tomar decisiones justas pero que, a veces, resultan impopulares. La justicia no se imparte en función a la simpatía o antipatía que pueda generar

1 MUÑOZ SABATÉ, Luis. "Estudios de Práctica Procesal". Barcelona: Bosch. 1987. p. 603.

2 PEYRANO, Jorge. "Aspectos Concretos del Proceso Urgente y de la Tutela Anticipatorio". En: ADVOCATUS-Revista de Alumnos de la Universidad de Lima 1. 1998. p. 11.

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

4 CHAMORRO BERNAL, Francisco. "La Tutela Efectiva". Barcelona: Bosch. 1994. pp. 12 y 13.

5 Entendida la acción, como aquel derecho público, subjetivo, abstracto, autónomo y de contenido constitucional, del que goza toda persona para recurrir al órgano jurisdiccional y solicitar tutela judicial efectiva.

6 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. "El Derecho al a Tutela Jurisdiccional". Madrid: Civitas. pp. 341 y 342.

una decisión, sino sobre la base de una profunda convicción de que lo que se está haciendo, es lo que corresponde hacer.

Es así que, a través del presente trabajo, pretendemos ofrecer a la comunidad jurídica (jueces, abogados, y estudiantes de Derecho), una visión alternativa que privilegie el valor eficacia sobre una visión estática y conservadora del proceso.

En fin, que sea el lector quien juzgue si lo que se está proponiendo va acorde con las necesidades de nuestra sociedad o, si se prefiere dejar las cosas como están y seguir viviendo bajo un sistema que cada día se desprestigia más y más, dejando al ciudadano expuesto a bárbaras fórmulas de autocomposición o, peor aún, a ideologías violentistas.

II. LOS MEDIOS COMPULSORIOS Y LOS PODERES JURISDICCIONALES

Como bien dice Peyrano, la "eficacia del proceso y obediencia concreta a las órdenes judiciales, son conceptos unidos si se quiere calificar a un sistema procesal como eficiente. Por supuesto que no será bastante para categorizar a un sistema procesal con tal calificativo por el hecho de que haya incorporado todos y cada uno de los institutos que apuntan, en teoría, al debido cumplimiento de las órdenes judiciales. Lo que tanto o más interesa es que tales instituciones se traduzcan en acciones concretas, y he ahí donde la figura del Juez resulta decisiva para materializar en los hechos lo prometido por el sistema"[7]. Pues bien, para llegar a tal conjunción de elementos (eficacia y obediencia), debemos reconocer los poderes respecto de los cuales el Juez se encuentra investido. Esos poderes pueden ser expresos o implícitos y provienen del ejercicio natural de la función jurisdiccional.

Para el presente trabajo, haré referencia a los poderes implícitos o también llamados poderes de hecho de los jueces, entendidos estos como el "cúmulo de previsiones que debe adoptar el Juez para obtener una ejecución eficiente en su mandato"[8]. Sobre la base de ello, es que todo aquel conjunto de herramientas de las que el Juez puede hacer uso para doblegar la voluntad rebelde de quien se resiste a un mandato judicial (por ejemplo, una sentencia o una medida cautelar), se manifiestan a través de lo que se denomina **medios compulsorios.** Los medios compulsorios se dividen de la siguiente manera:

(i) Medios compulsorios extraprocesales.
(ii) Medios compulsorios intraprocesales.

Los medios compulsorios extraprocesales (por ejemplo, la imposición de *astreintes*) son aquellos que no repercuten de modo directo en el trámite regular del proceso, sino que están dirigidos sobre todo a doblegar la resistencia de la parte renuente a acatar una decisión judicial.

A su vez, los medios compulsorios extraprocesales se subdividen en: i) patrimoniales (*astreintes*) y ii) extrapatrimoniales (*Contempt of Court* y medidas conminatorias).

De otro lado, los medios compulsorios intraprocesales tienen consecuencias directas con el trámite del proceso dentro del cual se insertan, como por ejemplo la imposición de sanciones por mala conducta procesal producto de actos de agravio al tribunal o, a la otra parte.

Dedicaré las líneas que siguen, a un breve desarrollo de lo que significaría para el debido cumplimiento de las decisiones judiciales, los medios compulsorios extraprocesales (patrimoniales y extrapatrimoniales). Herramientas jurídicas que debieran servir de instrumento para lograr el cabal, inmediato y fiel cumplimiento de las órdenes judiciales, ya que de no obtenerse ello, tampoco se materializará en los hechos la eficacia del proceso civil y, mucho menos, la consagración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

III. MEDIOS COMPULSORIOS EXTRAPROCESALES

Para comenzar, cabe preguntar si contamos con un sistema procesal eficiente y capaz de doblegar la voluntad del renuente a cumplir una orden judicial. La respuesta es simple:

(i) Tenemos un sistema judicial deficiente,
(ii) Los jueces no están conscientes de los poderes jurisdiccionales que poseen,
(iii) Los otros poderes del Estado encargados de velar por el respeto a las órdenes judiciales, cuestionan e interfieren constantemente con el ejercicio de la función jurisdiccional.

Como remedio a lo indicado, aparecen en nuestro escenario jurídico los medios compulsorios extraprocesales, también conocidos como medidas de apremio en general, los mismos que se entienden como "procedimientos indirectos de

[7] PEYRANO, Jorge W. "Las medidas de apremio en general y la conminatoria en particular. Poderes de hecho de los jueces. Su contribución a la eficacia de proceso civil". En: Procedimiento Civil y Comercial. Tomo 2. Juris. 1992. pp. 1 y 2.

[8] Ibid. p. 25.

cumplimiento y constituyen de alguna manera la traducción en materia jurídica de la técnica del castigo como método de provocación de conductas socialmente deseadas"[9].

A. Supuestos de aplicación de los medios compulsorios extraprocesales

Los medios compulsorios se podrían aplicar a los siguientes tipos de obligaciones contenidas en decisiones judiciales, y cuyo cumplimiento es materia de desobediencia:

(i) Incumplimiento de obligaciones con prestaciones de hacer.
(ii) Incumplimiento de obligaciones con prestaciones de no hacer.
(iii) Incumplimiento de obligaciones con prestaciones de dar cosas ciertas.

El común denominador de todos los medios compulsorios extraprocesales es que no resulta procedente su imposición cuando se discutan obligaciones de dar suma de dinero, ya que para dicho supuesto existen las medidas cautelares para futura ejecución forzada (secuestro conservativo y embargo).

1. Respecto al incumplimiento de las obligaciones con prestaciones de hacer

Como bien lo refiere el profesor español Juan Montero Aroca[10] si el mandato judicial contiene una orden de prestación de hacer algo, pueden presentarse los siguientes supuestos:

(i) Que el obligado ejecute voluntariamente y de modo pleno la actividad ordenada por el órgano jurisdiccional.
(ii) Que el obligado ejecute parcialmente la actividad ordenada, en tal caso la ejecución deberá continuar hasta la satisfacción plena;
(iii) Que el obligado ejecute defectuosamente la actividad ordenada, en tal caso se entenderá que existe un incumplimiento, tanto así, que el ejecutante puede solicitar se deshaga lo mal hecho; y
(iv) Que el obligado se niegue (expresa o implícitamente) a realizar la actividad ordenada, a este supuesto se le equiparán los de realización parcial y defectuosa, debiéndose continuar con la ejecución forzada hasta doblegar la voluntad del ejecutado.

En este caso hay que distinguir entre la ejecución de conductas fungibles[11] o no personalísimas de las conductas infungibles o personalísimas.

Tratándose de la ejecución de conductas fungibles, lo deseable es que sea el propio obligado quien cumpla con realizar la actividad ordenada por el órgano jurisdiccional, debiendo ejercerse todos los poderes compulsorios al alcance, para así doblegar la voluntad renuente.

En mi opinión, sólo en el supuesto que los medios compulsorios no surtan efecto, es que debería buscarse la ejecución por cuenta de un tercero o el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que cause tal incumplimiento.

Soy de tal idea porque resultaría una burla al propio sistema de justicia y al justiciable vencedor, el que se haya tramitado un proceso durante varios años y que la decisión definitiva, recaída en el mismo, no pueda ser cumplida por el obligado a ejecutar la prestación de hacer; lo lógico y natural es que primero se busque el cumplimiento "*in natura*" para luego, de verificarse la real imposibilidad de ejecución, se proceda a la llamada ejecución por transformación o sustitución.

En lo que corresponde a las conductas infungibles o personalísimas, creemos que el tratamiento debe ser diferente ya que estamos frente a prestaciones que dependen de alguna especial habilidad o arte, de parte de quien se encuentra obligado a la prestación de hacer. Imaginemos los siguientes casos: un escritor cuya obligación sea redactar una novela, un actor cuya obligación sea actuar en una obra de teatro o cine, un cantante de ópera cuya obligación sea interpretar una obra de Bizet. Como es de notarse, aquí el Juez debe tomar en consideración el interés del beneficiario de la prestación personalísima, ya que le puede resultar de mayor perjuicio a éste la aplicación de un medio compulsorio para doblegar la voluntad rebelde, que la ejecución por sustitución (pago de una indemnización), teniendo en consideración la naturaleza del caso que involucra un acto de creatividad humana. Aquí debe medirse la real

[9] Ibid. p. 9.
[10] MONTERO AROCA, Juan. "El Nuevo Proceso Civil". Valencia: Tirant lo Blanch. 2000. pp. 200, 726-729.
[11] Prestaciones que pueden ser sustituidas.

efectividad de la aplicación del medio compulsorio con la ejecución de la prestación personalísima según el mandato judicial y el propio interés del beneficiario.

2. Respecto al incumplimiento de las obligaciones con prestaciones de no hacer

Según Montero Aroca, "teóricamente, las condenas a no hacer, que son siempre infungibles pues no cabe que otra persona no haga por el condenado, pueden consistir bien en una omisión de realizar una conducta, que puede atender a una indefinida duración en el tiempo (prohibición de elevar un piso en un edificio quitando las vistas u otro), o referirse a uno o unos pocos actos determinados (no grabar durante un plazo un disco con otra compañía), o bien en una mera tolerancia de que otra persona realice una conducta (permitir que el actor utilice un camino particular, habiéndose declarado la existencia de una servidumbre de paso)"[12].

Aquí cabe preguntarse: ¿qué ocurre si el condenado, incumpliendo lo dispuesto por el mandato de no hacer, desarrolla una actividad contraria; acaso, ello implicaría un deshacer lo ya hecho? El profesor español David Vallespín Pérez ofrece la siguiente respuesta ante tal inquietud: "la solución de éste problema no es que el Juez verifique el correspondiente no hacer, pues esto carecería de sentido, sino que el Juez, en caso de que se incumpla la obligación de no hacer, deshaga lo indebidamente hecho. De esta manera la ejecución transformativa comprendería no sólo el supuesto del hacer físico por parte del Juez, sino también el de deshacer forzoso, cuando se transforma negativamente la realidad material que se opone a la situación jurídica. Ningún inconveniente habría en autorizar al Juez a la destrucción material de lo indebidamente hecho, cuando el título de ejecución así lo establece. No hay ningún obstáculo teórico en admitir que la infracción de una obligación de no hacer provoque la ejecución contraria a ese no hacer, que sea adecuada, reservando la conversión de la ejecución transformativa en ejecución expropiativa a aquellas hipótesis en que el hacer judicial no es posible o no constituya reparación adecuada del acreedor ejecutante"[13].

Ahora, puede darse la hipótesis que el incumplimiento total de una orden judicial de no hacer haya supuesto la realización de algo que no es posible deshacerse. En tal caso, la ejecución debiera consistir en el resarcimiento de daños y perjuicios. En ese sentido, Montero Aroca nos ofrece el siguiente ejemplo: "cuando la obligación consiste en no fabricar un determinado artículo, puede que el condenado realice uno o varios actos de fabricación. La ejecución aquí difícilmente podrá consistir en deshacer lo hecho, porque los artículos estarán en el mercado y posiblemente vendidos; lo que supone que la ejecución habrá de limitarse al valor de lo vendido y al resarcimiento de perjuicios, pero además requiriendo al ejecutado para que se abstenga de hacer en el futuro con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial"[14].

3. Respecto al incumplimiento de las obligaciones con prestaciones de dar cosas ciertas:

Para que este supuesto de incumplimiento se produzca, el bien materia de ejecución debe reunir las siguientes condiciones: (i) debe ser un bien existente, (ii) el bien debe estar bajo la esfera del patrimonio del deudor, y (iii) debe tratarse de bienes muebles o inmuebles.

El mayor problema de ejecución se presenta cuando se trata de la obligación de dar bienes muebles, ya que facilita su ocultación de parte del que resiste el mandato de entrega, de ahí que siempre es aconsejable el secuestro judicial que evitaría una frustración de la ejecución.

En este supuesto, el Juez podrá disponer de todos los medios compulsorios a su alcance para obligar al vencido a entregar el bien materia de controversia, sólo en el caso de pérdida del bien y frente a la imposibilidad de su sustitución, la doctrina ofrece lo siguiente: (i) que el sujeto vencido pague el valor económico del bien perdido; y además, (ii) que el sujeto vencido pague los posibles daños y perjuicios.

B. Medios compulsorios extraprocesales específicos

1. El *Contempt of Court* (rebeldía a cumplir lo ordenado por el tribunal)

Ésta es una institución propia del *Commow Law*. Su origen está asociado a la idea de que es inherente a la propia existencia del Poder Judicial la utilización

12 MONTERO AROCA, Juan. Op. cit. p. 731.

13 VALLESPÍN PÉREZ, David. "La Regulación de la Ejecución Forzosa 'no dineraria' en el Anteproyecto de L.E.C.". En: Presente y Futuro del Proceso Civil. Barcelona: Bosch. 1998. p. 615.

14 MONTERO AROCA, Juan. Op. cit. p. 732.

de los medios capaces de tornar eficaces las decisiones emanadas. Es inconcebible un Poder Judicial, destinado a la solución de conflictos, que no tenga el poder real de hacer valer sus decisiones o mandatos.

Ninguna utilidad tendrían las decisiones, sin cumplimiento o efectividad. El negar instrumentos de fuerza al Poder Judicial es lo mismo que negar su existencia[15].

No existe una definición universal del *Commow Law* respecto de esta institución; sin embargo, algunos autores se han aproximado al tema de la siguiente manera:

(i) Según P. G. Osborn, el *Contempt of Court* es "1) omisión de obrar de acuerdo a una orden de un tribunal superior; o un acto de resistencia o insulto al tribunal o a los jueces; 2) conducta apta para perjudicar el juicio imparcial de una persona acusada, punible con multa o prisión"[16].

(ii) Según la definición propuesta por Swayzee, el *Contempt of Court* "es la práctica de cualquier acto que tienda a ofender a un tribunal en la administración de justicia o a disminuir su autoridad o dignidad, incluyendo la desobediencia a una orden"[17].

El *contempt* se divide en **criminal y civil.** Como lo ha expuesto claramente la profesora brasileña Ada Pellegrini Grinover[18], el *contempt* criminal está destinado a reprimir una conducta o acto de falta de respeto a la corte o al proceso o que obstruye la administración de justicia; en cambio, el *contempt* civil se destina al cumplimiento de una decisión judicial, usando para ello medios coercitivos. Es bueno aclarar que una conducta irrespetuosa puede ser pasible, al mismo tiempo, de *contempt* civil y criminal, sea en el proceso civil o en el proceso penal.

En el caso de *contempt* criminal, que es punitivo, éste se inicia de oficio o a pedido de parte como un proceso autónomo y sumario; en cambio, en el *contempt* civil, el cual es coercitivo, la aplicación de la sanción ocurre en el mismo proceso en que se produjo la desobediencia.

Ahora bien, las sanciones propiciadas por el *contempt*, en cualquiera de sus modalidades, son la prisión, la multa, la pérdida de derechos procesales y el secuestro. En el *contempt* civil la punición es por tiempo indeterminado, es decir, hasta que se haya cumplido con el mandato inicialmente desobedecido. Si la decisión se tornara de imposible cumplimiento, la sanción también debe cesar, motivando, entretanto, el *contempt* criminal.

La multa puede ser compensatoria o no. Cuando es compensatoria, revierte al perjudicado; cuando es coercitiva, revierte al Estado, considerado el gran perjudicado con la contumacia.

La prisión, aplicada con prudencia, es considerada medida de gran practicidad para la efectividad del proceso.

El *contempt* civil, destinado al cumplimiento de las órdenes judiciales, puede ser **directo o indirecto**. El **directo** autoriza al Juez a ordenar la detención inmediata del contumaz, concediéndole un plazo para justificar su conducta. El **indirecto** exige un procedimiento incidental que se lleva de acuerdo a los siguientes requisitos:

(i) Prueba de la ocurrencia de la acción u omisión;
(ii) Que la orden judicial determine con claridad la acción u omisión impuesta a la parte;
(iii) Que la parte sea adecuadamente informada sobre el tenor y la existencia de la orden judicial;
(iv) Que la orden judicial desacatada sea de posible cumplimiento.

Cumplidos los requisitos antes mencionados el Juez o la corte cita a la persona obligada, a quien se le informa las condiciones dentro de las cuales el cumplimiento de la orden judicial resultará en la revocación de las sanciones. Después de la presentación de las razones, el Juez decide, apreciando las pruebas producidas, considerando o no a la parte en *contempt***, imponer una sanción condicionada. Finalmente, la sanción impuesta es efectivamente aplicada, si el** *contemptor* **no cumpliere la orden.**

[15] MOSKOVITZ, Joseph. "Contemp of injuction, civil and criminal". En: PELLEGRINI GRINOVER, ADA. "Ética, Abuso del Proceso y Resistencia a las Ordenes Judiciales: el "Comtempt of Court". San Martín de los Andes: XX Congreso Nacional de Derecho Procesal. 1999. p. 1.

[16] BALLESTER, Eliel. "Libertad de prensa y debido proceso legal. Contempt of Court". En: J.A. 1988. p. 831.

[17] SWAYZEE, León Oliphant. "Contempt of Court in labor injuction cases". New York: MAS Press. 1968. p. 17.

[18] PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "Ética, abuso del Proceso y Resistencia a las Órdenes Judiciales: El "Contempt of Court". San Martín de los Andes: XX Congreso Nacional de Derecho Procesal. 1999. pp. 3 y 4.

Las mayores críticas al *contempt* están dirigidas al de naturaleza criminal o punitivo, debido a la sumariedad con la que aplica la pena y por el hecho de ser el propio Juez ofendido quien decide respecto de la sanción a aplicar. En lo que se refiere al *contempt civil*, las mayores críticas van dirigidas a que se pueda autorizar la prisión inmediata.

Pese a las críticas antes referidas, el *Contempt of Court* es una herramienta eficiente del *Common Law* ya que concede a los jueces los suficientes poderes para reprimir a quienes injustificadamente resisten a los mandatos judiciales. Algunas legislaciones latinoamericanas, como veremos más adelante, han incorporado dicha institución.

Finalmente, como bien lo refiere la profesora Ada Pellegrini[19] la constitucionalidad de la prisión civil es defendida porque no se encuentra dentro del ámbito de aplicación a la prohibición constitucional de imponer prisión por deudas, ya que se trata de la imposición de sanciones a quien resiste injustificadamente un mandato judicial.

2. Las *Astreintes*

De origen pretoriano francés, esta institución procesal fue consagrada jurisprudencialmente en el año 1895, cuando fue recepcionada por la Corte de Casación Francesa.

El profesor argentino Marcelo J. López Mesa indica que "las *astreintes* son un medio de tutela, protección, o defensa de un derecho reconocido judicialmente. Constituyen un medio, facultad o herramienta que el derecho ha instrumentado para posibilitar y asegurar, la eficacia del crédito. Y, dentro de ellas, ostentan un claro carácter excepcional. Dicho en otras palabras, aún cuando en principio no hay que supeditar la aplicación de las '*astreintes*' al fracaso o esterilidad de otras medidas, tales sanciones son improcedentes cuando pueden utilizarse medios compulsivos de mayor envergadura y eficacia. Las *astreintes* son sólo una vía de compulsión, un medio a fin de que el deudor le procure al acreedor aquello a que se ha obligado; no son una pena civil ni una indemnización."[20]

Discrepo de la posición del profesor López Mesa, al darle ese carácter de medio compulsorio subsidiario extremo a las *astreintes*, y afirmar que ellas no deban ser aplicadas si pueden utilizarse medios compulsorios de mayor envergadura y eficacia.

Es que, definitivamente, el orden de imposición de sanciones por desobediencia a las decisiones judiciales, debe ser de menos o más: (i) requerimiento de cumplimiento bajo apercibimiento de ejecución forzada, (ii) verificación de incumplimiento injustificado de la decisión judicial, (iii) amenaza de imposición de medios de compulsión, y (iv) imposición efectiva de los medios de compulsión teniendo en consideración su envergadura: *astreintes*, *comtempt* civil (detención) o medidas conminatorias.

Sin embargo, el prudente orden propuesto, no debe ser asumido como una regla matemática, ya que pueden darse casos en los que si no se aplica de manera inmediata un medio compulsorio extremo, puede que se cause un daño irreparable al beneficiario con la orden judicial que es objeto de desobediencia.

Considero más adecuada la propuesta hecha por el profesor Enrique Lino Palacio, quien califica a las *astreintes* (constricción) como "un medio indirecto de coacción destinado a obtener el cumplimiento *in natura* de las prestaciones impuestas por la sentencia, y que opera mediante la aplicación de una condena pecuniaria establecida por días u otro período de tiempo hasta tanto el deudor cumpla la obligación. El Juez puede, a su arbitrio, disminuir o aumentar el monto de las *astreintes*, siendo en definitiva el acreedor el beneficiario de ellas"[21].

Las *astreintes* cumplen una doble función: función conminatoria y función sancionatoria. La primera implica la amenaza de imponer una sanción de naturaleza económica, diferente a la reparación de daños, y que podría significar una amenaza de afectación del patrimonio de quien resiste el mandato judicial; la segunda, cumple una función sancionatoria cuando a pesar de la amenaza de imponer una sanción, el obligado continúa con su actitud rebelde, no quedando otra alternativa que imponer efectivamente la sanción pecuniaria hasta el momento en que se doblegue la voluntad de quien resiste la orden judicial.

Las *astreintes* se aprecian por las siguientes características:

19 Ibid. p. 2.

20 LÓPEZ MESA, Marcelo J. "La aplicación de astreintes como medio de forzar el cumplimiento de las obligaciones del Estado". San Martín de los Andes: XX Congreso Nacional de Derecho Procesal. 1999. p. 3.

21 PALACIO, Lino Enrique. "Manual de Derecho Procesal Civil". Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 668.

(i) Constituyen un medio de coacción psicológica.
(ii) Dependen del poder jurisdiccional del Juez, quien puede imponerlas o no, variando inclusive su monto o dejándolas sin efecto.
(iii) Son de naturaleza dineraria.
(iv) No tienen relación con el perjuicio sufrido por el titular de la obligación que se pretende cumplir. Es decir, son un medio de compulsión y no de resarcimiento.
(v) Son aplicables a cualquier obligación con prestaciones de dar bienes ciertos, hacer o no hacer.
(vi) No es procedente su dictado de oficio. Debe existir un pedido de la parte que se ve afectada con el incumplimiento del mandato judicial.
(vii) Son aplicables sólo a favor del acreedor.
(viii) Son subsidiarias, sólo se aplican cuando los medios regulares de conminación no resultasen efectivos.

Como bien dice el profesor López Mesa, "su génesis y su derrotero posterior muestran un instituto apto para compeler al cumplimiento in natura de prestaciones incanjeables. Por tanto, como primer punto de apoyo para juzgar la presente cuestión puede extraerse como premisa que cuando se trata de dar sumas de dinero, las *astreintes* no tendrían en principio mayor significación, como que puede llevarse adelante la ejecución de la deuda, a través de medidas de cumplimiento forzado, siempre que el cumplimiento de la prestación no se hubiere tornado imposible. En dicho caso, también las *astreintes* devienen insatisfactorias, puesto que sólo deben compelerse a quien se halla en posición de cumplir, pues de otro modo, sólo se agravaría una objetiva imposibilidad de efectivizar la prestación"[22].

Ahora bien, frecuentemente se confunde a las *astreintes* con las multas coercitivas procesales o también denominadas como "pena civil". Las *astreintes* constituyen un procedimiento intimidatorio para obligar al deudor a cumplir el mandato judicial expreso que puede consistir en una medida cautelar o una sentencia definitiva con la autoridad de cosa juzgada, en cambio la multa coercitiva procesal tiene un ámbito de aplicación más amplio por medio de la cual se vela por el normal desenvolvimiento del proceso, reprimiendo cualquier conducta que atente contra ello, por ejemplo, la sanción pecuniaria que se impone a quien ofende al juzgador, a la otra parte, o a quien cometa actos contrarios a los principios de buena fe, lealtad y probidad procesales (recusaciones maliciosas, actos meramente dilatorios, abuso de los actos procesales, actos temerarios, etcétera). Las *astreintes* sólo pueden ir en beneficio del acreedor; en cambio, cuando se impone una multa coercitiva procesal, el monto a recaudarse ingresa al tesoro público. Las *astreintes* sólo se conceden a petición de parte; la multa procesal puede ser decretada de oficio.

No se piense que las *astreintes*, como dicen hoy los jóvenes, equivale a una "*Coca-Cola en el desierto*" y que constituye un medio compulsorio lo suficientemente eficaz como para doblegar la voluntad de quien resiste una orden judicial específica. Esta figura procesal tiene sus limitaciones, propias de lo que ella misma representa: el dinero, y que puede convertir a la etapa de ejecución en un vil juego de probabilidades aplicándose el famoso "análisis costo beneficio"; es decir, ponernos a pensar qué nos conviene más: ¿cumplir o incumplir?, ¿qué nos resultaría más rentable? Cuando lo que realmente está en juego (aparte del cumplimiento específico) es tanto el rol que cumple el sistema de justicia en nuestro país como, por qué no decirlo, el propio Estado de Derecho, elemento indispensable de este sistema imperfecto, como nosotros los humanos que lo creamos, pero que hasta ahora nadie ha demostrado que exista otro mejor: la Democracia.

3. La medida conminatoria

Esta forma especial de compulsión procesal tiene un cuño muy particular, y nada mejor para entenderla que citando un caso judicial:

"Se inauguró en Rosario un negocio de confitería bailable en un subsuelo muy amplio, con capacidad para más de mil personas. El éxito de la explotación trajo como consecuencia una realidad no sospechada en un comienzo: la ventilación del local era deficiente. Ello determinó que, en forma unilateral, los propietarios del susodicho negocio instalaron unos enormes extractores de aire (forzadores) para hacer más respirable el ambiente. Con tal fin se practicaron grandes boquetes en la parte superior del subsuelo para dar cabida a los conductos de ventilación. Sucedía que dichos conductos arrojaban el aire extraído (que era una gran masa de aire caliente enrarecido) debajo de la puerta de acceso y de las ventanas (que debían permanecer abiertas durante la época estival por tratarse de un gran local que carecía de sistema de refrigeración) de un bar lindero. Con lo que ésta última explotación resultaba perjudicada por encontrarse, repetidamente, invadido su interior

[22] LÓPEZ MESA, Marcelo. Op. cit. p. 4.

por una masa de aire caliente que hacía desistir a potenciales parroquianos y que ahuyentaba a los asistentes.

Ante la situación referida, los perjudicados promovieron a la sazón, los autos Cuoco Esteban y Daniel Igareta (Sociedad de Hecho) contra C.A. –Medidas Precautorias– Demanda Sumaria, radicados en definitiva en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Tercera Nominación de Rosario, a cargo del doctor Hernán G. Carrillo.

Invocando lo dispuesto por el artículo 2618 del Código Civil, los promotores de los obrados solicitaron y obtuvieron el despacho de una medida cautelar innovativa consistente en ordenar el inmediato cese del funcionamiento de los forzadores extractores de aires mencionados; con lo que, tácitamente, se estaba ordenando su adaptación de modo tal que su funcionamiento no ocasionará las molestias justificantes de la referida innovativa.

Dicha orden fue desobedecida y los forzadores siguieron funcionando como si nada hubiera ocurrido. Después, (segunda orden judicial) el magistrado interviniente dispuso el inmediato acatamiento de la aludida innovativa, sin tampoco lograr éxito alguno.

Posteriormente, –y habiendo ya transcurrido más de tres meses de haberse despachado y notificado la innovativa indicada y estándose ventilando un proceso criminal por la desobediencia de marras– se ordenó (tercera orden judicial) si realmente los mencionados extractores de aire seguían funcionando en las mismas condiciones, y en caso afirmativo y precintado. Esto fue cumplido: la contestación fue positiva y, por ende, los meneados aparatos fueron desconectados y precintados.

Empero, aconteció que poco tiempo después, se violaron los precintos y se pusieron en funcionamiento los extractores de aire sin repararlos debidamente. Enterados de ello, los perjudicados propietarios del bar lindero, solicitaron del doctor Carrillo la comprobación de tal circunstancia y, en su caso, la clausura de la vecina confitería bailable, a lo que –el 1 de abril de 1986– se hizo lugar, ordenándose tal clausura hasta tanto se acreditara la desaparición de las molestias ocasionadas por el funcionamiento de los aludidos extractores de aire"[23].

Con el citado *leading case*, se puede apreciar con suma claridad cómo es que un Juez, frente a una clara conducta de resistencia de una orden judicial, ejerció su poder jurisdiccional en aras de obtener el cumplimiento debido del mandato primigenio (cautelar innovativa).

Nuestra sociedad de hoy, ávida de justicia, ya no se contenta con simples pronunciamientos jurisdiccionales; nuestra sociedad quiere que el derecho declarado por los tribunales sea efectivamente reparado, aún sin el concurso de la parte vencida. Es que, si no tomamos conciencia y no dotamos a nuestros jueces de herramientas lo suficientemente efectivas para doblegar la voluntad de quien resiste una orden judicial, estaremos contribuyendo a que el sistema judicial cada día pierda lo poco que le queda de credibilidad frente a la sociedad, dejándonos a expensas de los actos abusivos del poder político o de particulares y, lo que podría ser más trágico, que nos veamos seducidos por sistemas que implican la dictadura de las clases sociales, o sistemas sustentados en el ejercicio abusivo del poder.

La medida conminatoria surge como una sugerente herramienta procesal para contribuir al valor eficacia del proceso. El prestigioso profesor argentino Jorge W. Peyrano la describe de la siguiente manera: "como cualquier orden de contenido no pecuniario y con alcances extraprocesales emanada de un tribunal de justicia que tiende a obtener el debido cumplimiento in natura de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, a través del concurso de la voluntad del destinatario del mismo, y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que, prima facie, podría llegar a ser de mayor entidad que el resultante de persistir en dicha contumaz"[24].

Extraigamos de tal propuesta conceptual algunos puntos que caracterizan a la medida conminatoria:

(i) Cualquier orden: con ello se quiere significar que su contenido concreto es creado por el propio intelecto del Juez, y que sólo la imaginación y la prudencia del magistrado operarán a modo de un sistema de pesos y contrapesos al momento de dictarla. Dicha orden, será considerada como un *mandato derivado,* es decir, la consecuencia de haberse desobedecido previamente otra orden judicial respecto de la cual se pretende acatamiento.

[23] PEYRANO, Jorge W. Op. cit. pp. 19 y 20.

[24] Ibid. p. 13.

(ii) De contenido no pecuniario: se procura distinguir el presente medio compulsorio procesal (que es tal, por ser una vía de presión psicológica sobre la voluntad renuente del desobediente) de otros; concretamente de las *astreintes*, cuyo contenido sí es pecuniario.

(iii) De alcances extraprocesales: ello porque no repercute directamente sobre las pretensiones que fueron materia de controversia y tampoco sobre el trámite del proceso. Nos explicamos: quien resiste el mandato no se verá sumido en alguna situación procesal desfavorable, sino que será objeto de algún tipo de consecuencia fuera del ámbito del proceso en el cual se encuentra involucrado en calidad de parte procesal. Como se pudo apreciar del *leading case* expuesto, la sanción impuesta por el Juez no tenía relación directa con el objeto de la controversia, pero sí estuvo destinada a obtener el cumplimiento forzoso e *in natura* de parte de quien estuvo obligado a dar cumplimiento inmediato a la medida cautelar innovativa.

Peyrano agrega que la amenaza que implica la imposición de una medida conminatoria debe tener el suficiente peso específico como para persuadir al desobediente que más provechoso, o menos perjudicial, le resultará cumplir en especie con lo ordenado y, he aquí, precisamente, el factor presión psicológica sobre la voluntad del desobediente que caracteriza los medios compulsorios en general[25].

Además, quizás lo que más distingue a la medida conminatoria, es que se persigue con su dictado no sólo la satisfacción en especie de un mandato judicial originalmente desobedecido (lo que podría, en algunos casos, lograrse a través de la ejecución por terceros); sino, conseguirlo mediante la participación de la propia voluntad del destinatario del mismo que, a veces y por diversas razones, es menester para su adecuado cumplimiento[26].

Ahora, veamos por qué la ejecución a cargo de un tercero podría atentar contra un adecuado servicio de Justicia que reclama el cumplimiento directo y en especie de parte del destinatario de la orden judicial respectiva, y que mejor para ello que traer la siguiente explicación de Peyrano: "la orden judicial desobedecida podría ser satisfecha a través del mecanismo de la ejecución por terceros, pero en el que, en concreto, tal posibilidad atentaría contra un buen servicio de justicia. Sobre el particular hemos expresado lo siguiente: repárese que, en ciertas ocasiones, es menester la participación de la voluntad del destinatario de un mandato judicial para que el mismo pueda ser satisfecho adecuadamente. Imagínese en este orden de ideas y desde una perspectiva meramente crematística, que el cumplimiento en especie de un mandato sea factible a través de la intervención de un tercero colocado manu militari por el magistrado para dar cumplimiento, verbigracia, a un mandato desobedecido cuya satisfacción presupone el desembolso inmediato de una suma de dinero con la que no cuenta el peticionante de la medida incumplida. Léase bien: la medida puede, teóricamente, ser efectivizada a través del concurso de un tercero, pero en los hechos no es factible que dicha ejecución por terceros resulte expeditamente practicable"[27].

Tomando en consideración lo anterior, creo que es hora de efectuar las siguientes preguntas: ¿es justo, acaso, trasladarle los costos de la ejecución a la parte vencedora, y ponerla en la posterior situación de intentar recuperarlos de quien mantiene una actitud contumaz?, ¿acaso no es suficiente todo el tiempo, gasto y esfuerzo invertido por la parte que resultó vencedora, para, además, "castigarla" con la asunción de costos adicionales provocados por quien resiste de modo injustificado el mandato judicial?

Por ello, soy de la opinión que la ejecución a cargo de un tercero debe ser considerada como una alternativa viable, sólo en caso que el cumplimiento *in natura* del mandato se torne en imposible.

Finalmente, los poderes conminatorios que hemos descrito y, de los cuales gozan los jueces, tienen sustento en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su subespecie conocida como el derecho a la ejecución, categoría jurídica procesal que hoy en día posee rango constitucional.

IV. LOS MEDIOS COMPULSORIOS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

A. Código del Proceso Civil del Brasil

Este contiene las siguientes normas que regulan las siguientes conductas de las partes:

[25] Ibid. pp. 14 y 15.

[26] Ibid. p. 15.

[27] Ibid. pp. 15 y 16.

Artículo17, IV: oponer resistencia injustificada en el transcurso del proceso.

Artículo 600, III: resistir, el ejecutado, injustificadamente, a las órdenes judiciales.

Artículo 60, IV: no indicar al Juez dónde se encuentran los bienes sujetos a la ejecución.

En los casos descritos, se aplica una sanción pecuniaria de naturaleza coercitiva y no compensatoria. Su aplicación se da en los mismos autos, de oficio o a pedido de parte.

B. Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay

Artículo 374: Conminaciones económicas y personales.

374.1: En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus providencias, el tribunal, de oficio o a pedido de parte, podrá adoptar las medidas de conminación o astricción necesarias.

374.2: Las conminaciones económicas se fijarán por el tribunal en una cantidad en dinero a pagar por cada día que demore el cumplimiento.

El tribunal dispondrá la liquidación de las mismas una vez transcurrido un plazo prudencial. La cuenta pasará al alguacil del tribunal, el que embargará bienes del deudor suficientes, los hará tasar por perito que designará y los asignará a un rematador público para su remate por los dos tercios de su valor de tasación, de lo que dará cuenta.

Las cantidades se fijarán teniendo en cuenta el monto o la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de tal manera que signifiquen una efectiva constricción psicológica al cumplimiento de lo dispuesto.

El tribunal podrá, en cualquier momento, de oficio o a pedido de parte, aumentar, moderar o suprimir la conminación establecida.

Las cantidades que se paguen pasarán a un fondo judicial que será administrado por la Corte Suprema de Justicia.

374.3: Las conminaciones personales consistirán en el traslado ante el tribunal por la fuerza pública de los encargados judiciales que no concurran espontáneamente una vez convocados, incluso testigos, en el arresto, que no podrá exceder de cuarenta y ocho horas, en los casos que expresamente fije la ley y para la entrega de elementos necesarios para la ejecución dispuesta en la respectiva etapa del proceso.

374.4: Además de lo anterior, el tribunal podrá elevar los antecedentes al tribunal competente, si estimare que la resistencia a la orden judicial puede encuadrar en alguna figura penal.

C. Código Procesal Civil de la Nación Argentina

Artículo 37: Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

D. Ley de Enjuiciamiento Civil de España

Artículo 709: Condena de hacer personalísimo (...) 3. Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero. Si, al cabo de un año, el ejecutado continuara rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el tribunal.

Artículo 711: Cuantía de las multas coercitivas. Para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos anteriores, el tribunal, mediante providencia, tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo y, si no constarán en él o se tratará de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas.

Las multas mensuales podrán ascender a un veinte por ciento del precio o valor y la multa única al cincuenta por ciento de dicho precio o valor.

V. LOS MEDIOS COMPULSORIOS EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL PERUANA

El Código Procesal Civil peruano en su artículo 52[28] regula las facultades disciplinarias del Juez

[28] Artículo 52. Facultades disciplinarias del Juez.
A fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, a los Jueces deben: (i) ordenar que se suprima la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios; (ii) expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo. Si se trata de una de las partes, se le impondrá además los apercibimientos que hubieran sido aplicables de no haber asistido a la actuación; y (iii) aplicar las sanciones disciplinarias que este Código y otras normas establezcan.

y en el artículo 53[29] las facultades coercitivas. He visto por conveniente citar ambos artículos ya que han sido redactados para que dependan el uno del otro. En efecto, el artículo 52 tiene como finalidad preservar que las partes guarden una conducta procesal acorde con el debido respeto a la actividad judicial; y, el artículo 53 otorga determinadas facultades coercitivas a los jueces en atención al fin promovido por el artículo 52, es decir, preservar la conducta procesal.

Pues bien, la manera en que han sido redactados los encabezados de ambos artículos podría llevar a confusión y a interpretar que las medidas coercitivas (multa y detención) sólo serían aplicables en los casos que se pretenda preservar sólo la buena conducta procesal de las partes, pero no en los supuestos en que alguna de ellas se niegue a cumplir una resolución judicial que tenga relación directa o indirecta con la materia controvertida (por ejemplo, un auto cautelar o una sentencia definitiva). Esta tesis sólo posibilitaría la imposición de multa o detención cuando se desobedezca un mandato judicial que contenga un deber de conducta acorde con el debido respeto de la actividad judicial.

De acuerdo con lo indicado, las medidas coercitivas contenidas en el artículo 53 del Código Procesal Civil no podrían ser consideradas como medios compulsorios extraprocesales, ya que no provienen de un mandato previamente desobedecido y que la multa o detención contenidos en dicha norma sólo estarían destinadas a garantizar la conducta procesal de las personas que intervienen al interior de un proceso.

No comparto tal posición y considero que el Juez sí puede hacer uso de las medidas que regula el artículo 53, cuando se trate de la desobediencia a un mandato judicial que tenga relación con la materia controvertida. En efecto, tales facultades coercitivas son una especie dentro del género de los medios compulsorios procesales y, éstos por su propia naturaleza cumplen una doble función: conminatoria y sancionatoria; características indispensables que poseen las medidas coercitivas tipificadas por la norma procesal en cuestión.

De acuerdo a lo desarrollado, es claro que la multa y la prisión civil, contenidos en el artículo 53 del Código Procesal Civil, poseen características propias de los medios compulsorios extraprocesales. Y, constituyen herramientas al servicio del Juez para doblegar la voluntad de quien resiste de manera injustificada un mandato judicial, las mismas que puede aplicar de modo conjunto o individual, teniendo en cuenta la necesidad de cumplimiento urgente del mandato originalmente desobedecido.

De acuerdo a lo indicado en los párrafos precedentes, haremos un breve análisis de la multa coercitiva y la prisión civil, contenidas en el artículo 53 del Código Procesal Civil.

A. Respecto de la multa compulsiva y progresiva contenida en el inciso 1

Si bien es cierto este tipo de medio compulsorio se asemeja a lo que conocemos como *astreintes*, debemos decir que la forma en que ha sido regulado no guarda relación con la real esencia y naturaleza de dicha condena pecuniaria.

En tal sentido, en primer lugar, precisaremos cuáles son los elementos afines con las *astreintes*:

(i) Constituye un medio de coacción psicológica, ya que la multa puede ser aplicada de manera compulsiva y progresiva (amenaza de incrementar el monto de la sanción periódicamente, hasta el total del cumplimiento del mandato judicial, en días, semanas o meses), atendiendo a la gravedad de la orden judicial desobedecida.
(ii) A pesar de que se ha indicado que la multa depende del poder discrecional del Juez, debemos decir que, tal facultad coercitiva radica más bien en el poder jurisdiccional de éste.
(iii) Es de naturaleza eminentemente pecuniaria, es decir que se impone su pago en dinero.

Sin embargo, como lo advirtiéramos en un inicio, la condena pecuniaria (multa) objeto de análisis se diferencia de las *astreintes* por lo siguiente:

(i) No se establece expresamente que es un medio de compulsión procesal, estableciendo la necesaria diferencia con los medios de resarcimiento.

[29] Artículo 53. Facultades coercitivas del Juez.
En atención al fin promovido y buscado en el artículo 52, el Juez puede: (i) Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión. La multa es establecida discrecionalmente por el Juez dentro de los límites que fija este Código pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación; y (ii) disponer la detención hasta por veinticuatro horas que quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia. En atención a la importancia y urgencia del mandato, el Juez decidirá la aplicación sucesiva individual o conjunta de las sanciones reguladas en este Artículo. Las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato.

(ii) No se precisa si es aplicable para el cumplimiento de cualquier obligación con prestaciones de dar bienes ciertos, hacer o no hacer. A muestra de ejemplo, el artículo 707 del Código Procesal Civil[30] privilegia la ejecución por cuenta de un tercero, en el caso del cumplimiento de obligaciones de hacer.

(iii) Otro rasgo distintivo con las *astreintes* es que el monto mandado a pagar en calidad de multa no es aplicable a favor del acreedor, sino más bien a favor del Poder Judicial.

(iv) Finalmente, la multa puede ser aplicada de oficio, a diferencia de las *astreintes* que sólo se aplican a pedido de la parte ofendida con el incumplimiento del mandato judicial.

Soy del parecer que existe una contradicción, entre lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 53 y el segundo párrafo de artículo 420 del Código Procesal Civil[31], ya que en el primero se faculta al Juez a dejar sin efecto la multa impuesta y, sin embargo, la segunda norma citada prohíbe la exoneración de la misma. En tal sentido, consideramos que a fin de evitar afectar el derecho a la defensa del perjudicado con la multa, debe interpretarse que el inciso primero del artículo 53 es una norma de excepción a la prohibición registrada por el artículo 420. Excepción sólo aplicable al supuesto en que se acredite de modo fehaciente que el incumplimiento es justificado. Sólo una prudente apreciación de los hechos por parte del Juez evitará excesos por ambos lados.

Por lo indicado, creo que debiera producirse una reforma en nuestra legislación procesal, de tal manera que se introduzca de modo expreso la imposición de *astreintes* como un medio compulsorio extraprocesal, diferenciándose claramente de la simple multa procesal coercitiva, también denominada pena civil.

B. Respecto de la prisión civil regulada en el inciso 2

La detención hasta por 24 horas de quien resiste un mandato judicial sí puede ser considerada como una forma de *Contempt of Cour*t, en particular, lo que se conoce como *contempt* civil directo (el Juez puede ordenar la detención inmediata del sujeto renuente a cumplir con el mandato judicial).

Propongo que el Juez Civil pueda tener la posibilidad de ordenar la detención de un sujeto que resiste injustificadamente a su mandato por un plazo mayor al que actualmente se encuentra regulado. Eso sí, pero ya no bajo la forma del *contempt* directo (detención inmediata), sino por el procedimiento incidental sumarísimo del *contempt* indirecto.

Finalmente, cabe preguntarse si es posible que nuestros jueces puedan aplicar una medida conminatoria a quien resiste de modo injustificado un mandato judicial.

Sin perjuicio de los argumentos de naturaleza constitucional expresados al comienzo del presente escrito (el Derecho Constitucional a la ejecución plena de las decisiones judiciales) y de los poderes implícitos del Juez, derivados del ejercicio natural de la función jurisdiccional; creo firmemente que nuestro Juez puede aplicar medidas conminatorias en atención a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 715 del Código Procesal Civil[32], norma que posibilita dictar un apercibimiento o amenaza de imposición de un mal mayor a quien resista injustificadamente el mandato de ejecución de una resolución judicial firme o de cumplimiento inmediato, siempre y cuando se trate del incumplimiento de obligaciones con prestaciones de hacer, no hacer o dar un bien cierto.

Además, nuestro Juez tiene la posibilidad de llenar cualquier vacío legislativo recurriendo a los principios generales del Derecho Procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondiente, tal como lo establece el segundo párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil[33].

Soy consciente que la decisión de imponer una medida conminatoria debe llevar una gran dosis de valentía de parte del Juez nacional, ya que éste se vería expuesto a actos de persecución como denuncias por prevaricato, abuso de

[30] Artículo 707. Mandato Ejecutivo.
El mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que cumpla con la prestación dentro del plazo fijado por el Juez, atendiendo a la naturaleza de la obligación, bajo apercibimiento de ser realizada por el tercero que el Juez determine, si así fue demandada. En caso de incumplimiento, se hará efectivo el apercibimiento.

[31] Artículo 420. Liberalidad y destino de la multa.
La multa debe ser declarada judicialmente precisándose su monto, el obligado a su pago y la proporción en que la soportan, si fueran más de uno. Cuando no se precise se entiende impuesta en partes iguales. La multa es ingreso propio del Poder Judicial. **En ningún caso procede su exoneración.** (Énfasis del autor.)

[32] Artículo 715. Mandato de Ejecución.
Si el mandato de ejecución contuviera exigencia no patrimonial, el Juez debe adecuar el apercibimiento a los fines específicos del cumplimiento de lo resuelto. (Énfasis del autor.)

[33] 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 correspondiente, en atención a las circunstancias del caso.** (Énfasis del autor.)

autoridad, quejas ante la Oficina de Control de la Magistratura, ante el Consejo Nacional de la Magistratura, investigaciones parlamentarias, denuncias periodísticas, etcétera. Ataques de quienes siempre quieren que las cosas sigan cómo están, de quienes siempre han lucrado con el *status quo*, de quienes quieren a un Juez maniatado e indiferente con las reales necesidades de nuestra sociedad.

La búsqueda de algún precedente judicial peruano para apreciar la aplicación de medios compulsorios, en un principio, había resultado infructuosa. Sin embargo, la vida del abogado procesalista ofreció un caso que resulta ilustrativo, el cual relato a continuación[34].

Como ocurre muy seguido en nuestra realidad, los ejecutores coactivos de las municipalidades ejercen un poder casi absoluto y abusivo (funcionarios públicos con poderes de ejecución). En ese escenario, el Ejecutor Coactivo de una municipalidad del interior de país ordenó un ilegal embargo en forma de retención en contra de un Banco (Banco 1) y retener los fondos que poseía en otra institución financiera (Banco 2).

Frente a tal situación, el Banco 1 recurrió ante la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura y postuló una medida cautelar innovativa a fin de que cese esa actividad contraria a derecho, consistente en el indebido embargo de sus fondos colocados en el sistema financiero nacional.

La Sala Civil de Huaura decidió conceder la medida cautelar peticionada, disponiendo se notifique a todos los bancos integrantes del sistema financiero nacional (incluido el Banco 2) a fin de que se deje sin efecto cualquier retención de fondos ejecutada en atención al ilegal mandato decretado por el Ejecutor Coactivo.

Todos los bancos dieron cumplimiento al mandato judicial, menos al Banco 2. En tal sentido, el Banco 1 solicitó a la Sala Civil de Huaura se requiera al Banco 2 a fin de que proceda al inmediato levantamiento de los fondos retenidos, requerimiento que dicho órgano jurisdiccional procedió a proveer y notificar debidamente. Como no hubo respuesta, la Corte ordenó que el auxiliar jurisdiccional se constituya en la sucursal del Banco 2 en la ciudad de Huaura a fin de tomar el dicho del funcionario bancario respectivo sobre los motivos por los cuales no se daba cumplimiento al mandato judicial, actuación que no pudo concretarse por la negativa del funcionario bancario a prestar declaración.

Posteriormente, el Banco 2 se apersonó al proceso cautelar y manifestó su decisión de mantener vigente el embargo en forma de retención sobre los fondos del Banco 1. Argumentó su resistencia al mandato judicial en que, ellos sólo se iban a sujetar a lo que mandara el Ejecutor Coactivo de la Municipalidad, resultando claro que el Banco 2, en los hechos, había decidido dar cumplimiento a un mandato emitido por una autoridad administrativa (ejecutor coactivo) dejando de lado el mandato judicial cautelar expedido por la Sala Civil de al Corte Superior de Huaura.

Frente a tal situación de contumacia hacia una orden judicial, el Banco 1 solicitó a la Corte de Huaura se aperciba al Banco 2 bajo amenaza de imposición de multa compulsiva y progresiva, así como ordenar la detención hasta por 24 horas de los funcionarios bancarios responsables, pedido hecho al amparo de lo dispuesto por el artículo 53 del Código Procesal Civil. Todo ello, sin perjuicio de remitir partes al Ministerio Público para la denuncia respectiva por resistencia a la autoridad.

La Corte de Huaura solo acogió el pedido de imposición de multa equivalente a una Unidad de Referencia Procesal (trescientos sesenta nuevos soles[35]) y le concedió al Banco 2 un nuevo plazo de tres días, bajo la amenaza de imponer nueva multa por un monto mayor.

Lejos de cumplir con el requerimiento judicial, el Banco 2 intentó, de manera infructuosa, impugnar los apercibimientos decretados por la Sala Civil de la Corte Superior de Hauara.

Posteriormente, el Banco 2 consignó en el Banco de la Nación el equivalente a trescientos sesenta nuevos soles, dando por cancelada la multa impuesta. Demás está decir que dicho Banco persistía en su actitud de desobediencia al mandato cautelar de levantamiento de fondos, prefiriendo en lugar de ello pagar una multa irrisoria.

Era evidente que el Banco 2 no tenía la menor intención de dar cumplimiento al mandato judicial y que prefería pagar las multas que vinieran.

Habiendo transcurrido siete meses desde la expedición del auto cautelar, cuatro meses desde el primer apercibimiento, dos meses desde la imposición de una multa equivalente a S/. 360 y casi un mes desde el pago de dicha multa, y un año desde la indebida retención de los fondos pertenecientes al Banco 1; la situación seguía siendo la misma.

[34] He obviado mencionar a las partes involucradas.

[35] En dólares americanos equivalente a US$ 128.00, aproximadamente.

Por ello, el Banco 1 solicitó nuevamente la aplicación conjunta de los medios compulsorios regulados por el artículo 53 del Código Procesal Civil, pedido que esta vez sí fue admitido por la Sala Civil de la siguiente manera: "estando a lo que se solicita y teniendo en cuenta que el Banco (...) se niega a acatar lo ordenado por esta Sala, la que se ve obligada a utilizar las facultades coercitivas de las que está investida: IMPUSIERON multa compulsiva y progresiva al banco (...) de dos unidades de referencia procesal, lo REQUIRIERON para que proceda al levantamiento de la retención de fondos efectuada al banco (...), como consecuencia de la ejecución coactiva (...) dictada por la Municipalidad (...), en el plazo de tres días, bajo apercibimiento de imponérsele multa de monto mayor y de ordenarse la detención por veinticuatro horas a quienes el banco demandante deberá identificar y ORDENARON se remita copia certificada de los actuados al Ministerio Público, para que proceda a sus atribuciones".

Antes de vencerse el plazo otorgado por la Sala Civil, el Banco 2 dió cumplimiento al mandato judicial liberando los fondos del Banco 1.

En el caso antes descrito, se aprecia claramente que el banco, renuente a cumplir con la decisión judicial, hizo un análisis costo beneficio entre pagar trescientos sesenta nuevos soles y liberar fondos embargados inmensamente superiores a dicho monto; análisis que lo llevó a la conclusión que menos perjudicial le significaba pagar una multa irrisoria que cumplir con el mandato judicial. Sólo cuando se incrementó la multa y, sobre todo, se decretó la amenaza de detención civil (forma de *Contempt of Court*) en contra de los funcionarios bancarios responsables, recién se pudo doblegar la resistencia del banco.

VI. LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN SEDE CONSTITUCIONAL

A. Las medidas conminatorias concedidas al Juez constitucional.

Si es que consideramos que el derecho a la ejecución plena de las resoluciones (o decisiones) judiciales es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es menester repasar cuál es el tratamiento que el legislador le otorga a este tipo de herramienta procesal a los jueces constitucionales peruanos, cuya función es impartir justicia teniendo como fin esencial garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales[36].

El artículo 22 del Código Procesal Constitucional[37] es la norma que regula el tema en mención concediéndole al juez constitucional no sólo un valor preponderante a sus sentencias frente a otras de distinta naturaleza (civil, comercial, contencioso-administrativa, etcétera); sino que, además, lo inviste de la capacidad de imponer medidas coercitivas a quién se encuentre renuente a su decisión. Las medidas compulsorias taxativamente contempladas en el texto procesal constitucional son dos, a saber:

(i) Multas fijas o acumulativas a discrecionalidad del Juez que debe observar la magnitud del agravio constitucional.
(ii) La destitución del renuente.

De las medidas compulsorias trazadas llama la atención fundamentalmente aquella referida al poder del juez constitucional de destituir al rebelde. En efecto, esta es una innovación respecto a la legislación procesal tratada hasta el momento. De acuerdo a los párrafos que preceden, ésta facultad de destitución no puede ser entendida como cosa distinta a las denominadas medidas conminatorias ya explicadas, cuyas características, como ya dijimos, son: (i) es cualquier orden devenida producto de la desobediencia a un mandato judicial primigenio, (ii) es de contenido no pecuniario y (iii) es de alcance extraprocesal, en tanto no repercute directamente con el trámite del proceso.

[36] Artículo II, del Código Procesal Constitucional.
Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

[37] Artículo 22.- Actuación de sentencias.
La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el Juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad. La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas deben ser incorporadas como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución. El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso de una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente. El Juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial. El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad al titular.

Ahora bien, considero que la prudencia del magistrado constitucional debe salir a flote en la aplicación de ésta norma, en tanto que un uso indebido de ésta puede ser excesivamente gravosa para el rebelde. En ese sentido, como toda medida conminatoria, para su aplicación, debe existir una amenaza previa de infligir un mal mayor. Siendo así, y de acuerdo al tenor de la norma, en caso de renuencia a cumplir un mandato judicial el Juez constitucional deberá, en primer término, realizar un apercibimiento de multa, en segundo término, en caso de persistir el desacato, imponer la multa (fija o acumulativa), luego amenazar con la destitución y sólo como último mecanismo de coerción proceder con la destitución del funcionario involucrado.

Consideramos que de esta forma, el legislador habría regulado, dentro de sus posibilidades, una garantía para el cumplimiento de las sentencias constitucionales.

B. La actuación de la sentencia constitucional impugnada

Ahora bien, además de los poderes conminatorios otorgados al juez constitucional, se debe resaltar la relevancia y preocupación del legislador frente al cumplimiento de las decisiones judiciales en sede constitucional. En efecto, en adición a las medidas compulsorias tratadas, el Código Procesal Constitucional reconoce lo que en doctrina procesal se denomina "actuación inmediata de la sentencia impugnada". En efecto, el mismo artículo 22 que describí en el literal precedente establece, además de una prevalencia de las sentencias constitucionales sobre cualquiera de naturaleza distinta, la actuación inmediata de la sentencia constitucional estimatoria; así esta fuese impugnada, en los casos de obligaciones de dar, hacer o no hacer. Y es en ese sentido que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Peruano, en la sentencia recaída en el expediente No.00607-2009-PA/TC que señala que "a diferencia del modelo procesal que recogía la derogada Ley 23506 y normas conexas, el Código Procesal Constitucional –vigente desde el 1 de diciembre de 2004– ha incorporado en su artículo 22, segundo párrafo, el régimen de actuación inmediata de sentencias estimatorias para los procesos constitucionales (…) el Juez constitucional se encuentra habilitado en estos casos para ejecutar los mandatos contenidos en su sentencia estimatoria…".

Pero, ahí no queda la cosa. Es lugar común, en nuestro país, criticar las sentencias que expide nuestro Tribunal Constitucional, pero casi nunca resaltamos las bondades de las decisiones que sí resultan positivas para nuestra sociedad. Y, me parece que éste es un caso perfecto para resaltar positivamente la actuación de nuestro Tribunal Constitucional, ya que a través de la Sentencia 00607 fija los siguientes presupuestos para la actuación inmediata de las sentencias estimatorias:

(i) Sistema de valoración mixto: Se fija como regla la actuación inmediata de la sentencia, pero se le concede al Juez cierto margen de discrecionalidad para actuar de acuerdo a las circunstancias especiales del caso concreto.
(ii) Juez competente: será competente el juzgador que dictó la sentencia de primer grado.
(iii) Forma de otorgamiento: Se admite que la actuación inmediata de la sentencia pueda realizarse tanto a pedido de parte como de oficio; en este último supuesto cuando exista un riesgo de producción de un daño de muy difícil reparación.
(iv) Sujetos legitimados: podrán solicitar la actuación inmediata el beneficiario de la sentencia estimatoria o, en su caso, el representante procesal.
(v) Tipo de sentencia: sólo procede respecto de sentencias de condena.
(vi) Mandato preciso: la sentencia estimatoria, para ser actuada, deberá contar con un mandato específico y determinado, de modo que no haya duda alguna respecto del modo en que deberá ser cumplida.

Además de lo indicado, nuestro Tribunal Constitucional, ha establecido los siguientes presupuestos procesales:

(i) No irreversibilidad: no resultará procedente la actuación inmediata cuando no sea posible revertir la ejecución, en el supuesto que la sentencia estimatoria sea revocada posteriormente.
(ii) Proporcionalidad: sin perjuicio de observar la regla general, conceder la actuación inmediata, el juez deberá evaluar y ponderar si puede causarle al demandado un mayor daño frente al menor perjuicio que podría sufrir el demandante por la no ejecución.
(iii) No es exigible el otorgamiento de caución: sin embargo, por excepción, el Juez puede exigir el otorgamiento de determinadas garantías cuando las pretensiones amparadas contengan algún tipo de contenido patrimonial.
(iv) Régimen de impugnación: tanto la decisión que ordena la actuación inmediata como aquella que la deniega serán inimpugnables.

Siendo así, es notorio que en materia procesal constitucional el legislador peruano le ha otorgado prevalencia al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación de ejecución plena de las decisiones judiciales frente a los demás intereses que recoge la Constitución, como puede ser el principio de doble instancia o el efecto suspensivo de los recursos.

VII. LA EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En el punto anterior he realizado un breve repaso sobre el tratamiento del derecho a la ejecución en la que es, quizás, la materia más importante en un Estado de Derecho, como es la constitucional, rama eminentemente pública. Pasemos ahora al otro extremo del espectro, denominado por algunos como el proceso privado, a efecto de conocer la regulación del tema que nos ocupa y la idoneidad de ésta.

El arbitraje se encuentra sometido a la eterna y, a veces, improductiva discusión concerniente a determinar si corresponde o no darle carácter de jurisdicción. Quienes sostienen que los árbitros no tienen facultades jurisdiccionales señalan que aquellos no cuentan con dos elementos básicos: (i) ejecución y (ii) coerción. Sin embargo, nuestro legislador ha hecho un avance importante. Ahora, los árbitros sí tienen facultad de ejecutar sus decisiones, muestra de ello son los artículos 48[38] y 67[39] del Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje (en adelante, LPA). Sin embargo, en función a estas mismas normas es claro que los árbitros no gozan de la *executio* necesaria para hacer efectivas sus decisiones. Por lo tanto, en los casos de ejecución forzada, debe existir una cooperación judicial con relación al arbitraje.

La colaboración señalada y el derecho a la ejecución de decisiones jurisdiccionales, que le asiste a toda persona, se ven seriamente amenazada por una aparente incoherencia del ordenamiento procesal peruano que advertimos a continuación.

El artículo 59[40] de la LPA establece la denominada actuación del laudo impugnado (en doctrina procesal conocida como la actuación de la sentencia impugnada, como ya vimos en los procesos constitucionales). Es decir que, salvo pacto en contrario, el laudo despliega sus efectos desde su notificación a las partes, sin importar la interposición de recurso alguno que cuestione su validez, como el de anulación. Abunda en esta posición el artículo 66[41] del mismo texto legal. La LPA es una norma que privilegia claramente el derecho de ejecución del vencedor en el proceso, en contraste con otros intereses que puedan estar reconocidos al vencido (revisión judicial del laudo vía recurso de anulación). No obstante, se podría presentar una dificultad en la aplicación de esta norma para aquellos casos en que la decisión contenida en el laudo deba ser ejecutada en la vía judicial (ejecución forzada).

En efecto, el Código Procesal Civil Peruano regula el Proceso Único de Ejecución a partir de su artículo 688, y, es justamente en este artículo que se establece lo siguiente: "sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes: (…), (ii) los laudos arbitrales firmes".

La norma glosada nos presenta un escenario de aparente incoherencia. Por un lado, la legislación arbitral nos señala que los laudos son ejecutables desde el momento que se notifica a las partes sin importar si se ha interpuesto recurso de anulación; mientras que, por el otro, el Código Procesal Civil indica que sólo son títulos ejecutivos los laudos firmes, entendiéndose por laudos firmes aquellos contra los que no se ha recurrido o, habiéndose impugnado, el procedimiento recursivo ha finalizado.

Así las cosas, puede darse el supuesto en que A inicie una arbitraje en contra de B sobre responsabilidad contractual en el que A resulte vencedor y deba ejecutar el laudo definitivo en sede judicial, pues a pesar que el mismo ha sido cuestionado a través de un recurso de anulación de laudo, los artículos 48 y 67 de la LPA permiten ejecutarlo. No obstante, el órgano judicial competente podría señalar que, en este caso el laudo no es título ejecutivo porque ha sido impugnado, debido a la aparente incoherencia normativa señalada del artículo 688 del Código Procesal Civil, que sólo le concede mérito ejecutivo a aquellos laudos firmes.

Para resolver esta incoherencia legislativa se puede recurrir a la décima disposición complementaria de la LPA que establece que "las disposiciones de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal

38 Artículo 48.- El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente la asistencia de la fuerza pública.

39 Artículo 67.- "(i) A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicables. (ii) Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir a la fuerza pública.

40 Artículo 59. (i) Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

41 Artículo 66. (i) La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni de su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable. (ii) Si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte.

Civil", por lo que debe prevalecer el mérito ejecutivo inmediato que le otorga la primera a los laudos impugnados. También es cierto que la regulación, tal como se presenta en la actualidad, puede dar lugar a que jueces no expeditos en la materia o conservadores, mediante una interpretación indebida, afecten el derecho a la ejecución de los justiciables.

En ese sentido, advirtiendo la importancia de la ejecución de las decisiones judiciales o arbitrales, es menester una regulación más clara y uniforme en cuanto a este tema para evitar indebidas afectaciones a los consumidores del sistema de justicia.

VIII. CONCLUSIONES

(i) El derecho a la ejecución de las decisiones judiciales o arbitrales constituye un elemento esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocido por nuestra Constitución de 1993 en el inciso 3) de su artículo 139. Para que este derecho sea pleno se debe dotar a los jueces de poder suficiente para doblegar la voluntad del rebelde que se niegue a cumplir las mismas.

(ii) Los poderes jurisdiccionales que deben ostentar los jueces son conocidos como medios compulsorios, los mismos que se dividen en extraprocesales cuando no repercuten de modo directo en el trámite regular del proceso sino a doblegar la voluntad del renuente; y, en intraprocesales cuando tienen consecuencias directas con el trámite del proceso.

(iii) Los medios compulsorios procesales son, por regla, aplicables al incumplimiento de obligaciones con prestaciones de hacer, de no hacer o de dar cosas ciertas. En el Perú se encuentra reconocido este poder jurisdiccional en los artículos 52, 53, 707 y 715, entre otros, del Código Procesal Civil y en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

(iv) Asimismo, por excelencia, se subdividen en (i) el *Contempt of Court* (prisión, multa, pérdida de derechos procesales y secuestro), (ii) las *astreintes* y (iii) la medida conminatoria.

(v) Las medidas conminatorias se caracterizan por lo siguiente: (i) su contenido es creado por el mismo Juez, (ii) no es pecuniaria y (iii) sus alcances son extraprocesales. Su debida aplicación consiste en que el magistrado, en primer orden, conmine al rebelde a cumplir bajo la amenaza de infligir un mal mayor y sólo si su actuación renuente persiste se debería aplicar la medida conminatoria.

(vi) Además de los medios compulsorios procesales, una herramienta sumamente eficaz para salvaguardar el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales consiste en la denominada "actuación de la sentencia impugnada" reconocido en nuestro ordenamiento para las sentencias constitucionales y laudos arbitrales.

MAESTRÍA EN
DESARROLLO AMBIENTAL

La Maestría en Desarrollo Ambiental tiene como objetivo formar profesionales que sean capaces de contribuir a lograr un desarrollo sostenible y armónico al vincular el desarrollo humano con el ecológico, contribuyendo a la conservación de los recursos naturales y promoviendo la investigación multidisciplinaria.

El egresado de la maestría en Desarrollo Ambiental estará preparado para aplicar sus conocimientos en el estudio y análisis de impactos ambientales, la gestión integral de proyectos en el ámbito social y ambiental, así como la capacitación en temas vinculados con el desarrollo ambiental.



FOTO: ANA SABOGAL

Inscripción en línea
Vía Campus Virtual:
Lunes 29 de noviembre de 2010
al sábado 29 de enero de 2011
Recepción de documentos:
2 al 7 de febrero del 2011
De 2 p.m. a 7 p.m.
Lugar: Oficina Central de Admisión

Informes
Escuela de Posgrado
Maestría en Desarrollo Ambiental
Av. Universitaria 1801, San Miguel, Lima – Perú
Complejo Mac Gregor, piso 8
Teléfono: 626-2000 Anexo 5116
Correo electrónico: maestriadesamb@pucp.edu.pe, carmen.sanchez@pucp.pe

ESCUELA DE
POSGRADO

PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL PERÚ

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

IDIOMAS
CATÓLICA

PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL PERÚ

CONSORCIO
ROGER YON &
ABOGADOS SMB

Teléfonos: (511) 719-2542 / 719-2543 Fax: 717-1974
Calle Independencia 1110 - Miraflores **E-mail:** consorcio@rogeryon-smb.com **Web:** www.rogeryon-smb.com



Desde 1990, la primera maestría especializada en Derecho Constitucional en América Latina

MAESTRÍA EN
DERECHO CONSTITUCIONAL

Mayores informes
Maestría en Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, San Miguel
Telefóno: 626-2000 anexos 2517 y 5146
Web: www.pucp.edu.pe

ESCUELA DE **POSGRADO**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

LOS EFECTOS DEL LAUDO Y LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA[*]

Francesco P. Luiso[**]

En las últimas décadas el proceso arbitral se ha convertido en un medio alternativo de resolución de conflictos altamente eficiente y demandado en el mercado mundial. No obstante, su integración con el proceso civil "ordinario" ha constituido un elemento ampliamente debatido en la legislación, jurisprudencia y doctrina.

En el presente artículo, el autor analiza y compara el contenido, las limitaciones y diversos otros aspectos de los efectos del laudo y de las sentencias judiciales para encontrar sus semejanzas y diferencias, con el objetivo de tener un mejor entendimiento de su naturaleza jurídica y arribar a una visión integral de ambos.

[*] El presente artículo tiene como título original "Effetti del lodo ed effetti della sentenza". Agradecemos al autor por permitirnos su reproducción. La traducción fue realizada por Renzo Saavedra Velazco, abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y asociado de Payet, Rey, Cauvi Abogados; y por Walter Vásquez Rebaza, abogado, adjunto de docencia de la Facultad de Derecho de la PUCP.

[**] Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa.

I.

La reforma del 2006, como es conocido, ha regulado los efectos del laudo mediante el nuevo artículo 824 del *codice di procedura civile*, en base al cual "salvo lo dispuesto por el artículo 825, el laudo tiene, desde la fecha de su última suscripción, los efectos de la sentencia pronunciada por la autoridad judicial". Esta norma ha sustituido la precedente disposición contenida en el último inciso del artículo 823 del *codice di procedura civile*, según el cual "el laudo tiene eficacia vinculante entre las partes desde la fecha de su última suscripción".

Una primera lectura del artículo 824 del *codice di procedura civile* debería llevarnos simplemente a considerar que –además de la eficacia ejecutiva[1]– bajo todos los otros perfiles la sentencia y el laudo tienen efectos iguales. Sin embargo, tal equiparación continúa siendo objetada por parte de diversos sectores, en atención a la "naturaleza" del laudo[2], más específicamente en razón del hecho que los efectos del mismo no se fundan sobre el poder coercitivo *[autoritativo]* del Estado (el llamado *imperium*), sino sobre el consenso de los interesados. Asimismo, pero seguramente en posición subordinada respecto a los perfiles sistemáticos, se invocan algunas disposiciones que diferenciarían aún los efectos del laudo y los efectos de la sentencia[3].

Para afrontar de modo ordenado la cuestión es necesario establecer, después de haber verificado preliminarmente si la premisa acerca de la naturaleza del laudo es correcta, si esta diversa "naturaleza" del laudo respecto a la sentencia, y luego la diversidad del poder ejercido por los árbitros respecto del ejercido por el juez, justifica en vía sistemática una lectura correctiva del artículo 824 del *codice di procedura civile*.

El análisis debe ser realizado tomando como punto de referencia, por un lado, el laudo que ya no es susceptible de impugnación por nulidad y, por el otro, la sentencia que ya no se encuentra sujeta a las impugnaciones ordinarias, es decir, pasada a calidad de cosa juzgada formal *[giudicato formale]*, en las siguientes direcciones:

a) En atención al contenido:

(i) Con referencia en sentido propio a su contenido, es decir, a aquello que éste dispone;
(ii) Con referencia a sus límites objetivos, para establecer, por un lado, si el laudo produce los mismos efectos que la sentencia respecto de la relación fundamental; y, por otro lado, respecto de los derechos dependientes del objeto de decisión;
(iii) Con referencia a sus límites subjetivos, para establecer si, por un lado, el laudo produce los mismos efectos que la sentencia respecto de terceros titulares de derechos dependientes; y, por otro lado, respecto a los terceros llamados indiferentes.

b) Con respecto a su validez, para establecer si en razón de su "injusticia" el laudo puede ser objetado de modo diverso de aquella a la que se encuentra sujeta la sentencia (obviamente, pasada a calidad de cosa juzgada formal).

No trataremos, por el contrario, las cuestiones concernientes a aquellas disposiciones de las cuales se deduciría una no-perfecta equiparación de los efectos del laudo a aquellos de la sentencia. En mi opinión, se trata ciertamente de perfiles no decisivos[4] y, de cualquier modo, indiferentes respecto al problema sistemático objeto del presente estudio.

II.

En cuanto al examen preliminar, me parece inobjetable que el laudo no sea un acto disci-

1 Que en realidad no es un efecto propio y típico de la sentencia: ver *infra* apartado VII.

2 MONTESANO. "Le tutele giurisdizionali dei diritti". Turín. 1994. p. 46; PUNZI. "Efficacia di sentenza del lodo". En: Riv. arb. 2005. pp. 829 y siguientes. PUNZI. "Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto". En: Riv. dir. proc. 2005. pp. 970 y 976. PUNZI. "Luci e ombre sulla riforma dell'arbitrato". En: Riv. trim. dir. proc. civ. 2007. pp. 430 y siguientes. PUNZI. "Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdiziona li di soluzione delle liti". En: Riv. arb. 2003. pp. 395 y siguientes. RUFFINI. "Patto compromissorio". En: Riv. arb. 2005. p. 722.

3 Sobre ello, ver PUNZI. "Efficacia di sentenza". p. 838; PUNZI. "Ancora sulla delega". Op. cit. p. 978; PUNZI. "Luci e ombre". Op. cit. p. 432; CARPI. "Efficacia del lodo (art. 824-bis c.p.c.)". En: "Arbitrato". Dirigido por Carpi. Boloña. 2007. pp. 594 y siguientes.

4 Considérese, en realidad, que frente a normas que diferencian el laudo respecto a la sentencia, existen otras –*in primis* el artículo 819, inciso segundo, del *codice di procedura civile*– que atribuyen al laudo eficacia de cosa juzgada [*giudicato*]. Recientemente, entonces, el artículo 112 del Decreto Legislativo 104/2010 (*Codice del proceso amministrativo*), a propósito de los laudos arbitrales, prevé expresamente que puede ser propuesta la *azione di ottemperanza* para obtener la actuación de los laudos arbitrales ejecutivos que devienen inobjetables "con el fin de obtener el cumplimiento de la obligación de la administración pública de conformarse, por cuanto concierne al caso decidido, a la cosa juzgada [*giudicato*]".

plinado por el Derecho público, y luego no sea una expresión de un poder coercitivo *[autoritativo]*. La calificación de la actividad arbitral como actividad "jurisdiccional" puede ser aceptada sólo en sentido sustancial *[contenutistico]*: en aquella misma dirección, por ende, recorrida por la *Corte Costituzionale* en la sentencia numero 376, de fecha 28 de noviembre de 2001, la cual –como es conocido– hubo de definir el arbitraje como "un procedimiento previsto y disciplinado por el *codice di procedura civile* para la aplicación objetiva del derecho en el caso concreto, con el fin de la resolución de una controversia, con las garantías del contradictorio y de imparcialidad típicas de la jurisdicción civil ordinaria. Bajo el aspecto considerado, el juicio arbitral no se diferencia de aquel que se desarrolla frente a los órganos estatales de la jurisdicción, también por cuanto concierne a la búsqueda y la interpretación de las normas aplicables al supuesto de hecho".

En este sentido, es posible adherirse a aquel sector de la doctrina que habla precisamente de jurisdicción "*privada*"[5]: donde el adjetivo torna evidente que la actividad arbitral no puede, en modo alguno, ser encuadrada en el artículo 102 de la *Constitución*, que reserva precisamente la función jurisdiccional a la magistratura. Ello no significa, obviamente, que los mismos resultados que –si son producidos en vía coercitiva, a través del Derecho público– son reservados a la magistratura no puedan por Ley ser atribuidos también a actividades no coercitivas. Después de todo, el significado del artículo 102 de la *Constitución* radica justamente en que, si algunos efectos son producidos en vía coercitiva, estos son confiados a la magistratura; pero esto obviamente no impide que los mismos efectos puedan ser producidos también en vía no coercitiva: y en tal caso no tendría sentido la reserva del artículo 102 de la *Constitución*[6].

Verificado entonces que la actividad de los árbitros tiene naturaleza privatística y que el laudo vincula a las partes no porque a los árbitros les sea atribuido un poder coercitivo, y por ende necesariamente publicístico, queda por ver si esta diversidad del poder ejercido impide al legislador atribuir al laudo los mismos efectos que a la sentencia.

III.

Iniciando, según el orden indicado líneas arriba, por el contenido del laudo, me parece indubitable que este último –como cualquier acto resolutivo de una controversia– opere determinando de modo vinculante los comportamientos lícitos y debidos que los destinatarios de los efectos del laudo pueden y deben mantener con referencia a un bien de la vida protegido[7]. Es necesario ahora verificar cuál es la resistencia de tales reglas de conducta a un *ius superveniens*, allí comprendiendo también las sentencias de la *Corte Costituzionale* que declaran la ilegitimidad de la normativa sustancial que disciplinaba la relación antes del pronunciamiento del laudo[8].

El punto es fundamental porque a veces se determina una diferencia específica entre sentencia y contrato: que sólo la primera resiste al *ius superveniens,* mientras que no lo hace el segundo. Entonces –se podría concluir– si el laudo tiene eficacia no de sentencia sino de contrato, la decisión arbitral que haya hecho aplicación de una norma declarada inconstitucional (o bien de una norma sucesivamente modificada por el legislador con efectos retroactivos) debería perder sus efectos y la controversia podría ser sometida a una nueva decisión que tuviese en cuenta el *ius superveniens*; mientras que ello no sucedería si la misma decisión hubiese sido tomada en sede jurisdiccional[9].

5 VERDE. "Lineamenti di diritto dell'arbitrato". Turín. 2010. p. 163; y fundamentalmente BOVE. "La giustizia privata", Pádova. 2009. pp. 7, 30 y siguientes.

6 Contrariamente a cuanto ha sido afirmado por parte de la doctrina (ver por todos FAZZALARI. "Questione di legittimita' costituzionale". En: Riv. Arb. 2005. pp. 662 y siguientes. FAZZALARI. "Arbitrato (dir. Proc. Civ.)". En: Enc. Dir. Annali. Tomo II. Milán. 2008. p. 48; MONTESANO. "Le tutele giurisdizionali". Op. cit. p. 47; RUFFINI. En: "Liberta' e vincoli nella recenté evoluzione dell'arbitrato". Milán. 2006. pp. 62 y 63); entonces, el artículo 102 *Cost*. reserva a la jurisdicción no ya la producción de determinados efectos, sino uno solo de los instrumentos (aquel coercitivo [autoritativo]) para la producción de los efectos mismos. En el sentido del texto RICCI. "Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale". En: "Studi offerti a Giovanni Verde". Nápoles. 2010. p. 709.

7 MENCHINI. "Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo non piu' impugnabile non assistito dalla omologa giudiziaria". En: Riv. Arb. 1998. pp. 777 y 778.

8 Este es el punto central a examinar. Los otros perfiles determinados por la doctrina como diferenciar la eficacia del laudo de aquella de la sentencia (MENCHINI. "La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale e' fatta valere l'efficacia di un (precedente) lodo non impugnabile". En: Riv. Arb. 2002. pp. 294-298), constituyen sólo perfiles colaterales o dependientes de aquel determinado, salvo por cuanto concierne a la eficacia refleja, sobre lo cual ver infra el apartado V.

9 Así, ciertamente RUFFINI. "Efficacia di sentenza del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullita". En: Riv. Arb. 2000. p. 470; pero en sentido diverso ver RUFFINI. "Arbitri, diritto e costituzione (riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre, 2001, n. 376". En: Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 2002. pp. 272 y siguientes. Sólo aparentemente en el mismo sentido MONTESANO. "Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensioni di processi". En: Riv. Dir. Proc. 2000. p. 6; el cual llega a tal conclusión porque niega a los árbitros la posibilidad de elevar la cuestión de legitimidad constitucional (además de inaplicar la norma inconstitucional): posibilidad, como es conocido, reconocida luego por la *Corte Costituzionale* con la sentencia citada en el apartado II; sobre el punto ver BRIGUGLIO. "La pregiudizialita' costituzionale nell'arbitrato rituale e la eficacia del lodo". En: Riv. Arb. 2000. p. 658.

Excepto que son las mismas premisas las que deben ser puestas en discusión. No hay duda, en realidad, de que el contrato en general no resiste al *ius superveniens*: pero a una conclusión contraria se debe arribar si no se trata de un contrato cualquiera, sino de un contrato que tiene como causa[10] la resolución de la controversia[11]. Es pacífico, de hecho, en jurisprudencia, que el *ius superveniens* encuentra un obstáculo de igual magnitud sea en la transacción, sea en la sentencia[12]. Y además el legislador, cuando disciplina la eficacia de una norma retroactiva, equipara constantemente la transacción a la sentencia[13].

Resulta singular que el argumento relativo a la resistencia de la transacción al *ius superveniens* se encuente ausente en las más recientes disertaciones[14], mientras que ello era objeto de examen en la doctrina más antigua. Ya en el Derecho romano se afirmaba que la ley retroactiva opera sobre todas las relaciones jurídicas, *exceptis illis causis, quas aut iudicialis sententia aut transactio terminavit*[15]. También en doctrina el igual régimen de las transacciones y de las sentencias respecto al *ius superveniens* encontraba afirmación[16]. La doctrina más reciente ha esclarecido, por su parte, de manera que me parece absolutamente convincente, que la transacción opera rompiendo el "nexo de condicionalidad entre hipótesis de hecho concreto y efecto jurídico previsto por la norma abstracta de ley", sustituyendo consiguientemente este último con el precepto de la autonomía privada[17].

No es en absoluto cierto, entonces, que "a ella [la jurisdicción] sólo le compete aquella fuerza, la fuerza de la cosa juzgada, idónea para agotar cada potestad de juicio sobre aquel específico fragmento de vida y a romper de modo irreversible y para todos los efectos el nexo entre la hipótesis de hecho concreta y aquella abstracta"[18]. Hemos apenas visto que el mismo resultado es conseguido también por la transacción: con lo que está confirmado que no la *fuerza*, sino el *contenido* del acto, determinado por la *función* del mismo[19], determina el efecto en cuestión[20].

Entonces, la atribución al laudo de naturaleza privada y la calificación en términos privatísticos del poder ejercido por los árbitros no permite fundar alguna diferencia, bajo este perfil, entre laudo y sentencia; y más bien permite poner un primer soporte dirigido a justificar la equiparación, bajo el primero de los perfiles que aquí interesan, entre (contenido de) la sentencia y (contenido de) el contrato que resuelve la controversia. Equiparación que –lo anticipamos– constituirá el *fin rouge* del presente trabajo.

Desde el punto de vista del contenido del acto debe, luego, ser revalorado cuanto ya es afirmado por la *L*. 20 *C. de transact*. 2.4.[21], por el artículo 2052 del *Code Napoléon*[22] y por el artículo 1772 de nuestro precedente *Codice Civile*[23]. En realidad, si la cosa juzgada sustancial es definida como "la ley del caso concreto" que "se sustituye en todo y para todo, haciéndola irrelevante, a la fuente

10 O, si se quiere, como fin (*scopo*): GITTI. "La transazione, en I contratti di composizione delle liti". Turín. 2005. p. 86.

11 Lo nota una aguda doctrina: D'ALESSANDRO. "Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824-bis c.p.c.". En: Riv. Arb. 2007. p. 533.

12 Casación 17 de enero de 2001 número 576; *Cons. Stato,* sección VI, 18 de octubre de 1993, número 728; Casación 4 de julio de 1992, número 8174; Casación 23 de marzo de 1991, número 3270, en: Giur. It. Tomo I. 1992. p. 1139; Casación 10 de junio de 1988, número 3956, en: Arch. Loc. 1989. p. 78.

13 Ver, por ejemplo, el artículo 53 de la Ley 3 de mayo de 1982, número 203, y el artículo 37 del *d.p.r.* de 26 de abril de 1986, número 131.

14 Véase, por ejemplo, GITTI. "La transazione". Op. cit. (el cual también, al determinar los efectos de la transacción, aplica los mismos criterios que se utilizan para la sentencia: Op. cit., pp. 197 y siguientes).

15 Nov. 19, pr. v. también el bien conocido D.XXXVIII.17.1.12, según el cual "*quae iudicata, transacta finitave sunt, rata maneant*", que además es menos significativo porque engloba hipótesis –cosa juzgada y transacción– en que el *ius superveniens* no encuentra aplicación porque subsiste un hecho que obsta a la aplicación de la misma (por ejemplo, prescripción, usucapión, extinción por el no uso, etc.)

16 SAVIGNY. "Sistema del diritto romano attuale". Tomo VII. Turín. 1896. pp. 516-520; CAMMEO. "L'interpretazione autentica". En: Giur. It. Tomo IV. 1907. pp. 348 y 349; GIANTURCO. "Sistema di diritto civile italiano". Tomo I. Nápoles. 1909. p. 115; BUTERA. "Transazione". En: Dig. It. XXIII. Turín. 1916. p. 1750; BUTERA. "Delle transazioni". Turín. 1933. pp. 319 y 320.

17 CAPONI. "L'efficacia del giudicato civile nel tempo". Milán. 1991. p. 188.

18 Así PUNZI. "Efficacia di sentenza". Op. cit. p. 832.

19 CAPONI. "L'efficacia". Op. cit. p. 194.

20 Sobre el punto, ver también BRIGUGLIO. "*La pregiudizialita' costituzionale". Op.* cit. pp. 659 y siguientes.

21 Según la cual *non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicatarum ese recta ratione placuit*.

22 Según el cual *les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort*.

23 Según el cual las transacciones tienen entre las partes la autoridad de una sentencia irrevocable.

normativa de la relación que ella regula"[24], no hay quien no vea cómo la misma definición se adapta también a la transacción y más en general al contrato resolutivo de una controversia. Con ello se demuestra el hecho de que aquello que es determinado por la sentencia y aquello que es convenido en el contrato dirigido a la resolución de una controversia operan exactamente de la misma manera y, por tanto, se encuentran sometidos a la misma disciplina.

Sólo un error de perspectiva puede negar que la transacción se encuentra vinculada a la cosa juzgada sustancial, objetando "el dogma de la inmutabilidad de la transacción"[25], cuando la inmutabilidad concierne no al contenido, sino a la invalidez y luego al régimen jurídico del acto: a lo más, entonces, a la cosa juzgada formal y no a aquella sustancial[26]. Ahora, es evidente –o, al menos, así me parece– que la posibilidad de hacer valer la invalidez del acto en períodos y modos diversos no incide en absoluto sobre el contenido del acto mismo: así como la estabilidad de la sentencia derivada del artículo 161, inciso 1, del *codice di procedura civile.* Nada tiene que ver con el contenido de la misma que –hasta que la sentencia y el contrato sean válidos– es perfectamente coincidente con aquel del contrato que, como la sentencia y el laudo, se encuentre dirigido a la resolución de una controversia.

La conclusión me parece evidente: no existe algún obstáculo sistemático para atribuir al laudo, bajo el perfil examinado de las relaciones con el *ius superveniens*, un contenido coincidente con aquel de la sentencia, en la medida en que también el contrato dirigido a la resolución de una controversia tiene un contenido coincidente con aquel de la sentencia. Y entonces la naturaleza privatística-contractual del laudo no adquiere relevancia sobre este perfil.

IV.

Otra divergencia entre sentencia y laudo está en ocasiones determinada en que la sentencia y no el laudo produciría una determinación *[accertamento]* relativa a la existencia y a la calificación de la relación jurídica fundamental[27].

No es el caso, obviamente, de discutir en esta sede si sea correcto o no afirmar que la cosa juzgada se extiende a la relación jurídica fundamental según la técnica del así denominado antecedente lógico necesario. Demos por descontado que así ocurre, y preguntémonos si ello es consecuencia de la naturaleza publicístico-coercitiva de la sentencia, de la cual el laudo carece.

Ahora, la razón de ser de la eficacia de la sentencia sobre la relación fundamental está correctamente determinada en la necesidad de garantizar que –cuando entre los diversos efectos de la misma relación existe una estrecha interdependencia, como sucede en las relaciones sinalagmáticas– la determinación relativa a un efecto se coordina con las sucesivas determinaciones relativas a los otros efectos de la misma relación[28]. De modo que, donde por ejemplo, a Tizio le sea reconocido respecto de Caio un crédito para el pago de un canon por la locación, y Caio sucesivamente alegue una pretensión relativa a la duración legal de la misma relación, Tizio no puede oponer que no se trata de una locación sino de un comodato.

Preguntémonos, entonces, ¿qué consecuencias tendría un acuerdo entre Tizio y Caio, con el cual –a consecuencia de una controversia surgida entre los mismos– Caio se comprometiese a pagar cierta suma a título de canon de locación? Me parece indubitable que el acuerdo en cuestión resulte idóneo para calificar a la relación, en virtud a la cual se efectúa el pago, como relación de locación. A la par de cuanto ha sido visto líneas arriba, sería absurdo que Tizio, después de haber recibido y aceptado el pago a título de canon de locación, sostuviese luego que en realidad la relación debe ser calificada como comodato.

Si, entonces, el fundamento de la extensión de los efectos de la sentencia a la relación fundamental radica en que una vez determinada cierta disciplina de uno de los efectos de la relación, también la disciplina de los otros efectos se debe coordinar a aquello que ha sido objeto de decisión, me parece indubitable que, cuando las partes disciplinan negocialmente uno de los efectos de la relación, también los otros efectos de ella se coordinan con la disciplina del primero.

[24] Son palabras de MONTESANO. "Le tutele giurisdizionali". Op. cit. pp. 268-291; pero en sustancia se trata de una definición pacífica.

[25] Así el título del apartado I del trabajo de GITTI. "*La transazione". Op.* cit.

[26] Ver sobre este punto LAURENT. "Principii di diritto civile". Primera edición. Tomo XXVIII. pp. 290 y 291, el cual afirma que la excepción de transacción coincide con la excepción de cosa juzgada, pero reconoce que las transacciones pueden ser impugnadas como en cualquier contrato, mientras las sentencias pasadas en calidad de cosa juzgada no son reformables. De donde es evidente –y sobre el punto retornaremos en seguida– la diferencia entre la cosa juzgada sustancial y la cosa juzgada formal; entre el contenido de la sentencia y su régimen jurídico.

[27] ODORISIO. "Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato". En: Riv. Dir. Proc. 2006. p. 268; AULETTA. "Art. 824-bis". En: La nuova disciplina dell'arbitrato a cura de Menchini. Pádova. 2010. p. 427. *Contra*, BOVE. "La giustizia privata". Op. cit. p. 166.

[28] Ver fundamentalmente MENCHINI. "I limiti oggetivi del giudicato civile". Milán. 1987. pp. 109 y siguientes.

Por lo tanto, también bajo este perfil, no existe ninguna diferencia entre sentencia y el contrato dirigido a la resolución de una controversia; entonces no tiene ninguna relevancia la naturaleza privatística-consensual del laudo en orden a justificar una diversa eficacia respecto de la sentencia; en la medida en que el efecto es relacionable no al tipo de poder ejercido, sino, una vez más, al contenido del acto.

V.

Discurso análogo debe ser hecho para aquellas opiniones que niegan que el laudo cause estado "para todos los efectos", y entonces produzca efectos (reflejos) vinculantes sobre los derechos dependientes[29]. Se supone, entonces, que el laudo que condena a Tizio a pagar cierta suma a Caio no sería vinculante, si es que entre Tizio y Caio surgiese sucesivamente una controversia sobre los intereses que se generen en mérito a la existencia del crédito principal.

Preguntémonos entonces: si entre Tizio y Caio se estipula una transacción, en virtud de la cual Tizio se compromete a pagar a Caio cierta suma, y sucesivamente surge una controversia sobre los intereses, ¿se podrá objetar la existencia del crédito principal? La respuesta me parece claramente negativa: de ello resulta que ninguna importancia tiene la atribución al laudo de la naturaleza privatística-consensual, en la medida en que ninguna diferencia existe, bajo este perfil, entre sentencia y contrato, y por ende ninguna diferencia existe entre laudo y sentencia. Una vez más, no es el tipo de poder ejercido (y en virtud del cual tal acto es vinculante) lo que produce el efecto reflejo, sino el contenido del acto.

En realidad –concluyendo cuanto se ha dicho en este parágrafo y en el precedente– si, como habíamos visto, el contrato dirigido a la resolución de la controversia y la sentencia operan del mismo modo, sustituyendo (o superponiendo[30]) una regla de conducta concreta a la disciplina general y abstracta, tampoco puede existir diversidad entre los dos instrumentos en relación a los efectos sobre la relación prejudicial y sus derechos dependientes. La eficacia vinculante tanto sobre la relación prejudicial cuanto de sus derechos dependientes no deriva, en realidad, del tipo de acto que la produce, sino de su contenido: es el contenido del acto el que provoca, al operar la sustitución (o la superposición), que aquello cuanto se encuentra determinado por el acto se convierta en la única realidad relevante entre las partes. De modo que, cuando las partes discutan sucesivamente acerca de tal realidad –sin que importe si se discute a título principal o como presupuesto relevante con referencia a un diverso bien de la vida– sólo ella puede ser tomada en consideración[31].

VI.

Uno de los puntos más delicados y problemáticos del problema que estamos afrontando concierne indubitablemente a los efectos del laudo con relación a los terceros[32]: pero, como veremos dentro de poco, esto es un verdadero y propio *trompe l'oeil.*

Iniciamos por el perfil más importante: la eficacia hacia los terceros, titulares de situaciones sustanciales dependientes de aquella decidida. No existe duda, bajo este perfil, de que el poder coercitivo sobre el cual se funda la jurisdicción y que hace vinculante cuanto ha sido determinado en la sentencia, se encuentra potencialmente en capacidad de hacer la sentencia vinculante *erga omnes*, en la medida en que, precisamente, es un poder que prescinde del consenso de los destinatarios. Por el contrario, tampoco existen

29 PUNZI. "Efficacia di sentenza". Op. cit. pp. 833 y 834; el cual afirma que el artículo 2909 del *Codice Civile* vincula el causar estado para todos los efectos *solo* a la sentencia. Pero el artículo 2909 del *Codice Civile*, al afirmar que la determinación [*accertamento*] contenida en la sentencia pasada en calidad de cosa juzgada causa estado para todos los efectos, de algún modo reserva a la sola sentencia tal eficacia.
Parte de la doctrina niega, por el contrario, que el laudo tenga efectos reflejos sobre los derechos dependientes no porque este sea un acto no coercitivo, sino porque este no aplica el derecho objetivo al caso concreto, de modo que los efectos reflejos son negados también a la sentencia que decide en vía equitativa (y que también es un acto coercitivo): MONTESANO. "Le tutele giurisdizionali". Op. cit. pp. 273-276.

30 Está clara, en la alternativa, la referencia a los dos diversos modos con los cuales puede operar la cosa juzgada sustancial, y que encuentran correspondencia en la teoría sustancial y en la teoría procesal de la cosa juzgada.

31 Esta consideración permite superar también las objeciones que, contra la eficacia refleja del laudo sobre los derechos dependientes, han sido extraídas de los límites del acuerdo compromisorio (PUNZI. "Efficacia di sentenza". pp. 833 y 834). En realidad, que el derecho dependiente esté o no comprendido en la convención arbitral importa solo para establecer a quién corresponde decidir la controversia sobre el derecho dependiente, y no ya para excluir que la decisión sobre la relación prejudicial sea vinculante cuando ella sea obra de un sujeto diverso que aquel que tiene el poder de decidir sobre la controversia relativa al derecho dependiente. De otra manera, se debería concluir que, decidida en sede jurisdiccional la controversia relativa al derecho prejudicial, en la controversia sobre el derecho dependiente remitida en arbitraje la precedente decisión no tenga eficacia.

32 Que parte de la doctrina niega: PUNZI. "Efficacia di sentenza". p. 834; CONSOLO. "Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi". Pádova. 2008. p. 376; AULETTA. "Art. 824-bis". Op. cit. pp. 425 y siguientes; RUFFINI. "Il giudizio arbitrale con pluralita' di parti". En: Studi in onore di Montesano. Tomo I. Pádova. 1997. p. 680. Pero ver sobre el punto BOCCAGNA. "L'impugnazione per nullita' del lodo". Nápoles. 2005. pp. 162 y siguientes. Texto y nota 19.

dudas acerca de que el contrato, en cuanto fundado sobre el consentimiento, no está en capacidad de producir efectos con respecto de quienes no manifiesten tal consentimiento. De modo que, con referencia al laudo, sea la necesaria voluntariedad del arbitraje, sea la naturaleza privatístico-consensual del laudo, no permiten extender los efectos del laudo sino a quienes hayan consentido a la vía arbitral en vía directa o indirecta.

Excepto que, en abstracto, la potencial ilimitación subjetiva del poder jurisdiccional, pone un límite constitucionalmente necesario a las normas que garantizan el principio del contradictorio y el derecho de defensa. Por lo tanto, si bien es verdad que en potencia todos los titulares de derechos dependientes están vinculados a la sentencia emitida *inter alios* sobre la relación prejudicial; y a su vez es posible que, en abstracto, a través de la jurisdicción encuentre realización el principio de la *absolute Wirkung der relative Feststellung*[33]; sin embargo, el necesario respeto del principio del contradictorio y del derecho de defensa impide que ello suceda: de donde además la sentencia encuentra límites subjetivos a sus efectos, aun potencialmente ilimitados.

Si vamos más en detalle, vemos que los terceros, titulares de derechos y de obligaciones dependientes del objeto de la decisión, se deben dividir en dos categorías: aquellos con título posterior y aquellos con título anterior a la litispendencia.

Respecto a los primeros, la combinación de lo dispuesto por los artículos 111, inciso cuarto, del *codice di procedura civile* y 2909 del *codice civile* prevé que la decisión *inter alios* sea vinculante para ellos. La justificación radica en el hecho que en tales casos (así como en otros) la tutela del derecho de acción de la parte victoriosa, a la cual se refiere el primer inciso del artículo 24 de la *Constitución*, prevalezca sobre el derecho de defensa del causahabiente de la parte perdedora, de la cual hace referencia el segundo inciso del artículo 24 de la *Constitución*.

En relación a estos, el artículo 816-*quinquies*, último inciso, del *codice di procedura civile*, al afirmar que al arbitraje "se aplica el artículo 111", además de las disposiciones que prevén la registrabilidad [*transcrivibilita*] de la demanda propuesta en sede arbitral a la par de aquella propuesta en sede jurisdiccional (artículos 2652 y 2653 del *codice civile*), equiparan en todo y para todo los efectos del laudo arbitral y los de la sentencia con respecto de los terceros titulares de derechos y obligaciones dependientes del objeto de decisión, cada vez que el título de los mismos sea posterior a la proposición de de demanda.

Por cuanto concierne a los terceros titulares de derechos y obligaciones con título anterior a la litispendencia, su posición en línea de principio es de inmunidad respecto a los efectos de la sentencia *inter alios*, en la medida en que en este caso no existe alguna razón para privilegiar el de recho de acción de la parte victoriosa, la cual –si hubiese querido una sentencia eficaz también contra un causahabiente, cuyo título era ya existente cuando él ha propuesto la demanda– bien habría podido extenderle el contradictorio, advirtiéndole de la pendencia del proceso y haciéndole asumir el rol de parte.

De modo que –si bien aquí obviamente no es posible extenderse sobre el argumento[34]– los únicos casos en los cuales está justificado que una sentencia produzca efectos con respecto a terceros, en el caso que el título del cual nacen sus derechos o las obligaciones sea antecedente a la proposición de la demanda, se tienen cuando es el mismo derecho sustancial el que construye la posición de estos como expuesta a las modificaciones de la situación prejudicial, por cualquier fuente que estas sean producidas, y entonces tanto por la sentencia pronunciada con respecto a las partes de la relación prejudicial, cuanto por el contrato por ellas estipulado y que tenga por objeto aquella relación prejudicial[35].

Si es así –y en mi opinión no puede sino ser así, porque de otra manera se obstaculiza el desenvolvimiento del derecho de defensa con respecto a la eficacia de la sentencia, que también es potencialmente ilimitada– se deriva que una vez más entre laudo y sentencia no pueden existir diferencias, porque en realidad no existen

[33] Como magistralmente ha sido ilustrado por MENDELSSOHN BARTHOLDY. "Grezen der Rechtskraft". Lipsia. 1900. pp. 509 y siguientes; por ALLORIO. "La cosa giudicata rispetto ai terzi". Milán. 1935. pp. 87 y siguientes; y por FRABBRINI. "Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo". Milán. 1964. pp. 102 y siguientes.

[34] Permítasenos reenviar a cuanto ha sido expuesto en LUISO. "Principio del contraddittorio ed eficacia della sentenza verso terzi". Milán. 1981. pp. 84 y siguientes.

[35] No es, entonces, fundada la afirmación de RICCI. "Ancora sulla natura". Op. cit. p. 712; el cual considera que –en la *fattispecie* descrita por el artículo 1595, inciso tercero, del *Codice Civile*– solo la sentencia, y no el contrato, podría producir efectos desfavorables para el sub locatario. En realidad, es precisamente porque la relación de locación principal puede decaer también en virtud de un negocio, que se justifica la eficacia hacia el sub locatario de la sentencia que produzca el mismo resultado.

diferencias entre sentencia y contrato[36].

VII.

Si los terceros en cuestión no son los titulares de situaciones dependientes de aquella decidida, sino los terceros que, en cuanto "ejercicio de funciones públicas"[37], son indiferentes, la situación en mi opinión no cambia.

En realidad, la atribución de la eficacia ejecutiva no necesariamente ocurre "a través de una pública potestad"[38], en la medida en que el artículo 474 del *codice di procedura civile* –el cual, nótese, atribuye eficacia ejecutiva también a las sentencias, equiparándolas, luego, a todos los otros títulos ejecutivos– prevé que también tienen eficacia ejecutiva actos que no son coercitivos. De modo que el *exequatur* del laudo es fruto de una elección de oportunidad del legislador, no ya de una necesidad constitucional[39].

Con referencia, por el contrario, a los funcionarios de los registros públicos, la diversa disciplina de la sentencia y del laudo se funda en la calidad de acto público de la primera y de la escritura privada no autenticada del segundo. Pero no parece que tal diversidad pueda incidir sobre el artículo 824 del *codice di procedura civile* y, específicamente, que la ausencia de registrabilidad del laudo no provisto de *exequatur* determine una *deminutio* de los efectos que dicta la norma, puesto que bajo este perfil la sentencia es equiparada a un acto notarial que sí es un acto público, ¡pero no ciertamente fruto del *imperium*!

VIII.

Deseando concluir esta primera parte de la investigación, dedicada a la comparación entre los efectos del laudo y aquellos de la sentencia desde el punto de vista de su contenido, me parece que se puede concluir que tiene razón aquella doctrina que insiste en la naturaleza privatístico-consensual del laudo y niega que este pueda ser adscrito a la actividad jurisdiccional, y por ende tener una naturaleza publicístico-coercitiva. Sin embargo, tal doctrina no puede ser seguida donde considera que, a consecuencia de su naturaleza coercitiva, la sentencia no tiene efectos mayores que aquellos del laudo, en la medida en que, en realidad, la sentencia no tiene efectos mayores que un contrato que haya resuelto la misma controversia: ni con relación a la "resistencia" respecto al *ius superveniens*, ni con relación a las relaciones prejudiciales o dependientes del objeto de decisión, ni con relación a los terceros[40].

Pero si un acto no coercitivo como el contrato –no un contrato cualquiera, préstese atención: sino un contrato que tenga como causa (o como fin) la resolución de la controversia– tiene los mismos efectos que la sentencia, entonces también el laudo, aun siendo un acto privado y no público, puede tener los mismo efectos que la sentencia. Y entonces la confirmación de aquella lectura simple e inmediata del artículo 824 del *codice di procedura civile* no se tiene elevando el laudo a un plano "superior" respecto de su naturaleza privada, sino constatando que la diferencia entre contrato, arbitraje y jurisdicción radica en los respectivos presupuestos y disciplina, pero no en el resultado, que es perfectamente equivalente. Se trata, en definitiva, de vías alternativas que conducen a la misma meta.

IX.

Afrontemos ahora el otro perfil de la investigación: después de haber refutado que, con respecto a su contenido, los efectos del laudo divergen necesariamente de los de la sentencia, en razón de su fundamento privatístico-consensual, veamos ahora si el laudo puede ser objetado en razón de su "injusticia" en medida diversa de aquella a la cual está sujeta la sentencia (obviamente pasada a calidad de cosa juzgada formal).

Desde este punto de vista es fácil constatar que los medios de impugnación utilizables contra el laudo no impugnado son los mismos que pueden ser utilizados contra la sentencia pasada en calidad de cosa juzgada formal. De modo que la cuestión podría considerarse prontamente cerrada si no fuese que bajo algunos perfiles aquella doctrina que, afirmando (correctamente) la naturaleza

36 Después de todo, que una eficacia cualquiera hacia los terceros el laudo la deba desenvolver se obtiene sin lugar a dudas por el artículo 831 del *codice di procedura civile*, donde se prevé que el tercero puede proponer oposición de tercero revocatoria con respecto del laudo: MENCHINO. "Sull'attitudine al giudicato". Op. cit. p. 779. No es entonces correcta la opinión de LA CHINA. "L'arbitrato". Milán. 2007. p. 212; según el cual los terceros pueden sufrir del laudo solo perjuicios "de hecho".

37 AULETTA. "Art. *824-bis*". Op. cit. p. 427.

38 Ibíd. p. 428. LA CHINA. "L'arbitrato". Op. cit. p. 211; VITALE. "Deposito del lodo (art. 825 c.p.c.)". En: Commentario alle riforme del processo civile a cura de Briguglio y Capponi". Tomo III. Pádova. 2009. p. 983; VITALE. "L'ottemperanza al giudicato arbitrale". En: Studi offerti a Giovanni Verde. Nápoles. 2010. p. 886.

39 RICCI. p. 700; el cual con razón afirma que la ejecutividad "termina por ser un carácter solo exterior del instituto, si se considera que ella puede corresponder también a actos meramente privados".

40 No se entiende, entonces, en qué se manifiesta la peculiar "irretractabilidad e incontrovertibilidad" de la sentencia, afirmada por PUNZI. "Eficacia di sentenza". p. 836; PUNZI. "Ancora sulla delega". Op. cit. p. 980; PUNZI. "Relazioni fra l'arbitrato". Op. cit. p. 397.

privada del laudo, considera (incorrectamente) que los efectos del laudo no pueden ser equivalentes a aquellos de la sentencia, alega exigencias sistemáticas que no pueden ser fácilmente desatendidas.

Intento referirme a la afirmación según la cual el laudo, como manifestación de la autonomía privada, no puede no encontrar los límites de ésta con referencia a la disponibilidad de los derechos y al respeto de las normas inderogables de orden público[41].

Relativamente a la disponibilidad de los derechos en realidad el problema no se presenta en la medida en que, en materia de derechos indisponibles, el laudo es radicalmente nulo/inexistente e improductivo de efectos aun cuando no sea impugnado. En otros términos, la invalidez del laudo, en tanto se pronuncia respecto de derechos indisponibles, se sustrae a la carga de la impugnación, y puede ser relevada –como la así denominada sentencia inexistente– en cualquier momento, lugar y por cualquiera. Dicha constatación muestra que la ausencia de un remedio análogo a aquel previsto por el artículo 397 del *codice di procedura civile* a veces lamentada en doctrina[42], en realidad no está fundada, puesto que el artículo 397 del *codice di procedura civile* concierne justamente a controversias relativas a derechos indisponibles[43].

Permanece el problema, no de poca importancia, aquel del laudo que contiene disposiciones *contra legem*, que –si están contenidas en una transacción o en otro contrato resolutivo de la controversia– darían lugar a la nulidad del mismo, advertible también de oficio en cualquier momento y en cualquier lugar.

Ahora, como es conocido, en el arbitraje la cuestión en examen es relevada bajo el perfil de la contrariedad al orden público, que no es necesariamente un perfil de "injusticia" de la sentencia[44] ni coincide con la violación de normas inderogables[45], y que constituye únicamente motivo de impugnación del laudo. De modo que, se debe concluir, donde el laudo no sea impugnado, la contrariedad al orden público pierde relevancia[46].

La consecuencia de haber dado relieve a la contrariedad al orden público únicamente como motivo de la impugnación del laudo, destinada luego a perder relevancia si el laudo no es impugnado, no es por cierto ilógica, y ha sido avalada también por la *Corte di giustizia* en la muy conocida decisión *Benetton – Eco Swiss*[47].

En mi opinión, sin embargo, sería más oportuna[48]una disciplina análoga a aquella existente en Francia y Alemania, donde la contrariedad al orden público puede ser relevada de oficio también fuera de la impugnación del laudo[49], en la medida en que, en efecto, parece incongruente que un instrumento que se funda en la autonomía privada, como el arbitraje, pueda producir efectos contrarios al orden público sin que se encuentre garantizada la existencia de una sede, en la cual tal contrariedad pueda ser relevada de oficio.

41 PUNZI. "Efficacia di sentenza". Op. cit. p. 831; PUNZI. "Ancora sulla delega". Op. cit. pp. 968, 970 y 976; PUNZI. "Luci e ombre". Op. cit. p. 433; PUNZI. "Relazioni fra l'arbitrato". Op. cit. p. 399.

42 RUFFINI. "Efficacia di sentenza". Op. cit. p. 470; PUNZI. "Efficacia di sentenza". Op. cit. pp. 832 y 841; PUNZI. "Ancora sulla delega". Op. cit. p. 979; PUNZI. "Luci e ombre". Op. cit. p. 433.

43 CARPI. "Efficacia del lodo". Op. cit. p. 599.

44 Eso sucede cuando la correcta aplicación de la normativa sustancial "externa", a la cual está sometida la relación, determina consecuencias inaceptables para el ordenamiento en que el laudo está llamado a producir sus efectos.

45 En la medida que no cualquier violación de norma inderogable determina contrariedad al orden público, sino solo aquella que produzca consecuencias contrarias al orden público: sobre el punto ver MENCHINI. "Impugnazioni del lodo "rituale"". En: Riv. Arb. 2005. p. 864.

46 MENCHINI. "Impugnazioni del lodo". Op. cit. p. 861.

47 *Corte di giustizia* 1 giugno 1999, C-126/1997, en Riv. Arb. 2000. p. 235. En el mismo sentido ver también *Corte di giustizia* 6 de octubre de 2009, C-40/08 *Asturcom*.

48 MENCHINI. "Impugnazioni del lodo". Op. cit. p. 861.

49 Permítaseme reenviar a LUISO. "L'impugnazione del lodo di equita". En: Riv. Arb. 2002. p. 465.

ESTUDIO GHERSI

ABOGADOS

LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Tabata Arteta Pinto*

La necesidad de la sociedad moderna de contar con un mecanismo rápido y especializado para solucionar las controversias ha hecho que el arbitraje cobre cada vez mayor importancia. En ese sentido, se vuelve imperante entender esta institución.

En el presente artículo, la autora se centra en un punto clave del arbitraje: las causales del recurso de anulación del laudo arbitral. De esta forma, demuestra cómo una interpretación restrictiva de estas será clave para asegurar el buen funcionamiento de este importante mecanismo de solución de conflictos.

* Abogada. Asociada de Barrios, Fuentes Abogados. Arbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje ha ido cobrando mayor importancia en el mundo de hoy. La dinámica del comercio y las necesidades que importan el complejo mercado actual han generado que los particulares busquen un mecanismo rápido y especializado para la solución a sus controversias. Por dicha razón se afirma que la existencia del arbitraje se sostiene en la necesidad de las partes de contar con un mecanismo idóneo de solución de conflictos que, frente al proceso judicial, se presente como más expeditivo y eficiente, pero que a la vez sea igualmente satisfactorio.

Así pues, la existencia del arbitraje se sostiene en la voluntad de las partes, las cuales optan por someter sus controversias a la decisión de un árbitro (o árbitros), sustrayéndolas de la jurisdicción ordinaria, pero con la clara intención de obtener una decisión que tenga los efectos de una sentencia judicial firme; es decir, una decisión con autoridad de cosa juzgada. De esta manera, las partes "declinan" a la jurisdicción ordinaria y expresan su voluntad de someterse íntegramente a la autoridad de los árbitros y respetar la decisión final que adopten.

Debido a que el arbitraje se origina en la voluntad de las partes, afirmamos que es una institución privada; por medio de la cual éstas se encuentran vinculadas a su propia voluntad y decisión.

El arbitraje tiene como punto final la emisión del laudo, el cual expresa la decisión de los árbitros sobre la controversia (laudo final) o sobre un aspecto de ella (laudo parcial). Como en el proceso judicial, el arbitraje debe erigirse respetando los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional. Del mismo modo debe tenerse en cuenta lo establecido por el convenio arbitral y expedirse respetando el debido proceso. En caso contrario el laudo es pasible de ser anulado.

A. Presunción de validez del laudo

El laudo se presume válido hasta que no se declare su nulidad.

Debemos considerar que al ser autónomo y universal el arbitraje requiere que los laudos sean reconocidos y ejecutados en cualquier país. Por ello, para efecto de reconocer y ejecutar un laudo extranjero, éste debe estar dotado de una presunción (*iuris tamtum*) de validez que permita justamente su reconocimiento y ejecución.

La presunción de validez parte de la interpretación de las principales convenciones sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, tales como la Convención de Nueva York[1] (arts. III, V y VII), la Convención de Panamá (art. 5) y la Convención de Montevideo (art. 2).

Específicamente en el caso de la Convención de Nueva York de 1958, la misma establece en su artículo III, lo siguiente:

Artículo III.-
Cada uno de los Estados Contratantes **reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada**, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. (…) [El énfasis es nuestro.]

Como se podrá apreciar, la norma antes citada establece la obligación para los Estados (contratantes) de reconocer la autoridad del laudo arbitral. Ello en base a la presunción de validez que recoge la convención. En esa línea, el artículo V de la Convención de Nueva York reafirma la presunción de validez del laudo (regla) y como excepción se establece la posibilidad de denegar el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.

De esta manera, todos los estados miembros de la Convención de Nueva York tienen como objetivo el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, y sólo pueden denegar éste si se configuran determinados supuestos de hecho. Uno de dichos supuestos es el caso del laudo anulado en la sede en el que fue expedido.

Sobre el particular, conviene citar el artículo VII de la Convención de Nueva York, el mismo que señala lo siguiente:

Artículo VII.-
1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes **ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la**

[1] La Convención de Nueva York es uno de los instrumentos más importantes y fundacionales del arbitraje internacional, permite el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Esta convención ha sido ratificada por 144 países en el mundo.

legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque. (…) [El énfasis es nuestro.]

Lo establecido por este artículo permite aplicar las normas más favorables para el reconocimiento y ejecución del laudo, con ello se busca que las normas nacionales y/o tratados internacionales no sean obstáculos para el reconocimiento y ejecución de los laudos. En ese sentido, concordamos con Cremades al señalar que: "la ley nacional está dejando de implicar un obstáculo a la universalidad y aceptación del arbitraje que persigue la Convención de Nueva York, en el convencimiento de los países de la importancia que tiene un Estado, como sede habitual de arbitrajes, para su participación en el comercio internacional"[2].

La doctrina ha coincidido en destacar la presunción de validez del laudo, estableciendo que el laudo tiene y goza de esta presunción que, en su caso, podrá ser desvirtuada. De esta forma, "el laudo está cobijado por una presunción de veracidad y no podrá ser revisado en sus aspectos de fondo por el tribunal del país en el que se pretende ejecutar"[3]. Así, "la regla es la presunción de validez de los laudos (…)"[4].

Al respecto, Mantilla Serrano sostiene que "el laudo goza de una presunción de validez que corresponde desvirtuar a la parte que alegue la nulidad"[5]. En ese mismo sentido, Fernando Pombo sostiene que "se presume la validez del laudo salvo que aquella parte que quiera alegar la excepción pruebe lo contrario. Lógicamente, se ha establecido este mecanismo para facilitar más el procedimiento de reconocimiento"[6].

Independientemente de esta presunción de validez del laudo, resulta indiscutible que constituye una obligación de los árbitros que el laudo emitido sea válido. Lo antes señalado conlleva a que el Tribunal Arbitral no sólo deba procurar emitir un pronunciamiento conforme a Ley, sino además preocuparse por la validez y ejecutabilidad del laudo.

Esta obligación ha sido expresada en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en su artículo 35[7], que establece que los árbitros deben esforzarse para que el laudo sea ejecutable.

Sobre el particular, Cremades señala que "un parámetro válido para evaluar la diligencia de los árbitros en la elaboración de un laudo arbitral ejecutable y reconocible consiste en aplicar los principios establecidos en la Convención de Nueva York, ya que si los respeta, el laudo podrá ser reconocido y ejecutado en todos los Estados parte de la convención (…)"[8].

El laudo no sólo será válido por una presunción que se deriva de la interpretación de las principales convenciones sobre arbitraje comercial internacional, sino que además lo será por una obligación inherente al Tribunal de emitir un laudo que sea válido a efectos que pueda ser reconocido y ejecutado sin problema alguno.

Sobre el particular, el profesor Fernando Cantuarias establece que: "Si tenemos presente que el Poder Judicial no puede revisar el fondo de la controversia, que las causales de anulación o de no reconocimiento y ejecución son taxativas y deben ser interpretadas de manera restrictiva, y que, en principio, deben ser invocadas y probadas por quien solicita la anulación o se opone al reconocimiento y la ejecución, según corresponda, necesariamente debemos interpretar que las legislaciones arbitrales, como la Convención de Nueva York, sancionan una presunción de validez del laudo arbitral"[9].

2 CREMADES, Bernardo. "Los Convenios de Nueva York y Ginebra: Reconocimiento y Ejecución del laudo anulado en la sede". Tomo 2. En: Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. Lima: Magna Ediciones. 2009. p. 290.

3 ZULETA, Eduardo. "En busca de árbitros y jueces para un arbitramento desnaturalizado". En: Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación. En: http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-04.php

4 Neira Orellana, Edgar. "Arbitrabilidad, Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y legislación ecuatoriana". En: Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Lima: Magna Ediciones. 2009. p. 167.

5 MANTILLA SERRANO, Fernando. "Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional". Madrid: Editorial Iustel. 2005. p. 237.

6 POMBO GARCÍA, Fernando. "La Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras: 1958-2008". Tomo 2. En: Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. Lima: Magna Ediciones. 2009. p. 462.

7 Artículo 35.- Regla general
En todos los casos no previstos expresamente en el Reglamento, la Corte y el Tribunal Arbitral procederán según el espíritu de sus disposiciones y esforzándose siempre para que el Laudo sea susceptible de ejecución legal.

8 CREMADES, BERNARDO. "The Arbitral Award". En: The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration. Nueva York: Juris Publishing Inc. 2004. p. 414.

9 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. "Arbitraje comercial y de las inversiones". Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2007. p. 471.

B. Irrecurribilidad del laudo: Regla general

Debido a la presunción de validez del laudo (regla general) se tiene que el mismo, en principio, es irrecurrible. En ese sentido, el laudo tiene carácter definitivo, puesto que las partes al someterse a arbitraje aceptan de forma voluntaria la decisión de los árbitros y con ello asumen el compromiso de cumplirlo sin mayor dilación.

Las modernas legislaciones de arbitraje han recogido el carácter definitivo del laudo. Tal es el caso, de Ley Peruana de Arbitraje de 2008[10], la misma que en su artículo 54 establece que: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios". A mayor precisión, la Ley Peruana de Arbitraje establece que de no ser acatado el laudo por la parte obligada, la parte interesada se encuentra facultada a solicitar su ejecución judicial en vía de proceso único de ejecución[11].

En esa misma línea, el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en su artículo 32.2[12] y el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en su artículo 28.6[13], recogen el carácter definitivo del Laudo.

La irrecurribilidad del laudo, es plenamente aceptada por la doctrina. Así Caivano sostiene que "el laudo es la decisión emanada de los árbitros que pone fin al litigio. **Tiene fuerza vinculante y es obligatorio** (…)."[14] [El énfasis es nuestro.]

En este contexto, podemos establecer que el laudo es irrecurrible no sólo por la presunción de validez del mismo, sino además por el hecho de su carácter de definitivo. Por ello conviene tener presente que "por la propia naturaleza del arbitraje (…) el laudo que se dicta es firme desde el momento mismo en que se dicta"[15].

Por tanto, la irrecurribilidad del laudo tiene como sustento su reconocimiento normativo y la propia naturaleza convencional del arbitraje que determina a que las partes acaten el laudo.

Sin perjuicio de lo antes establecido, debemos indicar que las partes contractualmente podrían pactar la interposición de un Recurso de Apelación en el arbitraje. Recordemos que las partes pueden fijar el tipo de arbitraje y en esencia las reglas por las que se rige el mismo. En base a ello, pueden establecer que contra el laudo dictado proceda un recurso de apelación como recurso previo e independiente al recurso de anulación contemplado en la Ley Peruana de Arbitraje.

C. Regla "*Numerus Clausus*"

En atención a lo hasta aquí señalado, se tiene que el laudo es válido (presunción *iuris tamtum*), definitivo e irrecurrible (regla general); en ese sentido, sólo se podría anular por causales puramente formales, con la salvedad de la arbitrabilidad objetiva (orden público nacional o internacional) que sería la única causal de anulación de naturaleza sustantiva.

Sobre el particular, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional establece causales taxativas de anulación del laudo en su artículo 34.2. A continuación citamos el texto del artículo 34.2:

Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral
2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:
a) La parte que interpone la petición pruebe:
(i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto,

[10] Aprobada por Decreto Legislativo 1071, Decreto legislativo que norma el Arbitraje, publicado el 28 de junio de 2008.

[11] Artículo 59.- Efectos del laudo
1. **Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento** desde su notificación a las partes.
2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.
3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; **la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente**, salvo que resulte aplicable el artículo 67. [El énfasis es nuestro.]

[12] Artículo 32.2
(…) 2. El laudo se dictará por escrito y será **definitivo, inapelable y obligatorio para las partes**. Las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora. (…)" (El énfasis es nuestro).

[13] Artículo 28.- Notificación, depósito y carácter ejecutorio del Laudo
(6) **Todo Laudo es obligatorio para las partes**. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente. [El énfasis es nuestro.]

[14] CAIVANO, Roque. "Arbitraje". Segunda Edición. Buenos Aires: Ad-Hoc. 2000. p. 247.

[15] FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel. "Acción de anulación del laudo". En: Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre. Navarra: Thomson-Aranzadi. 2004. p. 412.

en virtud de la ley de este Estado; o

(ii) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

(iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

(iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o

b) El tribunal compruebe:

(i) Que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

(ii) Que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

Las causales establecidas en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional son, en gran parte, formales; con la salvedad del literal b) que recoge dos causales que tienen una relación directa con la arbitrabilidad objetiva.

Cabe resaltar que la mayoría de legislaciones arbitrales han adoptado casi literalmente la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; con ello han recogido en sus respectivas normas arbitrales las causales taxativas de anulación del laudo arbitral. Lo antes señalado genera que se cumpla en cierta forma con el objetivo de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, al uniformizarse las legislaciones arbitrales internacionales.

El Tribunal Constitucional español advirtió (bajo la aplicación de la Ley de Arbitraje de 1988) que "las causas de anulación son *numerus clausus*, de modo que la admisión de cualquier otra forzaría la cosa juzgada que el legislador ha querido otorgar al laudo, debiendo rechazarse no sólo las que no estén previstas (…) sino también aquellas alegaciones con las que se pretende formar el ámbito del recurso recurriendo a conceptos generales como el orden público (…)"[16].

II. RECURSO DE ANULACIÓN: ÚNICO RECURSO CONTRA EL LAUDO

Como antes he señalado, el inciso 1 del artículo 34 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional dispone que "contra un laudo sólo podrá recurrirse mediante una petición de nulidad".

La necesidad de que el recurso de anulación sea el único recurso que procede contra un laudo se sustenta en que "los recursos de impugnación del laudo a disposición de las partes difieren ampliamente de un ordenamiento a otro, y **esta disparidad dificulta sobremanera la armonización de la legislación de arbitraje internacional.** Algunos reglamentos de arbitraje obsoletos, al establecer regímenes paralelos aplicables a la impugnación tanto de un laudo como de una decisión judicial, prevén diversos recursos con plazos distintos (y, por lo general, largos) para interponerlos y con extensas listas de motivos para ejercitarlos"[17] [El énfasis es nuestro].

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional trató de erradicar este inconveniente al contemplar únicamente un tipo de recurso (esto es, el de anulación) contra el laudo arbitral; excluyéndose cualquier otro recurso previsto en la ley procesal del Estado del que se trate. Además estableció en forma exhaustiva los motivos por los cuales un laudo podrá declararse nulo.

En ese contexto, la mayoría de las legislaciones arbitrales modernas contemplan la anulación como única posibilidad de atacar el laudo; siendo que lo que se busca es que se efectúe una revisión formal del mismo, sin entrar a cuestionar el fondo -es decir- la decisión de los árbitros propiamente dicha.

Ahora, la Ley Peruana de Arbitraje contempla en su artículo 62[18] que sólo procede contra el laudo arbitral el Recurso de Anulación. La exposición

[16] MERINO MERCHÁN, José y José Chillón Medina. "Tratado de Derecho Arbitral". Tercera Edición. Navarra: Thompson-Civitas. 2006. pp. 694 y 695.

[17] Nota explicativa de la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006. Esta nota fue preparada por la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con fines exclusivamente informativos. p. 38.

[18] Artículo 62.- Recurso de anulación.
1. Contra el laudo **sólo podrá interponerse recurso de anulación**. Este recurso constituye la **única vía de impugnación del laudo** y tiene por objeto la **revisión de su validez por las causales taxativamente** establecidas en el artículo 63. [El énfasis es nuestro.]

oficial de motivos de la Ley Peruana de Arbitraje, en relación al artículo 62°, señala lo siguiente: "El artículo 62 establece que contra el laudo sólo podrá interponerse el recurso de anulación, conforme a causales taxativas; **prohibiendo expresamente que por esta vía pueda discutirse el fondo de la controversia, el contenido de la decisión o calificarse los criterios, motivaciones o interpretaciones de los árbitros.**"[19] [El énfasis es nuestro.]

Es necesario recalcar que el recurso de anulación "no es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto, sino una vía para comprobar que el laudo no va contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a decisión arbitral y a las normas básicas por las que se rige la institución"[20].

Debe recalcarse que el recurso de anulación es aceptado casi universalmente como el único recurso contra el laudo. En Latinoamérica las legislaciones de Chile, Cuba, Ecuador, El Salvador, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela recogen el recurso de nulidad o anulación como único recurso contra el laudo[21]. El caso de México y Uruguay es singular, ya que propiamente no tiene una ley de arbitraje, sino disposiciones relativas al arbitraje en sus respectivos Códigos de Comercio y General del Proceso.

A. Naturaleza

El recurso de anulación propiamente es de carácter formal, cuya naturaleza impide la revisión del fondo de la controversia y se limita a la verificación de la no vulneración de aspectos formales; por ello la anulación se acerca más a un recurso extraordinario y formal que a uno de segunda instancia[22].

Así pues, el recurso de anulación (que propiamente conlleva a un proceso particular, en cuanto, existen motivos tasados, plazos para interposición y otros aspectos procesales) constituye un proceso de instancia única, "con lo cual la sentencia [arbitral] devendrá firme y producirá el efecto de cosa juzgada"[23]; no obstante su tramitación.

Este proceso, llamado por Rafael Hinojosa Segovia como proceso declarativo "pretende tan sólo que el Tribunal se pronuncie acerca de la validez o no del laudo. Se trata, pues, de una simple declaración de voluntad del órgano jurisdiccional, que no crea, modifica o extingue una situación jurídica –objeto de los procesos constitutivos–, ni impone a la parte contraria obligación alguna –objeto de los procesos de condena"[24]. El proceso de anulación tiene carácter rescindente, en cuanto al Tribunal le está vedado sustituir la decisión de los árbitros, en cuanto al fondo, por la suya propia[25].

El recurso de anulación ha sido concebido con carácter excepcional, lo que se basa en su naturaleza, así como en su finalidad.

B. Finalidad

La doctrina ha sido enfática al establecer que la finalidad del recurso de anulación es anular un laudo por razones de carácter formal, sin revisar el fondo de la controversia.

En ese sentido, González Cossio señala que "el objeto de este recurso es anular un laudo cuando se esté en presencia de una de las causales de nulidad"[26].

De forma más precisa, Ferrero Costa sostiene que el recurso de nulidad tiene por finalidad "revisar defectos de índole formal contenidos en el laudo, y cuya naturaleza impide toda posibilidad de revisión de elementos de fondo. El recurso de anulación, aún cuando se tramita en sede judicial, no configura bajo ninguna circunstancia, una demanda, una acción o una apelación"[27].

19 Exposición Oficial de Motivos del Decreto Legislativo 1071. p. 9.

20 CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. "Los principios procesales en el arbitraje". Barcelona: Editorial Bosch. 2000. p. 211.

21 Chile (Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, art. 34), Cuba (Decreto Ley de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, art. 41), Ecuador (Ley de Arbitraje y Mediación, art. 31), El Salvador (Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, art. 67), México (Código de Comercio, art. 1457), Nicaragua (Ley de Mediación y Arbitraje, art. 61), Panamá (Texto Único del Decreto Núm. 5 por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje de la Conciliación y de la Mediación, art. 34), Paraguay (Ley de Arbitraje y Mediación, art. 40), República Dominicana (Ley Núm. 489-08, art. 39), Uruguay (Código General del Proceso, art. 499) y Venezuela (Ley de Arbitraje Comercial, art. 43).

22 MANTILLA SERRANO, Fernando. Op. cit. p. 228.

23 HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "La impugnación del laudo en la Ley de Arbitraje Española de 2003". En: Revista Peruana de Arbitraje. Volumen 3. Lima: Editorial Jurídica Grijley. 2006. p. 375.

24 Ibid. p. 374.

25 Ibídem.

26 GONZÁLEZ COSSIO, Francisco. "Arbitraje". México: Editorial Porrúa. 2004. p. 399.

27 FERRERO COSTA, Raúl. "Anulación del laudo arbitral. Modificaciones introducidas por la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo Nº 1071)". En: Libro Arbitraje. Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje 2009. Volumen 8. Lima: Palestra Editores,

Básicamente el recurso de nulidad busca anular el laudo sólo cuando la afectación es tal, que vulnera alguno de los principios básicos del proceso arbitral. En todo caso, se busca mantener la voluntad de las partes al haberse sometido a arbitraje; siendo que se pretende salvar la decisión de los árbitros y sólo anular el laudo cuando esa decisión se ve afectada por un vicio formal.

En esta línea, Vidal Ramírez afirma que la finalidad del recurso es "cautelar la voluntad de las partes contenida en el convenio arbitral o en el acto de instalación del tribunal arbitral, así como la voluntad de las partes remitida al reglamento de la institución arbitral al cual se han sometido"[28].

Por ello, se propugna la procedencia excepcional del recurso, ya que su única finalidad está revestida del análisis de aspectos formales que pueden afectar al laudo.

III. LAS CAUSALES DE ANULACIÓN

Las causales de anulación del laudo son aquellos supuestos contemplados por la legislación por los que se puede declarar un laudo como nulo. A efecto de un mejor análisis en el presente trabajo, desarrollaremos a continuación las causales contempladas en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, las causales de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo de la Convención de Nueva York[29] y las causales de la Ley Peruana de Arbitraje de 2008.

A. Las causales de anulación en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

En principio, las causales de anulación contempladas en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional han sido recogidas de las causales de denegación del reconocimiento y ejecución de la Convención de Nueva York. La enumeración coincide esencialmente con la del párrafo 1 del artículo 36, tomada del artículo V de la Convención de Nueva York[30]; sin embargo, un aporte preponderante de la Ley Modelo es que enumera en forma exhaustiva los motivos por los que un laudo podrá declararse nulo.

Debemos señalar que si bien tanto las causales para anular un laudo de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional como las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral de la Convención de Nueva York son casi idénticas, existe una diferencia práctica, la cual reside básicamente en que en virtud a lo establecido en el párrafo 2 del artículo 34, una petición de nulidad podrá interponerse únicamente ante el Tribunal del Estado en que se haya dictado el laudo. En el caso de la ejecución del laudo, la misma podrá pedirse a un Tribunal de cualquier Estado. "Ello explica que los motivos relacionados con el orden público y con el hecho de que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje puedan diferir en cuanto al fondo en función de la ley que el tribunal aplique (sea la del Estado en el que se declare la nulidad o la del Estado en que se ejecute el laudo)"[31].

Adicionalmente, este "modelo persigue hacer compatible la eficacia del arbitraje con las garantías debidas en el procedimiento y, por eso mismo, la impugnación no traslada al juez el conocimiento y decisión del fondo del asunto. La decisión de fondo está encomendada a los árbitros. La jurisdicción concentra su papel de control en los posibles vicios *in procedendo* y la garantía del orden público constituye un mero límite negativo, un contrapunto o contrapeso no menos exasperante que imprescindible"[32].

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se formuló, como objetivo, uniformizar las legislaciones internacionales sobre arbitraje y con ello, tener un apoyo para el adecuado desarrollo del comercio internacional. Así se buscó brindar a

Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Embajada de Francia en el Perú y Estudio Mario Castillo Freyre. 2009. p. 586.

28 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "Manual de Derecho Arbitral". Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2009. p. 165.

29 Debe indicarse que si bien las causales de denegación del reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitrales recogidas en la Convención de Nueva York no son causales de anulación, debemos precisar que estas han sido tomadas por la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional como causales de anulación del laudo, es por ello la necesidad de detenernos en su análisis y comentario.

30 Nota explicativa de la secretaría de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. Op. cit. p. 38.

31 Nota explicativa de la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. Op. cit. p. 39.

32 REMÓN, Jesús. "La Anulación del Laudo: El marco general, el pacto de exclusión y el orden público". En: Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. Tomo 2. Lima: Magna Ediciones. 2009. p. 468.

los Estados un instrumento que recogía los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional para que en base a este documento reformaran y modernizaran sus leyes sobre el procedimiento arbitral.

B. Las causales de denegación del reconocimiento del laudo extranjero en la Convención de Nueva York–Artículo V

La Convención de Nueva York es uno de los instrumentos fundacionales del arbitraje internacional. Se gestó en 1953 cuando la Cámara de Comercio Internacional redactó un proyecto de Convención para el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Internacionales que fue presentado al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. A este proyecto se le agregaron algunas propuestas del grupo holandés, las que básicamente buscaban: "la eliminación del doble *exequátur* y **limitar lo más posible los motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución** y transferir la carga de la prueba de la existencia de uno o más de estos motivos a la parte contra la que se procurase ejecutar la sentencia"[33] [el énfasis es nuestro].

Al momento de su redacción, "la Convención de Nueva York tenía por objeto facilitar la ejecución de una sentencia arbitral dictada en un país a través de los tribunales de terceros países"[34] y con ello (en la medida en que se procuraba que todos los Estados firmasen la convención) facilitar los negocios y el comercio internacionales.

En consideración con los objetivos de la Convención se establecieron causales tasadas y no amplias o excesivas, por las cuales podría denegarse el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales. Estas causales están contempladas en el artículo V de la Convención. Como lo expresan Hamilton y Capiel, "estos motivos son importantes dado que equivalen a estándares internacionales para un laudo arbitral ejecutable (…)"[35].

En ese sentido, el apartado 1 del referido artículo establece una serie limitada de motivos por los cuales el reconocimiento y la ejecución del laudo pueden ser denegados (son conocidas como **causales formales**); claro está, que la contraparte que se oponga debe probar la configuración de alguna de las causales.

Ahora bien, las causales previstas en el segundo apartado del artículo V son conocidas como **causales de fondo**. Se trata de dos motivos adicionales para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo, los cuales **sí permiten la revisión del fondo del asunto como es la arbitrabilidad objetiva.** Se entiende por arbitrabilidad objetiva la situación en que la materia, según la ley del Estado donde se pretenda reconocer y ejecutar el laudo, no es arbitrable (no es susceptible de arbitraje) y/o cuando se afecta el orden público nacional de ese país. Estas causales no requieren de prueba por parte de quien se opone al reconocimiento y pueden ser apreciadas de oficio por los Tribunales del Estado donde se quiera reconocer y ejecutar el laudo.

Recalcamos que "los motivos del artículo V son taxativos *("Sólo se podrá denegar…")*, por lo cual, en especial, a los tribunales les está vedado escrutar el laudo en cuanto al fondo, ya que errores de hecho o de derecho por parte del Tribunal Arbitral no se incluyen en la lista de motivos para denegar su reconocimiento y la ejecución"[36].

Las causales formales establecidas en el primer apartado del artículo V de la Convención son las que procedo a explicar a continuación:

1. Incapacidad de las partes e invalidez del convenio

Esta primera causal contempla el caso de: (i) que las partes en el acuerdo arbitral estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable, o (ii) que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.

El convenio arbitral es en principio un contrato, por lo cual quienes lo pactan deben tener capacidad para celebrarlo. De lo contrario el pacto (convenio arbitral) no surtirá sus efectos y carecerá de validez.

[33] SANDERS, Pieter. "La elaboración de la Convención". En: La Ejecución de las Sentencias Arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York. Experiencia y perspectivas. Nueva York: Naciones Unidas. 1999. p. 4.

[34] PAULSSON, Jan. "Laudos anulados en el lugar del arbitraje". En: La Ejecución de las Sentencias Arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York. Experiencia y perspectivas. Nueva York: Naciones Unidas. 1999. p. 25.

[35] HAMILTON, Calvin A. y Luis CAPIEL. "Pasado, presente y futuro de la Convención de Nueva York. Reseña con consideración del borrador de Van den Berg". En: Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. Tomo 2. Lima: Magna Ediciones. 2009. p. 350.

[36] Ibídem.

2. Indebida notificación y procedimiento defectuoso

La segunda causal recoge el supuesto que opera cuando la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa.

Esta primera parte de la causal bajo comentario se sustenta en la situación de desventaja que tendría una de las partes sobre la otra.

El segundo motivo tiene como objetivo principal "que se observen los requisitos del debido proceso y que se respete el derecho de defensa de las partes"[37]. Con esta causal se procura que el arbitraje sea llevado observando las mínimas exigencias de un arbitraje justo, vale decir, que se respete la igualdad de las partes, que se garantice que serán oídas y que se vele por el ejercicio de su defensa.

3. Decisión sobre materia no prevista en el convenio

Esta tercera causal se configura cuando el laudo se refiere a un supuesto no previsto en el compromiso o no comprendido en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria.

Se refiere a los casos en los que el Tribunal arbitral supuestamente excedió los límites de su mandato, es decir, actuó *ultra-petita*, y resolvió una controversia que no había sido sometida a su arbitrio[38].

Recordemos que el convenio arbitral fija los parámetros de actuación de los árbitros; en ese sentido, las controversias establecidas en el convenio son las únicas que serán materia de arbitraje, salvo que el Tribunal Arbitral en base al principio *kompetenz-kompetenz* laude sobre una controversia no contemplada en el convenio, pero que se encuentra relacionada con la materia objeto de arbitraje. (Por ejemplo, el convenio dispone como materia de arbitraje la resolución del contrato. En ese caso, los árbitros laudan sobre dicha materia, así como sobre la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento).

En el ejemplo planteado, el Tribunal Arbitral habría excedido sus facultades; sin embargo consideramos que el principio *kompetenz-kompetenz* faculta a los árbitros para determinar las cuestiones de su propia competencia y con ello establecer sobre qué materias decidirá. Evidentemente lo antes expuesto no implica que el Tribunal podrá decidir sobre cualquier cuestión distinta, sino sólo sobre aquellas que estén relacionadas a la materia objeto de arbitraje.

Es de resaltar que la presente casual es desestimada por los Tribunales Nacionales casi sin excepción, porque rara vez tiene éxito en repeler el reconocimiento y la ejecución. La razón de ello es que la mayoría de **los Tribunales Nacionales entienden su papel de manera restrictiva** y por tanto no aspiran a cuestionar y adivinar el proceso de decisión del Tribunal Arbitral[39].

4. Indebida constitución del Tribunal Arbitral – procedimiento no conforme a lo acordado

La cuarta causal señala que se puede denegar el reconocimiento y ejecución del laudo cuando la constitución del Tribunal Arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.

Hamilton y Capiel señalan que este motivo no ha tenido mayor acogida puesto que "los tribunales nacionales han tendido a interpretar este motivo de forma restrictiva, de modo que raras veces ha sido invocado con éxito por una parte que se opone al reconocimiento y la ejecución (...)"[40].

5. Laudo no obligatorio, suspendido o anulado

La última causal se presenta en el supuesto en que el laudo aún no sea obligatorio para las partes, o haya sido anulado o suspendido por la autoridad competente del país conforme a cuya ley haya sido emitido el laudo.

En principio, la Convención de Nueva York no define qué se entiende por laudo obligatorio. A mi

37 REDFERN, Alan; HUNTER, Martín; BLACKABY, Nigel y Constantine PARTASIDES. "Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional". Cuarta edición. Buenos Aires: La Ley. 2007. p. 613.

38 Ibid. pp. 613-615.

39 HAMILTON, Calvin A. y Luis CAPIEL. Op. cit. p. 352

40 Ibid. p. 353.

parecer, (como ya lo he afirmado anteriormente), el laudo adquiere dicha característica desde el momento mismo en que es emitido, ya que resuelve, en la mayoría de los casos, definitivamente la controversia; salvo aquellos casos, en los que las partes han establecido la procedencia del recurso de apelación. En este sentido, se entiende que el laudo es obligatorio en la medida en que no haya un recurso que pueda revisar el fondo de la controversia.

La jurisprudencia[41] ha establecido que este motivo de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo ha sido interpretado en su sentido liberal, al establecer que el artículo V de la Convención de Nueva York no obliga a los estados a denegar el laudo; por el contrario, deja a los jueces de los países donde se pretenda ejecutar el laudo la discrecionalidad de su denegación.

6. Otras causales de anulación: arbitrabilidad objetiva y orden público

El segundo apartado del artículo V de la Convención de Nueva York contempla la posibilidad de denegar el reconocimiento y ejecución del laudo cuando: (i) la materia según la ley del país no es arbitrable; y, (ii) se afectan normas de orden público.

El primer supuesto contemplado en el apartado en comentario recoge la llamada arbitrabilidad objetiva como motivo para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo a la cual nos hemos referido antes y que se presenta cuando las cuestiones controvertidas no son susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje[42]. Es común señalar que la arbitrabilidad objetiva se encuentre relacionada con las materias de libre disposición que pueden ser objeto de arbitraje.

En este contexto, la mayoría de las jurisdicciones del mundo contemplan que aquello que no es pasible de arbitraje se encuentra relacionado al orden público. De acuerdo a ello se afirma que todo lo relativo al orden público siempre será inarbitrable *per se*. Siguiendo esta línea, es completamente común y "habitual, sobre todo en América Latina, vincular la arbitrabilidad con la noción de orden público en el sentido que resulta inarbitrable todo aquello que contraviene dicho principio"[43].

Particularmente, la noción de orden público varía en razón del contexto del derecho civil, del derecho internacional privado o del derecho del arbitraje. De esta forma, los jueces tendrán que determinar la noción que aplicarán en cada caso en concreto, lo que nos lleva a tener muchos fallos sobre temas similares con una distinta connotación del concepto de orden público.

Si bien la acepción orden público no ha sido definida expresamente por los ordenamientos jurídicos de cada Estado, ésta "incluye los principios políticos básicos que permiten la articulación de la sociedad, las normas o principios integrantes de la moral pública y los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución"[44].

Como puede apreciarse, la denegación del reconocimiento de un laudo por este motivo tendrá resultados distintos, pues dependerá del país en el que se emita dicho fallo.

C. Las causales de anulación del laudo en nuestra Ley de Arbitraje

La Ley Peruana de Arbitraje recoge las causales de anulación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y ha establecido algunas precisiones en comparación con la norma de arbitraje anterior. Ciertamente, la exposición de motivos de la Ley Peruana de Arbitraje refiere que las causales de anulación han sido precisadas y redactadas de acuerdo a los estándares internacionales (Ley Modelo Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención de Nueva York, etc.):

"Artículo 63.-
En el artículo 63 se ha redactado **con mayor claridad, precisión y orden las distintas causales de anulación de acuerdo a los estándares internacionales**, comprendiéndose detrás de las causales los requisitos y alcances de cada una de ellas (…)". [El énfasis es nuestro.]

La diferencia apreciable entre las casuales de la antigua Ley de Arbitraje de 1996 y las contempladas en la Ley Peruana de Arbitraje de 2008 se encuentra en que esta última no contempla la

41 Ver: Caso. Civ. 1re, 23 Mar. 1994, *Société Hilmarton* v. *Société OTV* (1994) 121 J.D.I. 701 y Caso *Chromalloy Gas Turbina Corporation* v. República Árabe de Egipto, 939 F. Supp 907 (D.D.C. 1996).

42 MANTILLA SERRANO, Fernando. Op. cit. pp. 44 y 45.

43 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Op. cit. p. 872.

44 REMÓN, Jesús. Op. cit. pp. 479 y 480.

causal de anulación que procedía cuando el laudo había sido emitido sin la mayoría requerida (ésta causal se encontraba contemplada en el inciso 4) del artículo 73 de la Ley de Arbitraje de 1996[45]). Básicamente la razón de eliminar la causal antes referida encuentra su sustento en el hecho que en toda adopción de decisiones, a falta de mayoría, es el presidente del Tribunal quien tomará la decisión[46]. En ese sentido, resultaba innecesaria la permanencia de la causal antes señalada.

Sobre el particular, Fernando Cantuarias y Roque Caivano señalan que "la LA (Ley Peruana de Arbitraje de 2008) no crea nuevas o distintas causales de anulación a las ya existentes en la LGA (Ley General de Arbitraje de 1996). Simplemente se ha limitado a establecer con precisión las condiciones que la parte interesada tiene que haber observado para que, en su momento, pueda deducir alguna de las causales de anulación reconocidas en la LA"[47].

Particularmente, la Ley Peruana de Arbitraje **ha precisado con acierto que a efectos de que procedan ciertas causales** (tales como las contempladas en los incisos a, b y c del artículo 63[48]) **la parte que alegue dichas causales debe demostrar que fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el Tribunal Arbitral y que fueron desestimadas.**

Con esta y otras precisiones la Ley Peruana de Arbitraje pretende "que la parte no espere a tomar conocimiento del contenido del laudo para impugnarlo por alguna causal, **sino que actúe de buena fe y brinde a los propios árbitros la oportunidad de evitar o corregir el agravio**"[49]. [El énfasis es nuestro.]

IV. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS CAUSALES

Como antes he señalado, un factor fundamental para la independencia del arbitraje es que los operadores jurídicos interpreten de manera restringida las causales para interponer el Recurso de Anulación.

Ahora bien, para asegurar que la institución arbitral cumpla con este cometido, se necesita garantizar que los laudos que se expidan serán efectivamente respetados, tanto por las partes como por el propio Estado. Ante ello, es válido preguntarse: *¿Cómo podemos asegurar el respeto a los laudos arbitrales?*

La respuesta es sencilla. El respeto a los laudos se garantiza cuando se restringe el acceso a los mecanismos judiciales orientados a dejarlos sin efectos, limitando las causales para la impugnación al mínimo indispensable para salvaguardar los principios básicos que deben regir al arbitraje, estos son los principios de igualdad, audiencia y contradicción. Por ello, consideramos que el sentido de una Ley de Arbitraje no consiste únicamente en regular el procedimiento ante los árbitros o las partes, sino en que el Estado garantice el respeto a las decisiones arbitrales, limitando la interferencia del Poder Judicial y reconociéndole al Arbitraje independencia frente a este.

En nuestro ordenamiento, podemos afirmar que existe un fuerte respeto a la institución arbitral, pues Ley Peruana de Arbitraje se ha cuidado de "blindar" al Arbitraje ante las posibles interferencias judiciales, al establecer un único mecanismo para discutir judicialmente la validez de un laudo arbitral,

45 Artículo 73.- Causales de anulación de los laudos arbitrales.-
El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:
(…) 4. Que se ha laudado sin las mayorías requeridas (…).

46 Esta disposición se encuentra en el artículo 52 de la Ley Peruana de Arbitraje de 2008, el cual glosamos a continuación:
Artículo 52.- Adopción de decisiones
1. El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. **Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.**
2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.
3. Salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales". [El énfasis es nuestro.]

47 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque CAIVANO. "La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad". En: Revista Peruana de Arbitraje. Volumen 7. Lima: Magna Ediciones. 2008. p. 78.

48 Artículo 63.- Causales de anulación
1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
(…)
2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

49 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque CAIVANO. Op. cit. p. 79.

que es el Recurso de Anulación. Una característica preponderante de dicho recurso es que el mismo tiene un ámbito de aplicación restringido por las causales taxativamente expresadas en la Ley y no permite que el Poder Judicial se pronuncie sobre el fondo de la controversia.

Evidentemente, al establecer nuestra Ley de Arbitraje causales taxativas para la interposición del Recurso de Anulación de Laudo Arbitral, logra fortalecer la institución, pues restringe adecuadamente la intervención del Poder Judicial sobre las decisiones adoptadas por los árbitros, asegurando así el respeto de la autoridad de cosa juzgada que adquiere el laudo.

La posición adoptada por nuestra Ley Peruana de Arbitraje concuerda con lo doctrina más autorizada que establece que "siendo los laudos arbitrales inalterables en su fondo (los errores *in indicando* no son fiscalizables por instancia judicial alguna) e inmodificables en sus efectos (…) no es admisible extender o ampliar a causas distintas a las taxativamente previstas (…), pues de otra forma se vulnerarían la inalterabilidad e inmodificabilidad del laudo (…)"[50].

Sobre el particular, el Doctor Ferrero Costa afirma que "el laudo sólo podrá anularse atendiendo a las causales expresamente previstas en la ley de la materia. Esto quiere decir, que **los motivos de anulación tienen un carácter eminentemente taxativo** y **no puede promoverse una nulidad acudiendo a supuestos que** (aún cuando parezcan válidos) **escapen o excedan a las causales de nulidad prescritas en el ordenamiento jurídico**"[51] [el énfasis es nuestro].

Sin embargo, contar con causales taxativas para la interposición del Recurso de Anulación no resulta suficiente para asegurar la independencia del arbitraje, dado que un factor fundamental es que los operadores jurídicos interpreten estas causales de manera restringida, es decir sin admitir que por vía de interpretación o analogía se establezcan supuestos adicionales para la interposición de un Recurso de Anulación de Laudo Arbitral.

Actualmente, es una práctica común al interponer el Recurso de Anulación de Laudo Arbitral, **que se busquen maneras para "ampliar" el sentido de la norma y encontrar causales que le permitan impugnar el laudo**. Un claro ejemplo de lo mencionado podemos encontrarlo en lo dispuesto en el literal b) del inciso 1) artículo 63 de la Ley Peruana de Arbitraje que señala que: "el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro de las actuaciones arbitrales, o **no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos**".

La redacción de este numeral abre la puerta a múltiples interpretaciones. Así, no es extraño que, amparándose en este dispositivo, la parte que pretende la anulación del laudo busque la revisión del fondo señalando que "no ha podido hacer valer sus derechos por que se ha aplicado incorrectamente tal o cual norma", o que "no ha podido hacer valer sus derechos por que el Tribunal Arbitral ha interpretado equivocadamente la jurisprudencia".

Visto así, esta causal sería un "cajón de sastre" a través de la cual la parte que pretende la anulación de un laudo arbitral encuentra un aliado perfecto para encontrar una causal a su medida, pretendiendo en la mayoría de los casos una revisión del fondo de la controversia sometida a Arbitraje.

Creemos por ello que una interpretación restrictiva de la causal antes citada nos llevaría a afirmar que esa **"cualquier otra razón que impide hacer valer los derechos de una de las partes" sólo puede ser entendida como una flagrante vulneración al debido proceso que afecte en forma manifiesta el derecho de defensa**, lo cual guarda concordancia con lo señalado en el literal b) del numeral 1) del artículo 65° de la Ley Peruana de Arbitraje, el cual establece que: "(…) Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b, del numeral 1 del artículo 63°, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa".

Por lo señalado, consideramos necesario que las causales para interponer el Recurso de Anulación de Laudo Arbitral sean siempre interpretadas de manera restrictiva, pues así se asegura una menor interferencia del Poder Judicial y, consecuentemente, una mayor independencia de la institución arbitral.

V. LA EXPERIENCIA COMPARADA

La doctrina y la jurisprudencia internacional han reafirmado que las causales de anulación deben ser interpretadas en sentido estricto y restrictivo.

[50] MERINO MERCHÁN, José y José CHILLÓN MEDINA. Op. cit. p. 694.

[51] FERRERO COSTA, Raúl. Op. cit. p. 587.

Sobre todo la jurisprudencia norteamericana ha aclarado más el tema. En el caso Diapulse Corp. of América vs. Carba Ltd. (626 E2d 1108, 2d Cir., 1980), se señaló que "la finalidad del arbitraje es permitir una resolución relativamente rápida y económica de las controversias contractuales, evitando lo caro y la demora de los extensos procedimientos judiciales (...) En consecuencia, esto es una propuesta bien establecida que **la revisión judicial de un arbitraje debe ser, y es, muy estrechamente limitada"**[52] [El énfasis es nuestro].

Del mismo modo, "en el caso D. Frampton & Co. Ltd. vs. Silvio Thibeault and Navegation Harvey & Fréres Inc. (1998), una Corte federal de Canadá ante un pedido de anulación de un laudo internacional, se pronunció en el sentido de que 'cuando se solicita la anulación de un laudo arbitral, el tribunal solo esta facultado para examinar el laudo **sobre la base de las disposiciones restrictivas** del artículo 34 de la Ley Modelo (de UNCITRAL) que figuran en el Commercial Arbitration Code, S.R.C. 1985, c.C.-34.6"[53] [El énfasis es nuestro].

Asimismo, en el caso *Yusuf Ahmed Alghanim & Son, W.L.L. vs. Toys "R" Us, Inc.* (126 E3d 15,2d Cir., 1997)[54], según "la Convención de Nueva York es (...) claro que cuando una acción de ejecución se llevó en un Estado extranjero, el estado puede negarse a ejecutar el laudo únicamente por los motivos expresamente establecidos en el artículo V de la Convención"[55].

No está demás señalar que la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos ha confirmado el carácter eminentemente restrictivo de las causales de anulación del laudo. En el caso *Hall Street Associates LL.C v. Mattel Inc*[56], de marzo de 2008, "la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos sostuvo que las causales de anulación de laudos arbitrales, previstas en la sección 10 del *Federal Arbitration Act*, tenían –y tienen– un carácter taxativo y restrictivo"[57].

VI. CONCLUSIÓN

Al establecer nuestra Ley Peruana de Arbitraje causales taxativas para la interposición del Recurso de Anulación de Laudo Arbitral, logra fortalecer la institución, pues restringe adecuadamente la intervención del Poder Judicial sobre las decisiones adoptadas por los árbitros, asegurando así el respeto de la autoridad de cosa juzgada que adquiere el laudo.

Sin embargo, ello no es suficiente a efectos de asegurar la independencia del arbitraje, dado que un factor fundamental es que los operadores jurídicos interpreten estas causales de manera restringida, es decir sin admitir que por vía de interpretación o analogía se establezcan supuestos adicionales para la interposición de un Recurso de Anulación de Laudo Arbitral.

La interpretación restrictiva de las causales de anulación del laudo permite afianzar una cultura de respeto al arbitraje y con ello se refuerza su independencia y se limita adecuadamente la intervención del órgano jurisdiccional.

52 Traducción libre del siguiente texto: "*The purpose of arbitration is to permit a relatively quick and inexpensive resolution of contractual disputes by avoiding the expense and delay of extended court proceedings… Accordingly, it is a well-settled proposition that judicial review of an arbitration should be, and is, very narrowly limited*". Caso *Diapulse Corp. of América v. Carba Ltd.* (626 E2d 1108, 2d Cir., 1980).

53 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Op. cit. p. 467.

54 Citado por Fernando Cantuarias Salaverry. Ibídem.

55 Traducción libre del siguiente texto: "*The New York convention is (…) clear that when an action for enforcement is brought in a foreign state, the estate may refuse to enforce the award only on the grounds explicitly set forth in Article V of the Convention*".

56 Puede accederse al fallo en la siguiente dirección electrónica: http://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-989.pdf

57 TALERO RUEDA, Santiago. "Reflexiones sobre la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales". En: http://www.strlegal.com/home/content/view/23/43/lang,spanish/Consulta: 25 de agosto de 2010.



Av. Larco 1301 Piso 20, Torre Parque Mar
Miraflores - Lima 18, Perú
Tel. (511) 610 - 4747 / Fax. (511) 610 - 4748

www.mafirma.com.pe

DEL FRACASO DEL PROCESO POR AUDIENCIAS A LA NECESIDAD DE REGULAR UNA AUTÉNTICA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL PERUANO

Giovanni Priori Posada[*]

En el presente artículo el autor reflexiona sobre la oralidad dentro del proceso civil. Para tal fin, realiza un desarrollo histórico sobre los procesos orales y escritos, empleando el derecho comparado y la doctrina para analizar nuestra situación en lo respectivo al proceso civil.

Se reconocen algunos problemas que se dieron con la implementación del sistema oral, siendo el principal la falta de capacitación de los agentes de Derecho que debían participar en el proceso. Nos encontramos en una situación delicada al alejarnos del rumbo que nos lleva a un proceso oral consolidado, que en realidad es mixto, y lo que se propone es una vuelta a dicho camino, evidentemente acompañada de una mejor implementación.

[*] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster por la Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Profesor ordinario de derecho procesal en la Facultad de Derecho y en las Maestrías en Derecho Procesal y Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Priori, Carrillo & Cáceres.

I. INTRODUCCIÓN

Preguntarse por el tema de la oralidad no es otra cosa que reflexionar acerca de una de las formas de comunicación entre los hombres: la comunicación oral. Esta forma de comunicación es, ante todo, interacción; y ello permite que el mensaje no solo pueda extraerse de las palabras, sino también de las actitudes, acciones y reacciones de los interlocutores. Estamos, pues, frente a un complejo sistema de comunicación.

El presente trabajo tiene por finalidad reflexionar sobre la oralidad en el proceso civil, a partir de los datos que desprendemos de la historia, del derecho comparado, de la doctrina, de nuestra legislación y de nuestra realidad.

II. LA ORALIDAD: ALGUNOS APUNTES HISTÓRICOS

No son pocas las instituciones cuyos antecedentes históricos merecen ser estudiados a fin de poder comprender su real dimensión e importancia para la justicia civil. Una de ellas es, precisamente, la oralidad, la que en su devenir histórico ha tenido marchas y contramarchas, al punto de haber surgido verdaderos movimientos en su defensa en diversos momentos de la historia.

El desplazamiento de la oralidad por la escritura se ha proclamado fundamentalmente en defensa de la seguridad, la prohibición de arbitrariedades y de la imparcialidad del juzgador. Sin embargo, las banderas que vienen enarbolando los defensores de la oralidad son más bien las de la defensa de la libertad y de los derechos de los ciudadanos, la del control del poder y la de la búsqueda de la justicia, pues no existe ningún mecanismo mejor para poder llegar a una decisión correcta y justa que ella.

Ninguna aproximación al desarrollo histórico de la oralidad puede dejar de lado el hecho que el fenómeno de la escritura, a diferencia del de la oralidad, es –si se le compara con el surgimiento del hombre– más o menos reciente. La oralidad existe desde el momento mismo en que el hombre siente la necesidad de comunicarse, la escritura en cambio supone mayores grados de organización y conocimiento, el establecimiento de un alfabeto y de medios de difusión del mismo. A ello debe agregarse que la difusión del papel, gran aliado de la forma escrita de comunicación, se da en Europa recién hacia el siglo XIV.

Retrocediendo en el tiempo, es necesario anotar que el proceso de los pueblos germánicos era esencialmente oral y público, dado que no conocían la escritura[1]. Recordemos además que en esta época el juicio era realizado fundamentalmente sobre la base de ordalías o frente a una asamblea popular. Inicialmente, la situación en Roma no fue tan distinta, pues tanto el proceso *per legis actiones*, como el proceso *per formulas* eran procesos esencialmente orales[2], al punto que incluso la sentencia era dictada a viva voz[3]. Aunque ya en el proceso formulario se van introduciendo algunos aspectos escritos, se mantiene, en esencia, oral. En ese sentido, debía el juez apreciar e investigar los hechos, existiendo la obligación de mantenerse durante todo el proceso[4]. Es la *cognitio extra ordinem* más bien un proceso escrito. Sobre el tránsito de la oralidad a la escritura en el proceso romano Cuenca nos dice que: "En el sistema extraordinario del Bajo Imperio la preeminencia de la escritura sobre la oralidad se hace sentir. La demanda y todos los demás actos del proceso hasta su culminación en la sentencia deben redactarse por escrito. En verdad, el proceso con ese cambio adquiere firmeza y precisión, pero pierde espontaneidad, viveza, y se aparta de lo real. A medida que la forma escrita avanza hasta imponerse definitivamente, la verdad moral se distancia cada vez más de la verdad procesal"[5].

El proceso justinianeo fue por ello escrito, así como lo fue el proceso ítalo-canónico del Medioevo. Ello terminó influenciando el proceso romano-canónico de la Europa continental desde el siglo XII hasta fines del siglo XVIII[6]. Ese proceso se caracterizaba fundamentalmente por lo siguiente[7]:

(i) Por el predominio del elemento escrito. Como enseña Cappelletti[8], ese predominio se convirtió en absoluto cuando se impuso el principio *quod non est in actis non est in mundo*; es decir, lo que no está en el expediente, no está en el mundo. Por ello, todo lo que ocurría en el proceso tenía

1 CAPPELLETTI, Mauro. "La oralidad y las pruebas en el proceso civil". Buenos Aires: EJEA. 1972. p. 42.

2 GUEDES, Jefferson. "O principio da oralidade". Sao Pablo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 20.

3 SCIALOJA, Vittorio. "Procedimiento civil romano". Buenos Aires: EJEA. 1954. p. 254.

4 CUENCA, Humberto. "Proceso civil romano". Buenos Aires: EJEA. 1957. p. 16.

5 Ibíd. p. 17.

6 QUINTERO, Beatriz y Eugenio PRIETO. "Teoría general del proceso". Bogotá: Temis. 2000. p. 117. En ese mismo sentido: CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 34.

7 CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. pp. 34 y siguientes.

8 Ibíd. p. 35.

que ser documentado por escrito, siendo imposible que la sentencia se fundamente en aspectos que no estuvieran escritos. Ese principio encontró reconocimiento legislativo en la Decretal de 1216 del Papa Inocencio III, que establecía que "todo acto procesal, aunque se hubiera realizado ante el juez o por el juez mismo se debía redactar por otros –notarios, actuarios, etc.– un protocolo, y, por tanto, que la sentencia debía basarse exclusivamente sobre esta acta"[9].

(ii) Por la inexistencia de la inmediación. Era considerado como absolutamente inconveniente que el juez pudiera interrogar a los testigos, encargándole tal misión a los interrogadores. Se pensaba que a fin de que el juez tenga mayor objetividad a la hora de juzgar debía estar absolutamente distanciado de las partes y del conflicto en general.

(iii) Los procesos no eran públicos.

(iv) El proceso duraba demasiado tiempo porque los escritos provocaban contra-escritos.

(v) Todas las resoluciones judiciales expedidas en el ámbito del proceso eran impugnables, suspendiendo el trámite de la consecución del proceso, hasta que no se resolvieran esas apelaciones.

(vi) Consagraba el sistema de tarifa legal, como sistema de valoración de la prueba.

Estas características del proceso ítalo-canónico son resumidas críticamente con las siguientes palabras: "Desde entonces el proceso, que antes era un conjunto de actos vivos, se convierte en un expediente de actas muertas: parece forjado, no para investigar la verdad, sino para convencer a los litigantes de la exactitud de la sentencia. Lo que el proceso gana en precisión, lo pierde el juez en libertad"[10]. Resultó ser curiosamente el Renacimiento italiano que se extendió por todo el continente europeo, el que propició la difusión de ese esquema procesal a toda Europa[11].

Contra este proceso se enunciaron fuertes críticas, las que tenían su base en la ideología propia de la Revolución Francesa, a partir de la cual se comenzó ya a proponer una serie de normas que fomentaban una serie de reformas prácticas[12]. Fue mérito de la Revolución Francesa eliminar el proceso secreto y el sistema de tarifa legal. En esa medida el proceso diseñado en Francia se convirtió en un proceso radicalmente distinto al del resto de los países europeos, de modo que ya por esa época se usaba la expresión *proceso oral*, para hacer referencia al proceso francés, que era radicalmente diferente al proceso común que imperaba en el resto de países europeos.

A fines del siglo XIX e inicios del siglo XX se produjo un movimiento europeo general a favor de un sistema oral[13], producido por "aquel gran movimiento de análisis histórico-comparativo, de protesta y de reforma, que en el continente europeo se ha presentado precisamente bajo el nombre-símbolo de "oralidad en el proceso""[14]. En ese sentido, la relación de Derechos Fundamentales proclamados por la Asamblea Nacional de Frankfort en 1848 incluía expresamente los principios de publicidad y oralidad[15]. Poco tiempo después, en 1850, se dictó el Código de Procedimiento Civil de Hannover y hacia 1877 la *Zivilprozessordnung* alemana, normas que recogieron rígidamente a la oralidad. Es sumamente interesante la regulación de estas dos normas en la medida que como tenían que hacerle frente a un rígido y extendido esquema procesal escrito, en el que, como hemos señalado, solo tenía existencia para el juez aquello que estaba escrito; en estas normas solo tenían existencia para el juez los actos procesales que habían sido pronunciados por medio de la palabra, al punto que los propios documentos debían ser leídos para poder tener existencia para el juez, y poder fundar en ellos su fallo[16]. Se pasó entonces, de un sistema puramente escrito a un sistema puramente oral. Se radicalizó de esta manera el cambio, lo que produjo todos

9 Ibíd. pp. 35-36.
10 CUENCA, Humberto. Op. cit. p. 17.
11 CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 44.
12 Ibíd. p. 45.
13 QUINTERO, Beatriz y Eugenio PRIETO. Op cit. Loc. cit.
14 CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 45.
15 Ibíd. p. 47 (cita 120).
16 Ibíd. p. 48.

los inconvenientes que una reforma así de radical supone, aunque es necesario señalar que debido a estos defectos, la *Zivilprozessordnung* alemana tuvo que ser modificada sucesivamente.

Hacia 1895 se dictó la *Zivilprozessordnung* austriaca la que también se inspiró en el modelo de la oralidad, pero no llegó a los excesos de su antecesora alemana. Se trataba más bien de un "proceso en el cual la escritura también es utilizada, particularmente en la fase preparatoria, aun siendo central y dominante la posterior fase de sustanciación pública y oral"[17]. De este modo, la fase de la actuación probatoria era oral, y la prueba era valorada, conforme al sistema de la apreciación razonada.

Ahora se puede entender con facilidad por qué a decir de Cappelletti fueron precisamente las discusiones en torno a la oralidad las que dieron lugar a "las más importantes leyes europeas de reforma procesal en el siglo pasado (se refiere al siglo XIX) y en los primeros decenios de nuestro siglo (se refiere al siglo XX)"[18]. En esa línea es necesario considerar que las normas alemana y austriaca que hemos reseñado influyeron notablemente en una serie de otras normas europeas, por lo que la oralidad se fue abriendo paso en el viejo continente e, incluso, en países un poco más alejados como Japón.

Curiosamente, esa misma tendencia tardó en llegar a Italia, país en el que por esa época se venía gestando el más importante desarrollo doctrinal que la disciplina procesal haya tenido. Esa situación era vista como absolutamente contradictoria e inconveniente por los más destacados procesalistas italianos de la época.

Hacia 1906, Chiovenda escribe en sus Principii sobre esta situación, denotando con estas sentidas palabras su impotencia frente a la desidia del legislador italiano: "Comparando nuestro procedimiento con aquellos de los otros países y que estudié atentamente no solo en las leyes, sino también en sus libros, en las estadísticas, así como en las salas de los tribunales y en los oficios forenses, **me he tenido que convencer con dolor que Italia, en materia de justicia civil, se encuentra en una vergonzosa condición de inferioridad respecto a la mayor parte de las otras naciones. He investigando las razones de esta inferioridad, era evidente que ella debía atribuirse más que a diferencias de secundaria importancia relativas a particulares instituciones, a una diferencia verdaderamente central, que es que el proceso civil italiano continúa siendo escrito, mientras que las otras naciones, algunas antes que otras, han introducido en los juicios civiles la oralidad, como las leyes de la misma Italia y de todo el mundo civil la habían introducido desde hace tiempo en los juicios penales"**[19]. (El énfasis es nuestro.)

En ese sentido, reclamaba la necesidad de regular una audiencia en el proceso civil italiano, que sintetizaría los principios de oralidad y concentración, que a decir del propio Chiovenda representan la síntesis de varios principios, "conectados e inseparables entre ellos como las caras de un diamante"[20]. La lucha de Chiovenda por la oralidad fue incesante y apasionada, basta leer la presentación de sus Principii en su edición de 1923 para darse cuenta de ello.

Resulta sumamente interesante señalar que para cuando Chiovenda defendía la oralidad en el proceso civil, ya se había producido en Italia, al igual que en el resto de los países europeos, un cambio en el proceso penal, el que sí adoptó el sistema de la oralidad. A pesar de ello, el proceso civil no había recibido una modificación del mismo tipo. La razón, explica el padre del derecho procesal, fue que la reforma del proceso penal a uno oral estuvo rodeado de un apoyo político fundamental, lo que no ocurrió con el proceso civil, en el que la oralidad era vista más como un tema técnico-jurídico, y no como un asunto político[21].

Esa tendencia hacia la oralidad que se inauguró a fines del siglo XIX e inicios del siglo XX encontró justificación en las deficiencias que mostró el proceso escrito. Así Beatriz Quintero y Eugenio Prieto expresan ese fracaso del modelo escrito señalando que estuvo siempre "acompañado de las peores máculas, proceso secreto, sin inmediación, ni concentración. Prolongado en el tiempo de manera irracional"[22].

17 Ibíd. p. 50.
18 Ibíd. p. 4.
19 CHIOVENDA, Giuseppe. "Principii di diritto processuale civile". Napoli: Jovene. 1965. pp. 13-14. Traducción libre de: *"Confrontando il nostro procedimento con quello che altri paesi possiedono e ch'io studiai attentamento non solo nelle leggi, nei libri, nelle statistiche, ma nelle aule dei tribunal e negli uffici forensi, dovetti convencerme con dolore che l' Italia in fatto di giustizia civile si trova in una vergognosa condizione d' inferiorità rispetto alla maggior parte delle altre nazioni. E ricercando le ragioni di questa inferiorità, mi parve evidente ch'essa debba attribuirsi, più che differenze di secondaria importanza concernenti particolari istitutti, a una differenza veramente centrale, ed è che il proceso civile italiano è rimasto un proceso scritto, mentre quelle altre nazioni hanno qual prima qual poi introdotta nei giudizi civil l'oralità, come le leggi dell'Italia stessa e di tutto il mondo civile l'avevano introdotta da tempo nei giudizi penali".*
20 Ibídem. Traducción libre de: *"conessi e inescindibili fra loro quanto le facce d' un diamante".*
21 Ibíd. p. 678.
22 QUINTERO, Beatriz y Eugenio PRIETO. Op. cit. p. 118.

Precisamente, Cappelletti da cuenta que la Academia Internacional de Derecho Comparado le dedicó sus Congresos de 1950 y de 1970 al tema de la oralidad, y sobre ello agregaba "sin embargo considero que vale la pena esta nueva discusión, e intentarla, aunque ni sea para otra cosa que para ver qué puede significar hoy –fuera de pretendidas definiciones doctrinales y dogmáticas– esta tan discutida, y exaltada y criticada "oralidad" en el proceso; en otras palabras, cuál es para el comparatista, el valor actual del problema de la oralidad procesal"[23].

III. LA SITUACIÓN DE LA ORALIDAD EN LATINOAMÉRICA: DEL PROCEDIMIENTO CASTELLANO-INDIANO AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA

El procedimiento castellano-indiano fue exactamente el mismo procedimiento romano-canónico al que nos hemos referido anteriormente[24], y por ende, uno de sus rasgos característicos fue precisamente la escritura.

El proceso durante la Colonia, por influjo de las leyes españolas, fue tediosamente escrito y largo, habiendo tenido la Corona que tomar algunas medidas para hacerle frente a ese letargo, como sancionar a los abogados que presentaran demasiados escritos en los que no dijesen nada nuevo, o repitiesen lo anterior[25].

Nada mejor que la *Curia Philipica* para relatarnos uno de los episodios más lamentables del proceso escrito: la declaración de un testigo. "Cada testigo se ha de examinar de por sí, secreta y apartadamente, sin que ninguna persona le oyga, ni los demás testigos puedan saber lo que dixo. Y luego que se le pregunte, el que lo examina le ha de mirar a la cara y mirándole a ella, oírle lo que dice, y responde; y respondiendo, volvérselo a referir, para que entienda si se ha entendido; y diciendo, que sí, lo ha de escribir; y escrito, volvérselo a leer, y asentar como se le leyó, y lo ha de firmar el testigo, si supiere (…)[26]".

Ese mal acompañó a los países latinoamericanos no solo durante la Colonia, sino después de la independencia, en la medida que se tomaron como modelo para redactar la nueva legislación procesal republicana, las leyes de la antigua Corona, las que reflejaban ejemplarmente todos los defectos del sistema escrito. Schipani[27], luego de señalar que el derecho procesal civil común en América Latina al momento de la Independencia se formaba sobre una serie de normas comunes que provenían de la metrópoli española, señala: "Con la independencia fue globalmente confirmada la legislación preexistente, salvo por los aspectos que se opusieran directamente a la independencia misma y con las nuevas estructuras de gobierno (…)"

Esa fue en esencia la situación en el siglo XIX, y así se entró al siglo XX. Cabe señalar que a fines de los años 30 se produjo una renovación de los estudios procesales en América Latina, a consecuencia del contacto de la doctrina de nuestro continente con la europea, provocada, en gran medida, por el viaje de varios procesalistas europeos a América Latina a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial[28].

El movimiento por la oralidad se dio fuertemente en América Latina recién a fines del siglo XX, "En 1970 el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal encargó a los profesores Enrique Véscovi y Adolfo Gelsi Bidart, la redacción de las Bases Uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos"[29]. La necesidad de dicha reforma se justificaba en que el sistema procesal de los países latinoamericanos mantenía el modelo de las Siete Partidas del rey Alfonso X el Sabio y tenía como principales características: ser acentuadamente dispositivo, formalista, excesivamente preclusivo y no existía inmediación[30]. El diagnóstico de la realidad procesal civil latinoamericana incluía lo siguiente: "la regla de la escritura, sea como forma de los actos procesales, sea como representación de todo lo que se hace en el proceso (notas del actuario o secretario); todo lo cual confluye en la formación

23 CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. pp. 6-7.

24 LEVAGGI, Abelardo. "Manual de Historia del Derecho Argentino". Tomo II. Buenos Aires: Depalma. 1987. p. 55.

25 Por ejemplo ver: "Porque algunos Abogados y Procuradores por malicia, y por alongar los pleitos, y llevar mayores salarios de las partes, hacen muchos escritos luengos, en que no dicen cosa de nuevo, salvo replicar por menudo dos o tres, y quatro y aun seis veces lo que ya han dicho y está ya puesto en el proceso (…) por ende Nos, queriendo obviar sus malicias, y desiguales codicias e injustas ganancias, ordenamos y mandamos, que cualquier Abogado o Procurador, o parte principal que replicare, y repilogare lo que está ya dado y escrito en el proceso, que peche en pena para nuestra Cámara seiscientos maravedíes (…)". Ley I del Título XIV del Libro XI de la Recopilación de las leyes de España. Galván Librero: Mégico. 1831.

26 DE HEVIA, Juan. "Curia Philipica". Madrid: Oficina de Ramón Ruiz. 1797, § 17, 19. p. 87.

27 SCHIPANI, Sandro. Discurso de apertura del Congreso Internacional "Un Codice Tipo di Procedura Civile per l'America Latina". En: SCHIPANI, Sandro y Romano VACCARELLA. "Un Codice Tipo di Procedura Civile per l'America Latina". Padova: Cedam. 1990. p. 17.

28 GELSI, Adolfo. "Código Tipo y Reforma del Proceso en América Latina: Entre el derecho común o uniforme". En: SCHIPANI, Sandro y Romano VACCARELLA. Op. cit. p. 46.

29 Ibíd. p. 41.

30 Ibíd. p. 43.

del expediente. Más aún lo que se hace se dirige a *formar el expediente*, más que a *hacer el proceso*"[31]. Hacia 1976 Brasil adoptó la oralidad con el Código Buzaid[32].

Uno de los principales propulsores de la oralidad fue el colombiano Hernando Devis Echandía[33], quien luego de enseñar las enormes ventajas del sistema oral, señalaba que las críticas que pudieran hacerse a este sistema se desvanecían en la medida que el proceso oral contemplaba una serie de actos procesales que eran realizados por escrito, lo que servía para poder hacer frente a las deficiencias que se denunciaban en el sistema oral. Menos efusivo en defensa de la oralidad fue Eduardo Couture[34], quien reservaba este sistema para los asuntos de poca cuantía económica, por considerarlo el ilustre profesor uruguayo menos costoso y más simple.

Dado que la audiencia es donde se realiza la parte esencial del proceso, el término que se acuñó para poder hacer referencia al proceso oral fue el de *proceso por audiencias*. En ese sentido, uno de los más entusiastas defensores de él, Enrique Véscovi, nos dice, refiriéndose al proceso oral: "Más correctamente deberíamos llamarlos *procesos por audiencia*, ya que en esta *(trial)* es donde se realiza la parte sustancial del juicio"[35]. Interesante resulta por ello atender a la definición que, de audiencia, da el otro coautor del Código Modelo, Adolfo Gelsi Bidart: "El Proyecto [se refiere al de Código Tipo] pone el acento en la audiencia como elemento esencial del proceso, o sea, en la *inmediación*, *co-presencia* y, por tanto, directa comunicación entre los sujetos y *concentración* de las actividades que se realizan en el proceso, economizando esfuerzos y unificando la realización de los mismos"[36].

Esa por eso fue la propuesta que un grupo de académicos latinoamericanos formularon en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, la de un proceso con predominio de la oralidad, en el que los actos postulatorios eran esencialmente escritos, pero en el que la estructura del proceso civil se basaba en esos momentos estelares denominados *audiencias*, en las que se daba la oralidad, la inmediación y la concentración.

Los lineamientos del proceso por audiencias se establecían sobre la base de las siguientes normas:

(i) La necesidad que ante el juez se realicen todas las audiencias, bajo sanción de nulidad (artículo 8 y artículo 95).
(ii) La necesidad de expedir el fallo al final de la audiencia, pudiendo diferirse su motivación (artículo 18.3).
(iii) Se deben fijar las audiencias con la mayor contigüidad posible (artículo 96).
(iv) Lo actuado en la audiencia se documentará en forma resumida en un acta y si hubiera necesidad de reproducir total o parcialmente lo actuado, se podrá realizar a través de medios técnicos (artículo 97).
(v) Todas las pruebas deben ser producidas en audiencia (artículo 132).
(vi) El interrogatorio de la parte se hace en audiencia, en presencia del juez (artículo 139).
(vii) La declaración de testigos se hace en audiencia, en presencia de juez (artículo 151).
(viii) Las partes pueden interrogar libremente al testigo (artículo 151).
(ix) Puede disponerse el careo entre testigos, entre testigo y parte y entre testigo y perito (artículo 152).
(x) La estructura del proceso ordinario, luego de la presentación de la demanda y de la contestación, incluía dos audiencias:
    - La audiencia preliminar (artículo 301), en esta audiencia se realiza lo siguiente:
        a) Ratificación de la demanda y de la contestación
        b) Contestación por parte del demandante de las excepciones planteadas por el demandado.
        c) Intento de conciliación.
        d) Saneamiento del proceso
        e) Fijación del objeto de la controversia.
    - La audiencia complementaria (artículo 303), en la que se actuará la prueba, se expondrán los debates orales y se sentenciará.

El Código Modelo influyó en muchas reformas procesales en América Latina, entre ellas, la peruana

31 Ibídem.

32 Ibíd. p. 51.

33 DEVIS, Hernando. "Nociones Generales de Derecho Procesal Civil". Madrid: Aguilar. 1966. p. 61 y siguientes. Aunque debemos señalar que la gran defensa que realiza el distinguido profesor colombiano se hace fundamentalmente en el ámbito de la actuación y valoración probatoria, en la que el sistema oral supera con creces al sistema escrito.

34 COUTURE, Eduardo. "Fundamentos del derecho procesal civil". Buenos Aires-Montevideo: Fairares. 2002. p. 155.

35 VÉSCOVI, Enrique. "Teoría General del Proceso". Segunda edición. Bogotá: Temis. 1999. p. 51.

36 GELSI, Adolfo. "Código Tipo y Reforma del Proceso en América Latina: Entre el derecho común o uniforme". En: SCHIPANI, Sandro y Romano VACCARELLA. Op. cit. p. 59.

en la que nos detendremos a continuación; sin embargo, esa reforma no se efectuó en muchos otros países de la región, como el caso de Chile. Recientemente un profesor chileno parece recuperar las mismas quejas y soluciones del pasado para el proceso de la primera década del siglo XXI: "Hemos insistido en otros lugares sobre la necesidad de reformar nuestro vetusto modelo de justicia civil, heredado de las LEC españolas del siglo XIX. Reconocemos en su carácter escrito la principal fuente de problemas para el adecuado funcionamiento del servicio de justicia en sede civil, fundamentalmente en su incidencia en los importantes niveles de lentitud que muestra actualmente el sistema procesal civil chileno". Inmediatamente agrega el profesor chileno "estamos convencidos que la dirección que debe seguir la reforma de nuestro modelo procesal civil liga con la asunción seria, razonable, y sin desbordamientos (que la hagan impracticable) de la regla oral y sus naturales compañeras formales, léanse la inmediación, la concentración y la publicidad. Concretamente venimos proponiendo el reemplazo del decimonónico modelo procesal escrito recogido en el Código de Procedimiento Civil de 1902 por un modelo de proceso por audiencias, ya vigente en parte de los regímenes de los países latinoamericanos, y también en los modelos europeos"[37].

IV. EL PROCESO CIVIL PERUANO: LOS VAIVENES ENTRE LA ESCRITURA Y LA ORALIDAD.

A. El Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852 y el Código de Procedimiento Civil de 1912

En el periodo de la República, el Perú ha tenido tres normas que han regulado el proceso civil[38]: La Ley de Enjuiciamiento en materia Civil de 1852, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y el Código Procesal Civil de 1993.

La Ley de Enjuiciamiento en materia Civil de 1852 mantuvo sin ninguna duda el sistema escrito[39]. Aunque el proceso civil regulado en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, trajo interesantes innovaciones, no podemos tampoco calificarlo como un sistema oral.

Esas innovaciones, sin embargo, parecían encontrar sustento en una conveniencia práctica, antes que en una clara opción por los beneficios del sistema de la oralidad. Así, para la doctrina peruana de inicios del siglo XX resultaba ya claro que un sistema oral no era incompatible con ciertos rasgos de escritura[40], y aunque no se defendía claramente la opción por un sistema oral, se tenía la idea más bien que "hay que continuar empleando ambos sistemas según los casos en que sea posible adaptarlos a las distintas probanzas"[41]. Así por ejemplo, en 1914 el importante comentarista del Código Guillermo Romero señalaba que: "De otro lado hay que tener en cuenta que el predominio exclusivo de cualquiera de estos sistemas nunca puede rigurosamente aplicarse, porque si bien es cierto que muchas diligencias preparatorias pueden actuarse en forma verbal, como la confesión y las declaraciones testimoniales, de estas mismas hay que dejar constancia escrita para que no se pierda la memoria de su contenido, ni se produzcan lamentables confusiones; siendo evidente también, que hay otras diligencias no susceptibles de actuarse en esa forma como se verifica con la prueba instrumental y con todas aquellas que son preconstituidas al juicio"[42].

Esta tibieza en la doctrina respecto al sistema oral, generó que la práctica judicial acentuara el carácter escrito del proceso, más allá de lo que dijera el Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Una norma que nos parece importante tener en consideración para definir el tipo de proceso regulado en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 es el artículo 470, que disponía que "El juez puede encargar al escribano que tome la declaración en el juzgado, si ambas partes están presentes y consientes de ello". La sola existencia de esta norma es suficiente para llevarnos a decir que el sistema adoptado por el Código de Procedimientos Civiles de 1912 no era ni podía ser oral, pues sin inmediación no hay oralidad. Y

37 PALOMO, Diego. "La audiencia previa y el modelo procesal civil oral que debe buscar Chile: consideraciones en torno a una pieza fundamental clave". En: Revista Peruana de Derecho Procesal 10. p. 153.

38 No tomamos en consideración el periodo de la Confederación Perú-Boliviana.

39 MONROY, Juan. "Introducción al proceso civil". Bogotá: Temis. 1996. pp. 48-49. Para dicho autor, también el Código de Procedimientos Civiles lo mantuvo.

40 ROMERO, Guillermo. "Estudios de Legislación Procesal". Tomo II. Lima: Tipografía El Lucero. 1914. p. 230. Destacable resultan ser las apreciaciones de Guillermo Romero sobre el particular: "Ya hemos visto al tratar del procedimiento en general que está muy lejos de ser conforme con las conveniencias procesales, la adopción exclusiva del sistema oral o del sistema escrito, y todo lo dicho allí resulta perfectamente aplicable a las reglas que deben adoptarse para la actuación de las probanzas, puesto según lo afirmó entre nosotros una de las más grandes lumbreras del foro peruano al formular sus proyectos de enjuiciamiento criminal el año 1874, en rigor el procedimiento bien examinado, no es más que la realización de la prueba y la demostración de la verdad que envuelve".

41 Ibíd. p. 231.

42 Ibíd. p. 230.

lo que ocurría con la aplicación de esa norma en la práctica judicial ratifica lo anterior. Así, sobre lo que en la práctica judicial ocurría con este artículo, el magistrado Remigio Pino Carpio, nos decía: "Como se advierte del texto de este artículo, lo general es que el juez tome las declaraciones de los testigos y que solo por excepción las reciba el escribano, si es que ambas partes están presentes y consienten en que sea este auxiliar quien las actúe. Desgraciadamente, debido al gran volumen de trabajo que tienen la mayoría de los juzgados, es materialmente imposible que se cumpla con lo dispuesto por el artículo. Pero si por la razón indicada es tolerable que se haya invertido lo establecido por el numeral, es inadmisible que se haya desplazado la posibilidad en cuestión, de la persona del escribano a la persona de su amanuense. En nuestro concepto, tal conducta es causal de nulidad, aun así sea que las partes lo toleren (…) Urge pues desterrarse tan tremenda corruptela"[43]. La corruptela estaba ya generada por la propia norma, que habilitaba a que una persona distinta al Juez pueda realizar los interrogatorios, ya si esta era el secretario, su amanuense, o el amanuense de este último, ello ya era un detalle menor.

Sin embargo, más allá de esta deficiencia de base, que impide, insistimos, que podamos hablar de un proceso oral, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 contenía interesantes modificaciones respecto de su predecesor acerca de los actos de declaración. En ese sentido, el artículo 474 señalaba que: "Todo litigante puede formular interrogatorios escritos para los testigos de su contrario, y hacerles por sí mismo, o por su abogado o apoderado, preguntas verbales en el acto de declaración". Si comparamos esta norma con nuestra regulación actual, aquella resulta ser mucho más acorde a un sistema oral, sin embargo, resulta ser interesante lo señalado en la exposición de motivos de esta norma: "Si se quiere que la declaración de testigos tenga la mayor eficacia, conviene que el litigante y su abogado desempeñen en la actuación de esta prueba un papel activo y que se les dé facilidades para la labor, no siempre sencilla, de compeler al testigo a decir la verdad o a revelar su malicia. Nuestro Código (se está refiriendo al Código de Enjuiciamiento en materia civil de 1852) yendo contra esa tendencia, pone restricciones inmotivadas al interrogatorio verbal. Las llamadas repreguntas tienen un alcance demasiado estrecho: solo permiten obtener de los testigos de la parte contraria la aclaración de sus respuestas anteriores. No pueden apartarse mucho de los únicos hechos que ha tenido a bien consignar el colitigante en su interrogatorio"[44]. Resulta curioso que la práctica que el Código de Procedimientos Civiles de 1912 quería desterrar se parece mucho a la que hoy se da en nuestro renovado proceso civil.

La propuesta del legislador en 1912 parecía, de acuerdo a la exposición de motivos, absolutamente innovadora y acorde a un sistema oral (que no podía darse al no existir inmediación), en atención a lo siguiente: "Esta amplia libertad común a ambos litigantes para examinar a los testigos propios o ajenos, prepara con un saludable temor al testigo para que se resuelva a decir de plano toda la verdad, y da a los abogados la posibilidad de orientar sus preguntas en vista de las declaraciones, a veces, inesperadas, de los testigos"[45]. Esta frase de la exposición de motivos del Código de Procedimientos Civiles de 1912 hacía ver que en el legislador había una interesante vocación por el cambio en cuanto a los métodos de interrogatorio. Esto se ve complementado con la exposición de motivos del artículo 467[46], que regulaba la oportunidad para proponer preguntas: "El proyecto (se refiere nuevamente al Código de Procedimientos Civiles de 1912) contiene una importante reforma sobre la época de presentación y forma del interrogatorio. Actualmente, (se refiere al tiempo en que está vigente el Código de Enjuiciamiento en materia Civil de 1852) las preguntas han de ser formuladas por el interesado en el pliego anexo al escrito de ofrecimiento de los testigos. Entre esa fecha y el día en que se recibe la declaración, media a veces un tiempo considerable. Debe autorizarse que en este intervalo, y hasta el momento de la declaración, se adicione o modifique el pliego de preguntas con nuevos interrogatorios escritos, porque un mejor estudio del asunto y del descubrimiento de nuevos datos puede, no solo aconsejar agregaciones, sino también cambios en el primer interrogatorio formulado. (…) No se descubre, pues, qué razones puedan hacer indispensable su presentación anticipada"[47].

El estudio de la historia nos permite precisamente estos curiosos descubrimientos. Como si fuera posible que el tiempo altere su natural devenir,

43 PINO, Remigio. "Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles". Tomo II. Lima. 1963. p. 352.

44 GUZMÁN, Fernando. "Código de Procedimientos Civiles". Tomo I. Lima: Editorial Cuzco. 1982. p. 422.

45 Ibídem.

46 Esa norma establecía: "Las preguntas a los testigos pueden formularse por escrito en interrogatorios abiertos o cerrados, que se presentarán en cualquier momento antes de la diligencia, o verbalmente en el acto de la declaración, por las partes, sus apoderados o abogados".

47 Ibíd. p. 419.

aquello que la Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles de 1912 le reclama al Código de Enjuiciamiento Civil de 1852, parece reclamárselo también al legislador del Código Procesal Civil de 1993, como veremos más adelante.

B. La versión original del Código Procesal Civil de 1993 y sus fundamentos

Cuando en 1993 entró en vigencia el Código Procesal Civil peruano lo hizo rodeado de muchas esperanzas relativas a que él podría convertirse en uno de los grandes propulsores de la reforma de nuestro sistema de justicia. No es esta la sede para entrar al análisis de si ello ocurrió o no, ni por qué; solo baste señalar que una de las grandes novedades que traía el Código Procesal Civil y que se exponía como una de las que generaría esa reforma fue la del proceso por audiencias.

El proceso por audiencias suponía una estructura procedimental en la que luego de presentados por escrito los actos postulatorios se daban momentos estelares denominados audiencias en las que las partes se reunirían frente al juez a desarrollar una serie de actos procesales trascendentes para el proceso. Las audiencias permitirían el contacto directo entre el juez, las partes, sus abogados y demás sujetos intervinientes en el proceso (inmediación) y la posibilidad de realización de una serie de actos procesales en un solo momento (concentración). Sin embargo, ¿permitiría también la oralidad? Casi instintivamente podríamos decir que ello era obvio, pues si un grupo de personas se reúnen en el local de un despacho para realizar una serie de actos procesales, lo natural es que el medio de comunicación entre ellos sea la oralidad y, por ende, que las actuaciones procesales más importantes que se realicen en esos momentos tendrían que haber sido también orales. Sin embargo, vamos a ver cómo luego el sistema de las audiencias se pervirtió.

Ante la ausencia de una Exposición de Motivos del Código Procesal Civil de 1993, nadie mejor que su propio autor para poder darnos una idea lo que estuvo detrás de la reforma. En línea con lo anterior, la doctrina nacional señalaba que el proceso por audiencias implicaba haber recogido la oralidad en el proceso civil peruano. Al respecto, el profesor Juan Monroy escribía en un artículo publicado en THEMIS-Revista de Derecho, en 1993, lo siguiente: "Al optar por la inmediación, el Código ha privilegiado también la oralidad, es decir, el medio a través del cual se produce este contacto directo entre el juez y las protagonistas directos o indirectos del proceso"[48]. Pero ¿la oralidad es solo el medio a través del cual se produce el contacto directo entre el juez y los demás protagonistas del proceso? En todo caso, ¿para qué habría necesidad de establecer ese contacto directo? El mismo profesor Juan Monroy nos lo explicaría en un artículo publicado en 1994: "La inmediación exige concentración, no es posible hacer participar al juez directamente y, al mismo tiempo, distribuir la actividad judicial en fragmentos infinitos de ocurrencias dentro de cada proceso. De allí el sistema de audiencias que acoge el Código. Indudablemente conforman también parte trascendente de este elenco de principios, los de economía, celeridad, buena fe y lealtad procesales"[49]. Una de las bases para diseñar el proceso por audiencias habría sido entonces la de regular un proceso mucho más célere, evitando las demoras propias de un sistema procedimental escrito. La oralidad en ese contexto se proponía como un medio natural de comunicación en el proceso por audiencias, que permitiría evitar la excesiva duración del proceso.

No solo la demora del proceso constituía la preocupación del legislador del Código Procesal Civil, sino la justicia de la decisión. En ese sentido, el profesor Monroy señalaba ya en 1998 que: "El segundo principio es el de inmediación. Este significa que el juez, las partes y quienes tengan que informarle al primero sobre lo ocurrido en aquella parte de la realidad que es materia del conflicto –como los testigos, por ejemplo– deben estar en contacto directo. Solo así el juez estará capacitado para, luego de conocer por versión de sus protagonistas el drama humano que guarda el conflicto, resolver en y con justicia"[50]. Como complemento de lo anterior, explicaba el profesor Monroy aparece la concentración: "Como resulta evidente, si el de inmediación exige la presencia del juez, los actos procesales deben realizarse en actuaciones –llamadas audiencias– en donde se reúna la mayor cantidad de actividad procesal

[48] MONROY, Juan. "Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992". En: MONROY, Juan. "La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos". Lima: Comunidad. 2003. p. 275. Publicado originalmente en: THEMIS-Revista de Derecho 25. 1993. pp. 35-48. Esto mismo es señalado por el profesor Monroy en su manual: MONROY, Juan. "Introducción al proceso civil". Bogotá: Temis. 1996. p. 95.

[49] MONROY, Juan. "La ideología en el Código Procesal Civil del Perú". En: MONROY, Juan. "La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos". Lima: Comunidad. 2003. p. 419. Publicado originalmente en: Ius et Praxis. Lima. 1994. pp. 192-203.

[50] MONROY, Juan. "Procesos judiciales". En: MONROY, Juan. "La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos". Lima: Comunidad. 2003. p. 666. Publicado originalmente en: "Invirtiendo en el Perú. Guía Legal de negocios". Lima: Promperú. 1998. pp. 757-770.

posible, dado que su dispersión exigiría la presencia del juez en tal cantidad de actuaciones que haría irreal la inmediación"[51].

En cualquier caso, señala el profesor Monroy la inmediación y la concentración permiten llevar al juez una mejor noción del conflicto de intereses: "la cercanía con el drama humano encerrado en el proceso, le va a proporcionar al juez mayores o mejores elementos de convicción para expedir un fallo que se adecue a lo que realmente ocurrió u ocurre, es decir, a la obtención de una decisión justa"[52].

Ello, para el profesor Monroy, no hace sino ratificar a la oralidad como vehículo a través del cual se logra los principios de inmediación y concentración. Así, en su libro escrito ya hacia 1996, el profesor Monroy dice: "El Código Procesal Civil del Perú ha optado por regular el principio de inmediación. Al hacerlo, ha privilegiado también la oralidad, es decir, el medio o instrumento a través del cual se produce el contacto entre el juez y los protagonistas directos o indirectos del proceso, así como con los hechos materiales que interesan al conflicto real que subyace en el proceso judicial"[53].

En ese sentido, entonces, los procesos estaban estructurados, con base a audiencias. La estructura de los procesos contenciosos[54], según la regulación original del Código Procesal Civil, era la siguiente:

(i) Para el proceso de conocimiento, se había establecido que luego de presentada la demanda, de ser calificada positivamente, y de que el demandado pudiera haber formulado sus defensas frente a ella[55], habían tres audiencias: i) la audiencia de saneamiento, ii) la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio y iii) la audiencia de pruebas.

(ii) Para el proceso abreviado, se había establecido que luego de presentada la demanda, de ser calificada positivamente, y de que el demandado pudiera haber formulado sus defensas frente a ella, habían dos audiencias: i) la audiencia de saneamiento, conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio y ii) la audiencia de pruebas.

(iii) Para el proceso sumarísimo, se había establecido que luego de presentada la demanda, de ser calificada positivamente, y de que el demandado pudiera haber formulado sus defensas frente a ella, había una sola audiencia, denominada audiencia única, en la que se desarrollarían todas las actuaciones procesales previstas para los demás tipos de proceso en ese solo acto.

(iv) Para el proceso ejecutivo se había previsto también la existencia de una audiencia única en los casos en los que hubiera habido contradicción al mandato ejecutivo.

Un detalle que resulta fundamental es que el Código Procesal Civil establece que el Juez dirige las audiencias, con lo cual su presencia es obligatoria, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado.

A continuación procedo a hacer una breve explicación de lo que suponía cada audiencia, de acuerdo a la original regulación que tenía el Código Procesal Civil.

1. La audiencia de saneamiento[56]

Durante esta audiencia se actuaban los medios probatorios de las excepciones y de los demás medios de defensas procesales (es decir, aquellos destinados a cuestionar los defectos de la relación procesal) los abogados de las partes podían

[51] Ibídem.

[52] MONROY, Juan. Op. cit. p. 94.

[53] Ibíd. p. 95.

[54] El Código Procesal Civil regula también los *procesos no contenciosos*, en los cuales podría también llevarse a cabo una audiencia. Sin embargo, dado el carácter de jurisdicción voluntaria de esos procesos, no es nuestro interés entrar a desarrollar un análisis sobre ellos.

[55] Cuestiones probatorias, defensas previas, excepciones y contestación a la demanda. Podría también haber planteado reconvención, luego de cuya admisión, al demandante le correspondía también formular frente a ella sus respectivas defensas.

[56] En su versión original, el Código Procesal Civil señalaba sobre esta audiencia:
"Artículo 449.- Audiencia de saneamiento procesal.- Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez, en decisión debidamente motivada e inimpugnable, puede prescindir de los medios probatorios pendientes de actuación, declarando infundada la excepción y saneado el proceso.
De lo contrario, fijará día y hora para la audiencia de saneamiento, la que será inaplazable. En ésta se actuarán los medios probatorios ofrecidos y necesarios, a criterio del Juez, para resolver la excepción.
Al final de la audiencia el Juez resuelve la excepción, luego de escuchar los informes orales de los Abogados si fueran solicitados. Si declara infundadas las propuestas, declara además saneado el proceso. De lo contrario, aplica lo dispuesto en los Artículos 450 y 451. El Juez puede reservarse la decisión por un plazo que no excederá de cinco días contado desde la conclusión de la audiencia de saneamiento."

exponer oralmente sus argumentos de defensa sobre ellas. Luego de ello, el Juez podía en la misma audiencia, dictar, aunque por escrito, su resolución. Sin embargo, la norma establecía que el juez podía diferir su decisión.

2. La audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio[57]

Esta audiencia tenía en realidad tres fases:

(i) La fase de la conciliación

En esta fase el juez invitaba a las partes a conciliar, proponiéndoles una fórmula conciliatoria. Las partes podían o no aceptarla, y proponer otras fórmulas conciliatorias. Si no había acuerdo, se dejaba constancia de la parte que no había aceptado la fórmula conciliatoria del juez.

(ii) La fase de la fijación de puntos controvertidos

En caso de no existir conciliación, se pasaba a esta etapa, en la que el juez, en colaboración con las partes, establecía respecto de qué puntos las partes no estaban de acuerdo, pues sobre ellos debía producirse la actividad probatoria, y respecto de ellos, el Juez tenía la obligación de sentenciar.

De esta manera, la audiencia y la inmediación que ella supone, procuraba un espacio en el que las partes, sus abogados y el Juez, podían intercambiar opiniones, acerca de aquello respecto de lo cual versaba la controversia, proponiendo las primeras y aceptando o denegando, pero en todo caso, fijando, el Juez, cuáles serían los puntos en controversia.

(iii) La fase del saneamiento probatorio

En esta etapa el Juez, luego de fijar los puntos controvertidos, establecía qué medios probatorios admitía y qué medios probatorios no admitía.

Esta etapa de la audiencia también estaba prevista para que el Juez resuelva las cuestiones probatorias, pero el Código Procesal Civil, disponía que el Juez tuviera la posibilidad de diferir hasta la sentencia su decisión en torno a ellas.

Con ello, la actuación de las pruebas que se haría en la audiencia siguiente, versaría solo sobre los medios probatorios admitidos.

3. La audiencia de pruebas[58]

En esta audiencia se procedía a la actuación de los medios de prueba. La regla de oro es siempre la que el juez debe estar presente y dirigir personalmente la audiencia. Pero una regla sumamente esencial era, además, la contenida en el artículo 50: "El Juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El Juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada,

[57] En su versión original, el Código Procesal Civil señalaba sobre esta audiencia:
"Artículo 468.- Oportunidad de la audiencia conciliatoria.- Expedido el auto que declara saneado el proceso o subsanados los defectos advertidos, el Juez fija día y hora para la realización de la audiencia conciliatoria."
"Artículo 469.- Finalidad de la audiencia.- Esta audiencia tiene por finalidad principal propiciar la conciliación entre las partes. Para tal efecto, el Juez sujetará su intervención a lo dispuesto en este Código sobre conciliación."
"Artículo 470.- Audiencia con conciliación.- Si se produjera conciliación, el Juez especificará cuidadosamente el contenido del acuerdo. El acta debidamente firmada por los intervinientes y el Juez equivale a una sentencia con la autoridad de cosa juzgada. Los derechos que de allí emanen pueden ser ejecutados, protocolizados o inscritos con el sólo mérito de la copia certificada del acta."
"Artículo 471.-Audiencia sin conciliación.- De no haber conciliación, el Juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba. A continuación decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos, si los hubieran. Luego ordenará la actuación de los medios probatorios ofrecidos referentes a las cuestiones probatorias, de haberlas.
Al final de la audiencia, el Juez comunicará a las partes el día, la hora y el lugar para la realización de la audiencia de pruebas, que será en un plazo no mayor de cincuenta días, contado desde la audiencia conciliatoria."

[58] En su versión original, el Código Procesal Civil señalaba sobre esta audiencia:
"Artículo 202.- Dirección.- La audiencia de pruebas será dirigida personalmente por el Juez, bajo sanción de nulidad. Antes de iniciarla, toma a cada uno de los convocados juramento o promesa de decir la verdad.
La fórmula del juramento o promesa es: "¿Jura (o promete) decir la verdad?"
"Artículo 203.- Citación y concurrencia personal de los convocados.- La fecha fijada para la audiencia es inaplazable y se realizará en el local del Juzgado. A ella deberán concurrir personalmente las partes, los terceros legitimados y el representante del Ministerio Público, en su caso. Las personas jurídicas y los incapaces comparecerán a través de sus representantes legales. Las partes y terceros legitimados pueden concurrir con sus Abogados.
Salvo disposición distinta de este Código, sólo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el Juez autorizará a una parte a actuar mediante representante.
Si a la audiencia concurre una de las partes, ésta se realizará sólo con ella.
Si no concurren ambas partes, el Juez declara concluido el proceso."
"Artículo 204.- El acta de la audiencia.- El Secretario respectivo redactará un acta dictada por el Juez que contendrá:
Lugar y fecha de la audiencia, así como el expediente al que corresponde;
Nombre de los intervinientes y, en su caso, de los ausentes; y,
Resumen de lo actuado.

que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable"[59].

El Código Procesal Civil establecía el orden en el que debían ser actuados los medios de prueba. El secretario, sin embargo, debía anotar todo en un acta. De otro lado, las declaraciones de parte y de testigos se hacían respondiendo el pliego que el demandante había adjuntado al escrito de demanda.

Concluida la audiencia, los abogados podían hacer uso de la palabra. El juez, sin embargo, no estaba en la obligación de realizarla.

No se puede negar que la propuesta era sumamente interesante y de avanzada. La propuesta legislativa generaba claros espacios para el éxito de un proceso oral. Nótese que, a diferencia de la propuesta del Código Modelo que incluía dos audiencias: i) la preliminar y ii) la de pruebas; el Código Procesal Civil reguló tres, dividiendo la audiencia preliminar en dos audiencias, la de saneamiento y la de conciliación, y manteniendo como autónoma a la audiencia de pruebas. Sin embargo, la regulación de la audiencia de saneamiento era muy tibia, en la medida que se dejaba a discreción del juez la decisión de cuándo llevarla a cabo y cuándo no.

Adicionalmente a ello, el diseño legal de las audiencias no vino acompañado de una coherente regulación legislativa sobre los institutos que debían llevar al éxito un proceso oral. En efecto, si bien existió una destacada regulación del proceso por audiencias, hubo un enorme retroceso en cuanto a las normas que regulaban la actuación probatoria, trayendo disposiciones propias de un esquema escrito. Además, las permisiones legislativas en cuanto a la oportunidad de resolución de las incidencias más importantes de las audiencias, fueron las principales causas del fracaso del proceso por audiencias en el Perú. A continuación analizaremos algunos ejemplos de esas normas.

C. El Código Procesal Civil de 1993: las normas incongruentes con la novedosa propuesta

Muchas normas del Código Procesal Civil, en su versión original, no estuvieron a la altura de las circunstancias que la novedosa regulación del diseño general requería. A continuación, algunos ejemplos de ello:

- En materia de formas de los actos procesales, se hace referencia única y exclusivamente a la forma de expresión escrita, mas no a la oral tanto en lo que se refiere a los actos procesales del Juez[60], como a los actos procesales de las partes[61].

Los intervinientes pueden sugerir al Juez la adición, precisión o rectificación de alguna incidencia.
Para la elaboración del acta el Secretario respectivo puede usar cualquier medio técnico que la haga expeditiva y segura.
El acta será suscrita por el Juez, el Secretario y todos los intervinientes. Si alguno se negara a firmarla, se dejará constancia del hecho. El original del acta se conservará en el archivo del Juzgado, debiendo previamente el Secretario incorporar al expediente copia autorizada por el Juez."
"Artículo 208.- Actuación de las pruebas.- En el día y hora fijados, el Juez declarará iniciada la audiencia y dispondrá la actuación de las pruebas en el siguiente orden:
1. Los peritos, quienes resumirán sus conclusiones y responderán a las observaciones hechas por las partes a sus informes escritos;
2. Los testigos con arreglo al pliego interrogatorio presentado, a quienes el Juez podrá hacerles las preguntas que estime convenientes y las que las partes formulen en vía de aclaración;
3. El reconocimiento y la exhibición de los documentos;
4. La declaración de las partes, empezando por la del demandado.
Si se hubiera ofrecido inspección judicial dentro de la competencia territorial del Juez, se realizará al inicio junto con la prueba pericial, pudiendo recibirse ésta y otros medios probatorios en el lugar de la inspección, si el Juez lo estima pertinente. Cuando las circunstancias lo justifiquen, el Juez, en decisión debidamente motivada e inimpugnable, ordenará la actuación de la inspección judicial en audiencia especial.
Cuando los mismos medios probatorios hayan sido ofrecidos por ambas partes, se actuarán primero los del demandante.
La actuación de cualquier medio probatorio ofrecido deberá ocurrir antes de la declaración de las partes."
"Artículo 209.- Confrontación.- El Juez puede disponer la confrontación entre testigos, entre peritos y entre éstos, aquéllos y las partes y entre estas mismas, para lograr la finalidad de los medios probatorios."
"Artículo 210.- Intervención de los Abogados.- Concluida la actuación de los medios probatorios, el Juez concederá la palabra a los Abogados que la soliciten."
"Artículo 211.- Conclusión de la audiencia.- Antes de dar por concluida la audiencia, el Juez comunicará a las partes que el proceso está expedito para ser sentenciado, precisando el plazo en que lo hará."

59 En esa misma línea se encuentra la previsión establecida en el artículo 96, que regula las facultades del juez en materia de litisconsorcio necesario:
"Artículo 96.- Audiencia complementaria.- Si al momento de la integración ya se ha realizado la audiencia de pruebas y alguno de los incorporados ofreciera medios probatorios, el Juez fijará el día y la hora para una audiencia complementaria de pruebas que debe realizarse dentro de un plazo que no excederá de veinte días."

60 "Artículo 119.- Forma de los actos procesales.- En las resoluciones y actuaciones judiciales no se emplean abreviaturas. Las fechas y las cantidades se escriben con letras. Las referencias a disposiciones legales y a documentos de identidad pueden escribirse en números. Las palabras y frases equivocadas no se borrarán, sino se anularán mediante una línea que permita su lectura. Al final del texto se hará constar la anulación. Está prohibido interpolar o yuxtaponer palabras o frases."

61 "Artículo 130.- Forma del escrito.- El escrito que se presente al proceso se sujeta a las siguientes regulaciones:
Es escrito en máquina de escribir u otro medio técnico;

- Cuando el Código Procesal Civil hace referencia al expediente, asume que este estará compuesto solo de escritos[62], señalándose que en el caso de las audiencias, estas se representarán por actas.

- El registro de lo ocurrido en la audiencia se deja sentado en un acta escrita, privilegiándose este medio antes que cualquier otro medio técnico (grabación de audio o video)[63].

- El Código Procesal Civil exige que a la demanda y con la contestación a la demanda (y, eventualmente, reconvención y contestación a la reconvención) se debe acompañar el pliego interrogatorio para la declaración de parte y para la declaración de los testigos. En ese sentido, las preguntas de modo inexplicable tienen que prepararse meses antes de la actuación de la prueba sobre la base de una realidad absolutamente distinta a aquella que pudiera presentarse al momento de la actuación. Ya hemos explicado cómo esta fue una inconveniente regulación contenida en el Código de 1852, que el Código de Procedimientos Civiles quiso enfrentar. Sin embargo, en 1993 regresamos a la regulación de hacía 140 años antes, que se creía superada.

- En la audiencia de pruebas es el juez el que realiza el interrogatorio a los testigos, leyendo las preguntas del pliego. Los abogados y las partes son privilegiados espectadores de esta actuación judicial. Lo peor de todo ello, es que las repreguntas que pueden hacerse en la audiencia son solo aclaraciones a las respuestas dadas a las preguntas formuladas varios meses antes[64].

- En el caso de la declaración de parte, el juez también es el que realiza el interrogatorio, conforme al pliego interrogatorio acompañado a la demanda. Sin embargo, en este caso, la norma sí da la posibilidad de formular nuevas preguntas[65].

Se mantiene en blanco un espacio de no menos de tres centímetros en el margen izquierdo y dos en el derecho;
Es redactado por un solo lado y a doble espacio;
Cada interesado numerará correlativamente sus escritos;
Se sumillará el pedido en la parte superior derecha;
Si el escrito tiene anexos, éstos serán identificados con el número del escrito seguido de una letra;
Se usa el idioma castellano, salvo que la ley o el Juez, a pedido de las partes, autoricen el uso del quechua o del aymara;
La redacción será clara, breve, precisa y dirigida al Juez del proceso y, de ser el caso, se hará referencia al número de la resolución, escrito o anexo que se cite; y,
Si el escrito contiene otrosíes o fórmulas similares, éstos deben contener pedidos independientes del principal."

62 "Artículo 136.- Expedientes.- Los Auxiliares jurisdiccionales son responsables de la formación, conservación y seguridad de los expedientes. Cuidarán, además, de la numeración correlativa y sin interpolación de los folios, que las actas que contienen actuaciones judiciales sean suscritas por el Juez y por los que intervengan en ellas, dando fe de la veracidad de su contenido y las demás responsabilidades que la ley les señala.
La interpolación en la numeración correlativa sólo es procedente por resolución autoritativa del Juez y bajo su responsabilidad."

63 "Artículo 204.- El acta de la audiencia.- El Secretario respectivo redactará un acta dictada por el Juez que contendrá:
Lugar y fecha de la audiencia, así como el expediente al que corresponde;
Nombre de los intervinientes y, en su caso, de los ausentes; y,
Resumen de lo actuado.
Los intervinientes pueden sugerir al Juez la adición, precisión o rectificación de alguna incidencia.
Para la elaboración del acta el Secretario respectivo puede usar cualquier medio técnico que la haga expeditiva y segura.
El acta será suscrita por el Juez, el Secretario y todos los intervinientes. Si alguno se negara a firmarla, se dejará constancia del hecho. El original del acta se conservará en el archivo del Juzgado, debiendo previamente el Secretario incorporar al expediente copia autorizada por el Juez."

64 Versión original del Código Procesal Civil:
"Artículo 208.- Actuación de las pruebas.- En el día y hora fijados, el Juez declarará iniciada la audiencia y dispondrá la actuación de las pruebas en el siguiente orden:
Los peritos, quienes resumirán sus conclusiones y responderán a las observaciones hechas por las partes a sus informes escritos;
Los testigos con arreglo al pliego interrogatorio presentado, a quienes el Juez podrá hacerles las preguntas que estime convenientes y las que las partes formulen en vía de aclaración;
El reconocimiento y la exhibición de los documentos;
La declaración de las partes, empezando por la del demandado.
Si se hubiera ofrecido inspección judicial dentro de la competencia territorial del Juez, se realizará al inicio junto con la prueba pericial, pudiendo recibirse ésta y otros medios probatorios en el lugar de la inspección, si el Juez lo estima pertinente. Cuando las circunstancias lo justifiquen, el Juez, en decisión debidamente motivada e inimpugnable, ordenará la actuación de la inspección judicial en audiencia especial.
Cuando los mismos medios probatorios hayan sido ofrecidos por ambas partes, se actuarán primero los del demandante.
La actuación de cualquier medio probatorio ofrecido deberá ocurrir antes de la declaración de las partes."

65 "Artículo 213.- Admisibilidad.- Las partes pueden pedirse recíprocamente su declaración. Esta se iniciará con una absolución de posiciones, atendiendo al pliego acompañado a la demanda en sobre cerrado.
Concluida la absolución, las partes, a través de sus Abogados y con la dirección del Juez, pueden hacerse nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas. Durante este acto el Juez puede hacer a las partes las preguntas que estime convenientes."

- El Juez no sentencia apenas concluida la audiencia[66], perdiendo de esta manera, una de las grandes ventajas que ofrecía la inmediación.

- Aunque de manera excepcional, se admite la posibilidad de la declaración de una persona natural a través de representante, desnaturalizándose la finalidad de este medio de prueba[67].

- Se prevé que las observaciones a las pericias se puedan realizar mediante escrito presentado hasta tres días posteriores a la conclusión de la audiencia[68].

- El Código Procesal Civil limita el número de preguntas, señalándose la forma en la que estas deben ser realizadas[69].

- Se limita el número de testigos[70].

- La inspección judicial se hace constar en un acta[71].

- Las sentencias en apelación y casación son resueltas muchos días después del informe oral.

- El Juez estaba habilitado para no dictar el auto de saneamiento apenas concluida la audiencia, así como podía diferir el pronunciamiento sobre las cuestiones probatorias.

- La existencia de la audiencia de pruebas estaba condicionada a la necesidad de actuación de medios probatorios. De esta manera, si estaba en el Juez la posibilidad de decidir que no hubiera audiencia de saneamiento, y si los medios probatorios ofrecidos y admitidos eran de actuación inmediata, la única audiencia que en el esquema del proceso civil peruano se presentaba como necesaria era la de conciliación.

De este modo, al proceso por audiencias no se le acompañó de normas que permitieran actuar la oralidad verdaderamente, generando ello que se pierda una extraordinaria oportunidad para impartir una mejor justicia.

D. La realidad del proceso por audiencias en el Código Procesal Civil

Pero quizá la principal causa de que el proceso por audiencias no haya tenido el éxito esperado fue la realidad que se vivía en cada audiencia. Es que la entrada en vigencia del Código Procesal Civil no vino acompañada de un programa de capacitación de operadores del Derecho, ni de un diálogo con las universidades. Si a ello le sumamos un conjunto de normas que impedían conseguir una auténtica oralidad, el resultado que se fue consiguiendo, a pesar de las buenas intenciones del legislador, fue lamentable.

Es que la oralidad supone algo más que un cambio legislativo, supone todo un cambio en la cultura de litigio. Además, implica que los actores del proceso conozcan y desplieguen un conjunto de habilidades de litigio en las que las universidades peruanas no formaban[72] y, en las que incluso, en la actualidad muchas de ellas todavía no forman.

66 "Artículo 211.- Conclusión de la audiencia.- Antes de dar por concluida la audiencia, el Juez comunicará a las partes que el proceso está expedito para ser sentenciado, precisando el plazo en que lo hará."

67 "Artículo 214.- Contenido.- La declaración de parte se refiere a hechos o información del que la presta o de su representado.
La parte debe declarar personalmente.
Excepcionalmente, tratándose de persona natural, el Juez admitirá la declaración del apoderado si considera que no se pierde su finalidad."

68 "Artículo 266.- Observaciones.- Los dictámenes periciales pueden ser observados en la audiencia de pruebas. Las observaciones y las correspondientes opiniones de los peritos se harán constar en el acta.
Las partes podrán fundamentar o ampliar los motivos de sus observaciones, mediante escrito que debe presentarse en un plazo de tres días de realizada la audiencia. Excepcionalmente el Juez puede conceder un plazo complementario."

69 "Artículo 217.- Forma del interrogatorio.- El interrogatorio es realizado por el Juez. Las preguntas del interrogatorio deben estar formuladas de manera concreta, clara y precisa. Las preguntas oscuras, ambiguas, impertinentes o inútiles, serán rechazadas, de oficio o a solicitud de parte, por resolución debidamente motivada e inimpugnable.
Las preguntas que se refieran a varios hechos, serán respondidas separadamente."
Ningún pliego interrogatorio tendrá más de veinte preguntas por cada pretensión.

70 Artículo 226.- Número de testigos.- Los litigantes pueden ofrecer hasta tres testigos para cada uno de los hechos controvertidos. En ningún caso el número de testigos de cada parte será más de seis.

71 Artículo 274.- Contenido del acta.- En el acta el Juez describirá el lugar en que se practica la inspección judicial, los hechos, objetos o circunstancias que observe directamente, según sea el caso, y un resumen pertinente de las observaciones de los peritos, los testigos, las partes y sus Abogados.

72 Para la entrada en vigencia del Código Procesal Civil varias facultades de derecho tuvieron que modificar sus planes curriculares en lo que supone la enseñanza del derecho procesal, abandonando incluso el método exegético de la enseñanza del derecho, por el método sistemático. Sin embargo, ello no supuso la formación en destrezas y habilidades profesionales. La reciente promulgación y entrada en vigencia de la Ley Procesal del Trabajo, en cambio, sí ha llevado consigo esa tendencia de incluir en las facultades de derecho estas reformas.

Si a ello le agregamos el hecho que las normas de concreción de métodos de litigación oral eran deficientes, el resultado no podía ser otro que el del fracaso del proceso por audiencias. Quizá el Código Procesal Civil de 1993 olvidó la larga tradición del proceso escrito que tuvimos en nuestra vida colonial y republicana, por ello, la sola regulación de los espacios de inmediación y concentración no bastaba para tener una auténtica oralidad. Era fundamental dictar normas que llevaran a concretar en detalles trascendentales las técnicas de oralidad, que impidieran que la práctica poco a poco fuera pulverizando los importantes pero tímidos pasos que en materia de oralidad había dado el Código Procesal Civil de 1993.

El derecho comparado, además, ya nos había ofrecido reportes de cómo es que gran parte del fracaso de la oralidad se debía, entre otras razones, a estos grandes defectos en la práctica de las audiencias. Así, Cappelletti, respecto a la fase de los alegatos orales que se daban al concluir la actuación probatoria, señalaba: "la inutilidad de tal sustanciación oral es sancionada por su frecuentísimo abandono; los abogados, las más de las veces, se limitan a referirse a sus anteriores escritos"[73]. Si al defecto de esta práctica se le agrega el hecho que la normatividad italiana centraba prácticamente la oralidad en esos informes orales, no es difícil advertir el fracaso del sistema en Italia.

Esa misma deficiencia en la manera como se desarrollaban las audiencias, aunque no para el caso peruano, es descrito por el ilustre procesalista argentino Augusto Mario Morello de la siguiente manera: "la experiencia resalta en la audiencia que las corruptelas de diferimiento, interrupción, fractura, ausencia del juez, su pasividad y mirar desde lejos, desconexión de actos o desvirtuación de la eficiencia a ellos asignados, vacían los principios y estándares determinantes que han de regirla"[74].

El destacado profesor señala refiriéndose al caso argentino que muy pocos magistrados presiden la audiencia, aunque la ley los obligaba a ello, bajo sanción de nulidad, y cuando concurrían muy pocas veces fijaban puntos controvertidos. La situación de los abogados tampoco era la mejor en lo que se refiere a la preparación para las audiencias: "los letrados acuden a la misma sin la mínima preparación, desconociendo los antecedentes más elementales sobre las pretensiones deducidas y la pertinencia de las medidas probatorias por ellos ofrecidas"[75]. Felizmente aquella regla de oro sí es una regla que se ha venido cumpliendo en el Perú, los jueces están presentes en las audiencias; pero se requiere algo más que ello.

Aunque siempre resulta injusto generalizar, pues existen magistrados y abogados que de manera responsable cumplían un importante rol en las audiencias, ello no ocurría en la mayoría de los casos, como veremos a continuación.

La tibia regulación de la audiencia de saneamiento de la que ya hemos dado cuenta fue la que marcó la pauta del ritualismo innecesario en la que esta se terminó convirtiendo[76]. Una vez producida la citación para la audiencia, las partes con sus abogados se acercaban puntualmente a la puerta del Juzgado, pues la citación se hacía (lo que resulta positivo) con una puntualidad implacable. Llegada la hora exacta de la audiencia, el asistente del Juez, salía a la puerta del Juzgado, y dirigiéndose hacia la mitad de los pasillos, realizaba con solemnidad los pregones. Inmediatamente concluidos estos, las partes y sus abogados raudamente tenían que advertir su presencia, bajo pena de ser considerados como ausentes. Una vez presentados sus documentos, el asistente del Juez entraba al despacho del magistrado y detrás de él se cerraba la puerta con un golpe seco. Luego de ello, comenzaba el primer gran martirio de la audiencia de saneamiento. Las partes con sus abogados esperaban fuera del Juzgado durante decenas de minutos, mientras aquella puerta que de solo abrirse hubiera permitido la inmediación, se mantenía cerrada. Nadie sabía fuera lo que ocurría allá dentro a la hora de la audiencia. Luego de aproximadamente media hora, aquella puerta se abría y salía el asistente para hacer pasar a los ya impacientes justiciables. Dentro se encontraba al magistrado, su asistente y el acta ya hecha. En ella, se consignaba el nombre de las partes, que estuvieron presentes frente al magistrado y, si no había excepciones (a pesar de lo cual el Juez había fijado la audiencia) simplemente se

73 CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. 1972. p. 21.

74 MORELLO, Augusto. "Mecanismos para garantizar la efectiva aplicación de los principios fundamentales en el proceso por audiencias". En: Revista Peruana de Derecho Procesal 6. p. 334.

75 Ibíd. p. 341.

76 Recordemos que el juez podía prescindir de ella, con lo que resulta claro que ni para el propio legislador resultaba importante que se diera. Al parecer, solo era imprescindible que se diera si existían medios probatorios que actuar. La actuación de los medios probatorios parecía ser el condicionante de la existencia de la audiencia; no habiendo necesidad de actuarlos, no había necesidad de audiencia. Sin embargo, la oralidad no está atada a la actuación de los medios probatorios; aun cuando esta no sea necesaria, la oralidad debiera darse respecto de las alegaciones que sustentaban las posiciones.

declaraba saneado el proceso "al no haberse deducido excepciones ni defensas previas" (frase de rigor que aún hoy en el modelo escrito se repite, como muestra de no haber entendido a pesar del transcurso de los años en qué consiste verdaderamente el saneamiento del proceso), y si se habían propuesto excepciones, los justiciables debían esperar que en el acta se consigne aquella frase también de rigor "reservándose el juzgado la facultad de resolverlas dentro del plazo de ley", dentro del cual por cierto, casi nunca las resolvían. Para no hacer sentir quizá mal a los concurrentes el juez preguntaba a los abogados si algo querían decir sobre las excepciones, siendo el caso que muchos abogados ni siquiera lo hacían. Así la audiencia se convertía en un acto formal para firmar un acta, un acta que, además, tenía esa mágica característica de haber sido hecha antes del acto cuya realización debía constatar.

Siento que cometería una injusticia con aquellos magistrados que sí se tomaban en serio esa audiencia, si no menciono que algunos de ellos sí la comenzaban puntualmente, iniciándola con un diálogo con las partes y sus abogados acerca de aquello en lo que consistía la controversia. En estos casos, sin embargo, ese diálogo se veía frustrado con la conclusión de la audiencia, para la citación a la siguiente.

Es claro que al reservarse el juez la facultad de dictar (por escrito) la resolución acerca del saneamiento, la citación de la audiencia de conciliación se difería hasta luego de dictada esa resolución. Teníamos entonces un proceso civil con concentración en las audiencias, pero con gran desconcentración entre las audiencias, porque entre audiencia y audiencia pasaban varios meses, haciendo que lo poco de oralidad que se podría haber realizado en una de ellas, perdiera todo sentido de inmediación, pues para la siguiente y la próxima ya todo lo ocurrido allí, habría sido olvidado por el magistrado, pues muchas otras audiencias ya habría tenido en su haber.

Se citaba entonces, a la audiencia de conciliación. Ya con mucha fortuna debían sentirse aquellos que a la fecha de la audiencia de conciliación encontraban en el despacho del Juez a la misma persona. La seguridad que las partes podían tener sería que en el mismo Juzgado se llevaría a cabo esta segunda audiencia, pero no necesariamente ante el mismo juez. La situación apenas entrada en vigencia del Código Procesal Civil de la permanente movilidad de los magistrados, su situación de provisionalidad y el problema derivado por el exceso de jueces suplentes, es necesario tenerla en consideración al momento de intentar comprender las razones del fracaso del proceso por audiencias en el Perú. Citada la audiencia de conciliación, las partes acudían con la puntualidad ya descrita, porque el pregón se hacía a la hora, aunque la audiencia comenzase media hora después. Luego de ingresar, encontrarían un magistrado mucho más atento en esta audiencia que en la de conciliación. Con excepción de los jueces de paz donde la cultura conciliatoria está bastante arraigada, y la de algunos magistrados especializados que sí cumplían una adecuada función de intentar que las partes lleguen a un acuerdo, en los demás casos, la audiencia comenzaba con una tibia propuesta del Juez a las partes de llegar a un acuerdo (salvo los casos en los que el juez decía "advirtiendo el señor Juez que las posiciones de las partes son irreconciliables", o cuando afirmaba que "la pretensión no es disponible"), muchas veces elaboradas estando por comenzar la audiencia, es claro que ante el primer rechazo de la propuesta de conciliación, el Juez (con honrosas excepciones) dejaba inmediatamente su rol de conciliador, y continuaba la audiencia. Inmediatamente se pasaba a la audiencia de puntos controvertidos, una de las experiencias más frustrantes de la audiencia. El Código Procesal Civil decía que el juez *"con lo expuesto por las partes"* fijará los puntos controvertidos, ello podía entenderse *con lo expuesto por las partes en sus escritos,* o *con lo expuesto por las partes durante la audiencia*.

En cualquier caso, la práctica era que los magistrados (en la mayoría de los casos, a insistencia de los propios abogados) copiaban las pretensiones planteadas en la demanda, en vez de establecer los puntos controvertidos. A las partes y a sus abogados, presentes en la audiencia, les quedaba ver solamente como el Juez le dictaba a su asistente –como si fueran realmente los puntos controvertidos– las pretensiones que habían sido planteadas en la demanda. El abogado que hubiera querido intervenir, muchas veces era silenciado por el Juez inquiriéndole "el criterio del juzgado es fijar los puntos controvertidos con base a las pretensiones" o "el criterio del juzgado es fijar los puntos controvertidos del modo más genérico posible". En una ocasión fui expulsado de una audiencia por discrepar con una jueza acerca de su posición en torno a que la fijación de puntos controvertidos suponía repetir las pretensiones. En otra ocasión, sin embargo, recuerdo que una magistrada impresionó a todos los asistentes al preparar papelógrafos que colgó en el Juzgado en los que, con plumones de distintos colores, había establecido su propuesta de puntos controvertidos y las razones de ello. Esto último solo me ocurrió una sola vez, lo recuerdo aún como una de las más impresionantes experiencias en una audiencia, de aquellas que suelo compartir con mis alumnos, de aquellas que hoy añoro, y que lamentablemente solo fue la excepción, aquella que solo servía para confirmar que fuera de ese caso, la realidad era distinta.

Una vez establecidos los puntos controvertidos el juez procedía a admitir los medios probatorios. Por lo general admitía todos. En la mayoría de los casos, los abogados solo observaban la labor del juez de dictado de los medios probatorios que se encontraban en el expediente. La historia podrá juzgar esas actas, imaginándose la diligencia en las que se hicieron, como una presencia sin sentido de las partes[77]. Después de ello, solo quedaba la actuación de los medios de prueba de las cuestiones probatorias, las que nunca eran resueltas en ese momento por el Juez, pues hacía uso de aquella facultad mediante la cual podía hacerlo con la sentencia.

Luego se citaba a la audiencia de pruebas. En ella había una caricatura de oralidad. El juez lee las preguntas del interrogatorio a las partes y a los testigos. Los abogados escuchan y observan ello. El testigo o la parte le pide al juez que se la vuelva a leer. Luego de ello decide responderlas, pero como no existe ningún medio técnico que las grabe, el asistente del Juez está al lado con una computadora (en su momento, máquina de escribir también), escribiendo lo que el testigo dice. Aquí dos opciones, en vez que el testigo declare, en verdad, lo que hace es dictar, entonces, más que una declaración, es un dictado, con lo que ello supone en detrimento de la pérdida de espontaneidad; pero también ocurre, a veces, que es el juez el receptor de aquella declaración, entonces, es él, el que resume lo que el testigo dice, y el que le dicta al asistente qué es lo que debe poner en el acta. No hay modo, entonces, de que exista una declaración espontánea, se trata más bien, de un dictado y, con ello, se pierde todo el sentido de la inmediación. Las repreguntas son la única participación que tiene el abogado, son dictadas al asistente, mientras tanto el testigo o la parte va pensando qué decir. Finalmente, mucho más importante que lograr una declaración espontánea es conseguir que todo esté en el acta. Pues el proceso se basa en el acta; si lo que el testigo dice es verdad o no, si titubea, si se pone nervioso; no, nada de ello importa, lo fundamental es que el acta esté bien. Todo el esfuerzo de todos los profesionales presentes en esa audiencia está en hacer bien un acta; y no en obtener una buena declaración. Cabe recordar, además, que las repreguntas están restringidas a aclarar lo que ya se respondió a las preguntas formuladas por escrito seis u ocho meses antes de la diligencia.

¿Es esto oralidad? Es inmediación, es concentración; pero ¿es oralidad?

E. Las posteriores modificaciones al Código Procesal Civil

Los defectos normativos y la deficiente experiencia que se vivía en la práctica determinaron que las audiencias fueran vistas como innecesarias o como la causa de las demoras del proceso. Es curioso, porque el sustento de su existencia fue, precisamente, el que con las audiencias se haría frente a la demora del proceso; sin embargo, algunos años después de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, las audiencias eran vistas como causa de dilación.

Esa es la razón por las que se dictaron algunas normas que modificaron el Código Procesal Civil de 1993, todas las cuales parecían tener un objetivo muy claro: desaparecer las audiencias.

En efecto, la primera audiencia que desapareció fue la audiencia de saneamiento. El 29 de junio de 2007 se publicó la Ley 29057 que la desapareció de nuestro proceso, modificando el artículo 449 del Código Procesal Civil que la regulaba[78].

Posteriormente, el 28 de junio de 2008 se dictaron los Decretos Legislativos 1069 y 1070, en el marco de adecuar nuestra legislación a los compromisos asumidos por el Perú con los Estados Unidos, por la firma del Tratado de Libre Comercio. Al parecer, uno de los compromisos asumidos habría sido desaparecer las audiencias, o asumir el medieval proceso escrito, porque con las mencionadas normas se le dio el tiro de gracia a la incipiente oralidad en el proceso civil en el Perú.

No hay mejor explicación para lo hecho que las siguientes desconsoladoras palabras: "(…) consideramos que con la reducción del número de audiencias, prevista en el último paquete de decretos legislativos promulgados durante el 2008, no se ha afectado la oralidad, porque la oralidad como sistema no existe. Lo que se hizo fue un acto de sinceramiento del estado de cosas, propiciando que el juez convoque a las partes, cuando realmente las vaya a escuchar y vaya a

77 Me cupo la oportunidad de participar, en otra ocasión, de una audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio, que duró tres sesiones. En ella, existió una discusión sobre cada punto controvertido propuesto y sobre cada uno de los medios de prueba ofrecido.

78 "Artículo 449.- Contenido del auto que resuelve la excepción.- Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez resuelve la excepción dentro de los diez días siguientes. Si la declara infundada, declara también el saneamiento del proceso. De lo contrario, aplica lo dispuesto en los artículos 450 y 451."

interactuar con estás (…)"[79].

Esa fue la voz oficial del Ministerio de Justicia, pues las palabras antes citadas corresponden a una distinguida ex magistrada, pero para la fecha de las reformas, asesora del Ministerio de Justicia, a cuyo cargo estuvo el dictado de los mencionados Decretos Legislativos. El diagnóstico en el que se basó el Ministerio de Justicia para el retroceso fue: i) la inexplicable duración de la fase postulatoria, ii) la recargada y desordenada agenda del juzgado, iii) la actitud obstruccionista y temeraria de muchos litigantes, iv) la falta de vocación conciliadora, v) el "desmanejo" *(sic)* en la estación probatoria y la falta de destreza en la valoración probatoria, vi) la creciente carga procesal y vii) las continuas declaraciones de nulidad[80].

Ante ello, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República se planteó el tema de la oralidad como problema, organizando una serie de mesas de trabajo en torno a ella, la conclusión fue igualmente desconcertante: "en cuanto a la instauración de la oralidad en el proceso civil, se ha tomado en consideración las ventajas y desventajas de un proceso civil oral o mixto, teniendo en cuenta que resulta importante elegir un sistema principalmente oral o escrito, en la medida que a partir de ello se establecerá la manera en que se garantizará y respetará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva"[81]. Es decir, no se entiende nada, no se sabe con precisión cuál será la actitud del Congreso de la República frente a ello. Sin embargo, el Congreso de la República por esos mismos años aprobó el Código Procesal Penal, acogiendo un sistema oral; y más tarde, aprobó la Ley Procesal del Trabajo, que incorporaba también un proceso oral.

La realidad actual del proceso civil peruano es la de un proceso escrito.

V. EL PROCESO AUTÉNTICAMENTE ORAL: PASO PREVIO PARA DESENMASCARAR A LA FALSA ORALIDAD

Establecer qué es un proceso oral resulta ser una tarea indispensable en cualquier trabajo que sobre el tema se desee emprender. Pero quizá más importante que ello resulta establecer qué procesos que se llaman orales, en realidad no lo son, pues solo haciendo ello podremos haber desenmascarado a aquellas farsantes estructuras que no solo nos generan falsas ilusiones, sino que además llevan a muchos a hacer injustos juicios acerca de la oralidad, sin advertir que aquello que en realidad están juzgando no es un proceso auténticamente oral, sino más bien una falsa oralidad.

Quizá debemos comenzar diciendo que cuando se plantea el tema de oralidad no se está pensando en un proceso exclusivamente oral. Para usar una frase de Chiovenda, "exclusivamente oral no puede ser más que un proceso primitivo"[82]. Lo mismo no puede decirse del sistema escrito, pues sí es posible encontrar procesos exclusivamente escritos. Sin embargo, cuando hoy hablamos de oralidad, estamos haciendo referencia, en estricto, a un sistema mixto con predominio de la oralidad[83]. Más allá de si existen actuaciones escritas u orales en un determinado tipo de proceso, lo trascedente es establecer el lugar que ocupa la oralidad en el proceso[84] o, dicho de otro modo, cuán trascedentes resultan ser las actuaciones orales en él.

Es por ello que el hecho que en un proceso exista una diligencia oral no hace que el proceso haya adoptado el sistema de la oralidad. El hecho que en un proceso existan actuaciones escritas, no determina tampoco que dicho proceso sea escrito. Tampoco el hecho que en proceso existan más actuaciones orales que escritas o escritas que orales terminan haciendo que el proceso sea oral o escrito[85].

Es importante que estemos en capacidad de determinar qué es aquello que hace que un proceso sea oral, más allá de advertir aspectos meramente exteriores, que pudieran darnos una

79 ABREGU, María del Carmen. "La oralidad en el proceso civil". En: GTZ-Cooperación Alemana al Desarrollo. Reformas Urgente a las normas del proceso civil peruano. Congreso de la República-Comisión de Justicia y Derechos Humanos-Periodo 2008-2009. Lima: GTZ. 2009. p. 73.

80 Ibíd. p. 72-73.

81 Aportes recogidos en las mesas de trabajo organizadas por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República a nivel nacional. En: Ibíd. pp. 43-44.

82 "Esclussivamente orale non puó essere che un processo primitivo (…)" CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit. p. 679.

83 PEYRANO, Jorge. "El proceso civil. Principios y fundamentos". Buenos Aires: Astrea. 1978. p. 304. En el mismo sentido: DEVIS, Hernando. "Teoría General del Proceso". Buenos Aires: Editorial Universidad. 1997. p. 67; ASENCIO, José María. "Introducción al Derecho Procesal". Valencia: Tirant lo Blanch. 1997. p. 214.

84 CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit. p. 679. En ese mismo sentido, LEIBLE, Stefan. "Proceso civil alemán". Medellín: Konrad, Adenauer y Diké. p. 141.

85 PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 305.

idea equivocada acerca de qué es lo que determina que un proceso sea oral.

A continuación intentaremos establecer los rasgos indispensables que deben presentarse en un proceso, a fin de que pueda ser considerado como oral:

(i) En el proceso debe existir, al menos, una diligencia (audiencia) en la que el juez entre en contacto directo con las partes y, en caso existan, con los testigos y los peritos. Sin inmediación, no hay oralidad.

(ii) Es por ello que resulta esencial que el juez que sentencie deba ser el juez que esté presente en la audiencia[86].

(iii) La audiencia debe concentrar la mayor cantidad de actuaciones procesales posibles. Cuando hubiera necesidad de que exista una audiencia adicional, esta debe ser lo más cercana posible a la anterior.

(iv) Sin perjuicio que la presentación de las alegaciones postulatorias sea por escrito, debe existir un instante en el que las partes entren en contacto directo con el juez, a fin de que este pueda tener la versión personal y directa de los protagonistas del conflicto, acerca de las posiciones iniciales de las partes.

(v) Que haya una oportunidad en la que exista una real y efectiva confrontación entre las partes, entre los testigos, entre estos y aquellas, entre los peritos, entre estos, los testigos y las partes. Sin esa confrontación la audiencia pierde vida, sentido y eficacia.

(vi) Que haya una confrontación personal y directa entre los abogados, una auténtica discusión oral. En palabras de Chiovenda, "la discusión oral, entendida no como una declamación académica, sino como la concreta oposición de razones a razones que puede llevar a una definición ciertamente más pronta y probablemente mejor que aquella madurada en la mente del juez con el solo dato de la escritura"[87]. En ese sentido, también se ha dicho que: "El juicio oral determina la publicidad y le imprime solemnidad, respeto, seriedad y legitimación al debate y a su resolución, pero igualmente cobija a los sujetos procesales, imprimiéndoles la carga de presentar fundadamente sus alegaciones mediante la palabra (…)"[88].

(vii) Que las actuaciones orales valgan tanto como las escritas, y que en caso de contradicción entre una declaración oral y una escrita, el juez esté en condiciones de preferir aquella oral.

(viii) La restricción de la impugnación de los autos o resoluciones interlocutorias[89].

(ix) La sentencia tiene que ser dictada por el Juez en la audiencia

Por ello, en palabras del gran Chiovenda "oralidad (…) significa que el juez deba conocer de las actuaciones procesales (…) no en base a las muertas escrituras, sino en base a la impresión recibida (…) de esta actividad realizada delante de él, por él, como suele decirse, vivida"[90]. Por ello, oralidad supone algo más que la sola regulación o incorporación de una audiencia[91]. La oralidad supone más que la sola presencia de las partes y el juez en el local del juzgado un día a determinada hora. Oralidad supone poner en práctica todo un complejo sistema de comunicación y persuasión en cada oportunidad en la que el juez y las partes, junto con sus abogados, se reúnen, de modo que el juez pueda extraer de sus comportamientos y dichos, los elementos probatorios suficientes para poder dictar sentencia. En ese sentido, para un importante sector de la doctrina un proceso

86 En ese mismo sentido ver: VÉSCOVI, Enrique. Op. cit. p. 51.

87 Traducción libre de: "*la discussione orale, intesa, no come declamazione accademica, ma come il conciso oporre di ragioni a ragioni, può condurre ad una definizione certamente più pronta e probabilmente migliore di quella maturata nella mente del giudice con la sola scorla della scritture*". CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit. p. 682.

88 BUSTOS, José. "Principios fundamentales del proceso penal oral". En: "Ponencias del XX Congreso Colombiano de Derecho Procesal". Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 1999. p. 251.

89 El gran defensor de esta restricción de la impugnación en la oralidad es Chiovenda. CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit. p. 683. En la misma línea se encuentra Peyrano. PEYRANO, Jorge. Op. cit. p. 309.

90 Traducción libre de: "*Oralità (…) significa che il giudice debba conoscere delle attività processuali (…) non in base alle norte scritture, ma in base all'impressione ricevuta (…) da questa attività avvenute davanti a lui, da lui, come usa dirsi, vissute*". CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit. p. 683.

91 En ese sentido, discrepamos con Peyrano, para quien lo esencial en la oralidad es que exista una audiencia, en la que las partes puedan practicar todas las pruebas que serán necesarias para que el juez resuelva la causa. PEYRANO, Jorge. Op. cit. pp. 306 y siguientes.

es oral "cuando la resolución judicial se basa, exclusivamente, en los materiales aportados de esta manera o, lo que es lo mismo, cuando las pruebas son aportadas de modo oral e inmediato ante el órgano que ha de valorarlas"[92].

La Ley Procesal del Trabajo es un modelo mucho más leal con el sistema de la oralidad. Es un modelo que debemos mirar para que, en función a él, podamos hacer la gran reforma de nuestro proceso civil.

De otro lado, se suele mencionar que el rol que cumplen las actuaciones escritas en un proceso oral, son fundamentalmente dos[93]:

(i) Anuncian las proposiciones y defensas que serán desarrolladas y mejor fundamentadas posteriormente en la audiencia. En general, para hacerle frente a las críticas según las cuales uno de los problemas de la oralidad es que no fija el objeto de la controversia, se procura exigir que los actos postulatorios (en concreto, las pretensiones y las defensas) sean formuladas por escrito, sin perjuicio de la fundamentación que con posterioridad se realice oralmente. Se propugna de este modo, una mínima certeza en la fijación del objeto de la controversia, la que solo se puede lograr a través de establecer que dichos actos sean realizados por escrito. Ahora bien, en línea de lo señalado como rasgos de la oralidad, debe precisarse que el hecho que la fundamentación posterior sea hecha oralmente no debe ser visto en el sentido que este acto sea considerado como de menor importancia, ya que en un auténtico sistema oral ello vale tanto o más que lo que está por escrito.

(ii) Documenta aquello que resulta relevante para el proceso, especialmente aquello que ocurre en la audiencia. Este rasgo quizá sea el que mayor preocupación ha causado en la doctrina que se ha venido ocupando del tema. Es que la escritura ocupaba un rol trascendental en la documentación de lo ocurrido, y en una etapa en la que no existía o no se conocía ningún otro medio capaz de documentar las actuaciones orales, la escritura era un compañero inseparable de la oralidad ante esta necesidad de documentación, confundiéndose su rol, al punto de terminar destronando a la oralidad en sí, pues finalmente valía lo que en el acta haya quedado escrito, no pudiendo por ello el Juez fundamentar su fallo en nada distinto a aquello que en el acta se haya consignado. A la mente nos viene inmediatamente la Decretal de Inocencio III de 1216 a la que antes hemos hecho referencia. Puede que este precisamente sea el modo más claro de falsear un sistema oral, convirtiendo al acta (documento en el que se consigna todo aquello que ha ocurrido en la audiencia) en el principal protagonista de la oralidad, y en la mejor máscara que se puede poner un proceso que aparenta ser oral, pero que de ninguna manera puede ser considerado como tal. Ese culto al acta es quizá uno de los peores enemigos de la oralidad. Felizmente en nuestra época existen otros medios distintos y mejores a la escritura para poder dejar constancia de lo ocurrido en una audiencia. El audio y el video se convierten ahora en los más fieles celadores de un auténtico proceso oral.

VI. PROCESO ORAL Y TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

La creencia de que la oralidad constituye el mejor medio a fin de que el Juez se forme de mejor modo la convicción sobre los hechos del proceso, y el escenario en el que de mejor manera se garantizan los derechos de las partes en el proceso ha determinado que su estimación como principio procesal se haya llevado a tal nivel de considerarlo como el principio "más esencial de los que rigen el procedimiento, por cuanto, de hecho, viene a condicionar a los restantes"[94].

Nadie mejor que Morello para indicar la manera como la oralidad y la audiencia, en concreto, se convierten en el escenario en que se respeta de modo más pleno el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, específicamente, el derecho a la defensa: "Es seguramente al vivenciar la audiencia preliminar cuando, en concreta paridad de participación y de oportunidad real de afirmar, controlar, excepcionarse y defenderse, cobra máxima luminosidad un contradictorio respetuoso de los derechos (procesales) de cada parte"[95].

92 ASENCIO, José María. Op. cit. p. 214. En el mismo sentido: GIMENO, Vicente. "Introducción al derecho procesal". Cuarta edición. Madrid: Colex. 2006. p. 303.

93 CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit. p. 683.

94 ASENCIO, José María. Op. cit. p. 214. En ese mismo sentido se pronuncia Devis Echandía. DEVIS, Hernando. "Nociones Generales de Derecho Procesal Civil". Madrid: Aguilar. 1966. p. 61.

95 MORELLO, Augusto. "Mecanismos para garantizar la efectiva aplicación de los principios fundamentales en el proceso por audiencias". En: Revista Peruana de Derecho Procesal 6. p. 335.

Por esas razones el artículo 120.2 de la Constitución española, señala "el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal". Nótese que la Constitución española no exige la oralidad, exclusivamente, sino el predominio de la oralidad. De esta manera, un procedimiento exclusivamente escrito sería un proceso que no se ajustaría a los postulados constitucionales.

Ahora bien, el proceso oral es uno en el que no solo se respetan de manera escrupulosa los derechos que integran la tutela jurisdiccional efectiva, sino, además, que es un proceso en el que se puede realizar un adecuado control para determinar si existe o no infracción a este derecho fundamental.

No hay mejor forma de garantizar el derecho al juez natural, que actuando una serie de diligencias y actuaciones procesales frente a aquella persona que se sabe es la que va a juzgar.

De otro lado, se potencia en este proceso el respeto absoluto al derecho a la defensa, en la medida que existe una amplia posibilidad de hacerlo. Dicho ejercicio se puede realizar en el modo más pleno en una de sus manifestaciones: el derecho fundamental a probar, en la medida que solo en este sistema se alcanza la absoluta seguridad de su respeto. Ello, en la medida que la oralidad, "cual significa que las pruebas deben recepcionarse *(sic)* de viva voz, directamente de sus deponentes –testigos y peritos– (órganos de prueba) en el juicio o debate público, de tal suerte, que puedan ser interrogados por las partes a fin de ejercer su derecho de contradicción y de defensa (…)"[96].

Pero no sólo ello, sino que el derecho fundamental a la valoración de la prueba encuentra mayor plenitud en este sistema: "la oralidad al paso que garantiza la controversia probatoria permite el conocimiento personal de los testigos y peritos para apreciar sus declaraciones y dictámenes en toda su dimensión, la credibilidad resulta más fácilmente deducible si el juez, supremo rector de la valoración probatoria se encuentra en contacto directo con el órgano de la misma, y por tanto, a través de su percepción puede desentrañar aún los motivos mejor guardados de ciertas afirmaciones contrarias a la verdad, de difícil descubrimiento cuando se trata de elementos de convicción allegados a través de actas sin la intervención del funcionario que los habrá de valorar, pues las palabras, allí consignadas son letras muertas que no excitan la sicología del juzgador"[97].

Solo de esta manera se garantiza que la decisión será la mejor decisión que se puede adoptar sobre la base de los medios probatorios actuados y valorados.

Por lo demás, frente al Juez se presentan las partes en condiciones de igualdad pudiendo ejercer todos sus derechos frente a él, exponiendo sus razones, oponiéndose a las pruebas contrarias, y fundamentando mejor las suyas.

Hay, sin embargo, una objeción que se le hacen a las sentencias orales: su motivación. El hecho que la motivación sea distinta, no quiere decir que no se exija: "(…) la sentencia *in voce* debe contener como mínimo una indicación esencial y sucinta de los fundamentos de la decisión contenida en el fallo, sin perjuicio de un posterior desarrollo más pormenorizado en el momento de la redacción de la resolución"[98]. De este modo, la sentencia expedida en el proceso oral debe contener una exposición breve, pero coherente, de las razones por las que se falla en determinado, identificando, eso sí, cada uno de los extremos del fallo, es decir, la indicación de qué es lo que se decide sobre cada pretensión y defensa. La omisión de un aspecto de la decisión puede ser advertida por las partes en el mismo momento de la audiencia.

VII. REFLEXIÓN FINAL

La búsqueda por la justicia, no solo hace *conveniente*, sino necesario, regular la oralidad. No existe otro método capaz de garantizarnos que hemos hecho todo lo posible por lograrla. La escritura solo nos lleva a una aproximación muy lejana de la justicia. Sin embargo, a ella hemos vuelto.

El Código Procesal Civil fue un bien intencionado intento por recoger la oralidad en el Perú. A pesar de sus defectos, se pudieron hacer pequeñas correcciones y grandes jornadas de capacitación. Hoy hemos regresado a un sombrío pasado: al proceso escrito. Mientras en toda América Latina se vive una tendencia hacia la oralidad, nosotros que la vivimos muy cerca, con sus imperfecciones, renunciamos a ella. Incluso nuestros Código Procesal Penal y Ley Procesal del Trabajo van en esa tendencia.

Sí había que modificar el Código Procesal Civil, pero no del modo como se hizo en los años 2008 y 2009. Hemos equivocado gravemente el rumbo; estamos aún a tiempo de retomarlo.

96 BUSTOS, José. Op. cit. p. 250.

97 Ibíd. p. 251.

98 COLOMER, Ignacio. "La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales". Valencia: Tiranch Lo Blanch. 2003. pp. 79-80.



J. ANTONIO DEL POZO VALDEZ
Abogado Notario

- ✔ **Veracidad;**
- ✔ **Honorabilidad;**
- ✔ **Objetividad;**
- ✔ **Imparcialidad;**
- ✔ **Diligencia; y,**
- ✔ **Respeto a la dignidad y derechos de las personas, a la Constitución y a las leyes.**

Juan de Arona 837 - 845, San Isidro • Teléfono: 442-2120 • E-mail: postmast@jdelpozo.com.pe

APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA ACUMULACIÓN EN EL PROCESO CIVIL*

Mario Reggiardo Saavedra**

La tutela jurisdiccional efectiva, derecho fundamental y principio rector del proceso civil, ha orientado nuestro ordenamiento jurídico en la creación de distintas instituciones jurídicas como herramientas en busca de la mayor eficiencia posible del proceso como mecanismo de tutela de los derechos de las personas. Es en ese sentido que la acumulación representa una de las principales instituciones procesales que permiten evitar sentencias contradictorias y el uso innecesario de costos en el sistema judicial.

En el presente artículo, el autor realiza un agudo análisis en atención a las consideraciones prácticas y jurídicas de la acumulación de pretensiones en la propiamente dicha acumulación "objetiva" y en la acaso mal llamada acumulación "subjetiva".

* Este trabajo fue realizado con la colaboración de Joel Campos, Fernando Liendo y Luis Vargas Martínez.

** Abogado. Magíster en Derecho y Economía por la Universidad de Hamburgo. Profesor de las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Universidad del Pacífico.

"Nada de lo que es humano es un bloque. Son los tiranos quienes razonan en términos de bloque."
Jean-François Revel

I. ¿QUÉ ES LA ACUMULACIÓN?

A. Precisiones terminológicas

Usualmente se dice que la acumulación procesal es la institución por la cual existen, en un mismo proceso, varias pretensiones, varios sujetos en calidad de parte o ambas cosas simultáneamente. A partir de ello, muchos conciben dos tipos de acumulación: objetiva y subjetiva. La primera, referida a la pluralidad de pretensiones y la segunda a la de sujetos. Asimismo, la llamada acumulación mixta o acumulación subjetiva de pretensiones, ocurriría cuando concurren ambos tipos de acumulación en el mismo proceso[1].

A mi juicio, la acumulación es una sola: la de pretensiones. El criterio de clasificación tradicional no es el mejor y ello se debe a una sencilla razón: la institución que regula la situación en la cual existen varios sujetos en calidad de parte en el proceso es el litisconsorcio. La supuesta especie de acumulación "subjetiva" suele aparecer sólo en la introducción de los estudios teóricos cuando se hace la clasificación del género "acumulación". Pero no hay mayor desarrollo de la acumulación subjetiva, porque inmediatamente debe hacerse referencia al litisconsorcio, institución procesal que con reglas y principios propios regula la existencia de varios sujetos en el proceso. Por ello, si el género "acumulación" solo tiene realmente una especie llamada "objetiva", género y especie pasan a ser lo mismo.

En el Perú, la clasificación de acumulación objetiva y subjetiva está recogida en el artículo 83 del Código Procesal Civil[2]. Pero, en dicha sección del Código Procesal Civil no se regula en modo alguno la llamada acumulación subjetiva[3], pues solo se hace referencia a los requisitos y trámite de la acumulación de pretensiones. La inexistencia de la acumulación subjetiva, como una institución procesal independiente, se comprueba también cuando en el capítulo siguiente, (Capítulo VI) el Código Procesal Civil regula el litisconsorcio, como el supuesto de participación de varios sujetos en uno de los extremos de la relación jurídica procesal[4]. Claro, finalmente estamos ante una discusión sobre meros criterios clasificatorios y se podría proponer que el término "litisconsorcio" desaparezca para pasar a utilizar el de "acumulación subjetiva". Pero las instituciones jurídicas –y sobre todo las normas que las regulan– deben ser claras y simples, de tal manera que no incentiven discusiones inútiles o generen costos a las partes a partir de un error judicial. Por ello, deberíamos desechar la clasificación de acumulación objetiva y subjetiva[5]. No existe una razón práctica que justifique que sigamos dividiendo a la acumulación en objetiva y subjetiva. Es una sola y es la de pretensiones. La segunda es el litisconsorcio. Ambas instituciones se encuentran en determinados supuestos. Bajo esa lógica abordaré este trabajo.

B. Los fines de la acumulación

Los estudios procesales sostienen que la acumulación tiene dos fines: (i) hacer efectivo el principio de economía procesal y, (ii) evitar fallos opuestos[6]. Ello es correcto. Pocas veces los estudios jurídicos tradicionales justifican la existencia de una institución en consideraciones prácticas.

La importancia de la acumulación la comprendemos mejor con un ejemplo. Imaginemos que una persona quiere iniciar un proceso pretendiendo la resolución por incumplimiento de un contrato y también los daños sufridos como consecuencia de dicho incumplimiento. Resulta comprensible que ambas pretensiones sean planteadas en la misma demanda para que sean resueltas en conjunto por el mismo juez. Si se iniciase un proceso para cada pretensión, no solo existiría actividad jurisdiccional innecesariamente repetida, sino que, además, se presentaría el riesgo de que en un proceso se declare infundada la pretensión de resolución del

1 Esta clasificación ha sido recogida mayoritariamente en el Perú a partir de la revolución generada por el Código Procesal Civil y los primeros trabajos del profesor Juan Monroy. En este caso, ver MONROY GÁLVEZ, Juan. "Partes, Acumulación, Litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil". En: Ius et Veritas 6. 1993. p. 44.

2 "Art. 83: Pluralidad de pretensiones y personas. En un proceso pueden haber más de una pretensión, o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda una acumulación subjetiva".

3 Me refiero al Capítulo V del Título II de la Sección Segunda del Código Procesal Civil.

4 Igual opinión tiene el profesor Héctor Leguisamón quien sostiene: "De ese modo, al actuar más de un litigante nos encontramos frente a procesos con sujetos múltiples en los cuales existe litisconsorcio". LEGUISAMÓN, Héctor. "Lecciones de Derecho Procesal Civil". Madrid: Depalma. 2001. p. 223. El profesor Monroy Gálvez dice al respecto: "afirmamos que el litisconsorcio no es otra cosa que una acumulación subjetiva, es decir, la presencia de más de una persona en calidad de parte demandante o demandada". MONROY GÁLVEZ, Juan. Op. cit. p. 47.

5 Así, Lino Enrique Palacio, aunque también era partícipe de la clasificación de acumulación objetiva y subjetiva, al definir la institución de la acumulación sostenía que "el proceso acumulativo, o por acumulación, es aquel que sirve para la satisfacción de dos o más pretensiones". Ver: ENRIQUE PALACIO, Lino. "Manual de Derecho Procesal Civil". Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2001. p. 114.

6 BACRE, Aldo. "Teoría General del Proceso". Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1986. p. 482; LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. "Lecciones de derecho procesal civil". Buenos Aires: Depalma. 2001. p. 225.

contrato porque el juez consideró que no hubo incumplimiento, mientras que en el otro proceso se declare fundada la pretensión de indemnización por el daño causado con el incumplimiento.

Los fines de la acumulación coinciden totalmente con el objetivo económico del Derecho Procesal. De acuerdo a Robert Cooter y Tomas Ulen[7], la regulación de las instituciones procesales debe buscar minimizar los costos administrativos del proceso y los costos provocados por los errores judiciales. El primer supuesto se refiere a los costos en tiempo y dinero que genera un proceso no solo a las partes, sino también al órgano jurisdiccional que finalmente es financiado en buena medida con el dinero de los contribuyentes. La actividad jurisdiccional que se sustente en consideraciones teóricas pero que genere un costo que se puede evitar, es innecesaria, y, en consecuencia, derrocha recursos escasos.

El segundo supuesto se refiere a los daños que se genera no solo a las partes, sino a los demás miembros de la sociedad, con el hecho de que el órgano jurisdiccional no tenga una posición definida sobre un tema. Cuando los jueces fallan de diversos modos sobre un mismo hecho se generan incentivos incorrectos en los ciudadanos. Por ejemplo, que en el Perú no haya una posición judicial uniforme sobre las pretensiones de tercería de propiedad, incentiva que muchos deudores transfieran sus inmuebles a personas de confianza que no inscriben la transferencia en el registro público; pero cuando el bien es embargado por el acreedor, pretenden el levantamiento del embargo porque dichos terceros serían los nuevos propietarios. De ese modo se incentiva la cultura del "perro muerto", lo cual implica un aumento de la tasa de morosidad, el aumento del costo de acceso al crédito (los bancos piden garantías o aumentan la tasa de interés activa) y el aumento de la actividad jurisdiccional a partir de dichas demandas de tercería. Si la tendencia judicial uniforme fuese la de declarar infundadas las pretensiones ante casos como el descrito, simplemente no se plantearían esas demandas, los jueces tendrían más tiempo para dedicarse a otros procesos, así como se reduciría el costo de acceso al crédito.

Aquello que los estudios jurídicos señalan como fines de la acumulación debe servir como orientación al legislador al regular la institución y al juez cuando la aplica. No obstante, en el Perú ello no ocurrió necesariamente en el primer supuesto. Conforme veremos a lo largo de este trabajo, la regulación de la acumulación en el Perú en determinadas situaciones aumenta los costos para las partes y el órgano jurisdiccional, así como permite fallos opuestos.

C. Efectos concretos de la acumulación

Desde una perspectiva económica, el que varias pretensiones se discutan en un mismo proceso[8] trae varias consecuencias. Estos efectos ocurren sobre todo en los casos de acumulación con litisconsorcio, llamada también acumulación subjetiva de pretensiones.

1. Economías de escala en los costos de litigio

La principal ventaja de la acumulación es el ahorro de recursos por el efecto de las economías de escala. Rosemberg sostiene que cuando varias víctimas tienen pretensiones de indemnización similares contra un mismo agresor, los procesos separados que cada uno inicie con frecuencia generan un amplio derroche de recursos en controversias duplicadas[9]. Las demandas separadas multiplican innecesariamente, por ejemplo, la inversión en medios de prueba. Un solo proceso iniciado por varios demandantes con sus pretensiones propias, reduce el esfuerzo repetido e incrementa los beneficios de una estrategia coordinada.

La acumulación permite las ventajas de la economía de escala al reducir por demandante el costo per capita de cada pretensión[10]. Las personas que demanden por separado tienen que pagar cada uno los informes legales previos, los honorarios del abogado litigante, los peritajes etc. La acumulación en cambio permite que los demandantes prorrateen el costo de los gastos en aquellos casos donde los servicios no sean rivales[11].

7 COOTER, Robert y ULEN, Tomas. "Derecho y Economía". México: Fondo de Cultura Económica. 1998. pp. 476-478.

8 Me refiero a los efectos que se presentan tanto en la acumulación propiamente dicha y en la acumulación con listisconsocio o aquella donde también participan varios sujetos en calidad de parte.

9 ROSEMBERG, David. "Avoiding Duplicative Litigation of Similar Claims: The Superiority of Class Action vs. Collateral Estoppel vs. Standard Claims Market". En: Harvard Law School, Public Law Research Paper, Nº 44. Harvard Law & Economics Discussion Paper Nº 394. 2002. p. 2.

10 ERICHSON, Howard. "Beyond the Class Action: Lawyer Loyalty and Client Autonomy in Non-Class Action Collective Representation". En: University of Chicago Legal Forum. 2003. p. 20.

11 Se entiende como bien o servicio no rival a aquellos donde su disfrute puede darse por más de una persona en paralelo, como el alumbrado público o la música. En cambio, un bien es rival cuando el bien o servicio solo puede ser usado por una persona, como un pantalón o los zapatos.

La economía de escala también beneficia al demandado porque minimiza los esfuerzos duplicativos preparando la defensa una sola vez para las cuestiones comunes. Además, es significativo el tiempo que ahorra el demandado asistiendo a una sola audiencia y no a una por cada proceso si los demandantes hubiesen actuado separadamente. El tiempo que ahorran también los distintos operadores jurisdiccionales, desde el juez que califica una y no varias demandas, hasta el notificador que realiza una notificación y no varias. Ese tiempo puede ser utilizado por el órgano jurisdiccional en resolver otros casos o, simplemente, en usar el tiempo para sus intereses personales.

La acumulación evita la ineficiencia de una misma controversia repetida en varios procesos. La calificación de la demanda, las audiencias, la actividad probatoria, las notificaciones y la emisión de la sentencia solo ocurrirán una vez. Si bien la pretensión de cada demandante podrá tener particularidades en las que deba detenerse el juez, la sentencia final cuando analice los temas comunes se fundamentará en los argumentos de todas las partes, evitando así que se litigue en el futuro aquellos temas en procesos separados.

2. Incentivos para invertir más en el litigo

Ganar un caso requiere de mucha inversión en tiempo, salud mental, gastos inesperados y recursos humanos. Para alcanzar el nivel de inversión óptimo, se debe tomar ventaja de la economía de escala generada mediante el prorrateo de dicho gasto entre los demandantes. Las economías de escala, generadas en una demanda planteada por varias personas, las incentiva a invertir más en el proceso, de modo que el prorrateo de los gastos comunes entre varios demandantes permite invertir en mejores abogados, informes técnicos, etcétera[12]. Si un abogado patrocina solo a un demandante o a un pequeño número de estos puede que no logren asumir la inversión suficiente para ganar el proceso.

Esta inversión mayor aumenta además el valor esperado de la pretensión, al incrementar la probabilidad de éxito en el proceso. Esto se explica así. En un caso X, una persona que demanda individualmente puede invertir 100 y con ello su posibilidad de éxito es de 50%. Si su pretensión es por 1000, entonces el valor esperado de su pretensión es de 500 (1000 x 50%). En cambio, si se junta con 5 personas y cada una invierte 100, contarán con 500 para pagar un mejor abogado y mayor material probatorio. De ese modo, la probabilidad de éxito aumenta, por ejemplo, en un 80%. Con ello el valor esperado de su pretensión individual pasa a ser de 800 (1000 x 80%).

3. Aumenta la capacidad de negociación frente a una transacción

Los demandantes que acumulen sus pretensiones en un solo proceso usualmente mejoran su capacidad de negociación para una eventual transacción. El impacto de la economía de escala en la capacidad de negociación es clara cuando cada demandante negocia por separado su pretensión de un monto menor al total acumulado. En estos casos, las pretensiones de demandantes individuales tienen poco valor esperado en la negociación, debido a que por separado su fuerza es menor. Al demandado le conviene la frase divide y vencerás. En cambio, el valor esperado de las pretensiones individuales aumenta cuando son planteadas de modo acumulado en una demanda[13].

Las economías de escala en las pretensiones acumuladas incrementan la capacidad de negociación. Esto puede explicar por qué en países como los Estados Unidos de América, los demandantes obtienen mayores beneficios en transacciones dentro de una *class action*, en comparación con lo que reciben cuando demandan por separado[14]. En las *class action* los demandantes obtienen pagos por montos mayores en las transacciones debido a que el demandado sufre el riesgo de un pago mayor total de una sola vez[15]. Por ejemplo, si existe un 90% de probabilidad de que una demanda con pretensiones acumuladas por un total de 100 millones sea infundada, igual existe un 10% de probabilidad de que se pague dicha suma, lo que hace que el valor esperado de la pretensión sea de 10 millones (100 millones x 10%). Cuanto más alta sea la cuantía total demandada, aumenta el riesgo de insolvencia para el demandado, por lo que éste puede querer eliminar dicho riesgo de perder 100 millones pagando algo más que 10 millones. Un gran negocio para los demandantes dada su baja probabilidad de éxito, por cierto. No obstante, este razonamiento puede verse afectado por factores culturales como la litigiosidad del

12 ERICHSON, Howard. Op.cit. p. 20.

13 SILVER, Charles. "Class Actions - Representative Proceedings". En: BOUCKAERT, Boudewijn y DE GEEST, Gerrit. Encyclopedia of Law and Economics. Volumen V. The Economics of Crime and Litigation. CHELTENHAM, Edward Elgar. 2000. p. 202.

14 SILVER, Charles. Op.cit. pp. 202-203.

15 SCHWARTZ, Warren F. "Long Short Class Actions". En: Georgetown University Law Center. Business, Economics, Regulatory Law Working Paper. Nº 219189. 1999. pp. 7-8.

peruano promedio o la corrupción que distorsiona las posibilidades de éxito.

Schwartz observa que si los demandantes actúan en procesos separados, los demandados tienen una especie de seguro al diluir el monto total en riesgos calculados individualmente. En estos casos, el riesgo de que todas las demandas individuales sean exitosas es menor y por tanto se reduce el riesgo de condenas que sumadas alcancen una cuantía millonaria que los pueda colocar en insolvencia. En consecuencia, los demandados serán menos aversos al riesgo y, por tanto, ofrecerán menos dinero para transar a los demandantes individuales[16].

4. Ejecución eficiente de los activos del demandado

Si la pretensión es fundada y el demandado no cumple con lo ordenado en la sentencia, debe pasarse a la ejecución forzada. Imaginemos ahora un caso donde varias personas pudieron demandar conjuntamente pero cada una lo hizo por separado. Los primeros trabaron medidas cautelares sobre bienes cuya ejecución permite cancelar lo pretendido, mientras que los últimos trabaron embargos sobre bienes que una vez ejecutados no llegan a cubrir el monto de lo adeudado.

Esta situación se pudo evitar si todos demandaban en conjunto y trababan los embargos en beneficio de todos. Así se reducen los costos de solicitar y trabar medidas cautelares, como los de ejecutar forzadamente la sentencia. Se reduce el costo de la actividad en horas/hombre para los operadores jurisdiccionales, se reduce el costo de tasaciones y publicaciones, se evitan procesos de tercería de derecho preferente y demás situaciones generadas por la pugna entre varios demandantes que intentan ejecutar en diversos procesos los bienes escasos de un solo demandado.

Además, se maximiza el valor de los bienes del demandado, de modo que no solo los demandantes pueden cobrar la mayor suma posible, sino que aumenta la posibilidad de que quede un remanente de la ejecución que pueda ser entregada al demandado, como producto del ahorro de recursos en la ejecución forzada de la sentencia. El efecto en la maximización del valor de los bienes del demandado es el mismo que el de los procedimientos concursales cuando un deudor entra en insolvencia.

5. Especialización de labores

Las personas que opten por demandar en conjunto también obtienen las ventajas que implica la especialización de labores. Usualmente será solo uno de los demandantes el que haga el seguimiento al abogado y al proceso, el que asista a las audiencias y realice las coordinaciones. Quien se ofrezca a realizar dicha labor generará el ahorro en recursos para los demandantes que tengan una actitud pasiva.

Esto incluso dejará a dichos demandantes en una mejor posición de la que hubiesen tenido si personalmente hubiesen tenido que realizar dichas labores en sus procesos individuales[17], ya que el demandante que se ofrece a supervisar el caso suele ser una persona que es abogada o tiene los recursos de dinero o tiempo para hacerlo con holgura.

II. TIPOS DE ACUMULACIÓN

A. La acumulación originaria

Hablamos de acumulación originaria cuando la demanda contiene dos o más pretensiones propuestas en conjunto (en esta parte no analizaremos todavía la acumulación con litisconsorcio). Los requisitos para iniciar un proceso con pretensiones acumuladas son:

1. El demandante y el demandado deben ser los mismos

El presupuesto de la acumulación originaria es la identidad de sujetos, por lo que las pretensiones que se quieren acumular deben ser planteadas por la misma persona (o contra la misma persona)[18]. No es posible acumular en una misma demanda una pretensión planteada por un sujeto A contra un sujeto B y otra planteada por C contra D. Los sujetos deben ser los mismos, salvo que A y B demanden conjuntamente (en calidad de

16 Ibídem.

17 SILVER, Charles. Op. cit. p. 202.

18 Este requisito no está expresamente previsto en el Código Procesal Civil. Sin embargo, se aplica en la medida que es entendido antes que nada como un presupuesto de la acumulación, al ser inevitable para la existencia de la institución en sí. Desde el momento que haya más de un sujeto en calidad de parte, entonces las reglas que se aplican son las de la acumulación (de pretensiones) con litisconsorcio.

litisconsorte) a C y D. Pero en este último caso ya estamos en la acumulación con litisconsorcio, lo que veremos después.

2. Conexidad

Este requisito está previsto en el artículo 86 del Código Procesal Civil para el caso de la acumulación con litisconsorcio. Si bien no está expresamente previsto para la acumulación simple, considero que sí debe ser tomado en cuenta como un requisito. Veamos por qué.

De acuerdo al 84 del Código Procesal Civil, la conexidad es aquella condición por la cual dos o más pretensiones se encuentran vinculadas por la existencia de elementos comunes o afines entre ellas[19]. El primer caso es conocido como conexidad propia y el segundo como impropia.

Asumo que los elementos de la pretensión son el petitorio (objeto) y su fundamento (causa petendi). Si bien la parte activa y pasiva de la pretensión es un presupuesto de ésta, para efectos prácticos la consideraré un elemento más. Entonces, siguiendo al Código Procesal Civil, si conexidad propia es que las pretensiones tengan todos los elementos comunes, hablaríamos de pretensiones exactamente iguales y nadie acumula lo mismo. Solo si falta uno de esos elementos podríamos hablar de pretensiones impropias y por tanto distintas. No creo que ese sea el razonamiento que está detrás de la aplicación de la "conexidad" en la acumulación.

El universo de pretensiones para acumular es en realidad el de las pretensiones que tienen algunos elementos comunes, como objeto (el bien jurídico pretendido) o título. Aquí es donde, en relación al título o causa petendi, es relevante hacer la diferencia entre conexidad causal y semi-causal. La primera se da cuando coincide el hecho central alegado como supuesto de hecho de la consecuencia jurídica pretendida. Por ejemplo, si alguien demanda una pretensión de resolución del contrato por incumplimiento y otra de indemnización por dicho incumplimiento. En ese caso podríamos decir que estamos ante un solo hecho relevante (el incumplimiento) que genera dos efectos jurídicos propios de una misma institución jurídica que es el contrato (resolución y responsabilidad).

Estamos ante la conexidad semi-causal si solo coincide el supuesto de hecho esencial de pretensiones que tienen distinto marco jurídico que los regule[20]. Por ejemplo, un locador que pretende que se le pague por la prestación cumplida en un contrato verbal y que ante el riesgo de falta de prueba, subordinadamente, plantea el pago de una indemnización por enriquecimiento indebido del demandado que recibió el servicio y no pagó algo por ello.

Dado que el Código Procesal Civil no hace diferencias en los efectos entre la conexidad propia e impropia, a fin de poder alcanzar los objetivos de la acumulación, lo mejor es optar por una interpretación amplia del concepto "conexidad", de modo que se puedan acumular pretensiones con conexidad propia o impropia, por objeto, causal o semi-causal. Sin embargo, en cualquier caso, el fundamento de hecho que se alegue como elemento de conexidad debe ser uno relevante para ambas pretensiones, de lo contrario podría acumularse cualquier pretensión alegando hechos intrascendentes. Por ejemplo, no son conexas una pretensión de indemnización por responsabilidad extracontractual por un accidente de tránsito y una de cumplimiento de contrato de mutuo, solo por el hecho de que el accidente y el deudor del mutuo son las mismas personas. Por ello es que la conexidad es un presupuesto que debe ser tomado en cuenta incluso en la acumulación simple.

3. Las pretensiones deben ser competencia del mismo juez

Este requisito está previsto en el artículo 85 del Código Procesal Civil. Para que se acumulen pretensiones, todas deben poder ser vistas por el mismo juez. Ello implica evaluar todos los factores que determinan la competencia: materia, cuantía, grado, territorio y turno. No he encontrado argumentos que directamente justifiquen la existencia de este requisito, recogido también en buena parte de los estudios de nuestra tradición jurídica. Asumo que se debería a la necesidad de que exista una coherencia en el sistema jurídico, de modo que si las normas de competencia determinan ante qué juez se plantea determinada pretensión, entonces la misma regla debe exigirse si alguien quiere plantear varias pretensiones en su demanda.

Esta regla no permite excepciones cuando las pretensiones son tramitables ante jueces de grado distinto, lo que vuelve la norma completamente ineficiente y no permite cumplir los fines de la acumulación. Veamos un ejemplo. Imaginemos un contrato donde una persona cede el uso de un inmueble a otra. Después de un tiempo el contrato ha vencido, el poseedor no pagó nada a cambio y

[19] "Art. 84: Hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas".

[20] RIVAS, Adolfo. "Tratado de las tercerías: el proceso complejo". Volumen I. Buenos Aires: Depalma. 1993. p. 82.

el propietario pretende que se le restituya el bien. Un desalojo.

El Código Procesal Civil dispone en el artículo 547 que si la renta mensual es mayor a 50 Unidades de Referencia Procesal (URP) o no existe cuantía, el juez competente de la demanda es uno especializado en lo civil. Pero si la cuantía es menor de 50 Unidades de Referencia Procesal, el juez competente es uno de menor grado, el de paz letrado. Pero resulta que en el caso concreto el contrato contiene cláusulas que no han sido redactadas con claridad, por lo que existe ambigüedad acerca del plazo de vencimiento del contrato, así como si se ha cedido la posesión del bien gratuitamente o a cambio de una contraprestación.

Lo razonable es que el propietario considere que puede recuperar el inmueble ya sea porque venció el plazo del contrato o porque el poseedor no le pagó contraprestación alguna. De modo subordinado, podría plantear una demanda acumulando dos pretensiones, una por vencimiento del plazo (al considerar que no existe cuantía) y otra por falta de pago (considerando que la cuantía era menor de 50 Unidades de Referencia Procesal). Pero eso no es posible ya que la primera pretensión es competencia del juez especializado en lo civil y la segunda del juez de paz letrado. La demanda sería declarada improcedente por indebida acumulación de pretensiones.

La rigidez del requisito generaría una situación ineficiente. Dado que no está claro el contrato y ello afecta la pretensión, el propietario deberá optar por plantear una sola demanda, reduciendo así la probabilidad de que le devuelvan el inmueble que de uno u otro modo le corresponde. La otra posibilidad es que decida iniciar dos procesos independientes para plantear ambas pretensiones ante cada juez de distinto grado. En este caso, no solo se genera un costo de tiempo y dinero innecesario tanto para ambas partes como para el órgano jurisdiccional, sino que además aumenta el riesgo de que se emitan fallos opuestos. Los fines de la acumulación no se cumplen con esta regla de acumulación si n excepciones para competencia de grado.

Frente a ello, la acumulación de ambas pretensiones en una demanda que se plantee ante el juez de mayor grado, significa un ahorro en recursos para todos los involucrados y elimina el riesgo de sentencias contradictorias. El beneficio de esta excepción sería largamente superior al costo ínfimo de que el juez de grado superior deba resolver una pretensión adicional en un proceso que de todos modos iba a dirigir.

Respecto de los otros elementos de la competencia sí existen algunas buenas excepciones. En cuanto a la cuantía, el artículo 11 del Código Procesal Civil[21] determina, como lo reconoce Ariano[22], que al momento de interponer una demanda con varias pretensiones, la cuantía estará determinada por la suma del valor de todas ellas.

En cuanto al territorio, en la mayoría de casos no habría problemas al acumular pretensiones de manera originaria pues al estar todas dirigidas a un mismo demandado, la competencia sería del juez del domicilio de éste. Y si estamos ante las excepciones de la competencia facultativa, la lógica es que el demandante opte por someter todas las pretensiones al juez del demandado para reducir costos. Incluso si estuviéramos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo, el Código Procesal Civil faculta a demandar en el domicilio de cualquier de ellos[23], por lo que no se necesita que coincida la competencia territorial.

Finalmente, respecto a la competencia por materia, es claro que este elemento sí resulta inflexible porque el costo de un error judicial por falta de especialización del juez sería mayor que los beneficios de ahorro de recursos y ausencia de pronunciamientos opuestos. Por ello, no conviene que se acumulen dos pretensiones en un mismo proceso si una es competencia de un juez laboral y otra de uno comercial, de darse el caso.

4. Las pretensiones deben ser tramitadas en una misma vía procedimental

Prevista en el artículo 85.3 del Código Procesal Civil, esta exigencia se aplica cuando se busque acumular pretensiones en las que la ley haya fijado de manera expresa cuál será la vía procedimental correspondiente (conocimiento, abreviado, sumarísimo o de ejecución). En el caso de que las pretensiones a acumular no tengan una vía procedimental establecida por ley, estas pueden reunirse en una misma demanda pues el juez tiene la facultad de acomodar las pretensiones en las vías que considere, lo cual debe llevarlo a optar por seguir el proceso con las pretensiones acumuladas en una sola vía a fin de obtener los beneficios de la acumulación[24].

21 "Art. 11: Si una demanda comprende varias pretensiones, la cuantía se determina por la suma del valor de todas. Si se trata de pretensiones subordinadas o alternativas, sólo se atenderá a la de mayor valor".

22 ARIANO DEHO, Eugenia. "Problemas del Proceso Civil". Lima: Jurista. 2003. p. 130.

23 Ibídem.

24 Ibídem.

En este supuesto tampoco he encontrado argumentos que justifiquen la regla más allá del orden que implica que las pretensiones se tramiten en sus vías procedimientales originales. Esto significa que si se presenta un conflicto del cual se derivan varias pretensiones conexas, pero ellas no son tramitables en la misma vía, se tiene que iniciar procesos independientes. ¿El beneficio de dicho orden es mayor que el costo generado a las partes y al Poder Judicial de seguir no uno sino varios procesos? ¿El beneficio del respeto a la vía procedimental es mayor que el costo generado por pronunciamientos opuestos? A mi juicio, no. Por ello considero que tal requisito debería ser flexibilizado en función del criterio de que la vía procedimental más larga es aquella donde deben tramitarse todas las pretensiones a acumular. La vía larga absorbe a la menor. Así deberían poder ser acumuladas en una demanda la pretensión de cumplimiento de contrato –que de acuerdo a la cuantía del caso asumamos que se sigue en la vía abreviado– con la pretensión de otorgamiento de escritura pública –que de acuerdo al Código Procesal Civil corresponde al procedimiento sumarísimo.

Recordemos que la vía procedimental corta existe en beneficio del demandante, a fin de que pretensiones de menor complejidad sean resueltas rápido. Por ello, el demandante podría renunciar a plantear en un proceso independiente una pretensión en la vía más corta, a fin de acumularla con otra en un solo proceso que se conduzca por una vía más extensa. Además, la vía más larga favorece al demandado, quien cuenta con más tiempo para preparar su defensa. Entonces tampoco se produce una infracción al debido proceso del demandado. Todos ganan con la flexibilización del requisito.

Mi propuesta no es novedosa en absoluto. Ya en el Libro Quinto del Digesto, Título Primero, Ley 54, se decía que "las acciones que por razón de la cuantía de la cosa litigiosa deben ejercitarse en el juicio verbal, podrán acumularse a las de mayor o menor cuantía", lo cual implicaba reconocer que conviene que las pretensiones se resuelvan conjuntamente en la vía más larga. Esta posibilidad solo está prevista como excepción cuando el Código Procesal Civil expresamente lo señale, como en el artículo 590 que permite que a una pretensión seguida en la vía de conocimiento, por ejemplo una resolución de contrato, se le acumule accesoriamente una de restitución del bien materia de la prestación, lo que originalmente se debía seguir en la vía sumarísima por tratarse de un desalojo.

En su artículo 89, el Código Procesal Civil permite que dos procesos seguidos en vías distintas puedan ser acumulados, de modo que ambos se desacumulan en el trámite pero terminan siendo sentenciados en un solo momento por el mismo juez. Entonces, si el Código Procesal Civil sí permite que se acumulen pretensiones en vías distintas de modo sucesivo, ¿por qué no permitirlo de modo originario? Volveremos a este punto más adelante.

5. Las pretensiones no deben ser contrarias entre sí

El artículo 85.2 del Código Procesal Civil, como lo hacen la mayoría de autores, establece que las pretensiones a acumular no deben ser contrarias entre sí, salvo que sean propuestas como subordinadas o alternativas. Esto lleva a repasar las formas de proponer la acumulación de pretensiones.

El modo de postular las pretensiones es central para el proceso. De ella dependerá el ejercicio del derecho de defensa del demandado así como el orden que seguirá el juez al momento de sentenciar. Veamos las formas de acumulación que se pueden adoptar.

a) Pretensiones autónomas.

Se presenta cuando se plantean dos o más pretensiones que pueden ser resueltas en la sentencia de manera independiente, sin que el fallo sobre una afecte al de las otras. No existe relación de jerarquía o dependencia entre ellas. Por ejemplo, cuando alguien pretende que se cumplan dos prestaciones derivadas de un mismo contrato.

Las pretensiones autónomas o simples no están expresamente previstas en el Código Procesal Civil. No obstante, los jueces peruanos las aceptan al ser la forma de acumulación que más se presenta en la realidad y cuya existencia no genera mayor problema.

b) Pretensiones subordinadas

Se dan cuando el demandante plantea una pretensión principal y otra (u otras) que es subordinada al resultado de la principal. De acuerdo al artículo 87 del Código Procesal Civil, la subordinada solo es resuelta por el juez si es que la principal es desestimada.

c) Pretensiones alternativas

Este tipo de acumulación existe cuando el demandante propone más de una pretensión con esa calificación de modo que, en caso todas sean declaradas fundadas, el demandado tiene inicialmente la opción de elegir cuál cumplir en ejecución de sentencia. De acuerdo al artículo 87 del Código Procesal Civil, si el demandado no lo hace en ejecución de sentencia, elige el demandante. A diferencia de las autónomas, se trata de pretensiones contradictorias entre sí, por lo que en caso todas sean fundadas, la eficacia

del fallo está sujeta a que solo una pretensión finalmente sea escogida para ejecución al final del proceso.

A mi juicio, dependiendo del caso concreto, sí es posible que una pretensión alternativa sea declarada fundada y la otra desestimada. Imaginemos por ejemplo un caso donde el demandante solicita la resolución de un contrato por incumplimiento o su anulación por vicio resultante de error. Puede que después de realizada la actividad probatoria el juez considere que hay incumplimiento pero no error, por lo que solo declara fundada la resolución del contrato. En este caso el demandado no tiene otra alternativa que cumplir con el fallo por la pretensión que sí fue fundada.

d) Pretensiones condicionales

Este tipo de acumulación se presenta cuando el demandante propone una pretensión como principal o condicional y otra (u otras) como condicionadas a la principal[25]. Esto implica que solo en caso la pretensión principal sea declarada fundada, el juez pasará a resolver las condicionadas, pudiendo declarar éstas últimas como fundadas o infundadas. Se diferencia de la acumulación accesoria porque ésta última, supuestamente, sigue la suerte de la principal, de modo que, por ejemplo, si es fundada la principal, la accesoria también lo es. Las condicionadas, en cambio, pueden ser infundadas así la principal sea fundada.

Un ejemplo es la resolución de un contrato por incumplimiento como pretensión principal y una indemnización por los daños generados por el incumplimiento como pretensión condicionada. Si el juez declara infundada la pretensión principal porque considera que no hubo incumplimiento, entonces no resuelve la condicionada que pretendía una indemnización por dicho incumplimiento. En cambio, si declara fundada la pretensión principal, pasa a analizar la pretensión de indemnización, la cual puede ser fundada o infundada a partir de si, por ejemplo, se probó la existencia del daño.

Como esta forma de acumulación no está regulada en el Código Procesal Civil, algunos jueces presentan eventualmente reparos cuando se la plantea. No obstante, al igual que en el caso de las pretensiones autónomas, resulta evidente que se trata de la forma más común conforme se presentan los conflictos reales, por lo que se trata de una laguna del derecho que al necesitar de regulación jurídica, puede ser integrada mediante analogía o principios generales. En el caso del Código Procesal Civil incluso puede aplicarse la doctrina como fuente directa, a partir de lo permitido en el segundo párrafo del artículo III de su Título Preliminar[26].

e) Pretensiones accesorias

De acuerdo al artículo 87 del Código Procesal Civil y a la mayoría de la doctrina, las pretensiones accesorias se presentan cuando el demandante propone una pretensión principal cuya suerte determina la de una pretensión accesoria que depende de aquella. Si la principal es fundada, la accesoria lo es también. Si la principal es infundada, la accesoria también es infundada. La suerte de una determinaría automáticamente la suerte de la otra. Recogiendo la opinión casi unánime de la doctrina, Apolín sostiene que el juez que declara fundada la pretensión principal no tendría incluso que analizar las pretensiones accesorias pues correrían la "misma suerte" que las primeras[27].

Discrepo por completo de la existencia de las pretensiones accesorias. Es imposible que una pretensión, sin mayor análisis y solo porque la ley lo diga, siga automáticamente la suerte de otra. Veamos algunos ejemplos. Empecemos con la típica pretensión de pago de costas y costos, que es considerada como pretensión accesoria legal, por lo que aún sin invocarla se encuentra integrada a la demanda por mandato de la norma[28].

Sin embargo, el artículo 412 del Código Procesal Civil[29] señala que el juez, dentro de sus facultades como director del proceso, puede negar el pago de las costas y costos si es que considera que hubo circunstancias que explicaban la necesidad de iniciar el proceso. Entonces dicha pretensión no necesariamente sigue la suerte de la principal, aunque hay una disposición expresa para ello.

Imaginemos ahora que se plantea como pretensión principal una resolución de contrato de

25 RAMÍREZ ARCILA, Carlos. "Acción y Acumulación de Pretensiones". Bogotá: Temis. 1978. pp. 147-148.

26 "Art. III: "Fines del proceso e integración de la norma procesal. (…) 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".

27 APOLÍN MEZA, Dante. "Apuntes iniciales en torno a la acumulación de pretensiones". En: Derecho & Sociedad 25. Lima. p. 109.

28 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. "Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal Civil Peruano". En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima. p.128.

29 "Art. 412: El reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración (…)".

compraventa por incumplimiento de pago de precio y como accesoria la restitución del auto entregado como contraprestación. En la sentencia el juez considera que el contrato debe resolverse porque se probó el incumplimiento del pago del precio. Declara fundada la pretensión principal. De acuerdo al Código Procesal Civil y la doctrina, debe entonces declarar fundada la pretensión accesoria de restitución del auto entregado como contraprestación. Pero resulta que se probó también que el pago del precio era anterior a la entrega del bien, que el auto no se entregó al demandado y que el acta de entrega que se ofreció es falsificada. ¿Debe el juez declarar fundada la pretensión accesoria? Es evidente que no porque se trataría de una situación injusta.

Otro ejemplo. En ejecución de una transacción extrajudicial, se demanda el pago de una suma de dinero como pretensión principal y el pago de intereses como pretensión accesoria. Posiblemente todos pensemos que si se declara fundada la pretensión de pago del capital, automáticamente debe seguir la misma suerte la pretensión accesoria por los intereses. Pero resulta que en la transacción extrajudicial el acreedor condonó todo pago de intereses. ¿Está obligado el juez a declarar fundada una pretensión accesoria en esas condiciones?

Para declarar fundada una pretensión el juez debe verificar que se hayan probado los hechos alegados como elemento de tal pretensión. Dicho análisis debe hacerlo en todos los tipos de pretensiones, incluso en las accesorias. De lo contrario bastaría con ponerle esa calificación a una pretensión para que el juez se vea obligado a declararla fundada automáticamente sin poder analizar si realmente lo es. Por ello, a mi juicio es incorrecto que "no resulte necesario pronunciarse respecto de los fundamentos de la pretensión accesoria"[30].

En realidad, una vez que se declara fundada la pretensión principal, el juez debe evaluar la llamada pretensión accesoria con la rigurosidad de cualquier otra, de modo que puede eventualmente declararla infundada. No existe necesidad lógica, ni práctica, de que se estime automáticamente una pretensión accesoria solo por darle esa calificación.

Desde el momento que es imposible –y peligroso– que una pretensión pueda ser declarada fundada automáticamente solo porque otra lo es antes, considero que no existe la acumulación accesoria de pretensiones, sino sólo la acumulación condicional. Por lo tanto, mantener una institución jurídica cuando su tratamiento en la práctica no puede darse conforme a lo planteado teóricamente, es inútil. El Código Procesal Civil debería recoger entonces la forma de acumulación condicional y eliminar la accesoria. Si somos más prácticos y creativos, ni siquiera hay que modificar el Código Procesal Civil; basta con interpretar de modo correcto las accesorias, de modo que no tienen que seguir automáticamente la suerte del principal, sino que sean evaluadas siempre y en la práctica funcionen como condicionadas.

6. La acumulación con litisconsorcio

Si bien se trata de un supuesto de acumulación originaria, la acumulación con litisconsorcio es tan importante, y su regulación peruana tan deficiente, que considero necesario detenerme con detalle. La llamada acumulación subjetiva de pretensiones se presenta cuando en un proceso existen más de una pretensión planteada por varios demandantes o contra varios demandados.

Se trata de un supuesto de acumulación (varias pretensiones) donde existen a su vez varios sujetos como demandantes o demandados, los cuales tienen la particularidad de ser litisconsortes facultativos. Conviene entonces diferenciarlos de los litisconsortes necesarios. Regulados por el artículo 93 del Código Procesal Civil, existe litisconsorcio necesario cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, por lo que todos deben haber sido emplazados para que la sentencia les sea oponible[31]. Se da, por ejemplo, en los casos de nulidad de un acto jurídico donde intervinieron varias personas. Si el demandante es uno solo, planteará su pretensión de nulidad contra las otras personas que participaron de dicho acto jurídico. Acá no hay acumulación porque la pretensión de nulidad es una sola.

En cambio, en el litisconsorcio facultativo la intervención de los sujetos procesales será voluntaria. De acuerdo al artículo 94 del Código Procesal Civil, existe cuando los sujetos procesales son independientes ya que los actos de cada uno no favorecen ni perjudican a los demás. Se trata de personas independientes de aquel titular de la relación jurídica procesal, pero que consideran

30 APOLÍN MEZA, Dante. Op. cit.

31 Arrarte considera que el mismo implica que la parte demandante o demandada está compuesta indivisiblemente por más de una persona, titulares de la relación material, y quienes en conjunto tienen una sola pretensión y un mismo interés para obrar. ARRATE ARISNABARRETA, Ana María. "Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal Civil Peruano". En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima. p. 134. A su vez, Peyrano define al mismo como aquel en donde la relación material en litigio (el derecho sustancial controvertido) es de naturaleza escindible; resultando, por ende, indispensable (si se quiere una sentencia útil) que sea resuelta previa participación en el proceso de todos los involucrados. Ver: PEYRANO, Jorge W. "Procedimiento civil y comercial". Tomo 2. Rosario: Juris. 1992. p. 62.

32 Monroy Gálvez considera que la presencia de estas personas en el proceso no es definitiva ni esencial, dicho de otra manera, su ausencia no afectará el resultado del proceso. Las facultades que tengan dentro del proceso dependerán del grado de involucramiento que presenten en la relación sustantiva que dio origen al proceso o de la naturaleza de la relación que mantenga con alguna de las partes. Ver: MONROY GÁLVEZ, Juan. Op. cit. p. 49.

podrán verse afectados con la decisión a emitirse por el juez[32]. Lo importante es que habrá un litisconsorte facultativo dependiendo de que cada demandante plantee su propia pretensión contra el mismo demandado, o de que el demandado plantee una pretensión distinta para cada demandado. En este punto es donde aparece la acumulación.

El artículo 86 del Código Procesal Civil dispone que para que proceda una demanda con pretensiones acumuladas y litisconsorcio facultativo, deben provenir "*de un mismo título, se refieran a un mismo objeto, exista conexidad entre ellas y, además, se cumplan los requisitos del Artículo 85*" (misma vía procedimental, mismo juez competente y que no sean contrarias entre sí). Una interpretación gramaticalmente literal nos llevaría a decir que existen seis requisitos que deben ser concurrentes: mismo título, mismo objeto, conexidad y los tres del artículo 85. Pero la redacción de esa norma no es la mejor y ha venido generando una serie de confusiones.

La clave de toda la acumulación con litisconsorcio es la conexidad, que aparece como un requisito específico. Ya en el acápite II de este trabajo sostuve que la conexidad se determina a partir de elementos comunes entre las pretensiones, que básicamente son el objeto (bien jurídico pretendido) y el título como los hechos esenciales que la sustentan. Por ello, exigir que las pretensiones sean conexas pasa por compartir alguno de esos dos supuestos (objeto y hechos). De ahí que entonces la conexidad como un requisito de la acumulación subjetiva de pretensiones, es algo reiterativo.

Pero tampoco es que, además de los tres requisitos de la acumulación simple, nos quedemos solo con el título y el objeto como requisitos adicionales para la acumulación con litisconsorcio. Si exigimos que las pretensiones contengan el mismo título y el mismo objeto, prácticamente sería imposible que se presente esta acumulación en la realidad. O pedimos que las pretensiones compartan el mismo objeto o el mismo título, pero no ambas a la vez.

La conexidad por título se da, por ejemplo, si varias víctimas de un accidente de tránsito demandan sus pretensiones de indemnización propias, acumulándolas en una sola demanda. El hecho en común es el mismo accidente, lo que justificará que se puedan acumular a fin de reducir costos de litigación y evitar pronunciamientos opuestos sobre el mismo hecho dañoso. Los casos de pretensiones con un mismo objeto (entendido como el bien jurídico concreto para el caso) planteadas por varios demandados contra un mismo demandante, o planteadas por un mismo demandante contra varios demandados, parecen salir más bien de especulaciones de laboratorio. La consideración como mismo objeto al bien jurídico pretendido en abstracto llevaría a sostener que varias pretensiones de desalojo planteadas por diversos propietarios sobre inmuebles distintos, contra un mismo demandante, serían acumulables en el mismo proceso porque pretenden el mismo objetivo común que es el desalojo de inmuebles. Bajo esa lógica podríamos acumular entonces todos los desalojos del país en un solo proceso, lo cual sería absurdo.

En conclusión, una correcta aplicación de los requisitos de la acumulación con litisconsorcio es que, además de los requisitos de la acumulación simple, las pretensiones sean conexas por objeto o título, en este último caso ya sea como causal o semi-causal.

C. La acumulación sucesiva

La discusión de varias pretensiones también es posible que se produzca después de que se haya iniciado el proceso con una sola pretensión. A esta segunda posibilidad se le llama acumulación sucesiva de pretensiones. Se presenta cuando en el desarrollo del proceso, luego de la notificación de la demanda o el emplazamiento, se agregan otras pretensiones que proceden no necesariamente de la parte que dio inicio al proceso. Veamos los supuestos más importantes en nuestro sistema.

1. Acumulación de procesos

La acumulación de procesos es aquella en donde se produce la reunión de dos o más procesos iniciados por separado. Para Lino Palacio esta acumulación es necesaria en razón de haber pretensiones conexas que si son sustanciadas separadamente pueden generar decisiones contradictorias[33], sin perjuicio de las ventajas en el ahorro de los recursos involucrados.

Para el caso peruano, a partir de los artículos 88 y 89 del Código Procesal Civil[34] considero que los requisitos para que se acumulen procesos son

[33] PALACIO, Lino. Op. cit.

[34] "Art. 88: Acumulación objetiva sucesiva.- Se presenta en los siguientes casos: (…) 3. Cuando de oficio o a petición de parte, se reúnen dos o más procesos en uno, a fin de que una sola sentencia evite pronunciamientos jurisdiccionales opuestos".
Art. 89: Acumulación subjetiva de pretensiones originaria y sucesiva. (…) La acumulación subjetiva de pretensiones sucesiva se presenta en los siguientes casos: (…) 2. Cuando dos o más pretensiones intentadas en dos o más procesos autónomos, se reúnen en un proceso único. En este último caso, atendiendo a la conexidad y a la eventual diferencia de trámite de los procesos acumulados, el Juez puede disponer su desacumulación en el trámite, reservándose el derecho de expedir una sola sentencia".

solo dos: conexidad y riesgo de pronunciamientos opuestos. El requisito de la acumulación simple de que los procesos sean del mismo juez competente, solo debería aplicarse en el factor de "materia", no así en los otros factores como analicé en el acápite II de este trabajo. El segundo requisito de la acumulación simple, que las pretensiones no sean contrarias entre sí salvo que sean planteadas como alternativas o subordinadas, se neutraliza con la posibilidad de que la contradicción se de justamente porque a través de sus pretensiones propias, cada demandante pueda estar pretendiendo el mismo objeto concreto. Es decir, que son conexas.

El tercer requisito de la acumulación simple, que las pretensiones se sigan en la misma vía procedimental, está expresamente eliminado por el Código Procesal Civil, ya que se permite que los procesos se sigan en vías distintas siempre que se desacumulen en el trámite pero las pretensiones sean resueltas en una sola sentencia por el mismo juez. Es justamente esta excepción la que demuestra que la regulación de la acumulación en el Perú no está bien articulada. Como no se permite la acumulación originaria cuando las pretensiones se tramitan en vías procedimentales distintas, pero sí que se acumulen los procesos así tengan vías distintas, entonces se incentiva a que los abogados inicien dos procesos separados y una vez que se admitan a trámite las demandas, pidan la acumulación de los procesos. Se trata sin duda de una absurda pérdida de tiempo y recursos para las partes y el Poder Judicial que podría ser solucionada si se permite la acumulación originaria en la demanda, de modo que el proceso con ambas pretensiones se sigue desde el inicio en la vía más larga.

2. Modificación de la demanda

Se produce cuando después de interpuesta la demanda, el demandante la modifica a fin de incluir una pretensión adicional. En el Perú puede hacerse hasta antes del emplazamiento del demandado a fin de no afectar su derecho de defensa.

Si bien no es una acumulación sucesiva estrictamente hablando, el artículo 428 del Código Procesal Civil regula también la llamada ampliación de la demanda. Se presenta cuando se aumenta la cuantía del petitorio planteado en la pretensión de la demanda, si es que antes de emitida la sentencia se venciesen plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional y siempre que el demandante se hubiese reservado tal derecho.

Una interpretación extensiva del artículo 428 permite que dicha ampliación de la cuantía se produzca no solo en el marco de relaciones contractuales, sino también, por ejemplo, si en el marco de una pretensión por responsabilidad extracontractual se producen nuevos daños que son consecuencia del mismo hecho dañoso que originó la demanda y que por tanto era imposible de que sean planteados en esa oportunidad. No existe inconveniente alguno para que el demandante se reserve el derecho a ampliar la cuantía de su pretensión si aparecen nuevos daños a su salud, adicionales a los existentes al momento de interponer la demanda. De ese modo se evitan pronunciamientos opuestos sobre tal responsabilidad civil y se reducen los costos de litigio para las partes y el mismo Poder Judicial. Tales derechos le asisten también a quien formula reconvención.

Por último, en el Perú un requisito de la demanda es que previamente la pretensión haya sido llevada a un procedimiento de conciliación extrajudicial. Por ello, la modificación que se pretenda hacer a la demanda mediante la inclusión de una nueva pretensión, no está eximida del requisito del procedimiento de conciliación (aunque el plazo es muy corto). Para la ampliación de la cuantía, en cambio, no es necesario que se inicie un nuevo procedimiento de conciliación por cada plazo que se vence o daño subsecuente que aparezca.

3. La reconvención

Está regulada en el artículo 445 del Código Procesal Civil y consiste en la pretensión que puede postular el demandado frente al demandante. La posibilidad de reconvenir se da conjuntamente con el plazo otorgado para contestar la demanda, por lo que en el Perú solo puede plantearse en el mismo escrito de contestación. Si no lo hace con la contestación, el interesado solo podrá plantear esa misma pretensión en un proceso distinto y, en todo caso, intentar la acumulación de los procesos. De acuerdo a Monroy Gálvez, la reconvención constituye una contrapretensión[35], por lo que deberá cumplir con los requisitos previstos para la misma en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, en lo que corresponda.

El Código Procesal Civil dispone que la reconvención será admisible si la misma no afecta la competencia del juez ni afecta la vía procedimental con la que se inició el proceso. Estas exigencias, a mi juicio, reciben las mismas críticas que realicé antes a los requisitos de la acumulación originaria, pues

[35] MONROY GÁLVEZ, Juan. "Introducción al proceso civil". Tomo I. Bogotá: Temis. 1996. pp. 280-281.

aumenta el riesgo de pronunciamientos opuestos y los costos de litigación. Solamente debería mantenerse como requisito que la reconvención será procedente siempre que la pretensión que contiene sea conexa con la pretensión planteada en la demanda.

Se trata de una acumulación de pretensiones sucesiva porque se tramita conjuntamente con la demanda y se resuelve en la misma sentencia. Veamos un ejemplo para comprender su función. El señor A demanda a la señora B el divorcio por causal de separación de cuerpos por más de dos años. Sin embargo, y luego de obtener las pruebas que demuestran que el señor A mantiene una relación extramatrimonial con una señora C, la señora B reconviene planteando como pretensión el divorcio por adulterio. En este caso, la reconvención de la señora B guarda conexidad con la relación jurídica de la demanda, ya que si bien la causa de pedir de la reconvención es distinta, el petitorio es el mismo; lo que se quiere es la disolución del mismo vínculo matrimonial, finalmente.

De acuerdo al artículo 15 de la Ley 26872, modificado por el Decreto Legislativo 1070, en el Perú se necesita que el demandado que reconviene haya asistido a la conciliación extrajudicial promovida por el demandante y que exponga en ese procedimiento los hechos básicos de su futura reconvención.

4. La intervención excluyente principal

En la intervención excluyente principal el tercero interviniente plantea su propia pretensión, que resulta opuesta a la pretensión de la demanda original. Como bien lo dice Monroy Gálvez, esta situación es tan extraordinaria que a diferencia de las otras clases de intervención, ésta solo puede ocurrir hasta antes de la sentencia en primera instancia[36]. El tercero interviniente deberá solicitar al Juez su intervención en el proceso a fin de poder hacer frente con su pretensión de manera autónoma.

La intervención principal del derecho moderno es una facultad del tercero concedida con el fin de prevenir el daño que, de hecho, podría recibir el tercero por la victoria de las partes del pleito principal, y también con el fin de evitar una duplicidad inútil de juicios y la contradicción de sentencias[37]. Se da, por ejemplo, cuando existe un proceso de desalojo entre A y B, pero de pronto aparece C con una intervención excluyente principal a fin de plantear que el inmueble le sea restituido a él y no a A ni a B.

Dado que en este supuesto la existencia del proceso entre A y B demuestra una controversia real sobre el objeto discutido en el proceso, resulta absurdo exigir que C deba intentar una conciliación extrajudicial antes de plantear su pretensión excluyente principal contra A y B.

5. Intervención excluyente de propiedad o de derecho preferente

En el Perú la llamada tercería se produce cuando una persona, a quien denominamos C, se considera afectada con la ejecución de una medida cautelar en un proceso seguido entre A y B. Si C considera que el bien sujeto a medida cautelar es de su propiedad o que su derecho puede ser preferido como consecuencia de la medida cautelar, puede intervenir en el proceso con el exclusivo propósito de solicitar que se levante la medida cautelar o se respete la prelación de su derecho.

Por ejemplo, muchas veces las empresas productoras de bebidas alcohólicas prestan al minorista un congelador para vender sus productos. Luego de varios meses en posesión de la congeladora y sin haber cumplido cierta obligación con un acreedor, el minorista sufre un embargo de sus bienes pero el operador jurisdiccional se lleva en depósito todos los bienes que se encontraban en el establecimiento, inclusive el congelador de propiedad de la productora de las bebidas. Por ello, si su pedido de levantamiento es desestimado, esta empresa iniciará un proceso ante el mismo juez que trabó el embargo –que es el modo cómo se plantea la pretensión excluyente– a fin de que se deje sin efecto el embargo de la referida congeladora.

La tercería excluyente de propiedad inmueble es uno de los procesos más comunes en el Perú. El supuesto usual es el de A que embarga un inmueble a B, quien figura como propietario en Registros Públicos. Justo cuando se va a producir la ejecución forzada de la sentencia que ordena que B pague la deuda a A, aparece en escena un C, quien mediante la demanda de tercería pretende que se levante el embargo del bien, alegando que es el propietario ya que lo adquirió antes de trabado el embargo. La norma que les sirve de sustento a estos terceristas es el artículo 949 del Código Civil que dispone que el solo contrato hace al acreedor propietario de un bien inmueble. En base a esta norma muchos jueces declaran fundadas las pretensiones de tercería.

Sin embargo, dichas pretensiones son infundadas si se aplica correctamente el artículo 2022 del

[36] MONROY GÁLVEZ, Juan. Op. cit. p. 56.

[37] CHIOVENDA, José. "Principios de Derecho Procesal Civil". Tomo II. Madrid: Instituto Editorial Reus. 1977. p. 672.

Código Civil[38]. Al estar en conflicto un derecho real (la propiedad) y un derecho personal (el crédito) las disposiciones del derecho común, entendido como el derecho aplicable a la generalidad de casos, llevan a sostener que prima el derecho inscrito sobre el no inscrito, de modo que se protege al acreedor diligente que trabó el embargo y no al propietario negligente que no inscribió su propiedad. Lamentablemente, desde que muchos jueces todavía aplican el prehistórico adagio de que los derechos reales priman sobre los personales, en un buen número de casos se da la razón al propietario que no inscribió su derecho. De ese modo se incentiva que los deudores morosos transfieran sus inmuebles a personas de confianza que no inscriben su derecho, para plantear la tercería de presentarse la necesidad. Esto a su vez aumenta el costo de acceso al crédito, pues los bancos y acreedores en general subirán la tasa activa (cobrarán intereses más altos) y exigirán garantías.

Si el Poder Judicial empezara a emitir fallos uniformes de modo que se protejan las transacciones y embargos realizados sobre la base de la información disponible en el Registro Público, se desincentivarían las pretensiones de tercería, con lo cual bajaría la carga de trabajo de los jueces. Dedicarse a resolver conflictos más importantes o simplemente irse de la oficina más temprano, es mucho más beneficioso que estar dedicando recursos a proteger deudores morosos y propietarios negligentes. De acuerdo al artículo 9.b de la Ley 26872, este tipo de pretensiones pueden plantearse sin necesidad de solicitar una conciliación extrajudicial.

6. Aseguramiento de pretensión futura

Se produce cuando en el mismo proceso iniciado contra el demandado, este plantea una pretensión contra un tercero que no es parte de la relación jurídica inicial planteada por el demandante, en previsión de su eventual derrota respecto de la pretensión principal. Se provoca así la intervención del tercero a fin de que, confirmada la derrota respecto de la pretensión principal, se condene a dicho tercero a la indemnización al demandado[39].

Imaginemos que A celebra con B un contrato por el cual el primero transporta un bien en beneficio del segundo. A su vez, B sub-contrata a C para que realice finalmente el transporte. Sin embargo, por una negligencia de C, el bien llega en malas condiciones a A. Por ello, A inicia un proceso de indemnización contra B. Como es muy probable que la pretensión sea declarada fundada, B decide demandar mediante aseguramiento de pretensión futura a C para que en el supuesto que se le condene al pago de la indemnización, C le pague a B la suma que ésta pagará a A como indemnización. Así B se asegura un derecho de repetición contra C que es la responsable final del evento dañoso. Esta figura existe con el objeto de maximizar el uso de los recursos de litigación.

En este caso no cabe exigir una conciliación extrajudicial. Ello dado que no habría el tiempo suficiente para que pueda seguirse dicho procedimiento antes del vencimiento del plazo para contestar la demanda.

[38] "Art. 2022: Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común".

[39] APOLÍN MEZA, Dante. "Sobre el llamado aseguramiento de pretensión futura en el proceso civil". En: Selección de Textos Derecho Procesal Civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2008. p. 155.

MODIFICACIONES AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL. *REFORMATIO IN PEIUS*

Enrique Palacios Pareja[*]

El ser humano siempre ha tenido un afán por el progreso. Sin embargo, aunque sea esto lo que está en su mira, muchas veces en realidad logra el resultado contrario.

En el presente artículo, el autor nos muestra dos modificaciones a la legislación del proceso civil que no habrían logrado su afán de mejora. Una de ellas se refiere a la excepción de incompetencia en razón de territorio, la otra al recurso de casación.

[*] Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Jorge Avendaño, Forsyth & Arbe Abogados.

Desde que se promulgó el Código Procesal Civil he escuchado que este es un buen Código, que nos colocó en la modernidad sacándonos de las cavernas, pero que, como toda obra humana, tiene errores que se pueden corregir. Es más, se ha dicho que es "perfectible". Desde su vigencia se han producido modificaciones en el Código Procesal Civil. En las líneas siguientes me referiré a dos de ellas para ver si se ha llegado a "perfeccionar" el Código Procesal Civil.

I. LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA EN RAZÓN DEL TERRITORIO

Sabemos que las excepciones, en función de los efectos que produce la resolución que las declaran fundadas, se clasifican en dilatorias, perentorias simples y perentorias complejas. Las excepciones dilatorias son aquellas que al ser declaradas fundadas producen una dilación o demora en el proceso, pues se le concede al demandante un plazo para que corrija el desperfecto en la relación procesal que motivó la excepción. Es el caso de la excepción de incapacidad del demandante o de su representante, de representación defectuosa o insuficiente del demandante, de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, de falta de legitimidad para obrar en el demandado. Sólo si se vence el plazo concedido por el Juez sin que se corrija el vicio, se declara la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso.

Las excepciones perentorias simples son aquellas que al ser amparadas producen la conclusión del proceso, anulándose todo lo actuado. Sin embargo, el demandante puede acudir válidamente a un nuevo proceso corrigiendo la ausencia o presencia defectuosa del presupuesto procesal que sustentó la defensa de forma propuesta. Es el caso de las excepciones de representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante y litispendencia.

Finalmente, las excepciones perentorias complejas, al ser declaradas fundadas, producen el efecto de anular lo actuado y concluir el proceso, pero imposibilitando que el demandante pueda plantear válidamente la pretensión en un ulterior proceso. Ejemplos de este tipo de excepciones son las de cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva y convenio arbitral.

Como habrá podido notar el agudo lector, no he propuesto a la excepción de incompetencia en ninguno de los tres grupos clasificatorios mencionados. Ello responde a que luego de la modificación producida por la Ley 28544, que adicionó el inciso 6 al artículo 451 del Código Procesal Civil, la excepción de incompetencia puede ser perentoria simple o dilatoria, según en cuál de los factores que determinan la competencia se haya sustentado. Veamos.

Según el inciso 5 del artículo 451 del Código Procesal Civil, la excepción de incompetencia es perentoria simple, pues al ser declarada fundada se anula lo actuado ante el Juez incompetente y se da por concluido el proceso. Pero, como es obvio, el demandante puede plantear nuevamente la pretensión iniciando un nuevo proceso, esta vez ante el Juez competente. Sin embargo, este efecto lo tendrá la excepción de incompetencia siempre que no se sustente en el factor territorial, y en tanto este sea prorrogable, pues de ser este el caso la estimación de la excepción tendrá como consecuencia que se remita el proceso al Juez competente para que continúe con el trámite del mismo "en el estado en que se encuentre". Vamos a analizar a continuación como se ha "perfeccionado" el Código Procesal Civil con esta modificación legislativa.

La competencia es la potestad estatal para buscar la actuación del derecho objetivo al caso concreto, para lograr la efectiva tutela de las situaciones jurídicas de los particulares, la sanción de determinadas conductas antisociales por medio de decisiones definitivas y ejecutables con la finalidad de mantener armonía social. Es la aptitud que tienen los distintos Jueces para ejercer jurisdicción en determinados ámbitos, según la materia, cuantía, territorio, grado y turno, ante la imposibilidad del Juez único.

Estamos ante un presupuesto procesal, sin el cual no existe una relación procesal ni proceso válidos. En consecuencia, lo actuado ante Juez incompetente es irremediablemente nulo. Y lo que es aun más importante, mediante la competencia se actúa la garantía constitucional del Juez natural prevista en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, entendida como el derecho de las partes a que el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica sean resueltos por el Juez predeterminado por la ley, lo cual a su vez integra el contenido de la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Esta actuación de la garantía del Juez natural a través de la competencia se explica porque son las reglas de la competencia las que determinan por anticipado el Juez llamado a conocer sobre el conflicto o incertidumbre jurídicas, atentándose contra esta garantía si se obliga a las partes a litigar ante distinto Juez.

Eso explica a su vez que, por ejemplo, conforme al artículo 43 del Código Procesal Civil, concluida la contienda de competencia[1] el Juez declarado competente continúe el proceso, pero volviendo a conceder al demandado el plazo para contestar

la demanda, pues obligarlo a hacerlo ante el Juez declarado incompetente que lo emplazó originariamente sería desviarlo de su Juez natural. En este razonamiento descansa también la norma contenida en el artículo 451 inciso 5 del Código Procesal Civil, según el cual es efecto de las excepciones de incompetencia, declaradas fundadas, el anular lo actuado y dar por concluido el proceso, de modo tal que este se inicie ante el Juez natural, predeterminado por la ley mediante las reglas de la competencia.

La Ley 28544 modificó el Código Procesal Civil, entre otros extremos agregando el inciso 6 al artículo 451. De esta forma se establece que cuando el demandado cuestiona la competencia del Juez mediante una "excepción de competencia territorial relativa" (entiéndase prorrogable) y esta es declarada fundada, el efecto es remitir los actuados al Juez que corresponda, quien continuará con el trámite del proceso en el estado que este se encuentre. De este modo, aquel justiciable domiciliado en Lima que es demandado ante Juez incompetente en razón del territorio (por ejemplo ante el Juez de Tacna), ante quien deduce la excepción correspondiente que es declarada fundada, tendrá que contestar necesariamente la demanda ante dicho Juez incompetente, pues como sabemos el plazo para hacerlo se habrá vencido antes de que se resuelva la excepción en el saneamiento procesal; y como el amparo de su defensa de forma tendrá como efecto remitir los actuados al Juez de Lima para que continué con el trámite del proceso en el estado que este se encuentre, si no contesta a la demanda será declarado rebelde y en tal condición continuará con el proceso en Lima, con las nefastas consecuencias de presunción relativa de verdad de los hechos expuestos en la demanda y la notificación ficta previstas en los artículos 459 y 461 del Código Procesal Civil que acarrea. Lo expresado se puede visualizar en el siguiente cuadro.

Ni qué decir si, por ejemplo, la excepción de incompetencia (o de competencia relativa, según la norma que comento) es declarada infundada en primera instancia y revocada por la Sala Superior, quien declara fundada la excepción. En este caso el proceso habrá avanzado obviamente mucho más en razón de que el auto de saneamiento procesal que rechazó la excepción es apelable sin efecto suspensivo, pudiendo incluso haberse actuado pruebas en el cuaderno principal o eventualmente sentenciado en primera instancia. De este modo, el nuevo efecto de la excepción de incompetencia declarada fundada en segunda instancia significará que se remita al Juez competente los actuados para que continúe el avanzado trámite.

Como se aprecia, la modificación legal realizada con la inclusión del inciso 6 al artículo 451 del Código Procesal Civil no hace sino otorgar validez a todo lo actuado ante un Juez incompetente, obligando al demandado a litigar sobre el fondo ante dicho Juez incompetente, violando así frontalmente su derecho al Juez natural predeterminado por la ley mediante las reglas de la competencia y, por lo tanto, su derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. No queda duda entonces de que la norma contenida en el inciso 6 del artículo 451 del Código Procesal Civil es inconstitucional, siendo por lo tanto deber ineludible de los Jueces el inaplicarla, de conformidad con lo establecido en el artículo 138 segundo párrafo de la Constitución.

Finalmente, la norma bajo análisis, concordada con el nuevo texto del artículo 36 del Código Procesal Civil modificado por la misma Ley 28544 (que elimina los conflictos negativos de competencia y la forma de solución que el artículo original contenía), no hace sino generar un conflicto insoluble. En efecto, si como consecuencia del amparo de la excepción deducida, en el ejemplo propuesto, el Juez de Tacna remite lo actuado al Juez de Lima, y este a su vez se considera incompetente: ¿quién y cómo se resuelve este conflicto negativo de competencia? Nadie lo sabe, pues ha sido

	30 días			
	10 días	**10 días**		
Demanda	• Emplazamiento	• Excepción	• Contestación Excepción	• Contestación de Demanda, sino, rebeldía	• Saneamiento Procesal donde se resuelve la excepción

[1] Como sabemos, mediante la contienda de competencia –a diferencia de la excepción de incompetencia– el demandado no acude al Juez de la demanda, sino que se dirige al Juez que considera competente (Juez de la contienda) para que así se declare y le solicite al primero que le remita el proceso. Si el Juez de la demanda insiste en su competencia, el conflicto es resuelto por un tercer órgano jurisdiccional dirimente que concluye la contienda decidiendo cuál de los Jueces es competente.

eliminada la norma que regulaba esta situación. La eliminación de las reglas sobre conflicto negativo de competencia se justifica en tanto el efecto de las declaraciones de incompetencia por parte de los Jueces, ya sea de oficio o resolviendo las excepciones correspondientes, sea el de anular todo lo actuado y archivar el proceso, de modo tal que no exista proceso válido que el Juez que se ha declarado incompetente pueda remitir a otro. En ese sentido urge modificar la norma modificatoria, eliminando la última parte del artículo 36 del Código Procesal Civil y el inciso 6 del artículo 451 del mismo cuerpo legal.

II. EL RECURSO DE CASACIÓN

Mediante la Ley 29364 del 28 de mayo de 2009 se modificaron varios artículos del Código Procesal Civil que regulaban la casación. Esta ley tuvo como antecedentes los proyectos de Ley 672-2006-CR, 749-2006-PE, 1725-2007-CR, 1726-2007-CR y 2881-2008-CR que la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República dictaminó recomendando su aprobación, pero proponiendo un texto sustitutorio que fue aprobado por el Congreso y que, finalmente, dio contenido a la ley y por consiguiente al nuevo texto de los artículos del Código Procesal Civil modificados por esta. En el análisis de las propuestas legislativas, el mencionado Dictamen sostuvo lo siguiente: (i) No se cumple la finalidad nomofiláctica del recurso de casación, pues no logra un adecuado cumplimiento del derecho objetivo debido a que el recurso de casación ha venido siendo utilizado indebidamente como mecanismo para acceder a una eventual "tercera instancia", dilatando de esta forma la actuación de las sentencias emitidas por las Cortes Superiores. Así, se concluye que se ha producido un "desbordamiento" de recursos que ha determinado que la Corte Suprema cumpla de modo defectuoso su función casatoria. (ii) No se permite adecuadamente la unificación de la jurisprudencia, que es la función que la Corte Suprema debe asumir como institución promotora de patrones de conducta dirigidos a la sociedad.

El diagnóstico de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República no es en absoluto novedoso. Es indiscutible la lentitud de los procesos judiciales y la percepción social del Poder Judicial. En la siguiente columna mostramos algunos datos de interés.

El siguiente cuadro (abajo) nos permite apreciar qué medidas espera la opinión pública para revertir esta sensación de insatisfacción.

Debe tenerse presente que la ineficiencia en el Servicio de Justicia no sólo trae como consecuencia una baja apreciación del Poder Judicial por la población, sino que incide en los resultados económicos del país. El Banco Central de Reserva ha señalado que "[l]as instituciones, tanto la estructura legal como el sistema judicial, tienen un papel importante en la determinación de los resultados económicos de los países. Así por ejemplo, países con regulaciones que no protegen los derechos de los acreedores o que no favorecen la competencia entre intermediarios financieros, presentan sistemas financieros reducidos y mercado de capitales poco profundos, lo que trae como consecuencia una deficiente asignación de los ahorros de la economía y menores tasas de crecimiento económico. Pero tan o más importante que una adecuada regulación, es el cumplimiento o *enforcement* de la misma, por parte del sistema judicial. Si buenas leyes no pueden ser cumplidas, no son efectivas. En el Perú, como en otros países en desarrollo se percibe que el sistema judicial está en crisis: los casos duran mucho y cuestan mucho."

Veamos si las modificaciones al Código Procesal Civil impuestas por la Ley 29364 en materia del recurso casación coadyuvarán a que este recurso logre sus objetivos y se puedan menguar los problemas del Poder Judicial a los que se ha hecho referencia.

¿En qué consisten las modificaciones?

En cuanto a los fines del recurso señalados en el artículo 384 del Código Procesal Civil, se ratifica que consisten en la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia. Por lo tanto, no se aporta nada nuevo.

La satisfacción cada vez menor

Usuarios del sistema nacional de justicia muy satisfechos y satisfechos (en porcentaje), 2007 - 2009



Fuente: IOP PUCP / Elaboración: IPE

¿Qué factores podrían mejorar la eficacia del Poder Judicial a corto plazo? Puede mencionar hasta 2 elementos - Respuestas múltiples

RESPUESTAS	Total %	SEXO		GRUPO DE EDAD			NIVEL SOCIOECONÓMICO		
		Masculino	Femenino	18 a 29	30 a 44	45 o más	A/B	C	D/E
Mayor transparencia	44	44	44	50	43	39	45	49	36
Menos trámites	38	40	37	39	41	35	41	34	44
Leyes más ágiles	33	36	31	30	35	36	45	29	28
Mayor presupuesto	11	13	9	9	10	14	15	11	7
Más jueces	9	8	9	6	10	10	6	12	6
Infraestructura	7	7	6	9	3	7	9	5	7
Otro	1	1	1	-	1	1	1	1	1
No precisa	6	4	7	5	7	5	2	4	12
Base de entrevistas ponderada	502	246	256	181	180	141	144	233	124

Las causales que regulaba el texto derogado del artículo 386 eran la aplicación indebida, la interpretación errónea y la inaplicación de normas de derecho material o doctrina jurisprudencial. Además, la contravención de las normas procesales que garantizan el derecho a un debido proceso o la infracción de formas esenciales para la eficacia de los actos procesales. Todas estas causales han sido simplificadas en lo que el actual texto denomina "infracción normativa", que podrá ser de normas de derecho material o de normas procesales. Desaparece entonces aquella preocupación de identificar la causal invocada como una interpretación errónea, una inaplicación o una aplicación indebida de una norma sustancial, unificando todas las variables en la infracción normativa que puede ser material o procesal que incida directamente en el sentido de la decisión contenida en la resolución materia del recurso. También constituye causal de la casación el apartamiento inmotivado del precedente judicial. El llamado precedente judicial no es otra cosa que la anteriormente denominada doctrina jurisprudencial regulada en el artículo 400 del Código Procesal Civil. Esta figura se ha modificado no sólo en su denominación, sino también en su origen, pues se establece que se produce como consecuencia de un pleno de los magistrados supremos civiles, a diferencia de la disposición anterior que exigía un pleno casatorio de todos los magistrados de la Corte Suprema.

Hasta el momento no apreciamos que las modificaciones sobre las causales del recurso de casación solucionen el problema *advertido* por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, evitando la proliferación del recurso de casación y velando por el cumplimiento de la funciones de dicho recurso. Por el contrario, con la simplificación de las causales y su unificación en la denominada infracción normativa, se facilita el acceso al recurso extraordinario de casación.

Con relación a los requisitos de admisibilidad, se precisa que el recurso procede contra autos y sentencias emitidas por las salas superiores como órganos de segundo grado (la norma anterior indicaba "en revisión"), que pongan fin al proceso. Hay acá una modificación rescatable, el limitar la admisión del recurso a aquellas sentencias que, en segundo grado, pongan fin al proceso. Ello significa que las sentencias que tengan un efecto meramente rescisorio, por ejemplo la que anula la sentencia apelada, no podrán ser impugnadas en casación.

Cabe resaltar que el proyecto sustitutorio de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República eliminó las propuestas de limitar el recurso según la vía procedimental en que se tramite el proceso. Así, el proyecto de Ley 2881-2008-CR limitaba la procedencia del recurso a las sentencias y autos que en revisión pongan fin al proceso, pero en ningún caso ante procesos sumarísimos, abreviados o de ejecución. Por su parte, el proyecto de Ley 749-2006-PE propuso limitar el recurso para impugnar las sentencias y autos dictados en los procesos de conocimiento, abreviados y ejecutivos, de manera que en los procesos sumarísimos el recurso no procedía. De esta manera, aquellos procesos generalmente sencillos como los de alimentos, desalojo, interdictos y los de escasa estimación patrimonial, no accederían al recurso, coadyuvando a disminuir la carga procesal de la Corte Suprema y a que esta pueda cumplir con los objetivos de la casación. Nuevamente, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República actuó contradiciendo las finalidades del proyecto aprobado.

Otra modificación importante es que el recurso puede presentarse ante la Corte Superior o directamente ante la Corte Suprema, a elección del impugnante. En ningún caso la Sala Superior califica el recurso. Si se interpone ante ella, se limita a remitirlo a la Corte Suprema. La regla anterior era que el recurso de casación se presentaba ante la Sala Superior y esta lo calificaba en cuanto a sus aspectos formales, por ejemplo si cuestionaba o no una resolución que ponía fin al proceso. Si así era lo concedía y elevaba el asunto a la Corte Suprema. De lo contrario lo rechazaba y de inmediato devolvía el expediente a primera instancia para continuar con el proceso.

Sin embargo, hoy en día, luego de la última modificación al Código Procesal Civil se viene dando una situación absurda. Como a las Salas Superiores se les ha quitado la competencia para calificar los recursos de casación en sus aspectos formales, pues es la Corte Suprema quien tiene la exclusiva facultad de hacerlo, ante un recurso de casación manifiestamente improcedente como es aquel interpuesto contra una resolución que no pone fin al proceso, la Sala Superior no tiene otro remedio que elevar lo actuado a la Corte Suprema para que esta proceda a la calificación formal. Como es obvio, lo único que se logra con esta medida es que se dilate el proceso y su solución pues, con cálculos conservadores, desde que una Sala Superior envía el asunto a la Corte Suprema y esta lo devuelve rechazando el recurso interpuesto pueden transcurrir aproximadamente seis meses. De esta manera, si se quería acelerar los procesos simplificando los trámites del recurso de casación, con modificaciones como esta se ha logrado todo lo contrario. Nuevamente apreciamos una modificación que no constituye aporte alguno para los fines que se manifiesta perseguir. Por el contrario, se le están otorgando mayores funciones a la Corte Suprema, encargándole la calificación de admisibilidad del recurso, que antes tenían las Salas Superiores. Incluso si el recurso es extemporáneo, el proceso deberá remitirse a la

Corte Suprema para que esta rechace el medio impugnatorio. Absurdo, ¿cierto?

Con relación a los requisitos de procedencia, el nuevo texto legal señala que el impugnante no debe haber consentido la sentencia de primera instancia adversa, confirmada por la Sala Superior. Exige una descripción clara y precisa de la causal y demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión que se impugna, es decir, que exista un nexo causal entre el error denunciado en casación y el sentido de la decisión. También se señala que se debe indicar si el efecto del recurso o el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, lo cual por lo general dependerá de si la infracción normativa es de naturaleza procesal o sustancial, respectivamente. Si el recurso contiene ambos pedidos casatorios, el anulatorio será el principal y el revocatorio el subordinado. Si es anulatorio, debe indicarse en el recurso hasta dónde se extenderá la anulación. Si es revocatorio, deberá señalarse qué se espera de la Sala Suprema pronunciándose sobre el fondo.

El proyecto de Ley 1725-2007-CR proponía eliminarle el efecto suspensivo al recurso de casación, de manera que las sentencias de condena fueran ejecutadas a pesar de haber sido impugnadas mediante dicho recurso. Esta suspensión podría ser suspendida mediante auto inimpugnable de la Sala Superior, previa solicitud de parte y otorgamiento de caución dineraria por el monto de la ejecución. Si la ejecución no tuviera contenido patrimonial, la Sala determinaría el monto de la caución en base a criterios de equidad. Respecto de las sentencias meramente declarativas y constitutivas (como las de filiación, nulidad de acto jurídico, resolución de contrato), estas no serian ejecutables sino hasta que se resuelva el recurso. En similar sentido, el proyecto de Ley 2881/2008-CR propuso también que la interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de las sentencias. La norma modificatoria que comento no sólo eliminó estas interesantes propuestas, sino también aquella que se denomina el principio del doble y conforme, mediante el cual si existen dos fallos, de primer y segundo grado en el mismo sentido, ya no procede la casación. Este principio obviamente no vulnera derecho fundamental alguno, pues el justiciable ha contado con la pluralidad de instancias donde los jueces de mérito han coincidido en estimar o, en su caso, desestimar la demanda; con lo cual no hay porqué someter estas dos decisiones coincidentes a la revisión en sede casatoria.

Una vez más, se legisló para boicotear los fines de las propuestas legislativas. Pero falta la cereza sobre la torta. Se ha incorporado el artículo 392-A al Código Procesal Civil, mediante el cual se otorga un poder discrecional para que los Magistrados supremos admitan recursos de casación que normalmente no deberían conocer por no cumplir con los requisitos de procedencia exigidos en el artículo 388 del mismo Código. Así, por ejemplo, de acuerdo a esta novedosa norma, aun cuando el recurrente en casación hubiese consentido la sentencia de primera instancia, confirmada por la de segundo grado materia del recurso de casación, la Sala Suprema podrá concederlo si considera que al resolverlo va a cumplir con algunos de sus fines, como son la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia. Esto es verdaderamente sorprendente e incomprensible.

III. PALABRAS FINALES

La prohibición de la *reformatio in peius* es un antiguo principio que, con vigencia desde el Derecho Romano, implica un no hacer para el órgano jurisdiccional revisor en segunda instancia, que tiene prohibido cambiar el fallo dictado en la instancia inferior en perjuicio del impugnante si es que la parte contraria no impugnó también la resolución de primera instancia. Es decir que cualquier modificación al mandato contenido en la resolución judicial que se revisa no puede ser más gravoso o perjudicial para su destinatario de lo que lo fue la resolución impugnada de la resolución. En el Perú esta prohibición está establecida en el artículo 370 del Código Procesal Civil. Sin duda no se trata de una norma que pueda ser aplicada al procedimiento legislativo. Pero resulta de primera necesidad que se conozca su racionalidad, pues con modificaciones a los mandatos legales como las comentadas en este artículo, lo único que se logra es convertir al proceso judicial en un mecanismo cada vez más gravoso y perjudicial para los justiciables.



HILADOS SIMPLES, COMPACTOS, RETORCIDOS Y GASEADOS
PARA TEJIDOS DE PUNTO O PLANOS

Km. 3.5 Carretera Piura a Sullana – PIURA / PERU
Apartado # 100 – Tel. (073) 327741
textilpiura@textilpiura.com.pe – Fax: (073) 327969

Siempre innovando



ESTUDIO MUÑIZ

MUÑIZ
RAMIREZ
PEREZ-TAIMAN
& OLAYA
Abogados

Las Begonias 475, 6to piso · Lima 27 · Perú · **T** (51-1) 611 7000
F (51-1) 611 7010 / 611 7020 · **Tele Conf** (51-1) 212 5053

LIMA · TRUJILLO · AREQUIPA · CHINCHA · ICA · PIURA · CUSCO · QUITO · GUAYAQUIL

www.munizlaw.com

VEGA & ASOCIADOS

ABOGADOS

Calle Miguel Aljovín Nº 344 - Miraflores
Teléfono : 201-6840
Fax : 447-0879
E-mail: mail@vegaasociados.com.pe

www.vegaasociados.com.pe

COMENTARIOS A LA LEY PROCESAL DE TRABAJO

Juan Monroy Gálvez[*] [**]

La entrada en vigencia de la Ley 29497, Ley Procesal del Trabajo, marca un claro avance en nuestra legislación y un reconocimiento importante de los derechos de los trabajadores. El mayor beneficio introducido por esta norma es la simplificación y consecuente celeridad del proceso.

No obstante, en el presten artículo el autor analiza el precepto y reconoce que, si bien la Ley Procesal del Trabajo supone un gran avance para el Derecho Laboral, existen imperfecciones terminológicas y jurídicas que deben ser advertidas. De esta manera, se centra en revisar los principales enunciados normativos, identificado las imprecisiones u omisiones del legislador a fin de que, tanto los usuarios como los operadores de justicia, no encuentren en ellos un obstáculo para la efectiva protección de los derechos laborales.

[*] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socio del Estudio Monroy Abogados.

[**] Este trabajo no hubiera sido posible sin el apoyo del grupo de trabajo de Derecho Procesal Civil, conformado por estudiantes del quinto ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (Carlos Diez Contreras, Juan J. Guerra Cossi, Andrea Huerta Cáceres, Juan M. Loza Martínez y Daniela Morán Defilippi); sin perjuicio de lo cual, sólo el autor es responsable de los defectos que seguramente se encontrarán.

"El cuadro de los derechos, especialmente de aquellos llamados sociales, se está modificando continuamente por las políticas cotidianas. Las dificultades financieras han determinado una reducción de la "dotación" de los derechos, en general y para determinada categoría de ciudadanos. El resultado es el pasaje de una serie de situaciones del área de los derechos a aquella del mercado" (Stefano Rodotà).

I. PREVENCIONES

A. Prevención I

Probablemente el rasgo más intrínseco del proceso sea su instrumentalidad. Aquél, como se sabe, complementa y es parte esencial, simultáneamente, de un ordenamiento jurídico, cumpliendo la trascendente función social de procurar las herramientas que permitan a éste ser eficaz, en el sentido de permitir que los derechos o intereses materiales inciertos o discutidos –con contenido jurídico-social– sean reconocidos o cumplidos, respectivamente.

Y si la instrumentalidad es su rasgo esencial, la paradoja del proceso es que cumple tal función desde dentro del ordenamiento jurídico, como ya se anotó. Afirmar que lo hace formando parte de éste implica reconocer que tiene una doble calidad: ser parte del ordenamiento y hacerlo efectivo; ser su estructura y su función a la vez. Esta paradoja, no siempre advertida, ha determinado que muchos juristas, obnubilados por la función instrumental del proceso, pierdan la perspectiva de su importancia, lo que se advierte cuando desconocen aspectos mínimos de su estructura. Desinteresados en adquirir una información siquiera básica sobre él, suelen consolarse afirmando que la ciencia procesal es un saber jurídico de segunda categoría. Algo así como podría ser la informática para las ciencias del espíritu, sólo una técnica para adquirir o compartir información con mayor rapidez, pero en ningún caso información científica cualificada. Esta voluntad de creer sin sustento –no el *Will to believe* de William James, por cierto–, viene produciendo en el Perú resultados desastrosos. Es el caso de la ley comentada.

Hoy en día, sólo a manera de ejemplo, resulta imposible encontrar una Constitución, estatuto normativo esencial de un Estado y de sus aspiraciones como sociedad políticamente organizada, que no tenga un capítulo dedicado a prescribir los fundamentos del proceso. Éstos se regulan allí porque tienen que ser, necesariamente, fundamentos constitucionales, de lo contrario, se contaría con un ordenamiento jurídico minusválido donde los derechos que sostienen la arquitectura matriz del proceso, pueden ser violados con relativa facilidad, lo cual podría ocurrir si su previsión normativa estuviese contenida en una ley orgánica.

Por otro lado, tampoco será fácil encontrar Constitución del siglo XXI que no contenga los fundamentos de la tutela procesal de aquélla, es decir, de los instrumentos procesales previstos para asegurar que los derechos contenidos en el documento supremo de una sociedad política deban cumplirse ineludible y urgentemente, so pena de involucionar como grupo social. Resulta incontestable, entonces, la relación vital que existe entre proceso y Constitución[1].

El ocultamiento, tal vez inconsciente en algunos casos, de la importancia del proceso, es un fatal error del cual la clase jurídica nacional no termina de sacudirse, aunque la explicación a lo ocurrido tal vez sea más sencilla: la abulia y pereza mental de buena parte de sus miembros. Por lo demás, siempre será más fácil repetir lo que cualquiera dice sobre el tema que preocuparse, seriamente, por saber si aquello que se afirma es cierto.

Entre las consecuencias directas de este grave error de perspectiva científica está considerar que un subsistema normativo procedimental, referido a una determinada disciplina del derecho, puede (o debe) ser elaborado exclusivamente por especialistas en dicha área, quienes creerán que habrán cumplido con creces su función con sólo agregarle a su elaboración algunos aspectos normativos previstos en el Código Procesal Civil.

El resultado es un nuevo camino al infierno, empedrado de buenas intenciones, como suele

[1] "O vinculo ligando constituição e proceso, que na época atual –como dissemos, já apelidada de 'pós-moderna'– se mostra tão pronunciado, é uma decorrência natural do novum histórico instaurado pela modernidade, no terreno jurídico-social: a consagração da vitoria na luta para revolucionar a organização política pela redação de um texto constitucional, i.e. 'constitutivo' de uma nova orden jurídica, um fenómeno que no ano em curso se tornou bicentenario.O movimento histórico de positivação do direito, desencadeado pela falencia da autoridade baseada no divino, implica a formação de um aparato burocrático cada vez maior para implementação da orden jurídica. Tanto a legislação, como a administração da 'res publica' e de justiça, necessitam de formas procedimentais dentro das quais possam atuar atendendo aos novos padrões legitimadores do direito, baseados na racionalidade e no respeito ao sujeito, portador dessa faculdade. (…) A consecução desses valores, por sua vez, requer a intermediação de procedimentos, para que se tome decisões de acordó com eles, sendo esses procedimentos, igualmente, estabelecidos como respeito àqueles valores. O proceso aparece, então, como resposta à exigencia de racionalidade, que caracteriza o direito moderno". En: GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Teoria Processual da Constitução". São Paulo: Celso Bastos Editor. 2002. pp. 29-31.

ser aquél, pero funcionalmente ineficaz. Esto es lo que ha ocurrido, a grandes rasgos, con la Ley materia de comentario.

El comentario que contiene este trabajo evitará, hasta donde ello sea posible, detenerse en detalles puntuales[2]. Por esa razón, describiremos sólo aquellos aspectos que consideramos pueden afectar su empleo adecuado por los usuarios. Sobre todo, este trabajo aspira a convertirse en un manual de ayuda al juez por una razón especial: las omisiones o imperfecciones en los enunciados normativos pueden ser progresiva y adecuadamente solucionados cuando el Juzgador, al emplearlos, obtenga de ellos la norma jurídica idónea para el caso concreto[3]. Por otro lado, que la función correctora (en realidad interpretativa) esté a cargo del juez nos debe permitir, en perspectiva, utilizar aquello que en el *common law* se denomina el "efecto guía de la jurisprudencia" En buena medida, la creación judicial del derecho.

Por lo demás, suscribimos la tesis de Mauro Cappelletti en el sentido de que la ley sólo es un producto semielaborado, el cual será perfeccionado cada vez que un juez lo emplee adecuadamente en un caso concreto[4].

No es posible concluir esta prevención sin precisar que nuestros comentarios no presumen haber llegado a la verdad definitiva. Así, en ningún caso usamos el término "inadecuado" porque presumimos haber identificado el empleo correcto de un determinado concepto. Demasiado tiempo se ha perdido en Sudamérica por no abandonar a tiempo la vieja tesis de la única "interpretación correcta de la ley". Situación que, por desgracia, ni siquiera ocurre ahora, transcurrida la primera década del Siglo XXI.

B. Prevención II

Acostumbramos a usar el término "derecho" para describir la calidad que creemos tener o que alguien dice tener (o no tener) respecto de un bien o de una determinada situación. Así, le decimos a alguien: "¡no tienes derecho!" o afirmamos que "es su derecho". De una manera técnica, en cambio, nos referimos a "su derecho" como aquél que está reconocido a un sujeto por el ordenamiento jurídico, específicamente por la ley.

La diferencia de este ordenamiento con cualquiera de los otros (sociales, morales o religiosos) es que el mandato surgido de aquél se vuelve obligatorio, al extremo que puede ser exigible y pasible de sanción por su incumplimiento. Esta exigibilidad, llamada también justiciabilidad es, tal vez, el rasgo más propio del Derecho. Si hubiera otro rasgo, también exclusivo, sería que los mandatos jurídicos forman una jerarquía, de tal suerte que hay algunos más importantes que otros (una ley sobre un Decreto Supremo, por ejemplo).

Detrás de esta prelación se encuentra la consideración de que mientras más importante es un enunciado –la Constitución es la norma máxima en un Estado, por ejemplo–, más genérico es su contenido, razón por la que un ordenamiento jurídico necesita de enunciados normativos de menor jerarquía para que concreten su contenido y pueda ser empleado para el caso concreto. Si bien hoy no existe duda que la Constitución contiene enunciados vinculantes, sobre todo en su contenido mínimo esencial, con prescindencia de otros enunciados, también lo es que son precisamente los enunciados constitucionales los que requieren un desarrollo reglamentario

[2] La ley, lamentablemente, se refiere a "instancia" cuando debió decir "grado"; dice "territorio no prorrogado" para referirse a la "prórroga de la competencia". Hace referencia a "juicio" cuando ha querido decir "juzgamiento" o dice "inasisten" con lo que convierte en activo un acto omisivo. Dice "representantes" cuando correspondía referirse a "apoderados". La lista puede ser larga pero definitivamente no son los defectos materia de este comentario.

[3] Se describe aquí una tesis que suscribimos: en nuestro opinión un enunciado, declaración o documento normativo como le llama la filosofía analítica italiana (Scarparelli, Tarello, Guastini, entre otros) es sólo el signo a partir del cual el operador jurídico –con preferencia el juez por la irradiación social que su función conlleva–, extrae el significado a través de la interpretación, con prescindencia de la definición que de este último concepto se asuma.

[4] "La fiducia nel carattere meramente meccanico dell'applicazione della regola giuridica, se mai c'è stata, è da tempo svanita. Né questo significa incorrere negli eccessi del giusliberismo. Suppongo infatti che nessuno di noi avrebbe difficoltà a fare propria l'affermazione recente, per vero un po' banale, di uno dei piu conservatori fra i giudici della House of Lords britannica, secondo il quale 'laddove il significato delle parole di una legge è chiaro e univoco, non è compito dei giudici inventare fantasiose ambiguità al fine di non dare attuazione a quel chiaro significato'. Ma noi tutti sappiamo anche quanto spesso il linguaggio delle leggi sia tutt'altro che un modello di chiarezza, e come altre forme d'interpretazione, forme che vanno al di là di quella meramente verbale, debbano prevalere in una visione del diritto come complesso di norme viventi, e non come norma e parola isolata, immutabile, staccata dal sistema e dalla sua vita. E invero, nessuno, credo, meglio dei membri di questa nostra Associazione di studiosi del processo civile, sa che sono ben pochi i casi, specie tra quelli che raggiungono le corti superiori, che possono esser decisi sulla base della semplice lettura di un articolo di legge, o sulla base di una mera argomentazione di logica formale. Al contrario, quasi sempre un caso può essere visto da due o più angolazione diverse, con conseguenze che possono variare anche nel giudizio di persone le più equanimi e ragionevoli. I giudici, lungi dall'essere gli 'essere inanimati' descritti dal Montesquieu, sono al contrario uomini e donne che devono, nella grande maggioranza dei casi, raggiungere decisioni che non sono affatto 'self-evident', e devono farlo sulla base di scelte più o meno difficili, come sempre accade laddove ci sia anche un minimo di discrezionalità, ossia di libertà. 'Anche i giudici sono uomini': questa frase usata da Calamandrei per la traduzione tedesca dell' 'Elogio dei giudici', significa che il diritto non si rivela ai giudici quasi per mistica divinazione; esso non si 'rivela' ad essi, ma è 'deciso' da essi. Se di esso i giudici sono 'la bocca', o 'la voce', essi sono però anche, in qualche misura, gli autori o coautori della sua realtà". En: CAPPELLETTI, Mauro. "Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente". En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè. 1982. pp. 781 y 782.

por medio de disposiciones inferiores que, en tal calidad, la complementan.

La Constitución es, sin duda, un enunciado normativo único, sus rasgos son irrepetibles en las demás disposiciones del ordenamiento. En su parte dogmática, describe los derechos y garantías y, en su parte orgánica, diseña la organización del Estado. Al ser la "norma de normas", los derechos previstos en la Constitución ejercen una doble sumisión: una sobre todos las demás enunciados normativos y otra sobre todos los órganos estatales y particulares, quienes no pueden realizar válidamente ningún acto contrario a aquéllos.

En lo que aquí se ha descrito reside la complejidad del ordenamiento legal, un subsistema del ordenamiento jurídico: su desarrollo está limitado por los derechos constitucionales pero, a su vez, los órganos encargados (legislativos) deben proveer enunciados que permitan la plena eficacia de aquéllos.

Precisamente es este el tema clave para describir la función manipuladora del Derecho en los Estados contemporáneos emergentes, como el nuestro. Así, los órganos legislativos tienen varias alternativas para cumplir su función de complementar la Constitución: (i) desarrollar el enunciado constitucional de manera armónica con su contenido; o, (ii) desarrollarlo de manera contraria, con lo cual habrán creado un enunciado inconstitucional; o, (iii) no desarrollarlo.

Doctrinalmente se suele decir que las falencias del legislador crean dos tipos de defectos en el ordenamiento jurídico: antinomias y lagunas. Las primeras implican contradicciones con enunciados superiores o entre inferiores. Las segundas se refieren a la hipótesis c) del párrafo anterior, esto es, expresan la ausencia de desarrollo.

II. EL TEXTO JURÍDICO Y SU CONTEXTO HISTÓRICO

Una visión puramente teorizante (autopoyética) del fenómeno jurídico podría consolarnos dándonos una respuesta abstracta, neutra y puramente conceptual respecto de los dos defectos antes citados. Y así, se puede afirmar que estos vicios sólo se deben a una deficiencia técnica del legislador. Dada nuestra calidad de receptores de un derecho importado y de un sistema económico impuesto, se trata de una conclusión absolutamente falsa, como pasamos a explicarlo.

La formación de los Estados nacionales, surgida de los postulados del Iluminismo racionalista, expresa, a nivel jurídico, la incorporación del ideario liberal en las constituciones nacientes (la francesa y la norteamericana son estandartes de ella), todo esto a fines del siglo XVIII. Como sabemos, la esencia del liberalismo político es, con variantes poco significativas, la teoría del contrato. Las personas intercambian mercancías, bienes y servicios en base a acuerdos voluntarios. Para que esto funcione, es necesario un derecho que asegure certeza y previsibilidad en esas relaciones, y así, permita a todas las personas concurrir a un lugar ideal, el mercado, en donde, en condiciones paritarias, podrán negociar y asignarse valores de intercambio que asegure el bienestar de todos los involucrados. Esta concepción explica también el auge de los códigos civiles y comerciales, los cuales, expresando el ideal de las constituciones liberales, promueven la construcción de un sistema social que se sustenta en la autonomía de la voluntad y, sobre todo, en la igualdad jurídica. Para lograr ello, además, es indispensable que el Estado participe mínimamente (seguridad interior y defensa exterior) a fin que la "mano invisible" –citando a Adán Smith– pueda funcionar sin interferencias.

Por cierto, este esquema político-jurídico se extendió exitosamente por esta parte de América, prácticamente todos los Estados emergentes lo acogieron. Lo curioso es que muy pronto, la democracia y el liberalismo político pasaron a convertirse en instrumentos del capitalismo, sistema económico sustentado en dos dogmas: la propiedad privada de los medios de producción y una división internacional del trabajo, por lo cual se reconoce, como valor entendido, que hay países nacidos para servir y otros para ser servidos.

Para fines del siglo XIX, el capitalismo había llegado a su apogeo, la revolución industrial mostraba a una burguesía triunfante y, al mismo tiempo, una brutal explotación del trabajador, precisamente a quien producía la riqueza pero no la gozaba. Esto era posible por que las constituciones privilegiaban la vigencia de los derechos esenciales –como la igualdad, la libertad, la autonomía o los derechos civiles y políticos– pero los aseguraba sólo en su versión o esfera negativa, esto es, en la prohibición de afectarlos pero en ningún caso existían tutelas o garantías para afirmarlos.

El resultado de un sistema constitucional así descrito es evidente: al garantizarse que el Estado no iba a afectar los derechos citados y otras tantas manifestaciones de éstos, el resultado fue que se pasó a privilegiar la libertad individual de los ciudadanos, quienes además, como correlato del mismo sistema, eran iguales ante la ley. Con ello, se debió suponer que la amenaza planteada por el poder del Estado para dificultar que los ciudadanos espontáneamente alcanzaran el bienestar general estaba controlada. Fatal error: una sociedad fragmentada en clases alimentaba relaciones de desigualdad y explotación sin que la Constitución y todo el ordenamiento jurídico pudieran enfrentarlo, al contrario, ambos consagraban tal estado de cosas con una neutralidad que, en términos prácticos, pasó a convertirse en impunidad.

Éste es el contexto en el que aparece la llamada "cuestión social" en todos los frentes, el político, ideológico, económico, y, por supuesto también en el jurídico. En este ámbito se manifestó la necesidad de alterar las claves del derecho privado, en tanto resultaba imposible seguir explicando las consecuencias sociales que producía la relación entre capital y trabajo con categorías tales como la autonomía de la voluntad, la libertad contractual o la igualdad de los sujetos ante la ley.

Las relaciones de trabajo no podían seguir siendo comprendidas como situaciones surgidas de contratos de servicios individuales. El dogma privado enseñaba que sólo los sujetos del conflicto podían participar en las negociaciones para su solución pero, dado que los resultados a partir de esa tesis eran catastróficos, resultaba evidente que la solución pasaba por reconocer que la cuestión laboral sólo se resolvería con la participación activa de otros protagonistas, específicamente el Estado y de los sindicatos. Para tal efecto eran indispensables los sindicatos como representantes de los derechos de los trabajadores, dotados además de instrumentos de autotutela colectiva, como la huelga. Por otro lado, el Estado debía funcionar como un mediador calificado que estuviese dispuesto a sancionar disposiciones que acogieran cláusulas mínimas en los contratos de trabajo, impidiendo modificaciones a la baja de éstas.

Pero el trabajo sólo era el núcleo de los otros derechos sociales que aparecieron a su alrededor, hasta formar un conjunto que diera origen al llamado Estado del Bienestar (*Welfare State*). Desde la perspectiva jurídica, lo trascendente fue la aparición de un derecho público que, en paralelo al derecho privado, tenía como materia a su cargo los derechos de los grupos desaventajados y, sobre todo, enfrentar las desigualdades promovidas por la igualdad formal reglada en las constituciones liberales, es decir, por el trato idéntico a personas desiguales. Así, surge el constitucionalismo social que tiene entre sus manifestaciones más reconocidas a la Constitución mexicana de 1917, la alemana (de Weimar) de 1919 y la española de 1931.

Después de ese periodo en donde inclusive los tratados internacionales, con jerarquía superior a las leyes nacionales por mandato constitucional, imponían la plenitud en la exigencia y eficacia de los derechos sociales, empezaron las malas noticias.

En el plano dogmático, de pronto, se empezó a especular si acaso no todos los derechos fundamentales deberían ser cumplidos y exigidos ineludiblemente, esto es, si tal vez no debía considerarse que existían algunos derechos fundamentales cuya exigencia es plena pero otros respecto de los cuales la exigencia sólo debe consistir en darle al ciudadano un "acceso a la posibilidad de ejercerlos".

Se empezó a decir, de manera sofisticada –aunque en el fondo sólo era cicatera– que algunos derechos había que entenderlos no como normas jurídicas vinculantes, sino simplemente como principios o directrices para guiar la acción de los políticos. Es decir, aceptado que eran normas, se decía que sólo eran "programáticas".

Con aproximaciones de este tipo, se separó el ser y el deber ser de la Constitución. Por eso, ésta sigue diciendo lo que decía antes, inclusive los tratados y convenios internacionales también, pero con un detalle: lo único que dejó de ser igual es el trato (maltrato en realidad) que empezó a recibir el trabajador[5].

Y así llegamos a la actual estación. Ahora le hemos dado la bienvenida a la etapa histórica de los derechos sociales sin contenido. En efecto, estamos rodeados de construcciones jurídicas elaboradas para justificar un aluvión llamado Globalización, el cual, desde hace unos años, viene siendo soportado por Estados emergentes como el nuestro. Este tsunami ha significado en la práctica y para el tema en concreto lo siguiente:

a) Una reducción de la función mediadora y activa del Estado que, regularmente, en tiempos de borrasca como los actuales sólo le basta comportarse como el gendarme que pone orden cuando las masas de trabajadores intentan –con sus mecanismos de autodefensa tradicionales– evitar su progresiva destrucción. Para tales ocasiones, el Estado le muestra al trabajador su lado punitivo, mientras disfraza su entrega con frases gaseosas y repetidas de memoria como "garantizar o incentivar la inversión extranjera" o "darle confianza al capital extranjero". Esto es neo-liberalismo económico expresado por el Estado como parte de una permanente y sistemática claudicación de su soberanía.

[5] En sede nacional hay un fresco que permite apreciar este tránsito en toda su perspectiva. En la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica hay un profesor de Derecho Laboral que ha formado varias generaciones de discípulos. Este profesor tiene una opción ideológica definida respecto de su especialidad. Digamos que ha elegido investigar y enseñar la relación laboral desde la perspectiva de los que la sufren con preferencia a los que disfrutan sus ganancias. Y por cierto sus discípulos se hicieron tales porque participaban de esa concepción. Sin embargo, con el tiempo la mayoría de ellos ha cambiado de lugar. Se podría pensar que sólo es el signo de los tiempos, aunque prefiero recordar una frase de Galeano: "peligrosa especie la de los arrepentidos".

b) Conductas como la descrita permiten, cómo no, una reducción de las tarifas y de los aranceles de los productos externos, con lo cual no sólo se genera una violenta desigualdad respecto de la posición en el mercado del productor nacional, sino que, en el plano que nos ocupa, se produce una precarización de los derechos laborales, todavía fundamentales según la Constitución vigente. Lo aquí descrito se denomina flexibilización laboral, un título sofisticado para disfrazar las consecuencias del costo social de dejar desvalido al trabajador: duración precaria de la relación laboral, reducción de la contraprestación, eliminación de la negociación por rama para fragmentar la defensa gremial y, por supuesto, explosión *malthusiana* del número de desempleados, entre otras desgracias contemporáneas.

c) Hace un tiempo la representación sindical no sólo se limitó al ámbito gremial sino se trasladó también al plano político, situación que, por lo demás, resultaba plenamente compatible con un sistema democrático. Este escenario se encuentra a la fecha absolutamente destruido. Más allá de algunos excesos en la dirección sindical, alguna cuota del desastre de la representación política nacional e inclusive la recurrencia de vicios deformantes de la democracia representativa como el transfuguismo, debe serle imputado a esta desaparición traumática del sindicalismo auténtico.

Es este el contexto jurídico (procesal y laboral), político, económico e histórico, en el cual se ha expedido la ley procesal laboral materia de comentario. Las reflexiones que a continuación se realizan nos llevará a determinar, entonces, si el legislador ha sido capaz de proponer un elenco normativo que empiece a modificar el escenario descrito o por lo menos a atenuar sus nefastas consecuencias; o sólo estamos ante una manipulación más en el ejercicio del poder, destinado a presentar como lozana y progresista una estructura normativa destinada sólo a mantener el actual estado de cosas.

III. TÍTULO PRELIMINAR

Un título preliminar, como bien se sabe, cumple, entre otras funciones, con ser el lugar en donde el legislador desarrolla las pautas orientadoras de su pensamiento filosófico respecto de la función jurídica y social que debe cumplir un instrumento normativo. Sin embargo, de la lectura del título comentado se advierte que, con poco éxito, se ha pretendido describir cierto número de principios del proceso y otros del procedimiento, sin que el legislador haya definido, previamente, el perfil ideológico que va a tener la ley propuesta. Suponemos que considera que esta concepción del mundo está marcada por el derecho material –el laboral– al cual el proceso le sirve de instrumento.

Si esa fuera la razón para elaborar lo que se ha hecho, entonces aquí empieza el estropicio: desde hace mucho se asume como un valor entendido que la estructura no condiciona a la función, ni viceversa. Sin perjuicio que, para el presente caso, ni siquiera puede estimarse que el aporte del procedimiento al ordenamiento jurídico sea exclusivamente estructural.

Así, aún cuando pareciera que la ley comentada se va a adscribir a un sistema procesal publicístico, como lo hizo claramente el Código Procesal Civil, muy pronto se advierte una ausencia notoria: no está el principio de dirección judicial. Nos referimos a aquel que permite colocar al juez encima de los demás sujetos procesales, con el fin de conseguir que se racionalice el curso del proceso y se privilegien aquellos actos que están dirigidos a resolver el conflicto de intereses con el menor costo y esfuerzo, en plazo razonable y buscando que los valores que están detrás de los derechos que se discuten se concreten en una decisión justa y eficaz.

Para el legislador del Código Procesal Civil[6], por ejemplo, tal principio es de tal importancia que lo coloca al inicio de su estructura normativa, a fin de dejar establecido que se trata de una de las líneas vectoriales para interpretar y concretar sus objetivos.

A. Artículo III[7]

Este artículo pretende ser una prolongación del Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil[8]. Sin embargo, en un ánimo de intentar ser original en un tema cuya precisión terminológica resultaba imprescindible, el legislador ha terminado regulando situaciones que, en la práctica, van a ser de imposible cumplimiento. Nos explicamos.

6 "Artículo II del Código Procesal Civil.- Principios de dirección e impulso del proceso.
La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código. El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código."

7 "Artículo III de la Ley Procesal del Trabajo.- Fundamentos del proceso laboral.
En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso,

Dice el legislador que los jueces deben procuran *"alcanzar la igualdad real entre las partes"*. Esto es un compromiso que, además de utópico, es absolutamente ajeno a un juez. Éste, como bien sabemos, recibe en su despacho, sobre todo en los procesos laborales, a sujetos en situaciones evidentes de desigualdad (económica, social, etcétera), sin embargo, tal situación es un tema exógeno al proceso. Es un sistema social injusto que provee tamaña desproporción y por mucho tiempo más lo seguirá haciendo. A pesar de ello, el juez no puede ser el funcionario político que tiene la misión de redistribuir las posibilidades de los sujetos con capacidades disímiles. Si así fuera, su actividad ya no sería jurisdiccional sino propiamente un acto de gobierno.

Lo que el principio de socialización le exige al juez es el deber de evitar que las desigualdades con las que los sujetos llegan a su despacho sean las que definan el resultado del proceso. Como se advierte, en este caso el deber procesal del juez es conforme con su función y, lo que es más importante, plenamente realizable.

Pero lo descrito sólo es el comienzo. Luego, el enunciado comentado incurre en dislates incorregibles. Así, afirma que para procurar la igualdad real el juez debe privilegiar el fondo sobre la forma. Sospechamos que lo que el legislador ha querido decir es que el juez debe darle más importancia a la decisión de mérito sobre el aspecto procedimental que, por cierto, es muy distinto a decir "forma" y "fondo", en tanto uno y otro ámbito corresponden tanto al tema de mérito como al tema procesal[9].

Sin embargo, la preferencia a la cual se alude es un tema absolutamente distinto al principio de socialización del proceso. En efecto, tiene que ver con aquello que Mauro Cappelletti[10], citando a Morton G. White, llama "la sublevación contra el formalismo", esto es, aquello que desde una óptica disciplinaria distinta, el padre de la Sociología del Derecho en Italia, Renato Treves, denominó, "la revuelta contra el formalismo".

Luego, se hace referencia a que los enunciados que regulan la validez del procedimiento se interpretarán "en sentido favorable a la continuidad del proceso". Como bien sabemos este principio, llamado *Pro actione* o *Favor processum,* es también absolutamente ajeno al de socialización que pareció insinuarse al inicio del artículo comentado.

Cuando aparentemente se podría entender que el legislador va a seguir refiriéndose a temas de avanzada en materia de protección de los derechos de los desaventajados, prescribe que los jueces: "observan el debido proceso". Con todo respeto, ¿existe algún juez a quién sea necesario recordarle, como si fuera una situación excepcional, que debe observar el debido proceso al tramitar y resolver un caso? Si los enunciados normativos se van a referir también a lo obvio se vuelven o infinitos o inútiles.

para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.
Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Impiden y sancionan la conducta contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros."

8 "Artículo VI del Código Procesal Civil.- Principio de socialización del proceso.
El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso."

9 "La bipartición forma/fondo es el criterio más difundido y enraizado en la dogmática procesal y en la práctica forense de los últimos dos siglos. La razón de su éxito se centra en su simpleza y relativa utilidad: todo lo referente al acogimiento (o no) de la pretensión contenida en la demanda es fondo; todo lo demás es forma. Sin embargo, las carencias sustanciales de tal clasificación son evidentes. No sólo deja sin resolver problemas interpretativos fundamentales, sino que falsea la realidad, mucho más compleja, del procedimiento". En: MONROY PALACIOS, Juan José. "Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano". En: Jus Doctrina & Práctica. Lima: Grijley. 2007. p. 187.

10 "En todas sus expresiones, el formalismo tendía a acentuar el elemento de la lógica pura y mecánica en el proceso jurisdiccional, ignorando, en cambio, o escondiendo el elemento voluntarista y discrecional de la decisión. Característico, por el contrario, de todas aquellas revueltas –representadas por varias escuelas del pensamiento, como la *sociological jurisprudence* y el *legal realism* en Estados Unidos, la *Interessenjurisprudenz* y la *Freirechtsschule* en Alemania, y el método de la *libre recherche scientifique* de François Gény y de sus continuadores en Francia– fue el reconocimiento del carácter ficticio de la concepción, de tradición justinianea y montesquieana, de la interpretación como actividad meramente cognoscitiva y mecánica y, en consecuencia, del juez como mera, pasiva, "inanimada boca de la ley". Tales escuelas de pensamiento subrayaron la ilusoriedad de la idea de que el juez tuviera capacidad de "conocer" el derecho de manera no creativa, con los meros instrumentos de la lógica deductiva –y, por tanto, sin involucrar en esa comprobación su valoración personal–; y tal crítica fue aplicada por ellos a todas las formas del Derecho, tanto al derecho consuetudinario como al *case law*, al derecho legislativo así como a las codificaciones sistemáticas. Demás está subrayar que todas estas revueltas condujeron al descubrimiento de que el papel del juez es, en efecto, muy difícil y complejo, y que éste es mucho más responsable, moral y políticamente consciente de sus decisiones de lo que sugirieron las doctrinas tradicionales. Decisión significa discrecionalidad, pero no necesariamente arbitrariedad; significa valoración y "balance"; significa tener presente los resultados prácticos y las implicancias morales de la decisión misma; significa también el deber hacer uso no sólo de los argumentos de la

Tal parece que este artículo fue cubierto con todo lo que podría significar una tutela de los derechos sociales o de los desaventajados, un enunciado *tutti frutti*. Sin embargo, con una redacción como la que allí aparece es perfectamente válido concluir que la buena fe del legislador va a producir, desgraciadamente, el resultado contrario: si el juez no es el director del proceso, este amasijo de declaraciones incoherentes sólo van a maniatarlo, impidiéndole que cumpla con la trascendente función tuitiva que tiene un juez cuando ejerce la tutela procesal de los derechos sociales[11], como denomina la doctrina constitucional a aquellos que agrupan a los derechos de los desaventajados en una sociedad.

Por cierto, la frase que aparece al inicio del segundo párrafo es lo suficientemente abstracta y débil como para perfeccionar el error. Se dice que el juez tiene un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Bueno, ese es el principio de impulso oficioso, aunque regulado de manera retrechera y ladina: decir que el juez protagoniza el impulso procesal carece de significado relevante, también lo hacen las partes, así que tal frase ni quita ni pone.

B. Artículo IV[12]

¿Qué resultado habrá querido obtener el legislador cuando le impone al juez el deber de juzgar de acuerdo con la Constitución y las otras normas vinculantes del ordenamiento jurídico, "bajo responsabilidad"?, ¿es tal el estado de la impartición de justicia en el Perú que resulta necesario prescribir que el juez laboral *debe* emplear la Constitución y las demás disposiciones del ordenamiento al momento de resolver un caso bajo apercibimiento?

Es curioso que una norma tan detallista en lo genérico deje de lado lo específico. Así, no se dice, por ejemplo, que el juez laboral debe resolver un caso atendiendo a los principios constitucionales que regulan la relación laboral y, además, el principio de primacía de la realidad, con toda la riqueza doctrinal y práctica que este último encierra.

Tampoco aparece el aforismo *iura novit curia,* cuya importancia en sede laboral no es en absoluto desdeñable. En un ámbito donde los trabajadores muchas veces carecen de medios para contar con asesoría o, cuando la tienen, ésta no es la mínima indispensable que se requiere para contrarrestar la entrenada razón de los abogados de los bufetes que asesoran a las poderosas empresas trasnacionales, resulta indispensable la dirección acuciosa y diligente del juez a fin de impedir que groseras diferencias técnicas en la asesoría sean el fundamento de un resultado adverso para quien no tuvo asesoría jurídica o porque la que tuvo fue

lógica abstracta, o acaso de un análisis lingüístico puramente formal, sino también, y sobre todo, de los argumentos de la historia y la economía, de la política y de la ética, de la sociología y de la psicología. Así, el juez no puede esconderse tan fácilmente bajo la frágil exposición de una concepción del derecho como clara, objetiva norma preestablecida, en la cual puede basarse "neutralmente" la decisión. Su responsabilidad personal –moral y política, no menos que jurídica– está involucrada cada vez que exista en el derecho una apertura para una decisión distinta. Y la experiencia enseña que tal apertura está casi siempre, si no es que siempre, presente". En: CAPPELLETTI, Mauro. "¿Jueces legisladores?". Lima: Communitas. 2010. pp. 43-45.

11 "Desde el punto de vista histórico, los derechos sociales están relacionados con el origen de la idea de Derecho Social, que se sitúa en el último tercio del siglo XIX, y tiene lugar centralmente a partir de la crítica del empleo de las nociones jurídicas típicas del modelo liberal a las relaciones entre capital y trabajo. De acuerdo con el modelo liberal, las relaciones capital-trabajo debían interpretarse a partir de las nociones contractuales y de responsabilidad del Derecho Civil. Esto significa que, de acuerdo a esa visión, las relaciones laborales constituían un contrato como cualquier otro, en el que dos sujetos en igualdad legal de condiciones pactaban libremente un intercambio de bienes: por un lado, la puesta a disposición del patrón de la fuerza de trabajo por parte del trabajador; por otro lado, el pago de un precio –el salario– por parte del empresario. Por ende, se excluía cualquier factor supuestamente distorsivo de esta relación individual –como por ejemplo, la existencia y presión de un sindicato, o la intervención estatal en las condiciones de un contrato–, presentándolos como una interferencia indebida en la autonomía de la voluntad de las partes. De igual manera, se aplicaban a las relaciones laborales las nociones de responsabilidad típicas del Derecho Civil: el empleador sólo debía indemnizar al trabajador si los daños sufridos por éste eran causados por la voluntad o negligencia del primero. (…) La lucha por la mejora de las condiciones de los trabajadores y la percepción de las distorsiones intolerables a las que lleva la aplicación de las nociones jurídicas típicas del liberalismo a las relaciones laborales condujeron al desplazamiento de ese modelo, y a su remplazo por uno novedoso, al que –dada su articulación como respuesta al conflicto que entonces se denominaba *cuestión social*– se dio el nombre de Derecho Social. En este modelo de Derecho se abandonan varias de las premisas a partir de las cuales se estructuraba el modelo liberal que subyacía a los códigos civiles. En primer lugar, se desplaza la centralidad de la noción de igualdad formal entre contratantes, para reemplazarla por la idea de desigualdad material, que da lugar a un trato diferenciado entre la parte más poderosa, es decir, el empleador, y la parte más débil, es decir, el trabajador. El reconocimiento de esta desigualdad material se refleja en una multiplicidad de disposiciones: presunciones y principios de interpretación a favor del trabajador, cláusulas protectorias que no admiten derogación por las partes, cargas patronales, etcétera". En: ABRAMOVICH, Víctor y Christian CURTIS. "El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional". Buenos Aires: Editores del Puerto. 2006. pp. 11-13.

12 "Artículo IV de la Ley Procesal del Trabajo.- Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral. Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República."

incapaz de discernir sobre aquello que tenía que pedir. Como es evidente, el asunto no se reduce a un tema cuantitativo respecto de la pretensión intentada, en cualquier caso el aforismo *iura novit curia* es mucho más comprensivo que tal aspecto.

Por lo expuesto, consideramos atendible agregar, en algún lugar del título preliminar o en este mismo artículo, un párrafo que diga: "el juez adecuará el derecho que corresponda al caso concreto sin afectar el derecho de defensa de las partes, aunque no haya sido invocado por éstas o lo haya sido erróneamente".

IV. REGULACIÓN EN CASO DE INCOMPETENCIA

El inciso 7.1[13] prescribe, sin alternativa para el juez, que cuando establezca su incompetencia *debe* declarar de oficio la nulidad de todo lo que *él* ha actuado y, asimismo, remitir el expediente al colega competente.

Salvo el caso excepcional en el que el juez no haya sido tal, la doctrina contemporánea ha recuperado una institución denominada la *traslatio iudicis*. Por medio de ella se reconoce que la actuación realizada ante un juez incompetente, digamos por razón de territorio, no puede ser invalidada porque afectaría gravemente el principio de economía procesal. Si bien es una circunstancia anómala que haya actuado un juez que por alguna de las razones de competencia no la tenía, tal hecho debe ser apreciado en su real contexto y así evitar que, inútilmente, se reiteren actuaciones procesales con afectación a la duración y a los costos del proceso.

Por cierto, la *traslatio iudicis* tampoco es una institución extrema, de serlo, estaría afectada por el mismo defecto de la institución que pretende reemplazar. Por esa razón, se suele conceder al nuevo juez la facultad que analice y discierna en torno a si existen algunos actuados que preferiría se realicen nuevamente ante él. Una cita puede precisar la figura: "Ahora bien, en tal escenario, la continuidad del proceso no soluciona todos los problemas, pues es necesario que, una vez verificada la incompetencia del juez originario, se determine con claridad qué actos procesales de esta primera fase se consideran plenamente válidos y eficaces y cuáles no"[14].

Completamos el comentario a este inciso proponiendo una alternativa en su redacción, a fin de evitar el empleo de una terminología que puede resultar confusa, como aquella de "territorio no prorrogado". La propuesta es la siguiente:

> "7.1. El demandado puede cuestionar la competencia del juez por razón de la materia, cuantía, grado y territorio mediante excepción. En cualquier estado del proceso, el juez o Sala que se considere incompetente por razón de la materia, cuantía, grado, turno o territorio improrrogable, remitirá de oficio los actuados al órgano jurisdiccional que corresponda, bajo sanción de nulidad. Sin perjuicio de ello, el juez o la Sala competente que recibe el caso, puede repetir las actuaciones que considere necesarias".

Igualmente consideramos que el inciso 7.2 requiere un afinamiento en su redacción para evitar confusiones. La redacción propuesta es la siguiente:

> "7.2. En caso de cuestionamiento de la competencia territorial relativa, el demandado puede optar, excluyentemente, por oponer la excepción de incompetencia o la contienda de competencia. La competencia de los Jueces de paz letrados sólo se cuestiona mediante excepción".

V. ARTÍCULOS 8[15] Y 9[16]: REGLAS ESPECIALES DE COMPARECENCIA Y LEGITIMACIÓN ESPECIAL

Lamentablemente instituciones como la capaci-

[13] "Artículo 7 de la Ley Procesal del Trabajo.- Regulación en caso de incompetencia.
7.1 El demandado puede cuestionar la competencia del juez por razón de la materia, cuantía, grado y territorio mediante excepción. Sin perjuicio de ello el juez, en cualquier estado y grado del proceso, declara, de oficio, la nulidad de lo actuado y la remisión al órgano jurisdiccional competente si determina su incompetencia por razón de materia, cuantía, grado, función o territorio no prorrogado."

[14] MONROY PALACIOS, Juan José. "La traslación en el proceso civil". En: Revista Jurídica del Perú 83. Lima: 2008. pp. 347 y siguientes.

[15] "Artículo 8 de la Ley Procesal del Trabajo.- Reglas especiales de comparecencia.
Los menores de edad pueden comparecer sin necesidad de representante legal. En el caso de que un menor de catorce (14) años comparezca al proceso sin representante legal, el juez pone la demanda en conocimiento del Ministerio Público para que actúe según sus atribuciones. La falta de comparecencia del Ministerio Público no interfiere en el avance del proceso.
Los sindicatos pueden comparecer al proceso laboral en causa propia, en defensa de los derechos colectivos y en defensa de sus dirigentes y afiliados.
Los sindicatos actúan en defensa de sus dirigentes y afiliados sin necesidad de poder especial de representación; sin embargo, en la demanda o contestación debe identificarse individualmente a cada uno de los afiliados con sus respectivas pretensiones. En este caso, el empleador debe poner en conocimiento de los trabajadores la demanda interpuesta. La inobservancia de este deber no afecta la prosecución del proceso. La representación del sindicato no habilita al cobro de los derechos económicos que pudiese reconocerse a favor de los afiliados".

[16] "Artículo 9 de la Ley Procesal del Trabajo.- Legitimación especial.

dad procesal, la legitimidad para obrar y la representación procesal han sido reguladas de manera absolutamente caótica, a lo cual debe agregarse el hecho de que la sumilla –la cual debería servir para encauzar el contenido normativo– sólo aumenta el grado de incertidumbre.

En esta materia lo mejor será siempre prescribir, por separado y con precisión, quiénes son titulares de derechos, quiénes pueden actuar directamente respecto de ellos, precisar cuándo esta actuación tiene limitaciones (precisamente el enunciado normativo elimina ese obstáculo o incertidumbre) y quiénes, por otro lado, pueden representar a los titulares sin necesidad del poder que así los acredite. En otras palabras, resulta innecesario repetir el esquema del Código Procesal Civil para todos aquéllos sujetos cuya actuación directa respecto de sus derechos es indiscutible. Sin embargo, siempre será necesario precisar aquellos casos en los que se concede capacidad procesal más allá de la regla general.

Si un menor puede trabajar, puede también defender directamente sus derechos. Eso está claro. Y si es así, ¿qué sentido tiene incorporar al Ministerio Público para luego decir que su presencia o actuación es irrelevante? Es evidente que sin un diseño de lo que se pretende, situaciones como ésta se van a repetir.

Los sindicatos son sujetos procesales en causa propia, en defensa de los derechos colectivos y de sus dirigentes y afiliados. Se trata de tres hipótesis distintas. Es claro que en el primer caso tienen capacidad procesal y legitimidad para obrar. Sin embargo, esta última ya no está presente en los siguientes dos casos. Eso es lo que tiene que decir el enunciado normativo. En otro párrafo se hace referencia a que en la tercera hipótesis de actuación (respecto de sus dirigentes y afiliados), el sindicato no requiere que le otorguen representación. Se trata, claro, de una opción legislativa. Sin embargo, lo que sigue o es obvio o es ininteligible: se prescribe que cada sujeto titular de derechos (dirigente o afiliado), debe identificar su pretensión en la demanda. Si ellos son los titulares y el sindicato es sólo su representante legal, ¿habría alguna manera de que ello no fuese así?, ¿cuál es la razón para regular lo que es obvio?

Luego, se dice que el empleador –por tanto el emplazado– tiene la carga de avisar a los trabajadores que el sindicato ha demandado derechos de ellos. No hay razón para que esa carga la soporte el emplazado. Si existe la hipótesis que el sindicato actuó sin conocimiento de sus dirigentes o afiliados por derechos que son de ellos, situación de por sí sorprendente, quien debe evitar que ello genere perjuicios es el juez, quien podrá citarlos con la demanda, acto que implica no imponerle carga procesal alguna. Precisamente la ausencia de fundamento de regular una situación tan extraña como la carga del emplazado de notificar a sus reales demandantes, ha determinado que el legislador diga, a continuación, que si ello no ocurre no es relevante, y que, por lo tanto, no afecta la validez del proceso.

Finalmente, cuando el legislador prevé que la actuación del sindicato en nombre de sus afiliados no le permite el cobro de derechos económicos, ¿qué habrá querido decir? Si el sindicato es representante legal, lo que ya quedó establecido, no tiene sentido negarle un derecho que obviamente no tiene, en tanto se trata de derechos individuales y disponibles. Ahora, todo esto en la hipótesis que cuando se dice "derechos económicos" se ha querido decir "derechos con contenido patrimonial". De lo contrario, el enunciado normativo pasa a tener una densidad exorbitante.

Cuando el legislador sumilla el artículo 9 como "Legitimación especial" se está refiriendo a la tutela de derechos colectivos o difusos de naturaleza laboral. En doctrina comparada no está definido si en estos casos se está ante una hipótesis de legitimación para obrar extraordinaria o de representación procesal legal especial o calificada. Sin embargo, lo que sí puede quedar establecido, tentativamente, es que se estará ante un caso de legitimidad para obrar extraordinaria cuando quien actúa en nombre de la clase o grupo forma parte también de ella. En la otra hipótesis será un caso de representación legal calificada. Lamentablemente conforme a lo regulado, la sumilla no ayuda a discernir de qué se trata.

Las pretensiones derivadas de la afectación al derecho a la no discriminación en el acceso al empleo o del quebrantamiento de las prohibiciones de trabajo forzoso e infantil pueden ser formuladas por los afectados directos, una organización sindical, una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales con solvencia para afrontar la defensa a criterio del juez, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público.
Cuando se afecten los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, huelga, a la seguridad y salud en el trabajo y, en general, cuando se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, pueden ser demandantes el sindicato, los representantes de los trabajadores, o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito."

VI. ARTÍCULO 11: REGLAS DE CONDUCTA EN LAS AUDIENCIAS[17]

Aquí el tema a comentar es más puntual. Una redacción y una sumilla como la que aquí aparece, permite una interpretación *a contrario sensu* bastante curiosa. Así, se puede afirmar que las reglas de conducta de los sujetos procesales en un proceso laboral sólo son exigibles en las audiencias. De manera tal que si un abogado o una parte va a entrevistarse con un juez, estaría liberado de reglas de conducta. Por cierto la conclusión es absolutamente absurda y, en consecuencia, es razón suficiente para considerarla inatendible. No es posible otra explicación para un enunciado que reduce una regla ética –el de la conducta de los sujetos procesales– a momentos específicos del proceso sin razón alguna.

VII. ARTÍCULO 12: PREVALENCIA DE LA ORALIDAD EN LOS PROCESOS POR AUDIENCIAS[18]

Sobre el principio de oralidad urge hacer una precisión. Éste se refiere al hecho por el cual, al momento de resolver, el juez sólo debe tener en consideración aquello que fue actuado ante él[19]. Regular el principio de oralidad en un ordenamiento importa precisar los casos trascendentes en los que, por oposición, se prescinde de éste (cuando se demanda, cuando se contesta, cuando se recurre, etcétera). Ambos extremos tienen una gran importancia.

Por otro lado, cuando se empezó a usar el principio de oralidad, como es obvio, no existían grabaciones ni vídeos. Esta afirmación evidente sirve para advertir que no es una buena decisión hacer depender el principio de la existencia de grabaciones y vídeos. Nos preguntamos: ¿y en aquellos juzgados en los que no se cuente con tales apoyos tecnológicos cómo se hace el reemplazo? La respuesta, que está al final del artículo, es insatisfactoria y no sólo porque debería estar en su inicio sino porque la realidad no debe ser inventada por la ley. La posibilidad de contar con medios audio visuales en todos los juzgados laborales del país es una utopía. Siendo así, entonces se debió regular lo que tenemos y dejar lo otro como una aspiración. Así, el acta jamás debe ser reemplazada, la tecnología debe servir para garantizar la veracidad de lo ocurrido y para hacer el procedimiento más expeditivo, en ningún caso para intentar un tránsito hacia una posmodernidad tecnológica cuando en el Perú, en materia judicial por lo menos, aún no hemos abandonado estilos y pautas coloniales en muchos de sus aspectos.

VIII. ARTÍCULO 21: OPORTUNIDAD[20]

Tal vez sólo sea un problema de comprensión, sin embargo, parecería que el segundo párrafo está referido a la actuación de las pruebas respecto de la cuestión principal. Si así fuera, ¿en qué momento las partes han tenido la oportunidad de cuestionar la idoneidad (utilidad o procedencia) de un medio de prueba? Aunque podría entenderse que la audiencia allí descrita va a empezar con la actuación de los medios probatorios de las cuestiones probatorias, los cuales sólo podrán ser declarados improcedentes de plano por el juzgador en el momento previo a su actuación. Si lo descrito fuese lo querido por el legislador, podría estarse produciendo una severa afectación al derecho a la

[17] "Artículo 11 de la Ley Procesal del Trabajo.- Reglas de conducta en las audiencias.
En las audiencias el juez cuida especialmente que se observen las siguientes reglas de conducta:
a) Respeto hacia el órgano jurisdiccional y hacia toda persona presente en la audiencia. Está prohibido agraviar, interrumpir mientras se hace uso de la palabra, usar teléfonos celulares u otros análogos sin autorización del juez, abandonar injustificadamente la sala de audiencia, así como cualquier expresión de aprobación o censura;
b) Colaboración en la labor de impartición de justicia. Merece sanción alegar hechos falsos, ofrecer medios probatorios inexistentes, obstruir la actuación de las pruebas, generar dilaciones que provoquen injustificadamente la suspensión de la audiencia, o desobedecer las órdenes dispuestas por el juez."

[18] "Artículo 12 de la Ley Procesal del Trabajo.- Prevalencia de la oralidad en los procesos por audiencias.
1.1 En los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia. Las audiencias son sustancialmente un debate oral de posiciones presididas por el juez, quien puede interrogar a las partes, sus abogados y terceros participantes en cualquier momento. Las actuaciones realizadas en audiencia, salvo la etapa de conciliación, son conservación y reproducción de su contenido. Las partes tienen derecho a la obtención de las respectivas copias en soporte electrónico, a su costo.
1.2 La grabación se incorpora al expediente. Adicionalmente, el juez deja constancia en acta únicamente de lo siguiente: identificación de todas las personas que participan en la audiencia, de los medios probatorios que se hubiesen admitido y actuado, la resolución que suspende la audiencia, los incidentes extraordinarios y el fallo de la sentencia o la decisión de diferir su expedición. Si no se dispusiese de medios de grabación electrónico, el registro de las exposiciones orales se efectúa haciendo constar, en acta, las ideas centrales expuestas".

[19] "En consecuencia, por principio de oralidad del proceso se entiende lo siguiente: el contacto entre las partes y el juez debe ser oral; a la decisión de la cuestión debe preceder una audiencia oral entre las partes y el juez, y solamente lo que fue presentado en esta audiencia oral puede fundamentar la decisión del juez." FASCHING, Hans Walter. "A posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno". En: Revista do Processo 39. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1985. p. 27.

[20] "Artículo 21 de la Ley Procesal del Trabajo.- Oportunidad.
Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes únicamente en la demanda y en la contestación. Extraordinariamente,

prueba, en tanto, la cuestión probatoria se estaría resolviendo casi sin contradictorio. ¿O será que el legislador ha decidido, implícitamente, que no haya cuestiones probatorias?

Lo que es más rápido no siempre es lo mejor en materia procedimental. En nuestra opinión, que el juez sea quien decida la procedencia de los medios probatorios es adecuado y sólido, pero que lo haga despreciando el contradictorio invalida su decisión.

El último párrafo es claramente un gazapo. La presentación extemporánea de medios probatorios no puede ser causal de anulación de la sentencia. En el primer párrafo ya se fijó como límite el día de la actuación probatoria, de tal suerte que su ofrecimiento extemporáneo sólo deber ser declarado así. Otra cosa es que el juez, a pesar de una regla tan clara como la descrita, admita y valore un medio probatorio extemporáneo. Esto último sí será causal de nulidad de la decisión que se fundamente en tal valoración.

IX. ARTÍCULO 22: PRUEBA DE OFICIO[21]

Como se sabe, el tema de la prueba de oficio, como facultad del juzgador de ordenar la actuación de un medio probatorio es, todavía, un tema discutido en la doctrina procesal. Debería serlo menos en el ámbito de los derechos sociales, como es el presente caso.

Sin embargo, para que ello ocurra es absolutamente indispensable regular con precisión tal facultad. Si el enunciado normativo empieza afirmando que la prueba de oficio es una "prueba adicional", queda claro que su uso se tornará impreciso, por decir lo menos. La prueba de oficio es uno de los instrumentos que tiene el Juez, director del proceso, para alcanzar los fines del proceso. El límite de su uso está dado en varios sentidos, entre ellos, el juez no puede incorporar la afirmación sobre un hecho y tampoco intentar probar aquella afirmación fáctica que se expresó pero que no se probó por incumplimiento de la carga de una de las partes. Sin embargo, cuando haya un hecho que esté parcialmente acreditado y el juez considere que para resolver el caso necesita lograr una convicción respecto de aquél, puede ordenar la actuación de un medio probatorio adicional, sin perjuicio de conceder a las partes el derecho a conocer su requerimiento, a participar de su actuación y a presentar prueba complementaria o disuasoria sobre el hecho afirmado pero discutido, según fuera el caso.

Lamentablemente, nada de lo descrito está expresado en la normativa comentada. Más bien ésta se cierra con una afirmación que es tautológica y deficiente, dualidad pocas veces lograda en un error. Es tautológica porque carece de sentido afirmar que el tema probatorio es ajeno al casatorio en pleno siglo XXI. Y, por otro lado, es deficiente porque la casación no abre un nuevo proceso, es apenas un recurso extraordinario, siendo así, se interpone dentro de un proceso abierto y en base a causales específicas y con requisitos también predeterminados y singulares. Entonces, decir "proceso de casación" es, cuanto menos, una enorme excentricidad si no se quisiera admitir que es un gravísimo defecto.

X. ARTÍCULO 29: PRESUNCIONES LEGALES DERIVADAS DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES[22]

Por lo menos un par de atingencias a este artículo. La primera, que la presunción referida a la conducta de las partes no es legal, es *homini*, más específicamente, es *iudici*. Esto es, se trata de una presunción judicial, en tanto es el juez quien extrae

pueden ser ofrecidos hasta el momento previo a la actuación probatoria, siempre y cuando estén referidos a hechos nuevos o hubiesen sido conocidos u obtenidos con posterioridad. Las partes concurren a la audiencia en la que se actúan las pruebas con todos sus testigos, peritos y documentos que, en dicho momento, corresponda ofrecer, exhibir o se pretenda hacer valer con relación a las cuestiones probatorias. Esta actividad de las partes se desarrolla bajo su responsabilidad y costo, sin necesidad de citación del juzgado y sin perjuicio de que el juez los admita o rechace en el momento. La inasistencia de los testigos o peritos, así como la falta de presentación de documentos, no impide al juez pronunciar sentencia si, sobre la base de la prueba actuada, los hechos necesitados de prueba quedan acreditados. En ningún caso, fuera de las oportunidades señaladas, la presentación extemporánea de medios probatorios acarrea la nulidad de la sentencia apelada. Estos medios probatorios no pueden servir de fundamento de la sentencia."

21 "Artículo 22 de la Ley Procesal del Trabajo.- Prueba de oficio.
Excepcionalmente, el juez puede ordenar la práctica de alguna prueba adicional, en cuyo caso dispone lo conveniente para su realización, procediendo a suspender la audiencia en la que se actúan las pruebas por un lapso adecuado no mayor a treinta (30) días hábiles, y a citar, en el mismo acto, fecha y hora para su continuación. Esta decisión es inimpugnable.
Esta facultad no puede ser invocada encontrándose el proceso en casación. La omisión de esta facultad no acarrea la nulidad de la sentencia."

22 "Artículo 29 de la Ley Procesal del Trabajo.- Presunciones legales derivadas de la conducta de las partes .
El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta asumida en el proceso. Esto es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada por una de las partes.
Entre otras circunstancias, se entiende que se obstaculiza la actuación probatoria cuando no se cumple con las exhibiciones ordenadas, se niega la existencia de documentación propia de su actividad jurídica o económica, se impide o niega el acceso al juez, los peritos o los comisionados judiciales al material probatorio o a los lugares donde se encuentre, se niega a declarar, o responde evasivamente."

las conclusiones a partir de lo que ha vivenciado en el curso del proceso.

Por otro lado, no nos parece adecuado que las conclusiones surgidas de la apreciación de la conducta de las partes sean únicamente negativas –"en contra" dice el legislador–, ello implica reducir el espectro de las facultades del juez. Después de todo, estamos describiendo no un medio probatorio sino un sucedáneo de éstos, en consecuencia, su uso debe estar permeabilizado al criterio del juzgador.

Finalmente, no debe olvidarse que el listado ejemplificativo que contiene el segundo párrafo puede y debe ser sancionado por el juez atendiendo a lo dispuesto por los artículos pertinentes del Código Procesal Civil.

XI. ARTÍCULO 30: FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO[23]

Las sofisticaciones normativas deben ser eficaces e imprescindibles; de lo contrario, sólo se convertirán en un obstáculo inútil. Aquello que se denomina "test de disponibilidad de derechos" termina siendo una redundancia con poco contenido. Desarrollemos uno de los criterios para reconocer los "alcances" de este *aggiornamento* doctrinal del legislador.

El test establece como primer criterio para confirmar la validez del acuerdo al que las partes hayan llegado, que "verse sobre derechos nacidos de una norma dispositiva", por eso el juez debe "verificar que no afecte derechos indisponibles".

De la lectura de las dos frases anteriores ya se puede advertir la absoluta inconsistencia de la "exigencia" planteada. No existe un listado normativo que determine qué derechos son disponibles y cuáles no lo son. Se trata de un tema de Teoría del Derecho cuyo desenlace suele ser confiado al sistema legal de cada ordenamiento jurídico, sin perjuicio de reconocer que los vacíos normativos tienen que ser cubiertos caso por caso y, de preferencia, por el juez.

Siendo así, la exigencia de que un acuerdo está referido a derechos dispositivos si "nace" de una norma dispositiva es un galimatías que, en el extremo donde es clara, redunda y donde no lo es, se torna inútil. Son muchos los casos de derechos disponibles que no están acogidos en una norma dispositiva y no por eso han dejado de serlo. Aunque, según la redacción, parecería que no pueden ser materia de acuerdo. Por otro lado, siguiendo la curiosa lógica (en realidad absurda) del test, "el juez debe verificar que no afecte derechos indisponibles". Curiosa la función del juez: si el presupuesto es que el acuerdo verse sobre derechos contenidos en normas dispositivas, es obvio que los derechos son disponibles, siendo así, ¿cuál es exactamente su tarea?

Esto ocurre porque si en lugar de repetir necedades, empleando un engañoso formato postmoderno puesto de moda recientemente (test de disponibilidad, test de proporcionalidad, test de racionalidad, test de ponderación, etcétera)[24], se hubiera hecho referencia, como lo hace el Código Procesal Civil, a encomendar al juez que homologue el acuerdo sólo si considera que está

[23] "Artículo 30 de la Ley Procesal del Trabajo.- Formas especiales de conclusión del proceso.
El proceso laboral puede concluir, de forma especial, por conciliación, allanamiento, reconocimiento de la demanda, transacción, desistimiento o abandono. También concluye cuando ambas partes inasisten por segunda vez a cualquiera de las audiencias programadas en primera instancia.
La conciliación y la transacción pueden ocurrir dentro del proceso, cualquiera sea el estado en que se encuentre, hasta antes de la notificación de la sentencia con calidad de cosa juzgada. El juez puede en cualquier momento invitar a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio, sin que su participación implique prejuzgamiento y sin que lo manifestado por las partes se considere declaración. Si ambas partes concurren al juzgado llevando un acuerdo para poner fin al proceso, el juez le da trámite preferente en el día.
Para que un acuerdo conciliatorio o transaccional ponga fin al proceso debe superar el test de disponibilidad de derechos, para lo cual se toman los siguientes criterios:
a) El acuerdo debe versar sobre derechos nacidos de una norma dispositiva, debiendo el juez verificar que no afecte derechos indisponibles;
b) debe ser adoptado por el titular del derecho; y
c) debe haber participado el abogado del prestador de servicios demandante.
Los acuerdos conciliatorios y transaccionales también pueden darse independientemente de que exista un proceso en trámite, en cuyo caso no requieren ser homologados para su cumplimiento o ejecución. La demanda de nulidad del acuerdo es improcedente si el demandante lo ejecutó en la vía del proceso ejecutivo habiendo adquirido, de ese modo, la calidad de cosa juzgada.
El abandono del proceso se produce transcurridos cuatro (4) meses sin que se realice acto que lo impulse. El juez declara el abandono a pedido de parte o de tercero legitimado, en la segunda oportunidad que se solicite, salvo que en la primera vez el demandante no se haya opuesto al abandono o no haya absuelto el traslado conferido."

[24] Los estudios comprendidos en el así llamado Neoconstitucionalismo han hecho suyo algunos postulados interpretativos desarrollados con notable éxito por los juristas medievales, los cuales han recuperado actualidad gracias a estudios recientes sobre teoría de la argumentación. Una prueba de lo dicho se encuentra en los trabajos realizados para recuperar los estudios sobre Retórica desde Aristóteles a los lógicos medievales, atendiendo a la renovada importancia que ha adquirido el estudio del discurso y sus manifestaciones en el Derecho contemporáneo y, también, el empleo de las lógicas modales como alternativas a las limitaciones de la lógica clásica o formal, para investigar las estructuras argumentativas. Sin embargo, cuando hacia fines del siglo XVIII el ra cio-

ante derechos disponibles y renunciables, hubiera resuelto el tema con sencillez y precisión, que es lo mínimo que el legislador le debe al usuario de su producto.

Para terminar este breve análisis sobre el referido test, adviértase que el segundo criterio es que el acuerdo sea adoptado por el titular del derecho. No describiremos lo absolutamente obvia que es esta exigencia. Nos parece que regularla es faltarle el respeto al juez y también a los abogados. Por lo demás, sin usar conceptos complejos, lo descrito ya está previsto en el Código Procesal Civil, pero no como test sino como requisitos para la realización de actos procesales por quien actúa en nombre del titular de un derecho.

El penúltimo párrafo se refiere a un caso muy especial, el acuerdo conciliatorio o transaccional "independientemente de que exista un proceso en trámite". ¿Qué significa la frase? Una opción es que puede o no haber proceso en trámite, la otra es que no haya proceso en trámite. Si es la primera, nos interesa la hipótesis de que haya proceso en trámite, en tanto consideramos que allí sí es indispensable la homologación dado que el acuerdo requiere afectar el proceso en trámite como cuestión previa a obtener ejecutividad. Pero, como el enunciado dice que la homologación no es necesaria, entonces significa que se trata de un acuerdo sin proceso en trámite y en esto se iguala con la segunda opción. Sin embargo, aquí surge la preocupación: el legislador está promoviendo acuerdos privados que tengan la calidad de decisiones judiciales firmes, no otra cosa significa que adquieran la calidad de cosa juzgada.

Al margen que tal situación no puede darse en tanto el único funcionario público apto para producir decisiones con autoridad de cosa juzgada es el juez y éste no puede delegar tal potestad –como resulta más o menos obvio–, lo grave es que bien podrían haber derechos irrenunciables que, viviendo como suele vivir el trabajador en permanente estado de necesidad, puede conciliar o transigir. Siendo la afectación evidente, el legislador ha advertido tal situación pero, despreocupándose del sujeto afectado, sólo regula la hipótesis en la que si el trabajador está ejecutando el acuerdo, ya no puede pedir su nulidad. Una vez más, el único interés es darle seguridad a la parte emplazada.

XII. ARTÍCULO 31: CONTENIDO DE LA SENTENCIA[25]

Hay una frase singular al inicio de este artículo: "la existencia de hechos admitidos no enerva la necesidad de fundamentar la sentencia en derecho". Probablemente la frase contenga más de lo que parece, porque lo que parece es realmente insostenible. Jamás los hechos probados o admitidos van a tornar innecesaria la fundamentación jurídica por una razón evidente: cuando un juez resuelve un caso, lo que hace es justificar racionalmente su decisión y, para ello, cuenta con la prueba de los hechos afirmados y el ordenamiento jurídico (de preferencia el enunciado normativo que al emplearlo lo convierte en norma jurídica, aunque se admite el uso del precedente, la costumbre o la doctrina, por citar otras fuentes o complementos de éstas según el sistema que corresponda). Siendo así, los hechos probados son parte de los elementos mínimos que un juez debe emplear para resolver un caso.

En consecuencia, no hay manera que un juez pueda desdeñar el uso del ordenamiento jurídico sólo porque la afirmación sobre los hechos está probada. Podría pensarse en el caso excepcional que se tratara de un caso no justiciable, pero aún en esa hipótesis el juez deberá igualmente emplear el derecho a fin de sustentar su declaración de improcedencia.

nalismo privilegió la tesis de que la motivación de las decisiones judiciales se explicaba en base al cumplimiento de los principios y reglas de la lógica formal y, por cierto, del silogismo deductivo, tesis sostenida excluyentemente hasta hace un poco más de medio siglo, los trabajos sobre Retórica y Lógica dialéctica cayeron en el olvido. Su presentación novedosa desde los estudios constitucionales, por lo menos en el Perú, constituye una maniobra ideológica bizarra, consistente en mostrar como propio aquello que es un hallazgo de otra disciplina.

25 "Artículo 31 de la Ley Procesal del Trabajo.- Contenido de la sentencia.
El juez recoge los fundamentos de hecho y de derecho esenciales para motivar su decisión. La existencia de hechos admitidos no enerva la necesidad de fundamentar la sentencia en derecho.
La sentencia se pronuncia sobre todas las articulaciones o medios de defensa propuestos por las partes y sobre la demanda, en caso de que la declare fundada total o parcialmente, indicando los derechos reconocidos, así como las prestaciones que debe cumplir el demandado. Si la prestación ordenada es de dar una suma de dinero, la misma debe estar indicada en monto líquido. El juez puede disponer el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables.
Tratándose de pretensiones con pluralidad de demandantes o demandados, el juez debe pronunciarse expresamente por los derechos y obligaciones concretos que corresponda a cada uno de ellos.
El pago de los intereses legales y la condena en costos y costas no requieren ser demandados. Su cuantía o modo de liquidación es de expreso pronunciamiento en la sentencia."

XIII. ARTÍCULOS 34 AL 39: CAUSALES DEL RECURSO DE CASACIÓN[26]

El tratamiento que la Ley comentada le otorga al recurso de casación guarda identidad con el que aparece actualmente en el Código Procesal Civil, el que, a su vez, es producto de un desgraciado intento de apropiación de un proyecto jamás comprendido y por eso mutilado que estaba en la Comisión de Justicia del Congreso. En cualquier caso, bastaría decir que repite sus errores y no subsana ninguno de sus defectos. Pero hay más.

Se usa lo que se conoce como *summa gravaminis*, esto es, se fija una suma límite a partir de la cual se concede el recurso, por tanto se cuantifica el derecho de recurrir en casación. Es una opción delicada y difícil, sin embargo, será la experiencia la que defina si tal elección fue la adecuada. El error grave es considerar que el incumplimiento en la suma establecida es un requisito de admisibilidad. Como resulta evidente, no hay manera de subsanar tal defecto, en consecuencia, debe ser de procedencia (Art. 35. 1).

El artículo 35 tiene cuatro incisos que, supuestamente, son hipótesis de inadmisibilidad. Sin embargo, a poco que se examinen, se advertirá que sólo el cuarto, aquél referido a la tasa judicial por el recurso, tiene tal calidad, en tanto se puede subsanar su pago diminuto o su falta de pago. Los otros incisos son fórmulas de improcedencia que el legislador no ha advertido o, tal vez, desconocía cuando propuso la regulación.

[26] "Artículo 34 de la Ley Procesal del Trabajo.- Causales del recurso de casación.
El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República."
"Artículo 35 de la Ley Procesal del Trabajo.- Requisitos de admisibilidad del recurso de casación.
El recurso de casación se interpone:
Contra las sentencias y autos expedidos por las salas superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso. En el caso de sentencias el monto total reconocido en ella debe superar las cien (100) Unidades de Referencia Procesal (URP). No procede el recurso contra las resoluciones que ordenan a la instancia inferior emitir un nuevo pronunciamiento.
Ante el órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada. La sala superior debe remitir el expediente a la Sala Suprema, sin más trámite, dentro del plazo de tres (3) días hábiles.
Dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de notificada la resolución que se impugna.
Adjuntando el recibo de la tasa respectiva. Si el recurso no cumple con este requisito, la Sala Suprema concede al impugnante un plazo de tres (3) días hábiles para subsanarlo. Vencido el plazo sin que se produzca la subsanación, se rechaza el recurso."
"Artículo 36 de la Ley Procesal del Trabajo.- Requisitos de procedencia del recurso de casación.
Son requisitos de procedencia del recurso de casación:
Que el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando ésta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso.
Describir con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento de los precedentes vinculantes.
Demostrar la incidencia directa de la infracción normativa sobre la decisión impugnada.
Indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio. Si fuese anulatorio, se precisa si es total o parcial, y si este último, se indica hasta dónde debe alcanzar la nulidad. Si fuera revocatorio, se precisa en qué debe consistir la actuación de la sala. Si el recurso contuviera ambos pedidos, debe entenderse el anulatorio como principal y el revocatorio como subordinado."
"Artículo 37 de la Ley Procesal del Trabajo.- Trámite del recurso de casación.
Recibido el recurso de casación, la Sala Suprema procede a examinar el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 35 y 36 y resuelve declarando inadmisible, procedente o improcedente el recurso, según sea el caso.
Declarado procedente el recurso, la Sala Suprema fija fecha para la vista de la causa. Las partes pueden solicitar informe oral dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que fija fecha para vista de la causa.
Concluida la exposición oral, la Sala Suprema resuelve el recurso inmediatamente o luego de sesenta (60) minutos, expresando el fallo. Excepcionalmente, se resuelve dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. En ambos casos, al finalizar la vista de la causa se señala día y hora para que las partes comparezcan ante el despacho para la notificación de la resolución, bajo responsabilidad.
La citación debe realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de celebrada la vista de la causa.
Si no hubiese solicitado informe oral o habiéndolo hecho no se concurre a la vista de la causa, la Sala Suprema, sin necesidad de citación, notifica la sentencia al quinto día hábil siguiente en su despacho".
"Artículo 38 de la Ley Procesal del Trabajo.- Efecto del recurso de casación.
La interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de las sentencias. Excepcionalmente, solo cuando se trate de obligaciones de dar suma de dinero, a pedido de parte y previo depósito a nombre del juzgado de origen o carta fianza renovable por el importe total reconocido, el juez de la demanda suspende la ejecución en resolución fundamentada e inimpugnable.
El importe total reconocido incluye el capital, los intereses del capital a la fecha de interposición del recurso, los costos y costas, así como los intereses estimados que, por dichos conceptos, se devenguen hasta dentro de un (1) año de interpuesto el recurso. La liquidación del importe total reconocido es efectuada por un perito contable.
En caso de que el demandante tuviese trabada a su favor una medida cautelar, debe notificársele a fin de que, en el plazo de cinco (5) días hábiles, elija entre conservar la medida cautelar trabada o sustituirla por el depósito o la carta fianza ofrecidos. Si el demandante no señala su elección en el plazo concedido, se entiende que sustituye la medida cautelar por el depósito o la carta fianza. En cualquiera de estos casos, el juez de la demanda dispone la suspensión de la ejecución."
"Artículo 39 de la Ley Procesal del Trabajo.- Consecuencias del recurso de casación declarado fundado.
Si el recurso de casación es declarado fundado, la Sala Suprema casa la resolución recurrida y resuelve el conflicto sin devolver el proceso a la instancia inferior. El pronunciamiento se limita al ámbito del derecho conculcado y no abarca, si los hubiere, los aspectos de cuantía económica, los cuales deben ser liquidados por el juzgado de origen.
En caso de que la infracción normativa estuviera referida a algún elemento de la tutela jurisdiccional o el debido proceso, la Sala Suprema dispone la nulidad de la misma y, en ese caso, ordena que la sala laboral emita un nuevo fallo, de acuerdo a los criterios previstos en la resolución casatoria; o declara nulo todo lo actuado hasta la etapa en que la infracción se cometió."

XIV. ARTÍCULO 40: PRECEDENTE VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA[27]

El legislador parece haber olvidado que, en la materia, la Corte Suprema está en deuda con la sociedad, en tanto sólo ha podido concretar dos plenos casatorios en el lapso de 17 años de vigencia del Código Procesal Civil. Sólo su amnesia explica que reitere una técnica para obtener precedentes que la experiencia ha enseñado que es perniciosa e inútil.

Lo lamentable es que sobre la argumentación *a simili* existen diversas técnicas para conseguir una dinámica fluida y, a la vez, consistente en la materia. Sea sobre la posibilidad de la Corte de ratificarlos, sea de lograr separarse de ellos e, inclusive, sea de posteriormente revocarlos. Todo esto ha sido desperdiciado con un enunciado normativo muy poco original.

XV. ARTÍCULO 41: PUBLICACIÓN DE SENTENCIAS[28]

Resulta muy difícil calificar un enunciado normativo que, no sabemos si intencionalmente, ha sido propuesto para no ser jamás cumplido. Inclusive, la pregunta por responder en estos casos es: ¿quién es el más engañado?, ¿el juez, el justiciable, la sociedad o el propio legislador? Se repite la norma del Código Procesal Civil conteniendo la afirmación romántica de que obligatoriamente se publicará "(…) el texto íntegro de todas las sentencias (…)". ¿Es imaginable una publicación que las contenga a todas? Imaginado y concretado el emplasto, ¿tendrá alguna utilidad?

XVI. ARTÍCULO 43: AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN[29]

La diferencia entre conciliación y mediación está en que, en la primera, un tercero propone una fórmula y trata de persuadir a las partes que la acepten o se acerquen a ella en base a un diálogo tendencialmente aproximativo. En la mediación, en cambio, el tercero no propone una fórmula sino que realiza una labor de comprensión de las posiciones de las partes e intenta persuadirlas de que se vayan acercando a una solución propuesta por ellas, perfilada por ellas y, al final, aprobado por ellas.

Siendo así, cuando el enunciado normativo comentado dice: *"El juez invita a las partes a conciliar sus posiciones y participa activamente a fin de que solucionen sus diferencias total o parcialmente",* no parece estarse refiriendo a la conciliación precisamente.

[27] "Artículo 40 de la Ley Procesal del Trabajo.- Precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República.
La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca del recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.
La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.
Los abogados pueden informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio."

[28] "Artículo 41 de la Ley Procesal del Trabajo.- Publicación de sentencias.
El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso de casación se publican obligatoriamente en el diario oficial El Peruano, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta (60) días de expedidas, bajo responsabilidad."

[29] "Artículo 43 de la Ley Procesal del Trabajo.- Audiencia de conciliación.
La audiencia de conciliación se lleva a cabo del siguiente modo:
La audiencia, inicia con la acreditación de las partes o apoderados y sus abogados. Si el demandante no asiste, el demandado puede contestar la demanda, continuando la audiencia. Si el demandado no asiste incurre automáticamente en rebeldía, sin necesidad de declaración expresa, aun cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible. También incurre en rebeldía automática si, asistiendo a la audiencia, no contesta la demanda o el representante o apoderado no tiene poderes suficientes para conciliar. El rebelde se incorpora al proceso en el estado en que se encuentre, sin posibilidad de renovar los actos previos.
Si ambas partes inasisten, el juez declara la conclusión del proceso si, dentro de los treinta (30) días naturales siguientes, ninguna de las partes hubiese solicitado fecha para nueva audiencia.
El juez invita a las partes a conciliar sus posiciones y participa activamente a fin de que solucionen sus diferencias total o parcialmente.
Por decisión de las partes la conciliación puede prolongarse lo necesario hasta que se dé por agotada, pudiendo incluso continuar los días hábiles siguientes, cuantas veces sea necesario, en un lapso no mayor de un (1) mes. Si las partes acuerdan la solución parcial o total de su conflicto el juez, en el acto, aprueba lo acordado con efecto de cosa juzgada; asimismo, ordena el cumplimiento de las prestaciones acordadas en el plazo establecido por las partes o, en su defecto, en el plazo de cinco (5) días hábiles siguientes. Del mismo modo, si algún extremo no es controvertido, el juez emite resolución con calidad de cosa juzgada ordenando su pago en igual plazo.
En caso de haberse solucionado parcialmente el conflicto, o no haberse solucionado, el juez precisa las pretensiones que son materia de juicio; requiere al demandado para que presente, en el acto, el escrito de contestación y sus anexos; entrega una copia al demandante; y fija día y hora para la audiencia de juzgamiento, la cual debe programarse dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes, quedando las partes notificadas en el acto.
Si el juez advierte, haya habido o no contestación, que la cuestión debatida es solo de derecho, o que siendo también de hecho no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno, solicita a los abogados presentes exponer sus alegatos, a cuyo término, o en un lapso no mayor de sesenta (60) minutos, dicta el fallo de su sentencia. La notificación de la sentencia se realiza de igual modo a lo regulado para el caso de la sentencia dictada en la audiencia de juzgamiento."

XVII. ARTÍCULO 46: ETAPA DE ACTUACIÓN PROBATORIA[30]

El inciso 1 tiene un error que, si bien no es sustancial, no debería formar parte de la propuesta legislativa. En un proceso jamás se prueban los hechos sino la afirmación sobre los hechos. El objetivo es obtener la "verdad judicial", aquélla que está modelada a partir de un número finito de medios probatorios y sobre la base de una elección respecto de aquello que, a criterio del juez, incide directamente sobre la materia probatoria o *thema probandum*.

Tanto en el inciso 2 como en el 3 se debe tener en cuenta que los medios probatorios son los instrumentos a través de los cuales se obtiene información. De la masa de datos obtenida, recibe el nombre de "prueba" aquélla que incide directamente sobre los puntos controvertidos previamente establecidos y, en tal calidad, es incorporada por el juez como instrumento de justificación.

Finalmente, respecto del inciso 5 y por una cuestión ligada al principio de universalidad de la prueba, la declaración de parte debería actuarse al final de la actuación de los otros medios probatorios. El objetivo es que, luego de la actuación de éstos, la declaración debería darle al juez la oportunidad de obtener de las partes la información –sea de confirmación o de contraste– sobre las ocurrencias obtenidas al actuarse los otros medios probatorios.

XVIII. ARTÍCULO 50: ADMISIÓN DE LA DEMANDA[31]

En el último párrafo se prescribe que: "los únicos medios probatorios admisibles en este proceso…". Esto, en doctrina se conoce con el nombre de sumarización cognitiva horizontal, al limitarse el empleo de medios probatorios, se limita también el universo de aquello que debe ser conocido.

Sin embargo, una decisión de tal magnitud, propia de la tutela diferenciada, no es facultativa sino vinculante, es decir, no se puede subsanar. Por esa razón no debió decirse "admisible" sino "procedente". Además, no debe usarse el plural, el enunciado normativo reduce el uso del medio probatorio a uno, llámesele "documento" o "medio probatorio documental", es sólo uno. Sin perjuicio, claro está, que este medio probatorio tiene modalidades (reconocimiento, exhibición, etcétera).

Hay toda una tendencia, en mi opinión sana, a evitar que las salas, tradicionalmente órganos de segundo grado (en consecuencia de revisión), actúen como órganos de primer grado. Esto nos lleva a afirmar que no hay razón para que la demanda prevista en este artículo no empiece ante un juez especializado laboral.

XIX. CAPÍTULO IV: PROCESO CAUTELAR

A. Artículo 54: Aspectos generales[32]

Lo que está expresado en este artículo, cuando no

[30] "Artículo 46 de la Ley Procesal del Trabajo.- Etapa de actuación probatoria.
La etapa de actuación probatoria se lleva a cabo del siguiente modo:
El juez enuncia los hechos que no necesitan de actuación probatoria por tratarse de hechos admitidos, presumidos por ley, recogidos en resolución judicial con calidad de cosa juzgada o notorios; así como los medios probatorios dejados de lado por estar dirigidos a la acreditación de hechos impertinentes o irrelevantes para la causa.
El juez enuncia las pruebas admitidas respecto de los hechos necesitados de actuación probatoria.
Inmediatamente después, las partes pueden proponer cuestiones probatorias solo respecto de las pruebas admitidas. El juez dispone la admisión de las cuestiones probatorias únicamente si las pruebas que la sustentan pueden ser actuadas en esta etapa.
El juez toma juramento conjunto a todos lo que vayan a participar en esta etapa.
e actúan todos los medios probatorios admitidos, incluidos los vinculados a las cuestiones probatorias, empezando por los ofrecidos por el demandante, en el orden siguiente: declaración de parte, testigos, pericia, reconocimiento y exhibición de documentos.
Si agotada la audiencia y señala día, hora y lugar para su realización citando, en el momento, a las partes, testigos o peritos que corresponda. La inspección judicial puede ser grabada en audio y video o recogida en acta con anotación de las observaciones constatadas; al concluirse, señala día y hora, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes para los alegatos y sentencia.
La actuación probatoria debe concluir en el día programado; sin embargo, si la actuación no se hubiese agotado, la audiencia continúa dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes."

[31] "Artículo 50 de la Ley Procesal del Trabajo.- Admisión de la demanda.
Además de los requisitos de la demanda, la sala laboral verifica si ésta se ha interpuesto dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de haberse notificado el laudo arbitral que haciendo las veces de convenio colectivo resuelve el conflicto económico o de creación de derechos, o su aclaración; en caso contrario, declara la improcedencia de la demanda y la conclusión del proceso
Esta resolución es apelable en el plazo de cinco (5) días hábiles.
Los únicos medios probatorios admisibles en este proceso son los documentos, los cuales deben ser acompañados necesariamente con los escritos de demanda y contestación."

[32] "Artículo 54 de la Ley Procesal del Trabajo.- Aspectos generales.
A pedido de parte, todo juez puede dictar medida cautelar, antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a garantizar la eficacia de la pretensión principal. Las medidas cautelares se dictan sin conocimiento de la contraparte.
Cumplidos los requisitos, el juez puede dictar cualquier tipo de medida cautelar, cuidando que sea la más adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión principal.
En consecuencia, son procedentes además de las medidas cautelares reguladas en este capítulo cualquier otra contemplada en la norma procesal civil u otro dispositivo legal, sea esta para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, de innovar o de no innovar, e incluso una genérica no prevista en las normas procesales."

es pertinente es innecesario. Se dice, por ejemplo, que la medida cautelar se puede expedir "antes de iniciado un proceso o dentro de éste". El caso es que la medida cautelar se dicta antes o después de iniciado un proceso, esas son las opciones. Establecer la relación entre "antes de iniciado" y "dentro de éste" carece en absoluto de coherencia lógica porque no son dos alternativas sino dos situaciones distintas que ni siquiera se oponen. Así, una medida cautelar se puede pedir después de iniciado un proceso pero fuera de éste, como se advierte, se trata de situaciones que no sólo no se oponen sino que, además, suele ser un escenario común: se presenta la demanda y, posteriormente, se pide una medida cautelar que, como todas en el Perú, se tramita en cuerda separada.

El segundo párrafo regula lo que en doctrina se llama "poder general de cautela", es decir, la facultad que tiene el juez de conceder la medida cautelar que considere más idónea a los fines del proceso específico y de la pretensión cuya cobertura se invoca. Siendo así, el tercer párrafo resulta absolutamente inútil y hasta peligroso. Inútil porque describe el panorama que tiene el juez para elegir la medida cautelar más indicada, sin reparar que en el segundo párrafo ya le concedió tal poder. Y peligroso porque estando el juez nacional autolimitado por una formación paleo-positivista que lo lleva a ser un gendarme de la "letra de la ley", podría estar dispuesto a reducir su ámbito de actuación si, por ejemplo, se solicita una medida cautelar típica pero con alguna variante. No sería extraño que en un caso así, el juez muy rápidamente concluya, muy complacido, que su poder general de cautela no le alcanza para alterar una medida cautelar típica (con regulación expresa). Por cierto, la elección sería un disparate pero muy propia de una argumentación silogística y estrecha.

B. Artículo 55: Medida de reposición provisional[33]

Aquí se cita una medida cautelar especial que se vuelve típica –y suponemos con el correr del tiempo nominada–, que se obtiene con los presupuestos cautelares clásicos –llamados erróneamente en la ley "requisitos"– y también de una manera distinta a partir de otros presupuestos.

Es muy poco probable que los presupuestos a) y b) no se exijan en forma acumulada sino alternativa, sin embargo, la redacción no permite apreciar eso (el uso de una "o" actúa como disyuntiva débil o fuerte según sea el fin del emisor, pero ello no ocurre con el "punto y coma").

Por otro lado, se coloca la verosimilitud como un fundamento especial cuando, bien sabemos, se trata del presupuesto clásico de toda medida cautelar, casi su base ontológica. Siendo así, su incorporación puede entenderse alternativamente: o es redundante e innecesaria o sólo es exigible para esta medida. Digámoslo de otra manera: su presencia en este enunciado es tautológica o absurda.

C. Proceso de ejecución (artículos 57 a 63)[34]

El inciso c) del artículo 57 describe que son títulos ejecutivos los "laudos arbitrales firmes". En sede nacional los laudos son los equivalentes jurisdiccionales de las sentencias, por lo tanto, la referencia a "arbitrales" es, por lo menos, innecesaria, pero eso no es todo. Se dice sobre los laudos que "haciendo las veces de sentencia". Los laudos no hacen las veces de sentencia, son resoluciones que ponen fin a un conflicto tramitado en sede arbitral porque las partes, voluntariamente, así lo han decidido, en tanto han renunciado a la jurisdicción proporcionada con exclusividad por el Estado a todo sujeto de derecho.

[33] "Artículo 55 de las Ley Procesal del Trabajo.- Medida especial de reposición provisional.
El juez puede dictar, entre otras medidas cautelares, fuera o dentro del proceso, una medida de reposición provisional, cumplidos los requisitos ordinarios. Sin embargo, también puede dictarla si el demandante cumple los siguientes requisitos:
Haber sido al momento del despido dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad;
estar gestionando la conformación de una organización sindical; y
fundamento de la demanda es verosímil. Si la sentencia firme declara fundada la demanda, se conservan los efectos de la medida de reposición, considerándose ejecutada la sentencia."

[34] "Artículo 57 de la Ley Procesal del Trabajo.- Títulos ejecutivos.
Se tramitan en proceso de ejecución los siguientes títulos ejecutivos:
Las resoluciones judiciales firmes;
las actas de conciliación judicial;
los laudos arbitrales firmes que, haciendo las veces de sentencia, resuelven un conflicto jurídico de naturaleza laboral;
las resoluciones de la autoridad administrativa de trabajo firmes que reconocen obligaciones;
el documento privado que contenga una transacción extrajudicial;
el acta de conciliación extrajudicial, privada o administrativa; y
la liquidación para cobranza de aportes provisionales del Sistema Privado de Pensiones."

D. Artículo 61: Multa por contradicción temeraria[35]

Sería bueno que se precise quién va a ser el receptor o beneficiario de la multa. Por interpretación de la norma matriz (Código Procesal Civil) podría ser el Estado, sin embargo, la norma no es más que un enunciado ajeno que no define una opción específica.

E. Artículo 62: Incumplimiento injustificado al mandato de ejecución[36]

Nos parece pertinente la inclusión de un artículo que contemple el tema de las medidas coercitivas en sede laboral, en tanto puede servir para agilizar los procesos y concretar su eficacia. La idea es disminuir, hasta el límite permitido, el margen diferencial por medio de una tutela específica. Sin embargo, más allá de lo trascendente que pueden ser las medidas coercitivas, su regulación adecuada resulta de la mayor importancia.

En el enunciado normativo comentado se hace referencia a las *astreinte*s, esto es, a las multas progresivas y acumulativas con que se sanciona un incumplimiento mientras subsista, originadas en el derecho francés. Sin embargo, su empleo se puede desnaturalizar peligrosamente por la manera cómo se han regulado. Así, en lugar de empezar su aplicación con una suma fija y mínima atendiendo a su contundencia, se coloca un porcentaje elevado (30%) que, además, tiene la desventaja de no establecer la fecha o evento a partir del cual empieza a hacerse efectiva la sanción y tampoco hace referencia a la graduación de la progresión. Con estos dos vacíos, las *astreintes* perdieron su significado y su objetivo. Una demostración de la importancia de regular con precisión y claridad –dado su carácter punitivo– las *astreintes* es el artículo 320.1 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica[37].

Otro aspecto de las medidas coercitivas acogidas en el enunciado comentado que, lamentablemente, contiene también otra manifestación de cómo se desperdicia el instituto citado, es el referido a la detención del infractor. Para empezar, la experiencia nacional en materia de denuncia penal por incumplimiento de un mandato judicial nos ha mostrado de manera permanente su absoluta inutilidad. Parece no advertirse que todos los jueces reciben su encargo del Estado, situación que resulta determinante para advertir que no existe ninguna razón para que cualquier juez, investido de tal calidad, pueda ordenar directamente la detención de quien incumpla su mandato. Una demostración de este poder es el denominado *Contempt of Court* (desacato a la Corte), por el cual cualquier juez del *common law* puede ordenar la detención de quien intencionalmente no cumpla su mandato. En tal sentido, la opción elegida de "denunciarlo penalmente" nos parece absolutamente formalista y carente de eficacia.

XX. CAPÍTULO VI: PROCESOS NO CONTENCIOSOS

Probablemente en la línea de mantener la terminología usada por el Código Procesal Civil se le denomina a este capítulo "Procesos no contenciosos", sin advertir que es uno de los errores notorios del código citado. De hecho, los códigos procesales no regulan "procesos", sino "procedimientos", entendidos estos últimos como conjunto de reglas de conducta para obtener una decisión válida y justa. Y lo expresado es válido también para los contenciosos, los cuales serán procedimientos jamás "procesos" que es más bien la entelequia teórica que engloba el objeto central de nuestra disciplina.

XXI. ARTÍCULO 68: ENTREGA DE DOCUMENTOS[38]

El error matriz descrito en el párrafo anterior se

[35] "Artículo 61 de la Ley Procesal del Trabajo.- Multa por contradicción temeraria.
Si la contradicción no se sustenta en alguna de las causales señaladas en la norma procesal civil, se impone al ejecutado una multa no menor de media (½) ni mayor de cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP).
Esta multa es independiente a otras que se pudiesen haber impuesto en otros momentos procesales."

[36] "Artículo 62 de la Ley Procesal del Trabajo.- Incumplimiento injustificado al mandato de ejecución.
Tratándose de las obligaciones de hacer o no hacer si, habiéndose resuelto seguir adelante con la ejecución, el obligado no cumple, sin que se haya ordenado la suspensión extraordinaria de la ejecución, el juez impone multas sucesivas, acumulativas y crecientes en treinta por ciento (30%) hasta que el obligado cumpla el mandato; y, si persistiera el incumplimiento, procede a denunciarlo penalmente por el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad".

[37] "Artículo 320.1 del Código Procesal Civil para Iberoamérica.
En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus providencias, el Tribunal, de oficio o a pedido de parte, podrá adoptar las medidas de conminación o constricción necesarias.
Las cantidades se fijarán teniendo en cuenta el monto o la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de tal manera que signifiquen una efectiva constricción sicológica al cumplimiento dispuesto."

[38] "Artículo 68 de la Ley Procesal del Trabajo.- Entrega de documentos.
La mera solicitud de entrega de documentos se sigue como proceso no contencioso siempre que ésta se tramite como pretensión única. Cuando se presente acumuladamente, se siguen las reglas establecidas para las otras pretensiones."

hace evidente en este artículo. Se hace referencia a una "pretensión única" cuando los procedimientos no contenciosos no tienen pretensión, a lo mucho un "pedido" y, finalmente, ni siquiera su inicio es consecuencia de una demanda, sino apenas de una solicitud.

XXII. CONCLUSIONES

(i) Estamos ante una ley que es buena y original. Lamentablemente en aquello que es buena no es original y en aquello que es original no es buena.

(ii) Respondiendo la pregunta planteada al inicio, no es precisamente el ordenamiento del cual se pueda esperar un cambio desde el judicial al actual estado de cosas que viene soportando el trabajador.

(iii) En la ley comentada el trabajador dejó de ser tal, ya no se le llama así, ahora es el prestador de servicios. Se puede decir que el nuevo concepto es más amplio y contiene al otro. Sin embargo, también se puede pensar que, en el fondo, lo que se hace es usar el efecto manipulador que también posee el lenguaje jurídico, a fin de dejar establecido que aquello que fue ya no será nunca más. Si alguna vez la tutela de los derechos del trabajador sirvió para parir una disciplina jurídica que garantizara la intangibilidad de sus derechos, ahora ella misma sirve para disfrazar los conceptos y mantener la crítica situación que ahora soporta. Las explicaciones académicas sobre el cambio de trabajador a servidor las consideramos satisfactorias sin escucharlas. Camus decía que siempre habrá una filosofía para la falta de valor.

(iv) El proceso es mucho más que un instrumento para la eficacia de los derechos materiales. Es un fenómeno social en el que el ser humano se involucra, en la creencia –permanentemente desmentida– que el sistema de reglas vinculantes existentes en su sociedad responde a los valores a ser concretados en un Estado Social de Derecho. Sin embargo, este no es, precisamente, el objetivo trazado por la ley comentada. Su medianía consiste en creer que algunas palabras mágicas –celeridad, oralidad, tecnología, entre otras– pueden convencer a los ingenuos de siempre que se han producido cambios sustanciales. El eterno mito de la ley en los Estados emergentes.

BASES PARA ACTUALIZAR EL CÓDIGO MODELO PROCESAL CIVIL PARA IBEROAMÉRICA

Roberto O. Berizonce*

Ante las exigencias surgidas a partir de situaciones jurídicas que no encuentran efectiva protección en las instituciones procesales vigentes, se han desarrollado importantes iniciativas de reforma a nivel latinoamericano. Una de ellas es la elaboración del Código Modelo Procesal Civil, gestado en las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal.

En el presente artículo, el autor presenta un interesante análisis de los avances y dificultades que, luego de dos décadas de la elaboración del Código Modelo, se han suscitado en el quehacer procesal iberoamericano. Para ello, realiza una revisión de las modificaciones e innovaciones normativas realizadas en países vecinos.

* Abogado. Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

I. EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL "TIPO" PARA IBEROAMÉRICA COMO SISTEMA PARADIGMÁTICO

Es bien sabido que el Código Modelo se gestó laboriosamente al cabo de casi dos décadas de estudios, debates y decisiones escalonadas que culminaron con su aprobación durante las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Río de Janeiro, 1988)[1]. Primero se acordó la preparación de "bases uniformes" que sirvieran a la elaboración de un ordenamiento paradigmático, las que fueran consensuadas en las Jornadas de Bogotá y Cartagena de Indias, de 1970, debatiéndose en los sucesivos encuentros los principios esenciales para finalmente estructurar el anteproyecto que fuera obra de los profesores uruguayos Gelsi Bidart, Torrello y Véscovi. Fue el fruto de la feliz confluencia de diversos factores que se cobijaron en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Entre aquellos factores incidentes se destacaban, en cuanto al proceso civil, una común raíz y pertenencia de todos los ordenamientos del subcontinente americano afiliados a las legislaciones de las madres patrias, España y Portugal, inspiradas a su vez en el proceso romano-canónico y en el modelo de las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio. El logro nació de la necesidad de impulsar un cambio en profundidad para transformar radicalmente los sistemas de enjuiciamiento imperantes[2] y sustituirlos por un nuevo paradigma sustentado en la idea-fuerza de la oralidad y el proceso por audiencias, con todos sus consectarios, principalmente la inmediación del juez con las partes y el material litigioso, la concentración y publicidad de los actos, la desformalización burocrática de los procedimientos en general, como medio para la igualdad concreta de los litigantes ante la jurisdicción. Se buscaba un camino para superar la palmaria ineficacia del tradicional proceso escriturario y el estado de postración de la justicia.

La exposición de motivos[3] se explaya sobre los *principios rectores*, dedicando atención a la oralidad y proceso por audiencias; organización de la magistratura; poderes, deberes y responsabilidades del juez y de las partes. Entre las principales instituciones transformadoras que recoge el código se destacan aquellas propias de la creciente *publicitación* del proceso civil y el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción; la adopción del proceso por audiencias orales; la regulación de una audiencia preliminar, con finalidades múltiples (artículos 301 a 302); el reconocimiento al juez de verdaderos poderes-deberes de observancia inexcusable (artículos 33 a 35) para la dirección e instrucción de las causas, potestades que se acentúan en los denominados procesos sociales (artículo 310); doble instancia con un juez monocrático; la organización independiente del ministerio público (artículos 36 a 42); la regulación de la tutela de los intereses colectivos o difusos (artículos 53, 194); la prevención de los procesos fraudulentos o colusorios (artículo 64); la protección cautelar genérica (artículo 280); la instauración de procesos de estructura monitoria (artículos 311 a 316); la admisión de medidas conminatorias para asegurar el cumplimiento de las decisiones; la consagración, en fin, de principios y directivas generales para guiar la interpretación finalista de los preceptos procesales (artículos 1 a 3). Se trataba, en definitiva, de las grandes líneas tendenciales que por entonces se avizoraban en el derecho procesal iberoamericano[4].

Una ilustrada doctrina procesal[5] ha explicado con detenimiento los principios fundantes, la génesis del Código Modelo y su proyección posterior, principalmente a partir de su íntegra recepción en el Código General del Proceso del Uruguay

[1] GELSI BIDART, Adolfo, TORELLO, Luis y Enrique VÉSCOVI. "Hacia la preparación de Códigos Procesales Modelos: las bases para la reforma". En: Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica. Madrid: Ministerio de Justicia. 1990. pp. 25 y siguientes. Sobre los antecedentes y bases del anteproyecto: GELSI BIDART, Adolfo. "Código "tipo" y reforma del proceso civil en América Latina: entre derecho común y uniforme". En: "Un Codice "Tipo" di procedure civile per l´America Latina". pp. 41 y siguientes. VÉSCOVI, Enrique. "La reforma de la justicia civil en Latinoamérica". Bogotá: Temis. 1996. pp. 20-22.

[2] Sobre el sentido transformador del anteproyecto de Código modelo: VÉSCOVI, Enrique y Adolfo GELSI BIDART. "Bases para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal civil". En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala. 1982; y VÉSCOVI, Enrique. "El proyecto de Código Procesal Civil uniforme para América Latina". En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Civil 4. Bogotá. 1986. GELSI BIDART, Adolfo. Op. cit. pp. 41 y siguientes.

[3] GELSI BIDART Adolfo, TORELLO, Luis y Enrique VÉSCOVI. Op. cit. pp. 41-70.

[4] El Código "tipo", como lo señalara VÉSCOVI, se inspiró en las más avanzadas instituciones de la región: el despacho saneador y el rechazo preliminar de la demanda, del derecho brasileño; el principio venezolano de que "las partes están a derecho"; los poderes del juez acordados por el código procesal argentino; el desarrollo de la prueba en audiencia de la legislación colombiana; el proceso monitorio del derecho uruguayo; el sistema apelatorio y el efecto diferido de origen costarricense y argentino, etcétera. Ver: VÉSCOVI, Enrique. "Confrontación entre el Código Procesal Civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código Europeo". En: "Unificazione del diritto e rimedi alternativi per la risoluzione delle controversie civili nel sistema giuridico latinoamericano, estrato da Roma e America. Diritto Romano comune". Roma: Mucchi. 1997. p. 110.

[5] VÉSCOVI, Enrique. "Los códigos modelos. El Código Modelo para Iberoamérica". En: "El Derecho Procesal en el MERCOSUR". Santa Fe: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 1997. pp. 491 y siguientes; BARBOSA MOREIRA, Juan Carlos. "Le code-modele de procedure civile pour l´Amerique latine". En: "Temas de Direito Processual". São Paulo: Saraiva. 2001. pp. 191 y siguientes; y SIMON L. M. "La aplicación del Código Procesal Civil modelo en Iberoamérica, relato general". En: VII Seminario Internazionale Formazione e caratteri del sistema giuridico latinoamericano e problemi del processo civile. Roma. 2002.

de 1989[6] y parcialmente en el Código Procesal Civil peruano de 1992[7], en las sucesivas reformas del ordenamiento brasileño, a partir de 1994[8], en las provincias argentinas de Tierra del Fuego[9], La Pampa, Río Negro, entre otros.

II. LAS CIRCUNSTANCIAS SOBREVINIENTES EN LA REGIÓN AL CABO DE MÁS DE DOS DÉCADAS

Interesa analizar ciertos fenómenos jurídicos que se fueron gestando contemporáneamente que trajeron consigo diversas transformaciones en los ordenamientos fundamentales de los países del subcontinente, en la búsqueda de respuestas a los problemas más acuciantes de los sistemas de impartición de justicia. Al margen de la complejidad de aquellas transformaciones y las insalvables dificultades para aprehenderlas más allá de sus contornos, ha de convenirse que, aún a riesgo de una excesiva simplificación, han sido las reformas sucedidas en el plano de las diversas constituciones, por un lado, y en paralelo de las convenciones internacionales, por otro, las que mayor impacto han producido sobre los sistemas jurídicos en general y, particularmente, en el de la prestación de justicia.

A. Transformaciones en el sistema de justicia: constitucionalización de nuevos derechos y garantías

Profundas reformas constitucionales han traído consigo, entre otras, las nuevas Cartas de Brasil (Constitución Federal de 1988 y las sucesivas Enmiendas, especialmente la Nº 45/2004), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), México (1994 y posteriores), entre otras.

En todas ellas, los tradicionales "bloques de constitucionalidad" se han visto notoriamente amplificados, con la consagración de nuevos derechos y garantías, propios de la tercera y cuarta generación, incluyendo la tutela de los derechos difusos y colectivos, de consumidores y usuarios en general y de protección del medio ambiente. Ha operado igualmente el fenómeno de la *constitucionalización de las garantías* –amparo, *habeas corpus*, *habeas data*– y, más específicamente, de aquella que asegura el acceso irrestricto a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva, una de las garantías más trascendentes, por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos[10].

En paralelo, han cobrado paulatinamente operatividad los derechos y garantías de la jurisdicción estampados en los tratados y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos –particularmente, el Pacto de San José de Costa Rica, artículos 8, 25 y concordantes[11]– que, en algunos países, por ejemplo, Argentina, tienen acordada jerarquía constitucional y están por igual mandato asegurados positivamente por el Estado. Una rica y creativa doctrina jurisprudencial de los órganos transnacionales de la región –la Corte Interamericana de Derechos Humanos– está siendo receptada en los países firmantes del Pacto de San José, por los propios tribunales nacionales, particularmente para la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos de incidencia colectiva en general[12].

En ese contexto, de generalización creciente, se gestan nuevos desafíos para el legislador de nuestros países, y no menos acuciantemente para los jueces, llamados todos a imaginar nuevos y más complejos instrumentos y técnicas procesales de todo tipo, para asegurar en concreto la virtualidad y operatividad de todo el catálogo de los nuevos derechos y garantías. Se van perfilando con contornos cada vez más nítidos los típicos procesos

[6] La bibliografía uruguaya es amplísima. Por toda ello: VÉSCOVI, Enrique. Op. cit. pp. 22 y siguientes; VÉSCOVI, Enrique. "Código General del Proceso, I". Montevideo: Abaco. 1992 y sucesivos. Sobre el sistema de los principios del Código General del Proceso y su fuente en el Código Modelo, ver: pp. 54 y 55.

[7] MONROY GALVEZ, Juan. "La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos". Segunda edición aumentada. Lima: Palestra. 2004. pp. 81-89; 153-165; 289-314; 315-349; 351-355; 357-377; 433-447. Del mismo ilustre autor: MONROY GÁLVEZ, Juan. "La reforma del proceso civil peruano quince años después". En: OTEIZA, E. "Reforma procesal civil". Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. 2009. pp. 125 y siguientes; SIMONS PINO, Adrián. "La evolución del proceso civil en Perú". En: "Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas". Lima: Universidad de Lima. 2008. pp. 19 y siguientes.

[8] MONIZ DE ARAGAO, E. D. "Reforma processual: dez anos". En: Genesis Revista de Direito Processual Civil 24. Curitiba. 2002. pp. 281 y siguientes. BARBOSA MOREIRA, Juan Carlos. "Os novos rumos do processo civil brasileiro". En: Temas de Direito Processual, Sexta Série. São Paulo: Saraiva. 1997. pp. 63 y siguientes; BARBOSA MOREIRA, Juan Carlos. "O processo civil brasileiro entre dois mundos". Oitava Série. 2004. pp. 41 y siguientes; PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "Cambios estructurales en el proceso civil brasileño". En: DE LA OLIVA SANTOS, A. y Palomo VÉLEZ. "Hacia una nueva justicia civil". Santiago de Chile: Juristas de Chile. 2007. pp. 651 y siguientes.

[9] MORELLO, Augusto M. y M. KAMINKER. "El Código Procesal Civil (General) de la Provincia de Tierra del Fuego". Buenos Aires: El Derecho. p. 1018.

[10] ALVARO DE OLIVEIRA, C.A. "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales". En: Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas. Lima: Universidad de Lima. 2008. pp. 67 y siguientes; VALLESPÍN PÉREZ, D. "Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil". En: Ibíd. pp. 85 y siguientes.

[11] GARCÍA RAMÍREZ, S. "Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana". México: UNAM. 2002. pp. 105 y siguientes.

[12] HITTERS J.C. "Derecho Internacional de los Derechos Humanos". La Plata: Instituto de Estudios Jurídicos. SCBA. 2009. pp. 7 y siguientes (especialmente pp. 15-19).

de la *justicia de "protección" o "acompañamiento"*[13], que embrionariamente contempla el Código Modelo en su artículo 310, para los litigios individuales sobre derechos y situaciones de tutela preferente, y los denominados *procesos de interés público*, estructurales o remediales, destinados a reglar los litigios colectivos[14].

En unos y otros, se dibuja una novedosa concepción del ejercicio de la jurisdicción a través del proceso, con reglas singulares que abarcan a las instituciones "equilibradoras" de la situación de las partes; los mayores y más incisivos poderes reconocidos al juez para la ordenación, gestión e instrucción de las causas, las legitimaciones extraordinarias, la acentuación del deber de colaboración de las partes, las tutelas de urgencia anticipatorias provisionales y aun satisfactivas, la búsqueda preferente de soluciones autocompuestas, las sentencias propias de una justicia de resultados, remedial, la singularidad de su ejecución y la función dialogal que el órgano judicial ejerce en continuidad ininterrumpida.

B. Las concepciones sistemáticas del servicio jurisdiccional y la importancia de los modelos de gestión

Desde otra perspectiva, resalta igualmente como factor incidente el afianzamiento de una concepción sistemática de los esquemas de justicia, con virtualidad directa para destruir el viejo mito que ingenuamente hacía suponer que la solución de los tan intrincados, cuan complejos, problemas de la prestación jurisdiccional dependía tan solo de un buen código procesal.

a) Como todo sistema, el de justicia se fragmenta en diversos niveles –organización tribunalicia, infraestructura y medios materiales, recursos humanos, modelos procesales, la situación de los propios litigantes y sus abogados, asesoramiento técnico auxiliar a cargo de peritos y consultores, organización, dirección y gestión de los órganos y de los conflictos, control de todas las actividades, etcétera. Todos esos factores se articulan e influyen recíprocamente, por manera que los "productos" y resultados que se derivan del servicio jurisdiccional dependen directa o indirectamente de la armónica conjugación de todos y cada uno de aquellos. De donde se concluye que el modelo procesal no es sino uno de tales factores, necesario pero no suficiente para la transformación del sistema de enjuiciamiento.

b) Se enfatiza, entre otros factores de incidencia decisiva, la *organización del despacho (oficio) judicial*, estrechamente ligado con el mejor aprovechamiento de los recursos materiales y la eficiencia en general. Entre las técnicas novedosas se incluyen la flexibilización de la estructura del despacho; servicios comunes para tribunales; adecuado manejo del personal; gestión de los casos (*case management*); informatización de los procesos de gestión; aplicación de las tecnologías de la información[15]. El contínuo avance del estudio de las organizaciones y el desarrollo de métodos para que cumplan su objetivo de eficacia y se adapten a las nuevas necesidades en un proceso de mejora permanente, ha conducido recientemente a la generación de los denominados *modelos de calidad*, verdaderos paradigmas que se aplican a las organizaciones para evaluar su eficacia[16].

c) En el balance de todas esas tendencias, puede afirmarse que cualquier transformación del sistema de enjuiciamiento común requiere necesariamente de la conjugación armoniosa de los diversos factores incidentales –estructuras, hombres, modelo formal y sus derivados.

Es compartida, por ello, la generalizada convicción de que las transformaciones estructurales de los sistemas de justicia presuponen la existencia de una clara

[13] CAPPELLETTI, Mauro. "Acceso a la justicia (como programa de reformas y método de pensamiento)". La Plata: Revista del Colegio de Abogados 41. 1981. pp. 165 y siguientes; MORELLO, Augusto M. "La Corte Suprema en acción". Buenos Aires: Abeledo-Perrot/LEP. 1989. pp. 11 y siguientes, también pp. 37 y siguientes.

[14] FISS, O. "El derecho como razón pública". Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons. 2007. pp. 47 y siguientes. Sobre la experiencia argentina. Ver: BERGALLO, Paola. "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina". Buenos Aires: J.A. 2006. pp. 1165 y siguientes; COURTIS, C. "Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos". Buenos Aires: J.A. 2006. pp. 1225 y siguientes. Asimismo, BERIZONCE, Roberto. "Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas". RDP. 2010.

[15] De la extensa bibliografía sobre estas cuestiones: VARGAS VIANCOS, J.E. "Eficiencia en la Justicia en Sistemas Judiciales". En: CEJA 6. Santiago de Chile. 2003. pp. 87-90; VARGAS VIANCOS, J.E. "Herramientas para el diseño de despachos judiciales". En: CEJA 10. Santiago de Chile. 2006. pp. 78 y siguientes; VARGAS VIANCOS, J.E. "La reforma a la justicia civil desde la perspectiva de las políticas públicas". En: CEJA 11. Santiago de Chile. 2006. pp. 73 y siguientes.

[16] Sobre la teoría de la organización aplicada al sistema judicial: QUIROGA LAVIE, H. "La formación del Derecho Procesal Organizacional". La Plata: H.C.D. Prov. Bs. As. 1998. pp. 151 y siguientes.

y firme voluntad política, expresada en políticas públicas enmarcadas en un plan global, sistemático, coherente y sostenido en el tiempo. Un pacto de Estado explícito[17] o táctico, que asegure la provisión de recursos materiales suficientes, adecuada planificación, líneas maestras del modelo procesal, formación de recursos humanos y demás "insumos" de la reforma. Es que el diseño y operatividad del sistema judicial constituye desde siempre una obra política, no académica (Couture).

A los procesalistas les corresponde incanjeablemente el diseño funcional de las instituciones del proceso, la puesta al día y en su caso la reingeniería del proceso madre de cognición, incluyendo las tutelas sumarias y urgentes, las estructuras monitorias y aledañas. Habrá que convenir que sin esos diseños formales, sería ilusoria e inoperante la aplicación de las más avanzadas técnicas de gestión. La propia gestión de los procesos, por lo demás, no puede prescindir de la experiencia de los operadores jurídicos; habrá que alertar que de lo contrario, caerá inevitablemente en inviables abstracciones teóricas. La experiencia ha demostrado que siempre son los jueces la primera línea experimental, quienes en la práctica cotidiana van modelando –aún sin textos legales– las nuevas creaciones que permiten mejor rendimiento del servicio.

C. La irrupción de los medios alternativos de solución de conflictos

Desde principio de los años 90 la región asistió a una verdadera explosión de los diversos medios alternativos de solución de conflictos, que se instalaron paulatina, aunque dificultosamente, en los usos colectivos, desarrollándose y creciendo sin cesar. Claro que en los diversos ordenamientos, distintas han sido las experiencias, con relación a cada una de las modalidades. Podría sostenerse que, en general, se han desarrollado diferentes métodos de negociación, incluyendo la mediación, la conciliación judicial y el arbitraje, bajo singulares formas organizativas –judicial, administrativo, institucional o "administrado"[18].

En un balance provisional de todas esas experiencias, aún en curso en la mayoría de nuestros países, quizás se exhiban todavía más dudas y claroscuros que certezas. Parece cierto, como uno de los datos más relevantes, que se trata de métodos particulares para dirimir los conflictos, superadores en general de la confrontación entre las partes y en los que se emplaza al órgano –conciliador, mediador, componedor, árbitro– en una dimensión singular, como verdadero "acompañante" de aquellas, como guía en la búsqueda de soluciones autocompuestas –conciliación, mediación–, o ya para resolver el entuerto heterónomamente pero según reglas libradas a su leal saber y entender –amigable composición. Siempre tras el logro del desenlace más justo y razonable. También está clarificado que sólo cierta categoría de conflictos son los que toleran ser canalizados por tales medios alternativos, precisamente aquellos típicos que se derivan de las relaciones de "coexistencialidad"[19] –cuestiones familiares y de menores, de vecindad, de menor cuantía, relaciones de trabajo, inquilinarias y de duración, en general. De modo similar, los conflictos derivados de las relaciones de consumo son propicios para ser encausados en instancias administrativas especializadas, sin excluir la vía judicial. Igualmente, el arbitraje institucional o "administrado" se ha abierto camino para la solución de conflictos especiales.

No se avizoran, en cambio, claras líneas de tendencia en punto a tópicos no menos sustanciales, cuales son, entre otras, las referidas a la judicialización o desjudicialización de ciertas cuestiones –por caso, las relativas a las relaciones de consumo–; o si las formas de justicia alternativa deben o no buscarse fuera de la maquinaria judicial. Sigue abierto el debate sobre el estatus de los operadores conciliadores-mediadores (adscritos al Poder Judicial, independientes, organización mixta); carácter facultativo u obligatorio del sometimiento; confidencialidad y sus alcances; selección de los casos; idoneidad y selección de los operadores; costo y financiamiento.

En definitiva, por razones bastante diversas, los medios alternativos de solución de disputas vienen ganando una plaza significativa en el espectro del sistema de justicia, cuyas misiones, configuración y fronteras aún no están definitivamente establecidas. Forman parte, o de uno u otro modo

[17] Resulta paradigmático el Pacto de Estado brasileño del 18 de diciembre de 2004, "a favor de un Poder Judicial más rápido y republicano", suscrito por los representantes de todos los poderes, y que originó la Enmienda Constitucional Nº 45, del 31 de diciembre siguiente, brindando sustento asimismo a las sucesivas reformas introducidas al Código Procesal Civil a partir de entonces.

[18] Remitimos a las muy valiosas ponencias presentadas en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en Relatorías y ponencias sobre Derecho Procesal en San José de Costa Rica. En: XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal .Volumen I. 2000. pp. 9 y siguientes.

[19] CAPPELLETTI, Mauro. "Appunti su conciliatore e conciliazione". En: Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ. 1981. pp. 49 y siguientes; CAPELLETTI, Mauro. Op. cit. pp. 165 y siguientes.

inciden e interfieren, en el modelo procesal, que no puede articularse con prescindencia de ellos.

III. HACIA LA ACTUALIZACIÓN DEL CÓDIGO MODELO

La experiencia judicial acumulada en los países iberoamericanos que han adoptado los principios en que se sustenta el Código Modelo de 1988, tanto como los desarrollos de la doctrina autoral y las grandes tendencias que se avizoran en la legislación comparada, brindan apoyo a los intentos de reevaluar aquel paradigma con la finalidad de propiciar los ajustes y acomodamientos necesarios para una esperada puesta al día, que, al mismo tiempo, preserve sus valores intrínsecos, pacíficamente compartidos. Se trata de verificar, en primer lugar, la vigencia de sus principios estructurales fundantes y, al cabo, identificar y justificar los ajustes e innovaciones que permitirían su perfeccionamiento.

A. Ratificación de sus principios estructurales

Las bases y principios fundantes del Código Modelo han de ser plenamente confirmados: (i) la estructuración del proceso por audiencias, con una audiencia preliminar y otra complementaria para la vista de la causa (artículos 300 a 303); (ii) la conformación monocrática y unipersonal del órgano de primer grado, con una instancia de revisión plena ante un tribunal colegiado (artículos 17, 304 y concordantes); (iii) los siempre acrecentados poderes judiciales para la ordenación y comando del trámite y, también, para la instrucción probatoria de la causa, con los matices propios de las diversas materias litigiosas (artículos 33 a 35); (iv) la regulación de los procesos de estructura monitoria (artículos 311 a 316).

La experiencia más reciente ha evidenciado que tales principios siguen siendo cardinales para asegurar el objetivo central del proceso civil, su coronación con una sentencia intrínsecamente justa en el marco del debido proceso, y pronunciada en tiempo razonable. Las connaturales dificultades para la implementación de la oralidad plena, que aún frenan su recepción en no pocos de los países del área, no pueden impedir la consagración de un sistema universalmente reconocido.

B. Ajustes, rediseño e incorporación de nuevas instituciones, técnicas y procedimientos

Un balance crítico de los avances y logros derivados de la adopción, en todo o en parte, del Código Modelo en nuestros países, resalta el hecho notorio de la insatisfacción generalizada por los magros resultados que exhiben la mayoría de los sistemas de justicia. En términos de los clásicos indicadores de la eficiencia –duración, costo, calidad y justicia intrínseca de las decisiones– es la percepción común que más que avances quizás haya habido retrocesos. Bien que la relativa operatividad de los modelos formales en el contexto de los sistemas, pueda salvar el reproche: aunque los esquemas procesales se hayan perfeccionado, de todos modos el resultado final concreto sigue siendo tan insatisfactorio como antes, porque la falla asienta en algunos o todos los restantes factores.

De ahí la necesidad de emprender nuevamente el camino de las transformaciones, cualquiera fuere el método que se adopte, sea por el de los íntegros y completos cambios estructurales o ya por el más paciente, y quizás más seguro, de las modificaciones parciales con un plan maestro –como las sucesivas reformas al Código Procesal Civil de Brasil, a partir de 1994.

El desafío sigue siendo el mismo: imaginar creativamente los principios, procedimientos y reglas necesarias para adecuar el proceso civil a las nuevas y renovadas exigencias de los tiempos. Estamos frente a un escenario inédito donde resalta la puja entre valores a menudo contrapuestos, como celeridad y justicia; urgencia y debido proceso; tiempo de satisfacción y tiempo que consume el proceso. La emergencia con fuerza arrasadora del reconocimiento de un nuevo catálogo constitucionalizado de derechos y garantías, con la correlativa exigencia de operatividad, en un marco de habitual renuencia legislativa y reglamentaria, abre el camino de la creación pretoriana activista aguijoneada por los propios afectados, ahora cobijados por las legitimaciones extraordinarias para el ejercicio de los derechos colectivos. Sin perder de vista, claro, la también creciente incidencia de aquel renovado *bill of rights* en el ejercicio de las acciones individuales.

Atienden, precisamente, a brindar respuestas procesales adecuadas a esas nuevas realidades ciertas novedosas o recicladas instituciones y técnicas orgánico-funcionales y procesales que, nos parece, deben ser consideradas a la hora de imaginar un nuevo texto del Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica. En una enumeración no excluyente ni taxativa, anotamos la regulación de: 1) tutelas procesales diferenciadas, 2) procedimientos de instrucción preliminar, 3) poderes ordenatorios de los jueces para la gestión de las causas, 4) medidas de urgencia, anticipatorias y satisfactivas, 5) tipo procesal sumario, 6) procesos colectivos, 7) procesos repetitivos, 8) cumplimiento y ejecución de sentencia. Pasamos a analizarlas.

1. Tutelas procesales diferenciadas[20]

Existen ciertas situaciones merecedoras de un trato procesal preferente, por excepción a la regla de la universalidad del proceso común, que pueden identificarse a partir de valores y principios exaltados en las normas fundamentales. Las Cartas modernas conceden semejante rango, es sabido, a los derechos sociales en general, de la seguridad social, de la salud, de la familia y menores, personalísimos, de consumidores y usuarios, de tutela del ambiente, de la institucionalidad republicana, entre los más prominentes. Complementariamente, las constituciones establecen el deber de aseguramiento positivo para asegurar el goce y ejercicio de tales derechos fundamentales, imponiendo a los poderes públicos, incluyendo al Poder Judicial, las acciones pertinentes.

Los autores del Código Modelo no fueron ajenos a estas preocupaciones, incorporaron como precepto de avanzada el artículo 310 que estatuye pautas especiales para ciertas pretensiones; así para las propias de la materia laboral, agrarias y demás de carácter social, las relativas a menores o incapaces. Como regla general, en tales procesos el tribunal dispondrá de todos los poderes de instrucción que la ley otorga a los tribunales del orden penal en la instrucción de las causas, sin perjuicio del principio de contradicción y del debido proceso (apartado 4). Prevé, complementariamente, que en tales procesos se podrá modificar la pretensión en una audiencia preliminar, con intervención de la contraria, cuando resulte, manifiestamente, que carencias de información o asesoramiento han determinado omisiones en relación a derechos que asisten a la parte (apartado 2).

Al presente, diversas son las técnicas orgánico-funcionales y procesales que se utilizan a esos fines. Entre las primeras, la creación de fueros especializados –laboral, seguridad social, familia, menores, excepcionalmente consumidores. Las técnicas procesales incluyen, entre otras: (i) ampliación de los poderes del juez para la dirección, ordenación e instrucción de las causas, incluyendo el dictado oficioso de medidas cautelares o de urgencia; (ii) acceso irrestricto –sin costos ni cargas económicas– a la jurisdicción; (iii) auspicio de las soluciones autocompuestas; (iv) acentuación del deber de colaboración y cargas procesales dinámicas; (v) preclusión elástica de las deducciones; (vi) flexibilización del principio de congruencia; (vii) técnicas de sumarización, en general; (viii) tutelas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en general; (ix) mandatos preventivos e imposición de acciones positivas; (x) legitimaciones extraordinarias, alcances extendidos de la cosa juzgada y régimen específico de ejecución en los procesos colectivos. En el trasfondo del reconocimiento de las tutelas procesales preferentes, queda sin embargo la preocupación por su desborde, con menoscabo del ámbito natural del proceso común que constituye la regla universal. Aquí no cabe sino la apuesta al prudente equilibrio que se espera de los jueces.

2. Instrucción preliminar (procedimientos de *pre-action*)

La regulación contenida en el Código Modelo, Libro II, Título I, Procesos preliminares, incluye la conciliación previa (artículos 263 a 267), y las diligencias preparatorias, que tienen por finalidad instrumental determinar o completar la legitimación de las partes, anticipar asegurativamente el diligenciamiento de prueba urgente, practicar intimaciones para obtener elementos necesarios para el futuro proceso, practicar medidas conservatorias cautelares o de garantía (artículos 272 a 273).

Así restringido, el esquema tradicional ha devenido en insuficiente. Parece claro que el sistema de justicia se encuentra desbordado en todas las latitudes como derivación, entre otros factores, de la presión sostenida por una demanda de justicia cada vez mayor, consecuencia de la difusión de los derechos y el más extendido acceso a la jurisdicción. Una de las respuestas ha sido la implementación de los medios alternativos de solución de los conflictos, pero su escasa operatividad en general, especialmente por la desconfianza en términos de justicia de sus resultados, ha conducido a pensar en la necesidad de articular procedimientos preliminares que, lejos de agotarse en las funciones instrumentales y asegurativas propias de las diligencias preparatorias, pudieran servir directamente a la resolución de los conflictos[21].

A esas finalidades responden los denominados

[20] PROTO PISANI, Andrea. "Lezioni di Diritto Processuale Civile". Nápoli: Jovene. 1996. pp. 5 y siguientes; MARINONI, Luiz Guillherme. "Teoria geral do proceso". São Paulo: Revista. dos Tribunais. 2006. pp. 378 y siguientes; MARINONI, Luiz Guillherme. "Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva". En: Zela Villegas, Aldo. Lima: Palestra. 2007. pp. 202 y siguientes, 295 y siguientes; THEODORO JUNIOR, H. "Tutela diferenciada". En: Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Tarzia. Volumen III. Milano: Giuffré. 2005. pp. 2528 y siguientes. Asimismo: MONROY GALVEZ, Juan y Juan MONROY PALACIOS. "Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada". En: Rev. de Processo, RePro, Rev 109. São Paulo: Editorial dos Tribunais. pp. 196 y siguientes. Nos permitimos remitir a nuestra obra donde se analizan los aspectos aquí solo enunciados: "Tutelas procesales diferenciadas". Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. 2009.

[21] El tema fue objeto de debate en el último Congreso Internacional de Derecho Procesal, con relato general de N. ANDREWS y B. GROEN, insertos en: PELLEGRINI GRINOVER, Ada y P. CALMON. "Direito Processual Comparado". En: XIII World Congress of Procedure

pre-action protocols del derecho inglés en vigencia desde 1999, al igual que los procedimientos precontenciosos de la ley alemana de promoción de la resolución extrajudicial de litigios de 2000. Especial atención merece el régimen instituido en Italia con las reformas al Código Procesal Civil de 2005-2006, para la obtención preventiva de las pruebas en una fase judicial anterior al proceso. El artículo 696 bis ha introducido la consulta técnica con función conciliatoria y desvinculada del tradicional requisito de la urgencia. Las partes, antes del comienzo de la causa, pueden solicitar que el juez designe un experto que tendrá a su cargo elaborar una relación orientada a comprobar y determinar los créditos derivados del incumplimiento contractual o por hecho ilícito, intentando al mismo tiempo la conciliación del conflicto. La comprobación instructoria de los hechos con anterioridad al proceso asume un valor significativo en sí misma, como elemento de juicio para el futuro proceso; además, puede resultar útil y a menudo decisiva, como factor facilitador de un acuerdo amistoso entre las partes. En efecto, la comprobación temprana de los hechos facilita la evaluación que los interesados pueden hacer en relación a la situación de fuerzas relativa entre los contendientes, sopesando las ventajas y desventajas de una eventual acción judicial. La consulta técnica preventiva viene a introducir elementos de juicio a menudo decisivos para la autocomposición del conflicto con justicia, en el marco judicial. Se trata de una de las técnicas que puede considerarse más apropiadas para evitar el desemboque en la jurisdicción, que debería ser apreciada a la hora de las reformas.

Igualmente, al mismo objetivo apunta el sistema inglés de *pre-action*, que instituye un mecanismo voluntario de compulsión indirecta, donde resulta facultativo para las partes acudir al procedimiento prejudicial, pero si eventualmente se inicia el proceso el juez valorará la conducta desplegada por aquellas durante la etapa prejudicial y, al resolver sobre el fondo, podrá en su caso imponer costas a modo de sanción.

En definitiva, se propicia reformular el tradicional esquema que recoge el Código Modelo en este tramo para articular mecanismos superadores útiles al objetivo de promover la más justa solución de los conflictos antes de transitar el proceso judicial.

3. Poderes de dirección y ordenación de las causas

Las nuevas tendencias en este aspecto indican un reforzamiento de las potestades judiciales en el ámbito del comando y la ordenación del trámite de las causas. Las técnicas apropiadas pueden ser diversas. Algunas están vinculadas con la flexibilización de ciertos principios procesales (como el de preclusión, que deriva en la preclusión elástica de las deducciones) o el de congruencia. Unas y otras conducen indirectamente al incremento de las potestades judiciales. El manejo de los procedimientos con la finalidad de asegurar los fines públicos del proceso y la rápida definición del litigio, se exterioriza más genéricamente a través de las técnicas de gestión, propias del denominado *case management*[22], que suponen dejar librada al juez, en buena medida, la gestión de las distintas etapas del proceso y particularmente de la producción y recepción de las pruebas. Bien que siempre bajo reglas abiertas que proporciona la propia ley.

La mejor y más adecuada administración y gestión del proceso requiere básicamente la aplicación y observancia irrestricta de los principios cardinales de inmediación, concentración, celeridad y economía, junto con ciertas concesiones razonables en favor del comando a cargo del juez para optimizar los espacios de oralidad y adecuar las formas procedimentales. Claro que sin mella del debido proceso y del contradictorio de las partes. Las técnicas del manejo de la audiencia preliminar al igual que los denominados despachos anticipatorios constituyen ejemplos habitualmente explorados por los jueces.

El Código Modelo puede enriquecerse con la incorporación de tales mecanismos y técnicas, junto con otras que se exhiben en el derecho anglosajón, como las conferencias preliminares; o las tan novedosas como los contratos de procedimiento franceses[23], que posibilitan fijar un programa de actividades acordado por el juez y las

Law. Río de Janeiro: Forense. 2007. Asimismo, en relación al derecho italiano: SALETTI, A. "El nuevo régimen de las medidas cautelares y posesorias". En: Revista Peruana de Derecho Procesal XI. Lima: Communitas. 2008. pp. 387 y siguientes; MAGGI, F. y CARLETTI, F. "I provvedimenti di istruzione preventiva". En: TARZIA, Giusseppe y A. SALETTI. "Il processo cautelare". Padova: Cedam. 2008. pp. 159 y siguientes; BIAVATI, P. "Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano". Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. 2007. pp. 529 y siguientes.

22 Se ha afirmado que las *Civil Procedure Rules* de la reforma inglesa de 1998 giran en torno del *case management,* que no sólo supone una intervención más activa del juez en un proceso particular, sino también el equilibrio de los recursos entre el tratamiento de éste y la sustentabilidad de todo el sistema judicial. Ver: ZUCKERMAN, A.A.S. "Procedural reform in England". En: TROCKER, N., VARANO, N. y G. GIAPPICHELLI. "The reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective". Torino: 2005. p. 149.

23 CADIET, L. "Las nuevas tendencias del procedimiento civil en Francia en Reforma procesal civil". Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. 2009. pp. 109-111.

partes, facilitando la gestión de la instancia a partir de la colaboración de los propios interesados.

4. Medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia

En las últimas dos décadas se ha debatido arduamente en la mayoría de nuestros países sobre la necesidad de arbitrar nuevas técnicas para la aceleración de los procedimientos y, especialmente, de la efectiva satisfacción de los derechos. Así fue cobrando cuerpo la idea, ya receptada en el Código Modelo (artículos 280 a 281), de las medidas provisionales y anticipatorias, y aun satisfactivas, de urgencia en general. Al propio tiempo fue sembrándose la desconfianza por la multiplicación de semejantes tutelas con el correlativo retroceso de la funcionalidad del proceso común de cognición plena. En esa puja, es cierto que las tradicionales medidas cautelares quedaron acotadas a su típica función instrumental y conservativa, mientras se desarrollaban bajo distintos y siempre novedosos ropajes diversas formas de tutelas anticipatorias y coyunturales, no siempre respetuosas del debido proceso y la garantía del contradictorio.

El extraordinario desarrollo de la tutela anticipada en Brasil, a partir de la reforma introducida por el artículo 273 Código Procesal Civil en 1994, acompañado por una amplísima elaboración doctrinaria[24] que ha iluminado su interpretación, por obra de una fructífera labor de los tribunales, terminó influenciando en muchos de nuestros países. Se fue receptando sea en vía legislativa[25] o aún, en mayor medida, jurisprudencial, para modelar técnicas similares encaminadas a atender con prontitud los reclamos. Toda vez que existe un temor fundado de daño irreparable o de difícil reparación, se anticipan los efectos ejecutivos e impositivos de la sentencia. En su evolución, se terminó favoreciendo todas las situaciones que puedan conducir a la estabilidad del proveimiento provisorio, acercándolo notablemente al juzgamiento de conocimiento pleno para brindar la apetecida seguridad jurídica[26].

En la valoración de la experiencia práctica de estas medidas, no han estado ausentes las dificultades, y aun quizás, los excesos en la apreciación judicial, necesariamente discrecional, de los presupuestos que las condicionan[27], más allá de los esfuerzos doctrinarios[28] para acotar la interpretación de los conceptos vagos e indeterminados utilizados por el legislador. Claro que quejas similares por semejantes desbordes también resuenan en otras latitudes[29].

En definitiva, con sus luces y sombras, las medidas anticipatorias se han consolidado como instrumentos necesarios para asegurar la tutela judicial efectiva, de modo que de cara a la actualización del Código Modelo está reabierto el debate sobre sus presupuestos y alcances, tanto como respecto de los poderes del juez. Bien que todo ello ahora debe ser articulado con las más recientes ideas que vienen madurando, principalmente con la simplificación del proceso de conocimiento común y la recreación de un juicio a cognición plena y exhaustiva, pero simplificado, que desemboca en un pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada material[30]. De esta cuestión trataremos a continuación.

5. Tipos procesales sumarios, de cognición plena y trámite simplificado

El Código Modelo instituye junto al tipo procesal ordinario, aquel otro extraordinario previsto en el artículo 309 para el trámite de las pretensiones relativas a interdictos posesorios, prestaciones alimenticias y las demás que dispongan las leyes

[24] Destacamos tan solo algunas de las obras más significantes: MARINONI, Luiz Guillherme. "Tutela cautelar e tutela antecipatoria". Sâo Paulo: R.T. 1992; MARINONI, Luiz Guillherme. "A antecipaçâo da tutela na reforma do processo civil". Sâo Paulo: Malheiros. 1996; MARINONI, Luiz Guillherme. "Novas linhas do processo civil". Sâo Paulo: Maheiros. 1996. pp. 75 y siguientes; DINAMARCO, C.R. "A reforma do Código de Processo Civil". Sâo Paulo: Malheiros. 1995. pp. 138-148, 270-272; NERY JUNIOR, N. "Atualidades sobre o processo civil". Sâo Paulo: Rev.dos Tribunais. 1995. pp. 45-59, 122-123.; ARRUDA ALVIM, Teresa. "Manual de Direito Processual Civil". Sâo Paulo: Rev. dos Tribunais. 2008. pp. 389 y siguientes; BARBOSA MOREIRA, Juan Carlos. Op. cit. pp. 77 y siguientes; BEDAQUE, J.R. "Tutela cautelar e tutela antecipada". Sâo Paulo: Malheiros. 2006; CARNEIRO, A. "Da anticipacâo da tutela". Rio de Janeiro: Forense. 2004. Una síntesis de las distintas posturas doctrinarias en torno a la interpretación del artículo 273, puede verse en: FIDÉLIS DOS SANTOS, E. e I. FIDÉLIS SILVEIRA. "Anticipacâo da tutela". En: RePro 166. 2008. pp. 300 y siguientes.

[25] Es el caso, entre otros, de los ordenamientos de algunas provincias argentinas como La Pampa (artículos 231, 305), Chaco (artículo 232) y Corrientes (artículo 232).

[26] Una evolución semejante puede advertirse en la experiencia del *référé* francés y en la reforma al Código Procesal Civil italiano que introdujera el artículo 669 *octies*, en cuanto atañe a los efectos del pronunciamiento urgente. En: BIAVATI, P. "Tendencias recientes de la justicia civil en Europa". Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. pp. 513-516.

[27] Así en la doctrina brasileña: FIDÉLIS DOS SANTOS, E y FIDÉLIS SILVEIRA, I. Op. cit. pp. 305 y 306.

[28] También en Brasil, entre otros: ARRUDA ALVIM, Teresa. Op. cit. pp. 418-420.

[29] CARPI, F. "La simplicazione dei modelli di cognizione ordinaria e l´oralitá per un processo civile efficiente, relación sintetizada al Seminario en homenaje a Ada Pellegrini Grinover". En: RePro 178. Sâo Paulo. 2009. pp. 281 y siguientes, especialmente pp. 290-294.

[30] CARPI, F. Op. cit. pp. 290-294; BIAVATI, P. "Apuntes introductivos sobre el nuevo proceso de cognición simplificada". En: RDP 2010. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. 2010; SALETTI, A. y B. SASSANI. "Commentario alla reforma del Códice di Procedura Civile". Torino: Utet. 2009. pp. 227 y siguientes.

especiales. El tribunal podrá, no obstante, disponer que se tramiten por el procedimiento análogo establecido para ciertas pretensiones cuando a su juicio, de ese modo, se contemplen mejor los intereses del caso planteado (artículo 308.2). En cuanto al procedimiento aplicable al proceso extraordinario, se establecen reglas especiales en punto a la concentración de los actos (artículos 306, apartados 1 a 4), limitación de las pruebas en la segunda instancia (apartados 5) y régimen de los recursos (artículo 307).

Así regulado, el procedimiento extraordinario quedó restringido tan sólo a ciertas y determinadas pretensiones especiales, sin mayor relevancia en el cúmulo de tráfico jurisdiccional. Por lo demás, algunas de ellas escapan a la generalidad en punto a efectos de la sentencia, como en las cuestiones sobre alimentos y aquellas relativas a menores, en que se pronuncia *"rebus sic stantibus"* (artículo 307, segundo párrafo).

De modo entonces que sería menester repensar el proceso extraordinario y ponerlo en línea con las tendencias que, en este aspecto, se exhiben en el derecho comparado, donde resalta la articulación de procesos sumarios o simplificados[31], en la búsqueda de vías de tutela rápida y eficaz que prescindan de la urgencia y de la irreparabilidad, sin pasar por los trámites de cognición ordinaria. Bien entendido, desde el principio, que la cognición del juez resulta amplia, completa y exhaustiva para rematar en una sentencia que hace cosa juzgada material; que la nota de simplificación alude exclusivamente al procedimiento.

Un buen modelo lo ofrece la reforma introducida al Código Procesal Civil italiano por la Ley 69, del 18 de junio de 2009, que introdujera los artículos 702 *bis*, 702 *ter* y 702 *quater*. Conforme a la primera de dichas normas, el ámbito de su aplicación comprende todas las causas en las cuales el tribunal juzga en composición monocrática –pretensiones de condena, constitutivas o declarativas–, siempre que por el grado de complejidad de la cuestión controvertida la causa pueda ser fácilmente decidida; esto es, cuando las defensas planteadas por las partes consienten una instrucción sumaria, abreviada pero suficiente para esclarecer los hechos en debate. El trámite se simplifica notoriamente: propuesta la petición inicial, el juez designado fija audiencia de comparecencia de las partes, asignando el término para la constitución del demandado, notificándosele. En la contestación se proponen las defensas y se indican los medios de prueba, formulándose las conclusiones (artículo 702 *bis*). A la vista de ello, el juez ha de considerar si las defensas planteadas y los documentos en que se apoyan consienten una instrucción sumaria o si, por el contrario, requieren por su complejidad una instrucción mayor, en cuyo caso dispone que el proceso prosiga según las formas de la cognición ordinaria. Admitiendo el trámite sumario, el juez procede en el modo más oportuno a los actos de instrucción relevantes al objeto del proveimiento perseguido, con la sola condición de observar las formalidades esenciales al contradictorio. Como se ha señalado agudamente[32], el deber de prognósis que la ley confía al juez implica una suerte de *case management* italiano, similar a la potestad reconocida al juez inglés para optar entre diversas formas de procedimiento (del f*ast track* al *small track*); lo que sugiere, por lo demás, la existencia de una tendencia en ese sentido.

6. Procesos colectivos

Las previsiones que anticipatoriamente se contienen en el Código Modelo regulan cuestiones centrales de los procesos colectivos. Así, la legitimación extraordinaria para promoverlos, donde se incluye, a diferencia de las regulaciones brasileñas sobre la "acción civil pública" de 1985 en que se inspiraran, a cualquier interesado, junto al Ministerio Público y a las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley, o a juicio del tribunal, garanticen una adecuada defensa del interés comprometido (artículo 53). A su vez, al tratar los efectos de la cosa juzgada, se establece que la sentencia dictada en los procesos promovidos en defensa de los intereses difusos tendrá eficacia *"erga omnes"*, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso por otro legitimado (artículo 194).

Desde entonces, es bien conocida la evolución doctrinaria, jurisprudencial y legislativa en los países iberoamericanos y las tendencias que se fueron perfilando, sintetizadas en la Exposición de motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en Caracas en 2004. Dicho documento, precisamente, justifica la necesidad de perfeccionar el modelo de 1988, y brinda un nuevo paradigma que debería ser incorporado integrando el Código Procesal Civil "Tipo", con los ajustes pertinentes.

7. Procesos repetitivos

Constituye experiencia ampliamente compartida que el cúmulo siempre creciente e inmanejable

[31] BIAVATI, P. Op. cit. p. 516; BIAVATI, P. Op. cit.; SALETTI, A. y SASSANI, B. Op.cit. pp. 245 y 246.

[32] Ibídem.

de los procesos, distorsiona gravemente las prestaciones de justicia. El fenómeno se manifiesta en todos los fueros e instancias y genera la "sobrecarga" y el agobio de los tribunales, que castiga particularmente a los más Altos Tribunales. Entre los diversos y complejos remedios que se ensayan, se desatacan la regulación de los procesos colectivos, por los alcances particulares de la cosa juzgada y el tratamiento de los procesos "repetitivos" o "seriados", promovidos individualmente aunque con un mismo objeto. Semejante fenómeno, es evidente, impone un sustancial cambio de estrategia para priorizar la finalidad principal, que es el desahogo y la descarga de todo el sistema de justicia.

En diversos países se ofrecen novedosas instituciones y técnicas que apuntan a ese objetivo. Entre otros, el sistema brasileño de las *máximas, doctrinas o "súmulas" de jurisprudencia dominante* y su virtualidad impeditiva de recursos[33]; las *tesis jurisprudenciales* mexicanas en los juicios de amparo y la tendencia a conferir efectos generales a la declaración de inconstitucionalidad en dichos procesos[34]; o la *doctrina de precedentes constitucionales* que con finalidades similares ha establecido progresivamente la Corte Constitucional de Colombia, a partir de 1995[35].

Las tendencias que se avizoran en el horizonte latinoamericano ponen de resalto la búsqueda de soluciones pragmáticas y creativas como respuesta al fenómeno común de la sobrecarga judicial y merecen especial atención desde que se han gestado en sistemas provenientes de la tradición jurídica europea apegada a la supremacía de la ley, lo que no ha impedido el paulatino reconocimiento del efecto extensivo y vinculatoriedad vertical y horizontal *erga omnes* de los pronunciamientos de los tribunales superiores en ejercicio del control de constitucionalidad. De todos modos, cualquier avance en este terreno no podrá obviar las ínsitas dificultades existentes en un ámbito en que están inevitablemente confrontadas las potestades de los poderes políticos *vis a vis* las del Poder Judicial.

8. Cumplimiento y ejecución de las sentencias

Es sin duda el cumplimiento de las decisiones y su eventual ejecución forzada el momento culminante de la actividad jurisdiccional, donde se verifica en concreto la efectiva tutela de los derechos materiales. La premura del tiempo y la necesidad de hacer cumplir coactivamente la decisión, en la que está en juego el propio prestigio de la jurisdicción, han de conjugarse armónicamente con el principio no menos trascendente de la adecuación del empeño a los fines públicos del propio proceso. Balancear en definitiva la efectividad de la necesaria agresión a los bienes del deudor vencido, con el derecho de éste a un "justo proceso" que, en este tramo, excluye cualquier abuso o exhorbitancia innecesaria.

Si estas son las pautas admitidas[36], hemos de convenir que el Código Modelo las ha seguido, al menos en sus grandes lineamientos. En el Título V (artículos 317 a 332), en sucesivos capítulos, establece disposiciones generales, incluyendo el poder del juez para adoptar aun de oficio conminaciones económicas o personales –*astreintes*– (artículo 320), previniendo la ejecución provisoria y definitiva (artículo 321). En el capítulo II trata la ejecución de sumas de dinero, en los diversos supuestos de cantidad líquida e ilíquida (artículos 322 y siguientes); y en el siguiente regula detenidamente la ejecución de obligaciones de dar (artículo 330), de hacer (artículo 331, incluyendo el otorgamiento de escritura pública) y de no hacer (artículo 332).

Diversas son las tendencias que pueden advertirse actualmente en punto al perfeccionamiento de la ejecución de sentencia. Por un lado, las recientes modificaciones al Código Procesal Civil brasileño resaltan su supresión como proceso autónomo, lo que ha permitido configurar un diverso tipo de efectividad de la sentencia, que se considera ejecutiva *lato sensu* o mandamental. La ley 8952/94 adoptó la técnica del cumplimiento de las sentenciadas condenatorias de obligaciones

[33] PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Op. cit. pp. 662 y siguientes; PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "O tratamento dos processos repetitivos en Processo Civil. Novas tendências. Homenagem no Prof. Humberto Theodoro Junior". Bello Horizonte: Del Rey. 2008. pp. 1 y siguientes.

[34] OVALLE FAVELA, J. "Tradiciones jurídicas y proceso civil". En: Adame Godar, J. "Derecho Privado". México: UNAM. 2005. pp. 454-458.; FIX-ZAMUDIO, H. "Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano". México: UNAM. 2005. pp. 274 y siguientes; FERRER MAC-GREGOR, E. "Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional". México: Porrúa. 2004, pp. 48 y siguientes.

[35] PARRA QUIJANO, J. "El rol actual de la jurisprudencia y los métodos de uniformación". En: Informe colombiano al VII Seminario Internazionale su Sistema giuridico latinoamericano e processo. Uniformazione del diritto. Roma. 2004.

[36] Las complejas cuestiones que plantea la ejecución forzada singular siempre han ocupado un lugar preferente en la agenda de los procesalistas despertando preocupaciones que se tornaron más vivaces en el último cuarto de siglo: DE MIGUEL, C. "Últimas evoluciones en materia de ejecución forzosa singular, relación general VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Würzburg, 1983". En: "Effektiver Rechtsschutz. W. I. Habscheid, Gieseking - Verlag – Bielefeld". 1983. pp. 511 y siguientes.

ex intervalo (artículo 461, Código Procesal Civil); ulteriormente la ley 10.444/02, lo extendió a las obligaciones de entregar cosa cierta (artículo 461-A, Código Procesal Civil). Por último, la ley 11.232/05, hizo lo propio respecto de la ejecución de las obligaciones de pagar cuantía (artículo 461, parte 5ª y 475-J, Código Procesal Civil)[37]. Asimismo, la ley 10.358/01 introdujo profundas modificaciones a las normas que regulan los deberes de las partes y sus procuradores, con el explícito objetivo de asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales, incorporando –aunque con ciertas particularidades– el *Contempt of Court* (artículo 14, par. único, Código Procesal Civil)[38]. Las sucesivas reformas, en definitiva, han incrementado considerablemente los poderes de coerción del juez con el objeto de obtener compulsivamente el cumplimiento de sus mandatos[39].

Por otro lado, se han identificado algunas cuestiones complejas vinculadas con la ejecución forzosa, que son objeto de debate en la doctrina actual. Una de ellas es la relativa a la *individualización de los bienes del deudor* como reforzamiento de los derechos del ejecutante, donde se confrontan sistemas diversos, como el alemán de la declaración jurada y el francés de requerimiento de información a terceros calificados, que se propugna combinar, sin perjuicio de la ampliación del conjunto de bienes pignorables[40]. En contrapartida, fue ganando terreno la *extensión del resguardo e indemnidad de los derechos del ejecutado* sobre ciertos bienes primarios esenciales, frente a los abusos que suponen una violación a la regla de la "adecuación a los fines" del proceso de ejecución[41]. En cuanto a los medios de coacción y su extensión, se destaca la creciente operatividad de las medidas coercitivas o de ejecución indirecta[42], como las *astreintes* y el *contempt of Court* del derecho anglosajón. Este último puede ser directo o indirecto, que es el más apropiado en cuanto exige un procedimiento incidental contradictorio previo a la aplicación de la sanción[43]. Se debate arduamente, también, en torno de la *desjudicialización*, total o parcial de los procedimientos de ejecución forzada, cuestión que exhibe diversas soluciones en la legislación europea; así son de destacar las novedosas reglas traídas por la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000[44], las consagradas por las reformas de 2005-2006 al Código Procesal Civil italiano[45] y la experiencia lusitana del decreto ley 38/2003[46].

En la síntesis de tales tendencias, conviene reparar que la acentuación de la ejecución directa patrimonial con el objetivo de la plena satisfacción de las obligaciones derivadas de la sentencia condenatoria, reconoce de todos modos ciertos límites y condicionamientos infranqueables, que son los derivados del principio general de *razonabilidad o proporcionalidad* y, más específicamente de la idea ética del proceso justo y la *humanización del proceso*. La protección del derecho es debida no solo al acreedor, sino también al deudor amparado por el imperativo de no abusar ni dañar

37 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Op. cit. pp. 652 y siguientes. Entre la muy nutrida doctrina brasileña destacamos: THEODORO JUNIOR, H. "As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro". En: "Aspectos polémicos da nova execução". São Paulo: Rev. dos Tribunais. 2006. pp. 284 y siguientes; DINAMARCO, C. R. "Fundamentos de Processo Civil moderno". São Paulo: Malheiros. 2000. pp. 1159-1170; ARRUDA ALVIM, Teresa. "Manual de Direito Processual Civil". São Paulo: Rev. dos Tribunais. Volumen 2. 2007. pp. 587 y siguientes; ARRUDA ALVIM, Teresa. Op. cit. pp. 639 y siguientes; MARINONI, Luiz Guillherme. "La ruptura del principio de tipicidad en los medios ejecutivos en el derecho brasilero en Libro homenaje a J. G. Sarmiento Núñez, C. J. Sarmiento Sosa". Caracas: Legis. 2005. pp. 361 y siguientes; MARINONI, Luiz Guillherme. "As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação do tutela jurisdiccional efetiva". En: Génesis, Rev. Dir. Proc. Civil. Curitiba. 2003. pp. 548-564; MARINONI, Luiz Guillherme. "Do processo civil clásico á noçao de a tutela adequada a direito material e á realidade social". En: Rev. Dir. Proc. Civil. 2003. pp. 763 y siguientes; MARINONI, Luiz Guillherme. "Teoría geral do proceso". São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2006. pp. 227 y siguientes; CORREA DE VASCONCELOS, R. "Breves apontamentos sobre a ley 11.232". En: "Processo e Constitucão. Estudios em homenajem ao Prof. J. C. Barbosa Moreira". São Paulo: Rev dos Tribunais. 2006, pp. 401 y siguientes; RODRÍGUEZ WAMBIER, L. "L´effettività del processo contro la cultura della dissobbedienza". En: Riv. Dir. Proc. 2005. pp. 89 y siguientes; RODRÍGUEZ WAMBIER, L. "O contempt of Court na recente experiência brasileira". En: Rev. de Processo. 2005. pp. 35 y siguientes; MOUTA ARAUJO, J. H. "O cumplimento da senteça e a 3a. etapa da reforma procesual". En: Génesis, Rev. Dir. Proc. Civil. Curitiba. 2005. pp. 499 y siguientes. Asimismo, los numerosos trabajos recogidos en la obra colectiva: ARRUDA ALVIM, Teresa. "Aspectos polémicos da nova execução 3". São Paulo: Rev. dos Tribunais. 2006.

38 ARRUDA ALVIM, Teresa. Op. cit. pp. 639 y siguientes.

39 BARBOSA MOREIRA, J. C. Op. cit. pp. 62 y 63.

40 TARZIA, Giuseppe. "Problemi attuali dell´esecuzione forzata en II Congreso Brasileño de Derecho Procesal". Brasilia. 1997.

41 TARZIA, Giuseppe. "Il giusto processo di esecuzione". En: Riv. Dir. Proc. 2. 2002. p. 344.

42 TARZIA, Giuseppe. "Presente e futuro delle misure coercitive civile". En: "Esecuzione forzata e procedure conconsuali". Padova: Cedam. 1994. pp. 113 y siguientes.

43 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "A marcha do proceso". Rio de Janeiro: Forense. 2000. pp. 62 y siguientes.

44 SERRA DOMÍNGUEZ, M. "La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil". Barcelona: Bosch. 2000. pp. 79 y siguientes; ORTELLS RAMOS, M. "Derecho Procesal Civil". Navarra: Aranzadi. 2002. pp. 713 y siguientes.

45 Sobre las recientes reformas al Código Procesal Civil italiano de 2005-2006 introducidas al tercer libro del proceso ejecutivo: CARPI, F. "Alcune osservazioni sulla riforma dell´ esecuzione per expropriazione forzata". En: Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ. 2006. pp. 215 y siguientes; SALETTI, A. "Le (¿ultime?) novita in tema de esecuzione forzata". En: Riv. Dir. Proc. 2006. pp. 193 y siguientes; BIAVATI, P. Op. cit. pp. 536 y siguientes.

46 FERREIRA DA SILVA, C. M. Op. cit. 2005. pp. 513 y siguientes; LEBRE DE FREITAS, J. "Açao executiva depois da reforma". Coimbra. 2004. pp. 27 y siguientes.

innecesariamente; de ahí la necesidad de un juicio de ponderación o proporcionalidad[47], a cargo del legislador y del juez. Son éstas bases sobre las que ha de afrontarse la tarea de actualización, en este capítulo del Código Modelo.

IV. EPÍLOGO

En los tiempos de asumir la ímproba tarea de poner a tono con las nuevas exigencias la monumental obra del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, deberá sopesarse sesudamente la muy rica experiencia sucedida en la aplicación práctica de sus instituciones, en los diversos países de la región, y al mismo tiempo atender a las novedosas instituciones y técnicas procesales acuñadas y que se reflejan en la legislación comparada y la doctrina autoral.

Es inesquivable responsabilidad de nosotros los estudiosos del proceso –como afirma Mauro Cappelletti– clarificar con precisos análisis las realidades tan complejas que nos toca vivir, los términos objetivos de la situación, poner en claro todos los posibles datos de comparación, preparar, en suma, las bases científicas de una reforma[48]. En tiempos como los nuestros, de aguda crisis, incertidumbres y angustias, en los cuales los valores supremos vuelven a estar en discusión, se patentiza la necesidad de llegar al fondo de las cosas, calando hondo y aguzando el ingenio y la imaginación en la búsqueda de las propuestas adecuadas para la construcción de un sistema nuevo, más realista y más humano[49].

47 TARZIA, Giuseppe. Op. cit. pp. 343 y 344.

48 CAPPELLETTI, Mauro. "Proceso, ideologías, sociedad". Buenos Aires: Ejea. 1974. p. 291.

49 Ídem. pp. IX-XII.



Gonzalez & Asociados

CONSULTORES LABORALES

EL ROL DEL JUEZ EN EL SIGLO XXI[*]

Richard A. Posner[**]

A pesar de que los artífices detrás de las normas son los legisladores, no son ellos quienes inciden de manera directa sobre el derecho material de los particulares. Tan grave responsabilidad está en manos de los jueces, quienes "aplican" el Derecho abstracto para solucionar casos concretos. Sin embargo, dicha "aplicación" del Derecho no alcanzará su objetivo si es que antes no se ha delimitado cuál es el rol que debe cumplir el juez en nuestra sociedad contemporánea. ¿Debe limitarse a leer, interpretar y aplicar la ley o debe traer a la mesa lo que cosecha de sus propias reflexiones e ideales?

En el presente artículo, el autor expone las distintas concepciones que han acompañado al rol judicial a través del tiempo y presenta una reflexión en torno a cuál será la más adecuada para los inicios de este siglo tan pragmático e informatizado. Aplicando un razonamiento inductivo tan característico del sistema anglosajón, el autor se autoanaliza como juez norteamericano para luego exponer consideraciones más abstractas acerca del rol que deben cumplir los jueces en nuestra actualidad social.

[*] El presente artículo fue publicado originalmente bajo el título "The role of the judge in the twenty-first century" en Boston University Law Review 86. 2006. La traducción fue realizada por Jorge Luis Morelli, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos al doctor Jorge Lazarte, abogado, Magíster en Derecho de los Negocios por la Universidad Francisco de Vittoria y asociado de Payet, Rey, Cauvi Abogados, por la supervisión de la traducción.

[**] Juez de la Corte de Apelación del Cuarto Circuito de los Estados Unidos de América; *Senior Lecturer* de la Universidad de Chicago. El autor agradece a Meghan Maloney por su asistencia tan colaboradora en la investigación y a Ward Farnsworth, Andrei Shleifer y a Adrian Vermeule por sus valiosos comentarios en una versión previa.

I.

"En mi propia forma jovial y desdeñosa, reconocí cuatro tipos de juicios: primero, el cogitativo, de y por la reflexión y la predicción del futuro: segundo, el aleatorio, de y por los dados; tercero, el intuitivo, de y por los sentimientos o las "corazonadas"; y cuarto, el idiota, de y por un idiota; y en esa misma forma jovial y desdeñosa, encontré los últimos tres como solamente una variante de ellos mismos, los resultados de procesos todos ellos ajenos a los buenos juicios"[1].

Hay ciertas ambigüedades interesantes en el título de este simposio y de mi charla. "El rol del juez" puede referirse al rol que los jueces cumplen en la realidad o el rol que deberían cumplir, lo cual puede ser diferente. Puede referirse al rol que los jueces norteamericanos cumplen en las cortes norteamericanas particulares o a un concepto más abstracto del rol judicial ¿Y la referencia en el título al Siglo XXI no vale nada o es que los participantes de este simposio esperan proyectar cambios en el rol judicial?

Me alegra tener aquí el suficiente espacio que dichas ambigüedades, tal vez deliberadamente, generan. Hablaré sobre los roles que las distintas escuelas de pensamiento legal le asignan a los jueces norteamericanos de apelación, así como también indicaré y describiré cuál pienso yo es la más realista y qué cambios podrían ser deseables. Concluiré con una sugerencia, que nuestros jueces deben ser menos formalistas y más pragmáticos. No trataré de predecir el futuro, excepto para demostrar tres puntos obvios. El primero es que el rápido y continuo avance en la ciencia les hará la vida más difícil a los jueces. Vivimos en una era de constante cambio tecnológico que arrojará problemas técnicos y científicos difíciles para los jueces, para los cuales muy pocos de ellos (de nosotros, debería decir) están preparados debido al excesivo énfasis retórico de la educación legal y el contexto científico débil de la mayoría de estudiantes de derecho.

El segundo punto es que si la carga procesal federal continúa creciendo –y eso es meramente posible, no inevitable[2] – las restricciones en las cortes federales de apelación como ahora están constituidas, incluyendo a la Corte Suprema, pueden volverse más agudas, inclusive insoportables. Hay enormes costos de eficiencia cuando las cortes de apelación se expanden. También hay un determinado número de circuitos en los cuales la Jurisdicción Federal de Apelación puede ser dividida, y la Corte Suprema probablemente no puede ser agrandada o dividida en absoluto. Considere el dilema del Noveno Circuito, en donde veinticuatro de sus cortes federales de apelación solamente están en California.

Cuando se alcanza el punto de quiebre, la Judicatura Federal girará a la fuerza hacia el modelo europeo de cortes especializadas, puesto que la especialización permite acomodar más o menos sin esfuerzo una cantidad indefinida de carga procesal: uno puede tener tantas cortes como ramas del derecho existen, y si cada una tiene un dominio exclusivo, entonces la multiplicación de cortes no crea superposiciones y tampoco una resultante necesidad para encontrar métodos que resuelvan conflictos de competencia. Existen costos significantes en la especialización, como he sostenido en otro momento[3], pero son tolerables si la presión generada por la carga procesal previene un sistema de cortes generales con (como consecuencia) jurisdicciones superpuestas.

Y, en tercer lugar, parece que la inteligencia artificial, avanzando por fin tras décadas de partidas en falso, empezará a alterar las prácticas judiciales. Estamos familiarizados con la forma cómo Amazon.com crea y modifica los perfiles de los lectores, y algunos estamos familiarizados con el "*data mining*", que es el mismo procedimiento empleado cuando se cuelgan las resoluciones judiciales en Internet –la computadora identifica patrones y los actualiza conforme se recibe la nueva información. Espero con entusiasmo el día en que las computadoras creen perfiles de las filosofías de los jueces, partiendo de sus opiniones y sus declaraciones públicas, para actualizarlos continuamente conforme los jueces emitan opiniones adicionales. Los perfiles permitirían a los abogados y a los jueves predecir el comportamiento judicial de forma más precisa, y ayudará a los jueces a mantener consistencia con sus decisiones previas –cuando así lo quieran.

II.

Suficiente sobre el futuro; hay suficiente que pensar respecto al presente, a pesar de sentir cierta extrañeza al hablar de Jueces de Apelación puesto que soy uno de ellos. Las biografías son más confiables que las autobiografías, y uno no consulta a los gatos sobre los principios de la anatomía felina. Al mismo tiempo, me sorprende lo poco realista que son las concepciones de la gente sobre el juez, incluyendo abogados académicos distinguidos, como Ronald Dworkin –y la Facultad de Derecho

1 HUTCHESON, Joseph C. Jr. "The Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision". The Cornell Law Quarterly 14. 1929. pp. 274, 275-276.

2 POSNER, Richard A. "The federal courts: challenge and reform". 1996. pp. 53-64.

3 Ibíd. pp. 244-270.

de Harvard entera, a excepción por supuesto de Charles Fried– quienes nunca han sido jueces[4]. Ese problema se debe, en parte, al hecho de que los jueces deliberan en secreto, aunque sería más preciso decir que el hecho de que no deliberan mucho es el verdadero secreto. La deliberación judicial está sobrevalorada. Los jueces ingleses tradicionalmente ni siquiera deliberaban, puesto que ello hubiera implicado violar el principio gobernante de la "oralidad", por medio del cual toda actuación judicial debía realizarse en público para que su comportamiento sea monitoreado[5]; por lo tanto, existen esas opiniones en serie que desconciertan al estudiante de derecho norteamericano y tal vez al inglés también. Eso fue llevar la antipatía hacia la deliberación demasiado lejos. La deliberación judicial, en el más modesto sentido de averiguar los puntos de vista de cada juez antes de que la decisión sea tomada, para así evitar la redundancia y de ser posible incorporar las sugerencias de cada juez en un sólo documento, es un avance por encima de las opiniones en serie. La deliberación judicial es sobrevalorada por aquellos (principalmente profesores) que creen que la discusión prolongada entre jueces con puntos de vista fuertemente disímiles es productiva.

Las concepciones principales del rol judicial son los puntos de un triángulo equilátero. Son el formalismo, la política y el pragmatismo. El formalismo es la concepción convencional, uno podría decir hasta la oficial. Fue expresada, asumo que irónicamente, de una manera especialmente poco convencedora por ese talentoso abogado John Roberts en su triunfal audiencia de confirmación para ser Presidente de la Corte Suprema. Él dijo que el juez, incluso si es Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, es sólo un árbitro, que decide las bolas de los *strikes*[6l]. Roberts estaba actualizando, para un siglo loco por los deportes, la visión de Alexander Hamilton acerca del juez como el que ejercita el juicio pero no la voluntad[7], y la perspectiva de Blackstone acerca de los jueces como oráculos de la ley[8].

La concepción formalista del juzgamiento que tan crudamente describe Roberts está retocada en versiones para públicos académicos. Ninguna persona seria cree que las reglas que aplican los jueces, particularmente los jueces de apelación y más particularmente los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, les han sido dadas de la misma manera como las reglas del béisbol son dadas al árbitro. Las reglas son creadas por los jueces mismos. Son creadas de materiales que incluyen lenguaje constitucional y estatutario, así como casos previos, pero estos materiales convencionales para la toma de decisión judicial rápidamente se agotan cuando surge un caso interesante; en esos casos, los materiales convencionales pueden influir, pero no determinan el resultado. Para decidirlos, los formalistas necesitan un meta-principio, como el originalismo o el textualismo, o la concepción moral de la Constitución de Dworkin[9], o el concepto de "representación-revalorizante" de Ely[10], o la "libertad activa" de Breyer[11]. Estos principios no se encuentran en los materiales ortodoxos (aunque eso es, invariablemente, lo que simulan); son impuestos. Y no hay medida para arbitrar entre ellos, sólo contestaciones eternas. Eso no excluye la posibilidad que uno de ellos es correcto, pero si no hay forma de determinar cuál es el correcto, la elección entre ellos es racionalmente indeterminada.

En el extremo opuesto del formalismo está el "actitudalismo". En su versión más cruda, esta es la idea de que los jueces y los Vocales Supremos deciden según sus preferencias políticas, por lo que si sabes si son Demócratas o Republicanos podrás predecir sus decisiones; una versión más refinada sustituye la ideología por afiliación a partidos políticos[12]. Es incuestionablemente verdad que hay jueces y Vocales Supremos liberales y conservadores, y si sabes a qué campo pertenece un determinado juez, sabrás bastante acerca de cómo él

4 Un notable ejemplo del irrealismo de la Facultad de Derecho de Harvard sobre los jueces es el famoso "Time Chart of the Justices", en: Henry M. Hart, Jr. "The Supreme Court, 1958 Term - Foreword: The Time Chart of the Justices". Harvard Law Review 73. 1959. Para críticas, ver: POSNER, Richard A. "The Supreme Court, 2004 Term - Foreword: A Political Court". Harvard Law Review 119. 2005. pp. 31 y 34.

5 MARTINEAU, Robert J. "Appellate justice in England and the United States: a comparative analysis". 1990. pp. 101-103.

6 "Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. To Be Chief Justice of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary". 109th Cong. 55 (2005) (statement of John G. Roberts, Jr.).

l Nota del traductor: En ingles, "*calling balls from strikes*".

7 HAMILTON, Alexander. "The federalist 78". J.R. Pole. 2005. p. 412.

8 BLACKSTONE, William. Commentaries 69.

9 Ver: DWORKIN, Ronald. "Freedom's law: the moral reading of the American constitution". 1996.

10 Ver: HART ELY, John. "Democracy and distrust: a theory of judicial review". 1980. pp. 87-104.

11 Ver: BREYER, Stephen. "Active liberty: interpreting our democratic constitution". 2005.

12 Ver: SEGAL, Jeffrey A. & Harold J. SPAETH. "The Supreme Court and the attitudinal model revisited". 2002. pp. 86-97. Para una revisión a fondo, y una crítica penetrante, ver: CROSS, Frank B. "Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance". North Western University Law Review 92. 1997. pp. 251 y 279-309.

o ella se incline a votar[13]. Pero no lo sabes todo; tus predicciones serán muy por debajo del cien por ciento de exactas,[14] tan sólo porque muchos de los casos no involucran grandes intereses políticos o ideológicos, inclusive a nivel de la Corte Suprema. Pero, es impactante notar que el resultado de los casos de la Corte Suprema pueda predecirse de manera más exacta utilizando un puñado de variables, ninguna de las cuales involucra doctrina o decisión legal, que utilizando un equipo de expertos en derecho constitucional[15].

La tercera concepción del rol del juez, y la que parece más descriptiva de los Juzgados de Apelación norteamericanos, es la pragmática. En esta concepción, el imperativo judicial es decidir casos, con despacho razonable, de la mejor forma que uno pueda, incluso en lo que llamo los casos interesantes –aquellos en los que el material convencional de la toma de decisión judicial simplemente no hará el truco. Para el juez, el deber de decidir el caso y hacerlo, por otra parte, con despacho razonable es lo primario. Las preferencias políticas de uno harán el truco en algunos casos, como ha demostrado la escuela actitudalista, pero no siempre, porque están destinados a ser templados por otras preocupaciones. Estas incluyen la viabilidad de una intervención judicial particular dada la limitación del conocimiento y de los poderes de las cortes, el efecto en la estabilidad de la ley y la reputación de la corte si su actitud hacia textos precedentes y estatutarios es vista como demasiado caballeresca, y el deseo del juez por consistencia ideológica (lo que es diferente a la preferencia política, aunque muchas veces los correlacionen). Lindquist y Cross ofrecen un juicioso resumen basado en un estudio empírico de adherencia al precedente:

"El precedente parece tener un efecto moderadamente constrictor a la libertad judicial. Las asociaciones de ideología y resultado en los casos previstos midieron apoyo por las hipótesis realistas, pero el estudio de casos a primera impresión refuta los más extremos reclamos de realismo. La toma de decisión judicial es influenciada por el precedente, pero también por la ideología y otros factores. El crecimiento de precedentes en un área no aparenta restringir la discreción judicial; si algo, el desarrollo de la ley puede incrementar esa discreción[16].

El pragmatismo incluye al formalismo como un caso especial, porque cuando los materiales legales convencionales apuntan fuertemente hacia un resultado particular (texto estatutario es claro, precedentes numerosos, reciente y "en el punto", etc.) usualmente habrá razones pragmáticas convincentes para elegir ese resultado. En circunstancias particulares, un formalismo minucioso puede ser la mejor estrategia pragmática[17]. Casi siempre hay una zona de razonabilidad en cada una de las formas en que puede ser defendida persuasivamente una decisión, o por lo menos plausiblemente, utilizando los recursos de la retórica judicial. Pero la zona puede ser estrecha o ancha –estrecha cuando el análisis formalista otorga una decisión satisfactoria, ancha cuando no lo hace. Dentro de la zona, una decisión no puede ser catalogada como "correcta" o "incorrecta"; la verdad simplemente no está en la figura. Entonces, el pragmatismo también comprende el actitudalismo como un caso especial, porque cuando la zona es ancha, las predicciones ideológicas frecuentemente, e inevitablemente, darán forma a la decisión.

Los abogados académicos tienen gran dificultad en aceptar la concepción pragmática del proceso judicial. El juez no escoge sus casos o la secuencia en la que le son presentados, y no disfruta del lujo de una agenda desocupada para decidirlos, y por todas estas razones él debe actuar sin prueba o certitud o garantía de la verdad. Los profesores de derecho eligen sus tópicos y no necesitan presentar un libro o un artículo para publicación hasta que están satisfechos con que es correcto. Esa es una razón por la que muchos profesores

13 Ver: CARP, Robert A. y Ronald STIDHAM. "Judicial process in America". 2001. pp. 292-296; CROSS, *supra note* 12, pp. 275-79.

14 Ver: SUNSTEIN, Cass R. y otros. "Are judges political?: An empirical analysis of the federal judiciary". 2006. pp. 47-57; CROSS, Frank B. "Decision making in the U.S. Circuit Courts of Appeals". California Law Review 91. 2003. pp. 1457 y 1479-1482; CROSS, *supra note* 12, pp. 285-311; GOLDMAN, Sheldon. "Voting Behavior on the United States Courts of Appeals Revisited". American Political Science Review 69. 1975. pp. 491 y 496-498; PINELLO, Daniel R. "Linking Party to Judicial Ideology in American Courts: A Meta-Analysis". The Justice System Journal 20. 1999. pp. 219 y 240-243; TATE, C. Neal y Roger HANDBERG. "Time Binding and Theory Building in Personal Attribute Models of Supreme Court Voting Behavior, 1916-88", American Journal of Political Science 35. 1991. pp. 460 y 473-477.

15 Ver: RUGER, Theodore W. y otros. "The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decision making". Columbia Law Review 104. 2004. p. 1150. Las variables fueron "(1) circuito de origen; (2) área de tema del caso; (3) tipo de demandante (ejemplo: los Estados Unidos, un empleador, etc.); (4) tipo de demandado; (5) dirección ideológica (liberal o conservador) del juez de primera instancia; y (6) si el demandante argumentaba que una ley o práctica es inconstitucional". p. 1163. Para una versión condensada, revisada por colegas, del estudio, ver generalmente: MARTIN, Andrew D. y otros. "Competing Approaches to Predicting Supreme Court Decision Making". Perspectives on Politics 2. 2004. p. 761.

16 LINDQUIST, Stefanie A. y Frank B. CROSS. "Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent". New York University Law Review 80. 2005. pp. 1156 y 1205-1206.

17 Ver: POSNER, Richard A. "Frontiers of legal theory". 2001. pp. 219-220.

de derecho insisten, en contra de toda evidencia, que los jueces realmente sí deciden incluso los casos difíciles basándose en los materiales legales ortodoxos. Otra razón es que esos materiales son los que los profesores conocen (usualmente mucho mejor que los jueces, porque generalmente el profesor de derecho se especializa en uno o dos campos del derecho), y hay una renuencia natural en admitir (incluso a uno mismo) que uno carece de las herramientas necesarias para comprender los objetos de estudio de uno.

Entonces, en contra de la analogía del árbitro del Presidente de la Corte Suprema, Roberts inició la historia de los tres árbitros a quienes les preguntaron acerca de la epistemología de las bolas y los *strikes*. El primer árbitro explica que los decide según lo que son, el segundo los decide según lo que ve, y el tercero contesta que no hay bolas o *strikes* hasta que él los decide. El profesor de derecho es el primer árbitro. El juez modesto y formalista, quien no se ilusiona con que su método ceda ante la verdad demostrable, es el segundo árbitro. Los casos de decisión judicial abierta es el tercer árbitro; su actividad es creación más que descubrimiento.

En la perspectiva que estoy exponiendo, cuando los jueces de apelación deciden casos abiertamente son actores políticos –legisladores operando bajo ciertas constricciones que no vinculan a los legisladores oficiales, pero que además, dependiendo del ejercicio del cargo y otros factores, disfrutan de cierta libertad de acción que los legisladores oficiales no gozan (los Jueces de la Corte Suprema, cuando deciden casos constitucionales, son como legisladores en un sistema en el cual no hay poder judicial que invalide estatutos y los legisladores, una vez electos, no puedan removerse). Una diferencia importante es que, como una práctica común, los jueces no pueden decirle al gobierno qué hacer; esa es la lección de los decretos reguladores, tales como los que requieren autobús para el colegio, ahora mayormente abandonados porque los jueces han aprendido que no tienen suficientes capacidades para ser capaces de administrar programas de gobierno de manera efectiva. Sólo pueden decirle al gobierno qué no hacer. Pero ese es un poder real, especialmente cuando el gobierno es detenido en su camino por la Corte Suprema en nombre de nuestra muy difícil-de-enmendar Constitución.

Por supuesto, la Corte Suprema no es una típica corte norteamericana. Las cortes federales de apelación y las cortes estatales tienen registros judiciales más diversos y menos políticos, y están más restringidos por la amenaza de ser contradichos (aunque no las cortes supremas estatales, cuando se deciden casos de leyes estatales). El derecho común es un caso interesante. Como es creado por un juez, debe ser incluso menos "apegado a la ley" que la adjudicación constitucional, pero no lo es. Es más estable, más objetivo, y menos parecido a la legislación que la ley constitucional. Las razones son que lidia, principalmente, con temas en los que hay un alto grado de consenso en la sociedad y en la jurisdicción, y porque hay una especie de proceso competitivo en el trabajo –los mismos problemas surgen en el derecho común de cada uno de los estados, y mientras las resoluciones divergen constantemente al inicio, el consenso emerge gradualmente mientras los jueces no comprometidos comparan las diferentes resoluciones en oferta.

El rol judicial es también diferente en una carrera judicial –el sistema en los países de Europa Continental, Japón, y en efecto la mayoría de países del mundo– en la cual un juez empieza su carrera justo después de graduarse de la escuela de derecho y progresa, como en el servicio civil normal, a puestos judiciales más y más responsables. De hecho, los jueces en esos sistemas judiciales son trabajadores civiles. Su progreso depende de cómo satisfagan las expectativas de sus superiores, y el resultado es la especie de toma de decisión disciplinada, dócil, modesta y característica de los trabajadores civiles. En nuestras jurisdicciones, y particularmente en el sistema de las cortes federales con su entrada lateral a posiciones que conlleva al ejercicio de un cargo por toda una vida, el rol ejercido por el juez está destinado a diferenciarse y ser más libre, especialmente dado el individualismo que es tan característico a los norteamericanos. Similarmente, los jueces elegidos demuestran menos independencia política que los no elegidos[18].

Al sugerir que los jueces de apelación norteamericanos son legisladores constreñidos, yo no soy de la perspectiva de H. L. A. Hart y otros jueces, respecto a que los jueces legislan sólo después de tratar y fallar de decidir el caso en referencia a los materiales legales ortodoxos de (principalmente) texto y precedente. Sin duda, muchos sí proceden de esta manera, pero muchos otros revierten la secuencia. Empiezan por hacer el juicio "legislativo" en función de la decisión que vaya a tener mejores consecuencias –sería, en otras palabras, buena política– y luego ver si dicho juicio está bloqueado por los materiales ortodoxos. En efecto, esto corresponde de una mejor manera

[18] Ver: BRACE, Paul R. & Melinda GANN HALL. "The Interplay of Preferences, Case Facts, Context, and Rules in the Politics of Judicial Choice". Journal of Political Science 59. 1997. pp. 1206 y 1221.

que la perspectiva de Hart respecto a qué piensan los jueces de su propio trabajo (aunque no pondría mucho peso en la autoconciencia judicial –para parafrasear la crítica al Rey Lear por parte de una de sus malas hijas, los jueces se conocen a sí mismos tan sólo delicadamente). Ellos no llegan a un punto en un caso difícil en el cual dicen que la ley se ha agotado y ahora haré un poco de legislación; lo que hace un juez (corto de usurpación palpable), es, por definición, la ley.

III.

Pero decir que los jueces de apelación son legisladores, en la mayoría de los casos no nos dice nada acerca de sus preferencias legislativas y de las políticas que promulgan, incluso en los más casos interesantes. La cuestión respecto a qué determina las decisiones y otros comportamientos de la gente cuyo empleo está estructurado para eliminar los incentivos usuales que guían a los trabajadores resulta desconcertante. Los jueces federales, salvo grave indisciplina, no pueden ser removidos de sus cargos, y no pueden recibir un salario de acuerdo a la cantidad de casos que vean, ni pueden ser exiliados a jurisdicciones judiciales indeseables, ni recibir pagos extra. Sus poderes *vis-à-vis*[II] uno con el otro (por ejemplo, presidir una corte, hacer informes jurídicos, o ser promovido a Presidente de la Corte Suprema) son determinados por jerarquía, y las oportunidades de ser promovido son tan limitadas que ni se piensa en ellas (incluyendo a los Vocales de la Corte Suprema, salvo en la medida que un Vocal Supremo sea candidato a Presidente de la Corte Suprema). La evaluación objetiva de los Jueces de Apelación, que a su vez traería duras críticas que puedan avergonzar a los jueces y hagan que se comporten, es terriblemente difícil[19], en parte por su habilidad de esconderse detrás de sus clérigos legales y en parte porque el criterio de un buen juez es contradicho y evaluado por las preferencias políticas del evaluador, frecuentemente contaminantes.

Aun así, no tiene sentido que el comportamiento judicial no esté determinado por incentivos. Sin incentivos hay parálisis: esa es la triste historia del (mítico) burro de Burilan, quien, equidistante a dos pilas de heno de igual tamaño y calidad se murió de hambre porque no tenía bases racionales para preferir una de la otra.

Los jueces tienen una función de utilidad, a lo que se refieren los economistas con el sistema de preferencias de una persona, así como todo el mundo[20]; es sólo que la función no tiene muchos de los "argumentos" usuales, a lo que se refieren los economistas como las preferencias, que se encuentran en la función de utilidad del trabajador típico. Claramente, una que permanece es el ocio, y en la edad del Secretario Legal las oportunidades de una carrera judicial ociosa son abundantes. Aun así, la mayoría de jueces trabajan bastante fuerte, y muchos trabajan realmente muy fuerte –demasiado fuerte, en cierto número de instancias; piénsese en Harry Blackmun "¿Para qué trabajan tan fuerte?". Para cierta celebridad, pero muchos están contentos con trabajar en la oscuridad. Creo que la mayoría de jueces (tengo en mente particularmente a los jueces federales de apelación, la porción de la Judicatura que mejor conozco) son guiados en su rendimiento judicial primordialmente por dos objetivos más interesantes que un deseo por el ocio o una sed por ser célebre. Uno es el deseo de cambiar el mundo para mejor (que para el cínico es simplemente el deseo para ejercer el poder –y la habilidad de ejercitar inclusive un poder modesto es en efecto uno de los beneficios de ser juez). El otro es jugar el juego judicial.

Déjenme abordar el segundo punto primero. La mayoría de quienes se vuelven jueces federales lo hacen porque creen que disfrutarán ser juez, incluso en casos donde es certero que su decisión no tendrá ningún impacto social. Para disfrutar ser juez en esos casos tienes que disfrutar un proceso, un protocolo, que incluye (para un juez de apelación) leer informes y escuchar informes orales (muchos de nosotros disfrutamos el ir y venir con los abogados), negociar con otros jueces, formular reglas y estándares, reconocer las limitaciones políticas e institucionales y las oportunidades de adjudicación, disfrutar la comedia humana revelada en casos, y escribir (ahora comúnmente es supervisar la redacción de) opiniones judiciales, de conformidad con ciertos principios retóricos que involucran, en primer lugar, el manejo de materiales legales ortodoxos y el discreto teje de ellas en consideraciones políticas.

Un elemento extremadamente importante del protocolo judicial, incluso que lo define, es lo que Aristóteles llamaba la justicia correctiva. Eso significa juzgar el caso y no a las partes[21], una aspiración cuya expresión simbólica en estatuas de la justicia como una diosa con los ojos vendados y en la juramentación judicial que requiere que los jueces tomen decisiones sin respecto a las

II Nota del traductor: Frente a frente.

19 Ver: "Symposium, Empirical Measures of Judicial Performance". Florida State University Law Review 32. 2005. p. 1001.

20 POSNER, Richard A. "Overcoming Law". 1995. pp. 109-144; FOXALL, Gordon R. "What Judges Maximize: Toward an Economic Psychology of the Judicial Utility Function". Liverpool Law Review 25. 2004. pp. 177 y 182-85.

personas. Es también el sentido esencial del "principio de derecho". Significa abstraerse de las características particulares de los litigantes –su atractivo personal, su lugar en la comunidad, su patrimonio o pobreza, sus afiliaciones políticas, su raza, sexo, etnicidad y así en adelante –y viéndolas más bien como representativas de posiciones o intereses abstractos: la víctima negligente, el conductor temerario, el copiador de trabajo registrado, así en adelante. En la analogía de Roberts, el juez, como el árbitro, no tiene preferencias entre los competidores, esto es, entre los litigantes individuales. Esa parte de la analogía es sonada; donde falla es que niega implícitamente que los jueces tienen y pueden (frecuentemente deberían) implementar preferencias entre reglas, o entre litigantes vistos como partes representativas (el fiscal, no el Sr. *X*; el criminal acusado, no el Sr.*Y*), como los árbitros no pueden (aunque realmente sí pueden, y lo hacen, un poco).

Si no te gusta el protocolo que he descrito, o si el Senado cree que no te gusta, es improbable llegar a ser juez federal. Otra función importante del proceso de confirmación en el ambiente hoy altamente politizado[22] es cortar los extremos ideológicos. El efecto es limitar el alcance político de la Judicatura. Imaginen lo diferente que sería la composición y el resultado del Congreso si tan sólo personas de una corriente política certificada fueran permitidas a postular al Congreso.

Esta es, por cierto, un ejemplo interesante de cómo las cortes están constreñidas por medios y no por "la ley": mientras más temerarias las cortes, más estrecho será el rango del cual el Congreso confirmará una nominación judicial. Ese ejemplo, nos permite de vuelta dar un vistazo a la teoría del juzgamiento *estratégico*, una teoría explorada por economistas y científicos políticos atraídos por teorías de juego (*no* la teoría de las reglas del juego judicial que he estado discutiendo). Ellas modelan el proceso judicial en una contienda con la legislatura y el Ejecutivo, con colegas judiciales, y con otras cortes[23]. Por ejemplo, se espera que los jueces sean más audaces cuando la legislatura está en las manos de sus aliados ideológicos porque entonces sus incentivos son menos probables a ser nulificados por la aprobación de nuevas leyes o enmiendas. No considero que este elemento de la función judicial de utilidad sea igual de importante que los argumentos estratégicos de la escuela; la mayoría de los jueces no saben o no piensan mucho en las reacciones legislativas a sus decisiones[24]. Pero es *un* elemento y uno que es consistente con el factor poder en el juzgamiento –lo cierto es que los jueces sí quieren cambiar el mundo para mejor, según lo que ellos entiendan por mejor, dentro de la discrecionalidad que el relajado e indisciplinado sistema judicial norteamericano les da.

Lo que estoy llamando protocolo puede igualmente ser llamado un juego. Uno no juega ajedrez sino estás preparado para jugar según las reglas. Las reglas de las que hablo en relación al proceso judicial no son reglas legales; no estoy haciéndole eco a John Roberts. Son las reglas de articulación y comportamiento.

IV.

Pero todavía tengo que confrontar la cuestión realmente difícil. Porque incluso el cumplimiento a todo corazón de las reglas de juego deja a los jueces de apelación con una discreción alta en muchos casos[25]. La cuestión es qué determina el juicio discrecional del juez. El hecho de que va a tener que hacer una determinación legislativa, aunque conciente de que su alcance legislativo es distinto al de los legisladores oficiales (más estrechas en ciertos aspectos pero más amplias en otros), no le dice a él o a nosotros ante qué determinación estamos entre las posibles decisiones que tomará. Dentro de la zona discrecional, por otra parte, los objetivos gemelos del juez para mejorar el mundo y jugar el juego judicial se unen. Pero no es una unión feliz; en vez, es un matrimonio por conveniencia, porque la regla que permite (o tal

21 POSNER, Richard A. "Law, pragmatism, and democracy". 2003. pp. 284-86. Esfuerzos para darle un sentido sustantivo a la justicia correctiva son recientes y desde mi punto de vista no son exitosas, y en ningún caso irrelevantes a esta discusión.

22 Está altamente politizado, en el escenario de las sentencias de segunda instancia, por la insistencia de la Corte Suprema en envolverse en controversias altamente emocionales, y al hacerlo de la manera más provocativa posible a través de retórica agresiva, disentimientos violentos, y, luego, citaciones promiscuas a decisiones extranjeras.

23 Ver: EPSTEIN, Lee y Jack KNIGHT. "The choices justices make". 1998. pp. 10-18; RODRÍGUEZ, Daniel B. y Mathew D. McCUBBINS. "The Judiciary and the Role of Law: A Positive Political Theory Perspective". En: "Handbook on political economy" (WEINGAST, Barry y Donald WITTMAN. A publicarse en 2006, disponible en: http://ssrn.com/ abstract=875025); CROSS, Op cit. pp. 320-321; DAUGHETY, Andrew F. y Jennifer F. REINGANUM. "Speaking Up: A Model of Judicial Dissent and Discretionary Review". The Supreme Court Economic Review 14. 2006. pp. 1 y 2-7; ESKRIDGE, William N. Jr. "Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions". Yale Law Journal 101 1991. pp. 331 y 372-389; FRIEDMAN, Barry. "The Politics of Judicial Review". Texas Law Review 84. 2005. pp. 257 y 280-329; McNOLLGAST. "Politics and the Courts: A Positive Theory of Judicial Doctrine and the Rule of Law". Southern California Law Review 68. 1995. pp. 1631-1633.

24 En el caso de los juicios con jurado, la discreción más relevante es la de los hechos, dada las limitaciones de la revisión de descubrimientos de hecho en la apelación. No discuto la discreción respecto a los hechos aquí.

25 Para evidencia empírica contra otra predicción de la escuela estratégica, ver: CROSS, Frank. "Appellate Court Adherence to Precedent". Journal of Empirical Legal Studies 2. 2005. pp. 369 y 398-404.

vez ordena) que el juez legisle en el área abierta provoca una unión inquieta con las otras reglas del juego, que buscan distinguir el rol judicial del legislativo sobre la base del distinguido protocolo judicial esbozado arriba.

La confirmación del Senado reduce el rango de decisiones discrecionales que son probables de tomarse, pero tal vez no muy bien, porque una corte invariablemente está compuesta por jueces asignados en tiempos diferentes y por lo tanto frecuentemente en circunstancias políticas distintas. La corriente principal cambia en el tiempo, y esto tiende a expandir la distancia ideológica entre los jueces más extremos de una corte. Cada juez puede bien haber estado en la corriente principal cuando fue asignado, aunque tal vez no esté en la corriente principal actual.

En el área abierta, los votos de un juez son determinados, yo creo, por dos tipos de preferencias. Una es sistémica, y la otra individual. El juez tiene un acercamiento judicial total, o de manera más grandiosa una filosofía judicial (originalismo, activismo liberal, derechos de los estados, ley natural, etc.), pero también reacciona a las circunstancias particulares de cada caso. Los jueces que no quieran ser llamados desobedientes u "orientados al resultado" se enorgullecen (ninguno más que el Vocal Supremo Scalia) de ser guiados por un acercamiento que reemplaza sus reacciones a las "igualdades" de un caso individual. Los acercamientos, sin embargo, son tan maleables que es difícil saber si son mucho más que racionalizaciones de decisiones tomadas en otros campos sin reconocer. Uno puede identificar casos en los que el Vocal Supremo Scalia votó por un resultado por el que no habría votado como un legislador. En general, sin embargo, sus votos son cercanamente conformes a sus preferencias políticas, y esto me parece incluso más verdad para varios de los otros Vocales Supremos.

Entonces hemos reducido nuestra investigación a los casos en que el voto de los jueces es determinado no por su filosofía judicial, y no por los materiales ortodoxos para tomar la decisión, sino por – ¿qué? "Tendencias políticas" no es del todo correcto, porque implica partidismo, contrario al principio de justicia correctiva. En adición, la mayoría de nuestros jueces no se identifican con un partido político, excepto tal vez en algunos casos de redistribución y en el caso de Bush v. Gore[26]. "Ideología" es mejor. Ideología es un cuerpo de más o menos cimientos coherentes de creencias acerca de cuestiones sociales, económicas y políticas, o más precisamente tal vez, una visión del mundo que da forma a nuestras respuestas a esas cuestiones. Nuestros partidos políticos principales son coaliciones y por lo tanto carecen de ideologías coherentes. Un juez puede inclinarse más hacia el conjunto de políticas asociadas con el Partido Demócrata o más hacia el conjunto asociado con el Partido Republicano, pero ningún partido es ideológicamente consistente; es por eso que la afiliación a partidos políticos tiene sólo un valor limitado en la predicción de decisiones judiciales incluso en el área abierta.

La ideología hace un mejor papel en la predicción, como uno esperaría, que la afiliación a partidos políticos. Esto es demostrado en un estudio por Ward Farnsworth.[27] De una muestra conformada por jueces de cortes federales de apelación, descubrió una alta correlación positiva entre qué tan seguido un juez vota de manera no-unánime (por lo tanto "cierra") en casos de crímenes constitucionales y en casos violación a la ley penal, pero una baja correlación entre los votos de jueces distintos. Algunos jueces tienen una inclinación pro-gobierno, otros una inclinación pro-acusado, y esto conduce sus votos en casos discutidos, ya sea que el caso surja bajo la Constitución o bajo una ley, aunque desde un punto formal y legal, el texto de la ley aplicada debería conducirnos al resultado y hay diferencias textuales inmensas entre la Constitución y las leyes.

Dada la importancia de la ideología en las decisiones de los jueces de apelación inclusive debajo del nivel de la Corte Suprema[28], debo considerar las fuentes de las ideologías de los jueces, una cuestión fascinante y muy poco estudiada. Las fuentes principales, yo considero, son los valores morales y religiosos. Estos, a su vez, son producto de una educación progresiva, sobresalientes experiencias de vida y características personales (que pueden determinar esas experiencias) tales como raza, sexo y etnicidad; y también de temperamento, lo que da forma no sólo a los valores sino también las disposiciones, tales como la timidez o la audacia, que influencia la respuesta de los jueces a los casos. En el fondo, entonces, las fuentes de la ideología son tanto cognitivas como psicológicas, pero yo creo que dominan las psicológicas, porque la psicología ejerce una gran influencia en la auto-interpretación de la experiencia[29], incluyendo los pesos asignados a las posibles consecuencias de decidir un caso de una manera u otra.

[26] 531 U.S. 98 (2000).

[27] FARNSWORTH, Ward. "The Role of Law in Close Cases: Some Evidence from the Federal Courts of Appeals". Boston University Law Review 86. 2006. p. 1083.

[28] Un estudio anterior por Farnsworth alcanzó resultados virtualmente idénticos para votos de los Jueces de la Corte Suprema. FARNSWORTH, Ward, "Signatures of Ideology: The Case of the Supreme Court's Criminal Docket". Michigan Law Review 104. 2005. pp. 67 y 69-73.

La naturaleza de la búsqueda en la que me embarco fue explicada muchos años atrás por Jan Deutsch:

"La Corte, a diferencia del Congreso, no es un sistema social; la tarea de un Vocal Supremo es mucho más un proyecto individual que grupal; y la influencia de otros Vocales Supremos y de la institución en un nuevo miembro de la Corte es correspondientemente limitada, a un extremo más alto que lo que es verdad para un Congresista, por lo tanto, la búsqueda por factores que efectivamente impongan restricciones a la discreción del Vocal Supremo individual debe llevarse más allá del reino de su experiencia laboral hacia aquel de su aprendizaje, tanto formal como informal. Tal investigación, una rama del estudio de la "socialización" política, podría rentablemente iniciarse con una examinación del impacto del entrenamiento profesional de ciertos Vocales Supremos. Por ejemplo, ¿hasta qué punto puede la perspectiva de un Vocal Supremo particular, respecto al rango de discreción que puede ejercitar legítimamente, puede adscribirse a un entrenamiento profesional que fue ante todo "políticamente orientado"?

(…)

Mientras que las decisiones de la Corte pierden cada vez más la apariencia de "lógica" que históricamente ha constituido la base para la aceptación pública, los estudios de las diferencias institucionales entre el Congreso y las Cortes, y del extremo en el cual los Vocales Supremos han internalizado las restricciones en su poder implícitas en esas diferencias institucionales, podría, por lo tanto, servir gradualmente para reemplazar apariencias con realidad, podría con el tiempo, hacer posible el descarte de dichos símbolos en términos en los cuales la autoridad de la Corte ha sido históricamente aceptaba por el público"[30].

Uno podría buscar una guía a los albores de la acción judicial en libros influyentes de hace más de medio siglo por Theodor Adorno (y sus colegas)[31], y por Gordon Allport[32], los cuales distinguían entre personalidades autoritarias y no autoritarias, generando una enorme literatura en la psicología social[33]. Adorno y Allport eran curiosos respecto a si el prejuicio tiene causas psicológicas subyacentes. Pensaron que sí –que era producto de un desajuste. Incluso antes, el "realista legal" Jerome Frank había atribuido el formalismo legal a desarrollos psicológicos arrestados[34]. La conclusión de estas incursiones en las raíces psicológicas de la ideología fue, dificultosamente, esa manera de pensar rígida, dicotómica y convencional asociada con actitudes deferenciadas y jerárquicas hacia autoridades políticas y de otra índole estaba enraizada en problemas infantiles con los padres de uno. Y esta personalidad autoritaria formada en la niñez predispuso a la persona sea a prejuicios irracionales (Adorno y Allport) o a una falta de voluntad de interpretar la ley flexiblemente para que guarde paso con las condiciones y entendimientos sociales cambiantes (Frank).

Luego de décadas de mayor investigación, el vínculo entre la personalidad autoritaria y el desajuste ha sido largamente cortado[35]. La gente sí varía en su actitud hacia la autoridad, pero la variación no es correlato de diferencias en la salud mental o en las relaciones del infante con sus padres. Las diferentes actitudes reflejan diferentes creencias, y diferentes creencias reflejan aprendizajes distintos (como conjeturó Deutsch) –de los padres, los profesores, los compañeros, de experiencias personales, y así en adelante[36].

Este acercamiento desde el "aprendizaje social" no es del todo convincente. La razón es que la gente que ha sido expuesta a información y argumentos similares frecuentemente reacciona de manera distinta. La personalidad, más que simplemente diversas creencias aprendidas, influencia el lugar dónde encontrar un juez, de acuerdo al espectro ideológico liberal-conservador. Lo que podríamos llamar, en búsqueda de un mejor término y sin intenciones peyorativas o atribuciones a una deformidad psicológica, la personalidad autoritaria es repelida por el desorden, la jerarquía de precios y por lo tanto teme la pérdida de

29 Para una discusión iluminante, ver: DOUGLAS, Mary y Aaron WILDAVSKY. "Risk and culture: An essay on the selection of technical and environmental dangers". 1982.

30 DEUTSCH, Jan G., "Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some Intersections Between Law and Political Science". Stanford Law Review 20. 1968. pp. 169 y 260-261. Hubiera puesto mayor peso en "escuela informal", temperamento y experiencia, que pondría en escuela forma o entrenamiento profesional, si por el posterior Deutsch significa escuela de Derecho.

31 ADORNO, T.W. y otros. "The authoritarian personality". 1950.

32 ALLPORT, Gordon W. "The nature of prejudice". 1954.

33 Ver: DOVIDIO, John F. y otros. "On the nature of prejudice: Fifty years after Allport". 2005.. STONE, William F. y otros. "Strength and weakness: The authoritarian personality today". 1993.

34 FRANK, Jerome. "Law and the modern mind". 1930. pp. 18-20.

35 DUCKITT, John. "Personality and Prejudice". En: "On the nature of prejudice: Fifty years after Allport". Op Cit. pp. 395 y 401-402; ALTEMEYER, Bob. "Right-wing authoritarianism". 1981. pp. 112-115.

36 ALTEMEYER, Bob. "The authoritarian specter". 1996. pp. 76-92 y 146-166.

control, no le gusta la ambigüedad y las relaciones ambiguas (tales como la salida del núcleo familiar convencional), tiende a la religiosidad (debido a su preocupación por mantener el orden moral), cree en la disciplina, el castigo, y el uso de la fuerza, y es entusiasta en detectar síntomas de una tendencia social hacia la anarquía. Si estuviese en un estado impresionable en su desarrollo durante los desórdenes de la era de Vietnam, las proclividades autoritarias probablemente lo habrían llevado al campo Republicano, aunque esto no lo comprometería a todos los tablones de la plataforma Republicana. Si por el contrario es un rebelde natural –un contestatario que odia la autoridad así sea intelectual o política y por lo tanto es escéptico en el lenguaje ordinario tan distintivo desde el sentido filosófico del mundo y se rebela en contingencia y ambigüedad –es más probable que sea un juez liberal.

Estoy describiendo extremos exagerados al punto de lo caricaturesco, así como también ignorando otros ejes ideológicos en los cuales los jueces pueden incurrir –los marqueteros libres y libertinos son menos probables de ser autoritarios, y los colectivistas económicos y la política de lo "políticamente correcto" son probables de realizarse. Pero probablemente la mayoría de jueces de hoy pueden ubicarse en algún lugar del espectro que corre de autoritario/conservador a no-autoritario/liberal (aunque extrañamente en los extremos) y es probable que la ubicación del juez sea predecible por sus votos en casos indeterminados –y mientras más indeterminado, mayor valor de predicción tendrá la ubicación del juez en el espectro.

Sin embargo, no debo exagerar ese valor de predicción. Incluso a nivel de la Corte Suprema no todos los casos se encuentran en el área en el que los materiales convencionales y normas de adjudicación se acaban. En otros casos –una fracción de casos que se incrementan si uno baja en la jerarquía judicial– las "reglas" del juego judicial (otra que no sea la regla que permite al juez ejercer discreción en el área abierta) ejercen cada vez más fuerza. Pero esto trae otro factor en juego: el peso relativo que los jueces particulares le dan a la motivación de poder relativa a la motivación de juego en la función judicial de utilidad. Un juez puede tener fuertes convicciones ideológicas pero le da gran peso a las reglas de juego que distingue el rol judicial del legislativo, o convicciones ideológicas débiles pero un grado de desdén hacia esas reglas.

Esta posibilidad crea un potencial dilema para el autoritario/conservador. Al extremo que su temperamento y (cercanamente vinculado a o determinado por) su ideología lo predispone a valorar el orden, el cumplimiento de las reglas del juego judicial puede empujar en contra de mover la ley en la dirección de su ideología. El juez que quiere que la gente acepte la autoridad puede sentirse atraída a aceptar la autoridad del texto y del precedente incluso cuando bloquean de otra manera resultados ideológicamente alusivos. Robert Bork, Antonin Scalia, y otros miembros de mente parecida de la Sociedad Federal han encontrado la solución: la elevación del texto constitucional al principio supremo de orden, siendo correspondiente con la Biblia o el Corán, con todos estos textos sagrados compartiendo la propiedad afortunada a la profunda ambigüedad de sus ambiciones ideológicas. Esta ambigüedad se debe en parte por su antigüedad, lo que hace que no encajen bien las condiciones modernas, requiriendo una "interpretación" agresiva representada como desobediencia.

Su doctrina ("originalismo") es la instancia extrema de una tendencia más general para llegar atrás. El Vocal Supremo que esté fuera de tiempo con los precedentes actuales puede ir detrás de ellos, a un anterior cuerpo de casos de leyes (o texto constitucional) que podrá describir como el cimiento, el auténtico texto Ur que guiarán las decisiones.

Este es un ejemplo de mala fe en el sentido de Sartre, y es empatado en el extremo liberal del espectro ideológico por insistencia, muy recientemente en el libro del Vocal Supremo Breyer, que los jueces liberales son también intérpretes, no creadores[37]. La articulación de filosofías judiciales por jueces es, tal vez indefectiblemente, en su raíz, hipócrita. Aparte de las atracciones políticas obvias de una retórica de certificación judicial, estamos psicológicamente predispuestos, como ha sido argumentado en un interesante artículo por el profesor de derecho Dan Simon, a una confianza exagerada en la solvencia y la coherencia de nuestras creencias incluso cuando no podemos defenderlas[38]. Un factor incluso más importante que obra es simplemente que los compromisos emocionales son iguales o más vinculantes que los intelectuales. Pregúntate a ti mismo cuál sería tu reacción a la famosa línea en la que Rudyard Kipling expresaba su desprecio hacia la gente que desprecia a los soldados y a la policía al decir que se burlan de sus propios uniformes[39]. Es probable

[37] BREYER y otros. Op cit. 115-20. Para críticas, ver: POSNER, Richard A.. "Justice Breyer Throws Down the Gauntlet". Yale Law Journal 115. 2006. p. 1699.

[38] Ver: SIMON, Dan. "A Psychological Model of Judicial Decision Making". Rutgers Law Journal 30. 1998.

[39] KIPLING, Rudyard. "Tommy". En: *"Barrack-room ballads and other verses"*. Methuen & Co. 1946. En ingles: *by saying that they make "mock o' uniforms that guard you while you sleep".*

que tengas una reacción fuerte, sea de acuerdo o en desacuerdo con Kipling, sin poder establecer la solvencia de tu punto de vista. Si eres altamente sofisticado intelectualmente, podrías reconocer que tu convicción, por más fuerte, no puede ser demostrada como "correcta", pero (a lo sumo) razonable; y sin embargo ese reconocimiento no debilitará el manejo de tu convicción sobre ti mismo ni ocasionará que rechaces como un campo de decisión. Un juez suprimirá algunas de sus reacciones emocionales porque no son jugadas permitidas en el "juego" judicial, tales como un gusto personal por un litigante o su abogado. Pero el carácter, en un primer momento cautivante e inarticulable, de una reacción emocional no hace que la emoción sea siempre un campo ilegítimo o malo para la toma de decisión judicial. Recuerden que el juez tiene que decidir el caso, incluso si no puede llegar a una decisión por silogismos u otros medios algorítmicos no porque sea intelectualmente incompetente sino porque está lidiando con incertidumbre irreducible. La emoción es un tipo de pensamiento, aunque comprimido e inarticulado, porque es activado por la información[40] (un niño corre contra la parte delante de tu auto y viras sin pensamiento conciente). No es mejor ser despreciado en el ámbito de la decisión que en la intuición, que asemejan, siendo ambas formas preservables de cognición.

Muchas de nuestras decisiones son intuitivas, y algunas personas están debidamente acreditadas con "buena" intuición –lo que es un reconocimiento de su naturaleza y valor cognitivo. Conforme los jueces se vuelven más experimentados en su trabajo, tienen mayor confianza en su reacción intuitiva ante un caso, y no creo que esta confianza, aunque muchas veces mal colocada, sea delirante. La intuición, explotando el hecho de que la mente inconciente tiene mayor capacidad que la mente conciente[41], frecuentemente encapsula experiencia altamente relevante. Por lo tanto, produce conocimiento tácito[42] que puede ser una alternativa más exacta y rápida en circunstancias particulares a razonamiento analítico[43], incluso si, siendo tácito, no es articulado. Una persona que sabe cómo manejar una bicicleta no puede transmitir su *know-how* en palabras a otra persona de manera tal que una persona que sabe cómo hornear un pastel pueda transmitir su *know-how* al darle a la otra persona una receta detallada. Especialmente cuando tienes que tomar una decisión que depende de varios factores, como en el *common law*, podrás tomar una mejor decisión dependiendo de tu intuición más que de intentar evaluar cada factor de manera separada y combinar las evaluaciones para formar un asesoramiento ulterior[44].

Nótese cómo este acercamiento invierte la evaluación normativa del inconsciente ofrecida por Adorno, Allport y Frank. Los tres pensaron que el inconsciente ejerce una influencia maligna en los puntos de vista de las personas si no son tratadas en terapia psiquiátrica. Pero no debemos ir al extremo opuesto y suponer la intuición como una guía segura para una toma de decisión solvente. Una decisión intuitiva puede ignorar factores críticos que permanece fuera del rango de la experiencia de las personas, que informa a la intuición. Kahan y Braman señalan que "los compromisos culturales son *previos* a las creencias factuales en temas políticos altamente debatibles (…) Basándose en una variedad de mecanismos psicológicos solapados, los individuos aceptan o rechazan reclamos empíricos acerca de las consecuencias de políticas controversiales basadas en su visión de una buena sociedad"[45]. En el caso de gente educada tales como los jueces, estos mecanismos operan más poderosamente y es más difícil verificar (o falsificar) reclamos empíricos con información objetiva. Y frecuentemente en la práctica del derecho es muy difícil, así como en el caso de reclamos que conciernen el efecto disuasorio del castigo capital o el riesgo a la seguridad nacional de permitir a terroristas sospechosos obtener un habeas corpus. Los

40 Ver POSNER, Richard A. "Frontiers of legal theory". Op. cit. pp. 225-251.

41 DIJKSTERHUIS, Ap y otros. "On Making the Right Choice: The Deliberation-Without-Attention Effect", 311 SCI. 2006. pp. 1005 y 1005-1006.

42 Ver: POLANYI, Michael. "The Logic of Tacit Interference". En: "Knowing and being". Ed. Marjorie Grene. 1969. pp. 138 y 140-146; LANGLOIS, Richard N. y Müfit M. SABOOGLU. "Knowledge and Meliorism in the Evolutionary Theory of F. A. Hayek". En: "Evolutionary economics: program and scope". Ed. Kurt Dopfer. 2001. pp. 231 y 232-241.

43 Ver: DE GROOT, Adriaan D. y Fernand GOBET. "Perception and memory in chess: Studies in the heuristics of the professional eye". 1996; POLANYI, Ibíd. pp. 144-145; REBER, Arthur S. "Implicit learning and tacit knowledge: An essay on the cognitive unconscious". 1993. pp. 45-50; EREV, Ido y otros. "The Negative Effect of Probability Assessments on Decision Quality". Organizational Behavior & Human Decision Processes 55. 1993. pp. 78 y 90-91; SAHDRA, Baljinder y Paul THAGARD. "Procedural Knowledge in Molecular Biology". Phil. Psychol. 16. 2003. pp. 477 y 491-493.

44 PAWEL LEWICKI y otros. "Unconscious Acquisition of Complex Procedural Knowledge". Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory & Cognition 13. 1987; WILSON, Timothy D. y Jonathan W. SCHOOLER. "Thinking Too Much: Introspection Can Reduce the Quality of Preferences and Decisions". Journal of Personality & Social Psychology 60. 1991. pp. 181 y 191.

45 KAHAN, Dan M. y Donald BRAMAN. "Cultural Cognition and Public Policy". Yale Law & Policty Review 24. 2006. pp. 149-150; ver también: DOUGLAS y WILDAVSKY, Op cit. pp. 67-82.

jueces forzosamente caen en sus emociones o sus intuiciones. Practican, en términos de Kahan y Braman, "cognición cultural"[46].

Los métodos algorítmicos de toma de decisión, al forzar al juzgador a que traiga el mayor rango de factores relevantes a nivel de conciencia y los integre racionalmente pueden, al extender la capacidad analítica de la mente conciente, superar las limitaciones de la conciencia que hacen a la intuición frecuentemente un sustituto superior. Tal vez lo que necesiten los jueces para que tomen buenas decisiones, y específicamente para que escapen de ser cegados por consideraciones que la intuición ha fallado en comprender, es la intuición disciplinada por algoritmos, y no por "razonamiento legal". Pero tal vez los jueces ya han diseñado una estrategia para no quedar ciegos, si no formales algoritmos, por lo menos sí sustitutos crudos en la forma del proceso adversario y del derecho al disentimiento. El abogado en cada lado de una apelación tiene un fuerte incentivo para atraer la atención del juez a cualquier consideración que favorezca su lado, y de igual manera un juez que disiente. El peligro de andar ciegos es, por lo tanto, un argumento posterior para un Sistema Judicial diverso. Mientras más ancho el rango de experiencias que uno encuentra en un panel de apelación, es menos probable que el panel pase por alto consideraciones relevantes.

El rol de la emoción y la intuición como cimientos importantes pero inarticulables de una decisión judicial es conciliado por la convención que requiere que un juez explique su decisión en una opinión. Todas las razones obvias para que el juez no ofrezca una explicación en términos de una emoción o de una corazonada para una parte, una decisión judicial en tales términos no ofrecería una guía de ayuda para las partes y los abogados. Al explicar –tal vez no la manera en que el juez realmente llegó a su decisión pero una manera en la cual la decisión pueda presentarse como el producto de un proceso analítico, incluso si el resultado opuesto pueda ser igualmente respetable analíticamente –se facilita la decisión de casos futuros. La primera decisión en una línea de casos puede ser el producto de una emoción o corazonada inarticulable, pero una vez que se le da forma articulada y por lo tanto impartiendo estabilidad a la ley, o una sentencia de muerte si los jueces subsecuentes ignoran circunstancias cambiadas que hacen que la decisión no sea una guía solvente.

V.

El área en la cual el juez ejercita discreción variaría de acuerdo al juez. La "zona de razonabilidad" de un juez (el área en la cual se siente libre para decidir un caso de cualquier forma) es probable que se ensanche con su experiencia judicial, mientras más y más conocimiento toma cuerpo en intuición, hasta tener una relación en forma de U con sus habilidades intelectuales. Tanto el más apto como el menos apto de los jueces de apelación son proclives a estirar la zona –el más apto por su facilidad en la manipulación de los materiales legales ortodoxos que pueden tener políticas transversalmente sensibles y la confianza en sus propias habilidades, el menos apto por su susceptibilidad a apelaciones emocionales por consejo o incapacidad de entender las virtudes más bien abstractas de tales consideraciones sistémicas que limitan el juicio idiosincrásico como estabilidad legal y predictibilidad.

La zona de razonabilidad tenderá a ser más estrecha en campos de consenso ideológico, por ejemplo, derecho de contratos, puesto que en dichos campos los jueces no necesitan apoyarse en sus intuiciones; compartiendo precisas comunes, pueden razonar a un resultado. A mayor abundamiento, la importancia de la estabilidad en el derecho de contratos es obvia y largamente reconocida. La mayoría de reglas contractuales son reglas por defecto, esto es, reglas sobre las cuales las partes pueden contratar, por lo que es importante que sepan cuáles son las reglas para que puedan redactarse de acuerdo a ellas. Por lo tanto, otro factor tendiente a volver más estrecha la zona es la realización de que la estabilidad legal es un valor supremo en ciertos campos del derecho.

La zona de razonabilidad es más ancha en casos constitucionales en los cuales las emociones de los jueces se encuentran comprometidas, porque el texto constitucional provee poca guía y poca emoción, oponiendo consideraciones no pasionales de los factores sistémicos que inducen a los jueces a reinar en su discreción. Más que pensar que los jueces pueden ser aporreados a estar de acuerdo con adoptar una de las teorías constitucionales para canalizar su discreción, deberíamos hacer reverencia a lo inevitable, y por lo tanto si está uno perturbado por el ejercicio de una libre e ilimitada discreción legislativa por los Jueces de la Corte Suprema, deberíamos insistir en diversos nombramientos para hacer a la Corte por primera vez más representativa y, debido a su diversidad, menos probable de legislar agresivamente. La analogía es reducir el riesgo diversificando el portafolio de uno; aquí, es un portafolio de jueces que no debe diversificarse para reducir la variación en los resultados.

[46] Ibíd. p. 150 (énfasis omitido).

VI.

Si he descrito el proceso judicial de manera exacta, la cuestión pendiente es si debería hacerse algo para mejorarlo. Jerome Frank pensó que los jueces deben someterse a psicoanálisis, como él lo hizo; esta es una sugerencia ridícula[47] . El profesor Simon sugirió técnicas de de-sesgamiento, lo que suena un poco ominoso[48]. Tengo una sugerencia más simple. Si lo jueces en nuestro sistema van a ser legisladores así como adjudicadores, deberían tener un mayor interés en hechos; y lo abogados deberían hacer un mayor esfuerzo por poner los hechos antes que ellos. No me refiero a los hechos del caso, los hechos adjudicativos. Me refiero al tipo de antecedentes o datos generales que influyan en una decisión legislativa. He apuntado a experiencias de vida como un factor que da forma a las decisiones judiciales en lo que yo llamo el área abierta. Esas experiencias de vida prominentemente incluyen encuentros con hechos brutos. ¿Quién podría negar el impacto en el pensamiento judicial de tales hechos como el ignominioso colapso del comunismo y con su ideología socialista, los éxitos de la desregulación, o la emergencia de homosexuales desde el closet y el descubrimiento resultante de que son realmente como otras personas? En vez de apalear en la cabeza a los jueces de apelación con los casos, lo cual es la técnica estándar de la abogacía en apelación, los abogados de apelación serían más efectivos si, reconociendo el carácter esencialmente legislativo de muchas adjudicaciones en apelación y la disposición esencialmente pragmática de muchos de los jueces norteamericanos, hicieran énfasis en los aspectos prácticos del caso y por lo tanto de las consecuencias de la decisión.

No creo que debamos preocuparnos mucho que tales hechos de antecedente sean pálidos comparados a los "equidades" del caso individual, para que el juez no formalista esté obligado a impartir justicia miope. El valor de un sistema de precedentes es que obligue, o por lo menos invite a los jueces a pensar acerca del impacto del caso en futuros litigios. Por otra parte, la mayoría de jueces no son conmovidos (sorprendentemente para quienes no son jueces) por la equidad en casos individuales. Como dijo Hamlet, "la mano que menos trabaja, tiene más delicado el tacto"[III]. Así como los doctores tienden a ser silenciosos respecto a la enfermedad, los jueces tienden a ser silenciosos respecto a litigantes patéticos. Esto es cierto respecto a jueces liberales y conservadores, porque es parte de jugar el "juego" judicial. Los jueces internalizan el eslogan "los casos difíciles hacen mal derecho", en el cual "difícil" guarda el significado de "apelar a la emoción del juez", no de "difícil". Los jueces se dan cuenta que sucumbir a ese impulso es lo que puede generar mal derecho.

En Law and the Modern Mind, Jerome Frank pronunció a Oliver Wendell Holmes como un "jurista completamente adulto"[49], refiriéndose simplemente a que Holmes reconocía que "la certidumbre no es la prueba de la certeza"[50][IV]. Esta fue la famosa separación de Holmes, acusada de callosa por sus detractores. Creo que los rasgos de personalidad relevantes de Holmes son distintos. Creo que, sorprendemente, dado su linaje distinguido, su éxito profesional, su presencia comandante, y su proeza en tiempos de guerra –no se tomaba a sí mismo muy en serio. Fue de un famoso ingenio, y el ingenio implica un sentido vivo de incongruencia, que puede incluir reconocimiento de la incongruencia entre las pretensiones y los logros de uno. Y si no te tomas muy en serio a ti mismo no eres apto para engañarte a ti mismo y pensar que tienes todas las respuestas. Y si eres un juez que cree que no tiene todas las respuestas eres menos probable a cuestionar las decisiones de otras ramas del gobierno. Frank, escribiendo en 1930, en un tiempo en que la Corte Suprema era rauda en invalidar justo la clase de legislación social que favorecía, quería que los jueces sean más deferentes, más modestos. Pensó que esto significaba ser adulto, pero yo estoy contento con decir más conciente de sí mismo.

Comparto el deseo de Frank para que nuestras Cortes suelten las riendas a las otras ramas. No puedo defender esa posición aquí[51]. Lo que puedo sugerir es que más jueces adoptarían la posición si fuesen más conscientes de que las decisiones que darán forma a la ley son rara vez el producto de un proceso analítico que puede ser evaluado en términos de verdad y falsedad, o bien o mal. Son personales en un sentido amplio que precluye asesoramiento objetivo. Como dije antes, el reconocimiento al rol de lo personal, lo emocional y lo intuitivo en nuestras decisiones no debilitará la fuerza de estos factores, pero puede inducir vacilación para imponer la decisión en la nación en nombre de la Constitución. Uno puede sentir algo muy fuerte sin creer que el sentimiento de uno es una base adecuada para restringir el comportamiento de otras personas.

47 Ver: FRANK. Op cit. pp. 143-47.
48 SIMON. Op cit. p. 138-40.
III En ingles: "*the hand of little employment hath the daintier sense*".
49 FRANK. Op cit. p. 253.
50 HOLMES, Oliver Wendell. "Natural Law". Harvard Law Review 32. 1918. p. 40.
IV En inglés: "*[c]ertitude is not the test of certainty*".
51 Para una discusión reciente, ver POSNER, Richard A. "The Supreme Court, 2004 Term - Foreword: A Political Court". Op. cit.



ARENERITO EXPRESS A S.R.L.

ALQUILER DE MAQUINARIA PESADA Y SERVICIOS PARA LA CONSTRUCCIÓN

Carretera Central Km. 8 San Agustín- Huancayo. Telf. 064-762368, Cel. 964759284 RPM. *733984

EL SISTEMA DE JUSTICIA HOY*

Javier de Belaunde López de Romaña

Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS). Miembro del Comité Consultivo de THEMIS. Socio del Estudio Echecopar Abogados.

Francisco Eguiguren Praeli

Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembro del Comité Consultivo de THEMIS. Consultor del Estudio Ferrero Abogados.

Víctor García Toma

Abogado. Profesor y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Ministro de Justicia. Ex Presidente del Tribunal Constitucional.

Luis Pásara

Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador del Instituto de Iberoamérica de la Universidad de Salamanca.

* Las preguntas realizadas en la presente Mesa Redonda fueron elaboradas por Alberto de Belaunde, miembro del Consejo Directivo de THEMIS, y Juan Luis Balarezo, miembro de THEMIS.

La reforma del sistema de justicia es un tema que constantemente se ha encontrado en la agenda nacional pero que, no obstante, pocas veces ha trascendido de la atención coyuntural para captar el interés y la voluntad política necesarios para realizar una verdadera reforma que mejore la administración e impartición de justicia en el Perú.

En THEMIS estamos convencidos de la necesidad de que esta reforma se lleve a cabo para afirmar un Estado Constitucional de Derecho y alcanzar el desarrollo y la paz social en justicia. Por ese motivo, hemos venido abordando el tema en diversos números de THEMIS-Revista de Derecho.

A continuación, contando con la opinión de reconocidos juristas involucrados en el tema, retomamos dicha reflexión para entender dónde nos encontramos y cuáles podrían ser los pasos a seguir para lograr que esta necesaria reforma efectivamente pueda llevarse a cabo.

Estado de la reforma del sistema de justicia

1. **Existe la impresión que desde que la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) entregó su plan de reforma el asunto no ha avanzado o, en todo caso, no ha recibido la atención necesaria. ¿Qué balance se podría realizar en torno a la reforma del sistema de justicia en los últimos años?**

JAVIER DE BELAUNDE: La impresión es correcta. El plan de la CERIAJUS tuvo una primera reacción de la Corte Suprema que, a mi entender, fue una traba importante que condicionó la falta de entusiasmo del Poder Judicial por implementar un plan en el cual había tenido protagonismo fundamental.

La CERIAJUS aprobó casi todo por unanimidad. Hubo aspectos de la reforma constitucional que se aprobaron por mayoría, con el voto en contra de los miembros del Poder Judicial: la Corte Suprema con sala única, la desaparición de la Sala Plena como órgano de gobierno, y el control externo en manos de un Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) remozado. Esta oposición marcó la actitud de frialdad posterior de la Suprema hacia todo el plan.

Luego, si bien el gobierno del Presidente Toledo fue el impulsor de la CERIAJUS, faltó decisión para impulsarlo; quizás lo explique el hecho de que ya era la parte final del mandato. No obstante, se implementaron algunas comisiones sectoriales para impulsar aspectos especiales. En el Congreso, con el entusiasmo del congresista Fausto Alvarado, que como Ministro de Justicia impulsó la CERIAJUS, instaló una comisión que produjo algunas leyes puntuales.

Las elecciones del 2006 motivaron que todos los candidatos con mayor o menor entusiasmo expresaran que implementarían la CERIAJUS. No obstante ganó el partido que lo hizo con menor entusiasmo y a partir del nuevo gobierno del Presidente García, me parece claro que la reforma judicial no ha sido una prioridad.

FRANCISCO EGUIGUREN: Es cierto que lo avanzado en la implementación de las reformas propuestas por la CERIAJUS ha sido muy poco. Creo que ello se puede deber a que los principales aportes de esta propuesta vinieron de instituciones y personas provenientes de la sociedad civil, en muchos casos en contra o con la resistencia de los órganos judiciales. Tampoco hubo un sincero compromiso de las fuerzas políticas.

No creo que el sistema judicial pueda ser reformado exclusivamente por los propios jueces, porque ellos son parte del problema y de los males que se tienen que corregir; pero tampoco se puede pretender que esta reforma se realice y dirija "desde afuera", ya sea por el poder político o la sociedad civil, es decir, sin los jueces o contra los jueces. Sin un apoyo y compromiso de algún sector relevante de la judicatura, es poco lo que se podrá reformar de manera efectiva y duradera.

Más allá de declaraciones y discursos retóricos o demagógicos, a menudo son los gobiernos y ciertos sectores económicos los principales interesados en que no se dé la transformación ni la independencia del sistema judicial. Prefieren que el sistema judicial resulte funcional o instrumental a la satisfacción de sus intereses políticos o económicos particulares.

La realización de las reformas más importantes y trascendentes propuestas por la CERIAJUS requerían de un compromiso político de los distintos sectores involucrados en el sistema de impartición de justicia, que nunca se ha dado de manera consistente; de ahí el escaso avance en su implementación. En muchos casos, se requerían de reformas constitucionales, que no se han aprobado en el Congreso o el Poder Ejecutivo por falta de interés o de acuerdo político. En otros casos, es indispensable la asignación de mayores recursos económicos y presupuestales, que los gobiernos no han querido satisfacer. Pero considero un error sostener o creer que bastan los recursos para que la reforma avance. Las reformas más trascendentes y significativas requieren de un cambio en la mentalidad y conducta de los magistrados y funcionarios judiciales, y ello no es solo un tema de aumento de sueldos o de disposición de recursos para mayores gastos. Tampoco en las organizaciones que conforman el sistema judicial ha existido el suficiente liderazgo personal e institucional para impulsar un cambio o la perseverancia para llevarlo a cabo.

Creo que un avance a destacar es la implementación del Nuevo Código Procesal Penal. Pero falta mucho en materia de una verdadera especialización de los magistrados y los órganos judiciales, más allá de su denominación formal.

Un aspecto donde ha existido la deliberada intención de no realizar las reformas propuestas por la CERIAJUS, ha sido el de la Justicia Militar. La resistencia y el lobby ante el Congreso y el gobierno realizados por algunos sectores de la institución militar, aliados políticamente con integrantes del Poder Ejecutivo y el Congreso, han permitido la aprobación sucesiva de leyes que desacataron claramente lo ordenado por el Tribunal Constitucional (TC) en diversas sentencias, que declararon inconstitucional la norma, pero cuyo contenido fue reiterado o esencialmente mantenido en la nueva norma aprobada en su reemplazo.

VÍCTOR GARCÍA TOMA: En cuanto a la CERIAJUS, más allá de que podamos compartir o no las propuestas que incorpora a su informe, lo cierto es que debemos empezar por reconocer que se trató de un diagnóstico serio y profundo de la Administración de Justicia en nuestro país.

Así también, considero que la administración de justicia ha experimentado cierta mejoría en los últimos tiempos, sería injusto no reconocerlo. En este sentido, el balance resulta ligeramente positivo. En este punto debemos reconocer el gran avance que está significando la progresiva implementación del Código Procesal Penal, que permite una justicia penal más eficaz y a la vez garantista. Pero el sistema de justicia tiene todavía pendiente legitimarse ante la ciudadanía. Para ello debe ser más técnico, más rápido y transparente. Dichos objetivos requieren de una judicatura lúcida, laboriosa y honesta.

LUIS PÁSARA: No estoy en condiciones de hacer un balance. Mi impresión es la de quien se halla a cierta distancia del funcionamiento de la justicia en el Perú y está marcada por la sucesión de escándalos que desde él llegan a los medios de comunicación. Es una atmósfera en la que un paso tan importante como el juicio y la condena al ex presidente Alberto Fujimori tiende a pasar a un segundo nivel, siendo así que se trata de un hecho genuinamente histórico que debería colocar en un lugar muy especial a la justicia peruana en América Latina.

Con cierto esfuerzo de análisis se puede distinguir claroscuros –en la zona de oscuridad se halla la Sala Penal Nacional que desarrolla elaboradas excusas para absolver a los responsables de violaciones de derechos humanos– pero los escándalos y, sobre todo, la corrupción tienden a sobreponerse en el panorama general. Aunque no es una prueba definitiva, el nivel de insatisfacción y desconfianza de la población –que las encuestas corroboran regularmente– es un serio indicador a tomar en cuenta.

De modo que la foto general muestra cambios pero, en conjunto, la visión es de estancamiento y en ciertos casos, como el Tribunal Constitucional, de regresión. La reforma empieza a ser materia de historia –dado que en el Perú se inició hace cuarenta años– y hay quienes ahora dudamos de que sea posible.

2. Un elemento resaltante de la CERIAJUS fue su conformación, en la cual se encontraban representados los principales actores que, directa o indirectamente, participan en el sistema de justicia. Si se trata de un proceso y un producto colectivo, ¿por qué existe la impresión de que sólo algunos sectores de la sociedad civil siguen teniendo el tema en agenda?

DE BELAUNDE: La conformación plural de la CERIAJUS fue un factor fundamental y entre sus propuestas estuvo la de reproducir un esquema parecido para conducir la reforma. Yo creo que si hablamos de sociedad civil, el tema sigue en agenda; el problema principal a mi parecer va por dos lados. El primero tiene que ver con el Poder Judicial y una discusión que es muy dañina sobre si la reforma debe ser hecha por los propios jueces o si cabe una reforma "hecha desde afuera". Planteado así el tema, el Poder Judicial se ha aferrado en los últimos años a la idea de que la reforma debe ser hecha por los propios jueces y que la participación, por ejemplo, de la sociedad civil, es intromisión. Esto es un error, siempre he sostenido que no es posible una reforma sin los jueces, pero que ella es inviable si se cree que es sólo por los jueces. Ello no ha ocurrido en ninguna parte. La idea es la participación de todos los sectores involucrados.

El otro factor es el de la decisión política. Tiene que haber una decisión de los políticos de reformar el sistema de justicia para que realmente cumpla con sus propósitos, claro, uno de ellos es el del control a los poderes políticos. Si ello falta, es muy difícil. Yo tengo la impresión de que lo peor que puede pasar es que un gobierno se sienta cómodo, por sus influencias en el sistema, con la situación del Poder Judicial. Temo que este es el caso del presente.

EGUIGUREN: Porque dentro del sistema judicial, de los órganos políticos o de ciertos sectores económicos, prevalecen a quienes les conviene que las cosas sigan como están. El desarrollo económico del país y el respeto a los derechos fundamentales, exigen un sistema judicial independiente, previsible, técnicamente solvente y no penetrado por la corrupción. Pero este objetivo

no se construye en un breve plazo, ni tiene un desarrollo espontáneo; es más, lo predominante son la inercia y la falta de interés por emprender verdaderos cambios. Es desde las organizaciones sociales y académicas, que no participamos directamente en la operación cotidiana del sistema de justicia, donde se mantiene el mayor interés y la demanda más sincera por la reforma del sistema judicial.

GARCÍA TOMA: La reforma de la Justicia constituye un tema que sigue en agenda de todos los sectores. Quizá esa impresión se deba a la falta de difusión que se hace respecto a las labores que se cumplen con el objetivo de lograr una reforma de la administración de justicia. Evidentemente no se puede afirmar que se haya logrado una reforma completa, pero no se puede dejar de reconocer los esfuerzos que se han hecho y los que se están haciendo.

Por ejemplo, desde el Ejecutivo la aprobación del Decreto Legislativo 1069 que unifica los procesos de ejecución, la nueva Ley de Conciliación (Decreto Legislativo 1070), la nueva Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) son también importantes herramientas que inciden positivamente en el sistema de administración de justicia.

PÁSARA: La impresión corresponde a la realidad. Sólo unas cuantas ONG desarrollan una acción sistemática sobre el asunto; esporádicamente, los colegios de abogados efectúan señalamientos; el desinterés de las universidades se mantiene constante; a los empresarios –en contraste con las experiencias de Colombia y República Dominicana– no les interesa la situación sino de la boca para afuera; los medios de comunicación abordan el tema en cuanto pueden hacer de él crónicas negras; los políticos no se ocupan de la justicia, salvo que pueda reportarles alguna utilidad… y el usuario, enterado o escaldado por la justicia, dado que no sabe qué puede hacer, trata de evitarla, acepta tener contacto con ella sólo cuando le resulta inevitable.

Es verdad que la justicia es un producto colectivo pero eso no significa que todos estemos en iguales condiciones para hacer algo al respecto.

3. Hay medidas propuestas por la CERIAJUS cuya implementación resultan complicadas en el contexto actual por lo complejo del proceso de reforma y porque no resulta posible alcanzar el consenso necesario; un ejemplo claro de ello es la reforma constitucional de la estructura y funcionamiento de la Corte Suprema. ¿Qué medidas propuestas por la CERIAJUS podrían implementarse de manera inmediata?

DE BELAUNDE: Creo que todo lo relativo a lo que tiene que ver con Predictibilidad y Jurisprudencia. La CERIAJUS propuso una serie de medidas concretas para mejorar la calidad de la jurisprudencia y para hacer efectivas todas las normas del sistema legal vigente que permiten, en determinados casos, generar jurisprudencia obligatoria. Un tema central en materia civil es el de los plenos casatorios. La Corte Suprema ha hecho dos plenos casatorios con gran esfuerzo, pero han sido insuficientes. En el aspecto legislativo se reformó el artículo 400 del Código Procesal Civil par facilitar que los plenos sean eficaces. Con buen sentido los plenos se han reducido a los jueces supremos de la especialidad y no a todos, como fue el diseño original. Pero más allá de reformas legales, hay un equipamiento, una preparación que la Corte Suprema debiera priorizar. Es significativo que los dos plenos casatorios se hicieran antes de la reforma, es decir con todos los vocales supremos; después de la reforma no han habido plenos, cuando teóricamente es más fácil. Creo que hace falta voluntad y también estar en aptitud de prepararlos.

Otro aspecto fundamental -y lo anterior está vinculado- es todo lo relativo a lo ético. La CERIAJUS propuso una serie de medidas que habría que tomar en cuenta e implementar. Creo que aquí se juega en gran medida la posibilidad de lograr un sistema de justicia mejor. Si no hay un ajuste serio en lo ético, estamos perdidos. Es evidente que la corrupción es algo más extenso y que afecta a toda la sociedad; pero en la impartición de justicia es una prioridad atacarla y buscar medidas concretas. Siento que más allá de los indudables esfuerzos que ha desarrollado la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), el tema está aún pendiente. La CERIAJUS no vio sólo el aspecto represivo, sino preventivo.

EGUIGUREN: Se deberían poder implementar con mayor celeridad, aquellas reformas cuya adopción y ejecución requieren más de voluntad política de cambio por parte de las instituciones judiciales, que de reformas constitucionales o legales o de disponibilidad de recursos presupuestales. La lucha contra la corrupción y su sanción, por ejemplo, son un problema que para enfrentarlo y resolverlo, requieren más de voluntad y compromiso que de nuevas leyes o recursos económicos. También es posible avanzar en la especialización judicial sin cambiar normas, sino permitiendo que los jueces se capaciten y mantengan en aquellas áreas para las que se encuentran mejor preparados o son de su interés.

Si no se aprobaron las reformas constitucionales referidas a la estructura del sistema judicial, fue porque los grupos políticos en el Parlamento no tuvieron mayor interés en arribar a acuerdos para conseguirlo, poniendo por delante sus intereses particulares y cálculos de conveniencia coyuntural. Asimismo, algunas de estas reformas

tampoco contaban con el impulso ni respaldo de las máximas instancias de los órganos judiciales.

GARCÍA TOMA: Estoy de acuerdo con la pregunta formulada, en efecto, la reforma integral de la administración de justicia, involucra la participación de todas las entidades relacionadas con el servicio de justicia. Se requiere la participación del Poder Judicial como el ente encargado de la administración de justicia y del Ministerio Publico, como el titular de la acción penal; también se requiere la participación del Poder Ejecutivo a través de la defensa pública y los consultorios jurídicos y de la provisión necesaria de recursos y del Congreso de la República con las reformas de carácter normativo. También es importante la participación de los abogados que participan en la administración de justicia como patrocinadores y de los Colegios de Abogados, orientado a sus agremiados respecto a las buenas prácticas en patrocinio de los procesos, y por supuesto la capacitación y actualización de sus agremiados. Asimismo, las universidades hoy en día, juegan un rol importante también, pues tienen a su cargo la formación de quienes luego son actores principales de la administración de justicia, es decir los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Publico y los abogados patrocinantes.

En este sentido, no puede hablarse una reforma del sistema de justicia sin un consenso de los distintos sectores involucrados.

Selección y nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional

4. Hemos sido testigos de los incidentes ocurridos en el último proceso de selección y nombramiento de magistrados constitucionales. Viendo la historia de dichos nombramientos, son pocos los que se han realizado sin que se genere polémica en torno a ello. ¿Consideran que el mecanismo actual, a cargo del Congreso de la República, es el más adecuado?

DE BELAUNDE: El sistema de la Constitución de 1979 fue un desastre básicamente por los nombramientos vía los tres poderes del Estado. Creo que hay opciones distintas a la prevista en la Constitución de 1993; por ejemplo que haya un filtro del Consejo Nacional de la Magistratura, pero en definitiva creo que cualquier sistema deberá terminar en una elección en el Congreso por la naturaleza de la función de los magistrados del Tribunal Constitucional. En esa línea, no me parece mala la fórmula actual. El problema está otra vez en la fragilidad de los partidos políticos y en su falta de sentido de responsabilidad. Si el sistema es percibido para hacer de la elección un territorio de política menuda, o de copamiento de instituciones, no hay solución. Creo que el sistema busca la formación de consensos y el logro de una elección plural. Hay que reclamarles a los políticos que estén a la altura de su responsabilidad. El elector debiera también optar por partidos auténticamente democráticos, es decir por aquellos que más allá de las declaraciones, tengan una probada trayectoria de respeto de las instituciones. Creo pues que el problema va un poco más allá del sistema de elección mismo.

EGUIGUREN: Es un mecanismo similar al utilizado en algunos países, que tienen tribunales constitucionales con reconocido prestigio. Incluso en esos casos, es una práctica corriente que los magistrados a elegir se repartan y "cuoteen" entre las principales fuerzas políticas que integran el Parlamento, en función de su representación política. De modo que la "politización" de los nombramientos de magistrados constitucionales no es un fenómeno exclusivo de nuestro país.

El problema nuestro en la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, es la pobre actuación del Congreso y la virtual inexistencia de partidos políticos; asimismo, cuando éstos deciden apoyar a un candidato, no lo hacen tanto en función de sus calidades y méritos, sino de la funcionalidad a sus intereses políticos o a los compromisos de retribución que el elegido asume frente a quienes lo llevaron al cargo. Por ello, la elección de magistrados del Tribunal Constitucional por el Congreso suele tener un mal resultado, que se viene agudizando en los últimos tiempos, más allá de que muchos de quienes han llegado a integrar el Tribunal posean méritos profesionales y personales.

Creo difícil que las cosas mejoren mientras sigamos teniendo un Congreso donde predominan parlamentarios improvisados y carentes de trayectoria política. Lo mismo puede decirse de agrupaciones políticas sin mayor identidad ni posibilidad de subsistencia. Un mal Congreso, suele elegir malos magistrados, porque no es capaz de hacer algo mejor. Por ello, no creo que la solución sea un simple cambio de sistema de nombramiento. Trasladarlo al Consejo de la Magistratura podría favorecer una mayor atención al criterio de meritos profesionales o académicos, pero los designados carecerían de esa dosis de representación democrática que también es importante para la función.

En el último proceso a cargo del Congreso, es tal vez donde la Comisión de Selección otorgó mayor atención a los méritos académicos y profesionales de los postulantes. Pero quizás precisamente por eso, al final no se logró el apoyo de las distintas fuerzas políticas para elegir como magistrados del Tribunal Constitucional a los postulantes mejor calificados. Ello desnuda las limitaciones de nuestro Parlamento, más que del sistema de nombramiento. Lo cierto es que tras cada proceso

de elección, se acentúa la desconfianza y rechazo de la sociedad y la comunidad jurídica sobre la lamentable forma en que el Congreso ejerce esta labor, lo que explica el creciente desinterés o la abstención de participar en estos procesos por parte de los profesionales y académicos mejor calificados para ser buenos magistrados del Tribunal Constitucional. De allí que preocupa que cada vez pueda ir en declive la calidad de postulantes.

GARCÍA TOMA: Si bien podemos partir de la premisa de que la función jurisdiccional adquiere su legitimidad a través de su propia actividad, a diferencia de las autoridades políticas que la obtienen de la elección popular, el caso del Tribunal Constitucional es especial por la trascendencia que tiene, por la potestad de expulsar normas del ordenamiento legal, esto es, anular los actos políticos adoptados por el órgano democrático por excelencia. Es por ello que resulta necesario dotar de legitimidad política a quienes van a tomar tales decisiones y en este sentido se justifica la fórmula adoptada por la Constitución de 1993.

Además, es necesario señalar que la elección de un magistrado al Tribunal Constitucional, a través de la fórmula (último párrafo del artículo 201) establecida por nuestro Constituyente de la Constitución Política de 1993, exige de un gran consenso democrático en el Congreso de la República, puesto que se exige el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. En consecuencia, este mecanismo constituye un importante elemento que afianza la independencia de los magistrados. Ciertamente no asegura que el Congreso vaya siempre a elegir bien y que no vayan a primar intereses políticos por sobre la calidad de los integrantes, pero es un sistema que permite legitimar debidamente la elección de los integrantes del Alto Tribunal.

PÁSARA: El mecanismo es adecuado. Lo que no es adecuado es el Congreso. Tenemos una representación parlamentaria que tiene un nivel de aprobación social tan bajo como el del sistema de justicia. También los congresistas son materia constante de escándalo. En ese contexto podría situarse, por ejemplo, la discusión teórica –ahora muy en boga– acerca del *judicial review* y el conflicto de legitimidades presente en él, entre el parlamento y la judicatura. Poner esa discusión en el marco peruano resulta cómico. Ninguna de las dos instituciones tiene otra legitimidad que la de origen: unos han sido elegidos con el voto popular; los otros han sido nombrados de acuerdo al procedimiento establecido en la constitución y las leyes. Punto. Pero la falta de legitimidad proveniente de la forma en la que ambos se desempeñan es clamorosa. Un congresista del partido de gobierno no ha tenido vergüenza en proclamar que su partido no hará lo necesario para nombrar nuevos magistrados del Tribunal Constitucional si los candidatos no corresponden a los intereses del partido… ¿Inventamos un mecanismo nuevo para nombrar magistrados del Tribunal Constitucional? ¿Es posible seguir creyendo que mediante cambios en el diseño legal pueden remediarse males que se hallan enquistados en la sociedad y, por consiguiente, en el Estado?

5. ¿Cuál debe ser el perfil de un magistrado constitucional? En el sistema de nombramiento actual, ¿cómo garantizar que quienes sean nombrados para el cargo cumplan con dicho perfil?

DE BELAUNDE: El magistrado constitucional debe ser un demócrata, con sentido común, con conciencia de su responsabilidad social, con sólida formación jurídica y con comprobada honestidad. Creo que quienes evalúen para los nombramientos deben tener al menos cuatro de las cinco cualidades: ser demócrata comprobado, tener sentido de responsabilidad social, tener sentido común y honestidad. Pareciera que hay que reclamar a los electores que escojan con esos criterios a los congresistas, ¿no?

EGUIGUREN: No se trata de hacer un listado de cualidades excelsas y requisitos imposibles de alcanzar; se trata simplemente de elegir a un buen magistrado. El problema principal no es que los grupos políticos prefieran apoyar a personas cercanas o identificadas con su organización, sino que el elegido carezca de méritos y calidad o de la independencia que el cargo exige.

Ya autores como Kelsen o Favoreu expresaban su cuestionamiento a que el magistrado constitucional provenga de la carrera judicial, porque en ésta predominan el apego a la ley antes que a la Constitución, el formalismo, y la intención de permanecer en el cargo por toda la vida; características que difícilmente lo habilitan para actuar con independencia frente al poder político, en defensa de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales.

El magistrado constitucional requiere de una sólida formación jurídica, no exclusivamente en aspectos constitucionales; de independencia frente al poder político y los intereses económicos dominantes; de firmeza en sus principios, compromiso ético con la justicia y la decencia. Creo que al Tribunal Constitucional deben llegar personas que ya han adquirido un reconocido prestigio profesional y personal, y que no debe ser el cargo al que aspiran quienes buscan un trampolín de ascenso frente a su falta de trayectoria. No creo que sea un obstáculo ni impedimento que el magistrado profese una determinada ideología o identificación política, siempre que ella no lo prive de razonable objetividad e independencia y lo convierta en mero operador político de una agrupación o partido.

A los magistrados se les conoce y evalúa por el contenido de sus sentencias y la motivación de las mismas. Si quienes tienen que realizar la selección y el nombramiento no asumen ni comparten un perfil como el descrito para el magistrado del Tribunal Constitucional, sin duda no serán capaces de buscar ni de hacer ese tipo de nombramientos.

GARCÍA TOMA: Como señalé en la pregunta anterior, el sistema de elección nos puede permitir legitimar a los magistrados pero no nos asegura el perfil moral y académico de una persona, eso dependerá del trabajo que haga el Congreso de la República a través del proceso de selección. Además, muchas veces la idoneidad, integridad moral y, sobre todo, su compromiso por la defensa de los derechos humanos, la supremacía de nuestra Constitución y la consolidación de nuestro Estado Constitucional, es algo que sólo se verá ratificado en su actuación como magistrado. Es algo que no se desprende de los diversos trabajos bibliográficos de los aspirantes a magistrados, las cartas de presentación o los diplomas.

PÁSARA: Alguien dijo aquello de que para nombrar un juez se debe buscar una persona honesta y si sabe derecho, mejor. Acaso sí se requiera, en este caso, saber derecho constitucional. Pero, a estas alturas de la catástrofe moral de la administración de justicia en el país, primero que todo, habría que buscar candidatos con una trayectoria digna. Puede expresarse esto negativamente y decir "que no haya defendido narcotraficantes", por ejemplo. Pero habría que llevar entonces las prohibiciones a detalles impensables. Se trata de contar con una vida personal y profesional de la que un hombre justo podría sentirse orgulloso. Es posible que eso deje pocos candidatos. No importa. Frente a los pocos que haya –dispuestos a asumir la tarea– habrá que preguntarse si saben derecho constitucional. Creo que esos dos requisitos son suficientes, entre otras razones porque son requisitos que no han estado muy presentes en los últimos procesos de selección.

En el sistema de nombramiento actual no hay forma de garantizar que quienes sean nombrados correspondan a ese perfil. Lo demuestran, precisamente, los procesos de nombramiento recientes.

Los abogados

6. Actualmente, la Pontificia Universidad Católica del Perú lidera una iniciativa para la aprobación de nuevas normas de conducta de ética y responsabilidad profesional del abogado. Es evidente que la reforma del sistema de justicia pasa por el problema ético. En ese sentido, ¿es posible incorporar a la ética y la responsabilidad profesional como ejes en la enseñanza de la profesión legal o acaso son temas que provienen de la formación individual de cada uno?

DE BELAUNDE: Hay aspectos éticos fundamentales que vienen en la formación individual de cada uno, pero hay aspectos vinculados con el ejercicio de cada profesión. Por ejemplo la aplicación de principios éticos a la solución de los conflictos de intereses, es algo que no puede ser dejado de lado en la formación ética en la Facultad. Igualmente lo relativo a la responsabilidad profesional. El abogado como profesional en nuestra sociedad y por el tipo de su función, tiene una responsabilidad social sobre la cual hay que reflexionar. No comparto la visión de que estos son temas en los cuales la Facultad no tiene mucho que hacer. La Facultad forma abogados, pero también profesionales en un aquí y ahora. Lo que es y sea la sociedad peruana en mucha medida corresponde a la manera como se ejercen profesiones como la abogacía.

EGUIGUREN: Si bien el componente ético tiene que estar presente en la formación del abogado y en la enseñanza que se imparte en la Facultad, creo que los aspectos centrales del comportamiento ético de una persona no se aprenden en los libros ni en las clases. Considero que lo determinante es la opción personal, que puede tener elementos que se han ido adquiriendo desde la formación recibida de los padres y la familia, del ambiente en que uno ha vivido y se ha desenvuelto, de los principios y valores con que se siente identificado y comprometido, de los objetivos que se persiguen en la vida y de la forma en que uno quiere o pretende ser reconocido por los demás. Puede ser una definición demasiado personal o basada en criterios individuales, pero es la que más me convence.

No obstante, la existencia de personas con un alto grado de conducta ética, tampoco alcanza ni sirve de mucho para cambiar las cosas en instituciones donde predominan la corrupción y la falta de escrúpulos.

En el campo de la formación jurídica y la enseñanza del Derecho, ciertamente los docentes tenemos un papel que cumplir en el afianzamiento de la conducta ética y la responsabilidad profesional de los futuros abogados. Pero más que discursos o la repetición de un catecismo, estimo que tiene más credibilidad e incidencia en la formación del alumno el propio ejemplo que brinda el docente por su conducta profesional y personal.

La profesión de abogado es una de la que más nos expone cotidianamente con dilemas éticos e intereses en conflicto. Tiene que ver con el problema de la corrupción, pero también con los casos que se asumen o los clientes que se aceptan. Muchos abogados se sienten más comprometidos en servir a los intereses de su cliente, que con

dilucidar el sustento jurídico de sus pretensiones, o lo que está éticamente permitido para obtener resultados exitosos. Su conducta inescrupulosa y mercantil suele ser una de las principales causas del desprestigio social y pérdida de respeto hacia nuestra profesión. Por ello debemos combatirlos con firmeza y buscar que este accionar contrario a la ética y decencia profesional, sea sancionado a nivel gremial y judicial.

GARCÍA TOMA: No hay duda de que el problema de la administración del sistema de justicia pasa por un tema ético. Es cierto también que ello proviene en gran medida de la formación que el profesional del Derecho ha recibido en sus hogares. Sin embargo, ello no obsta que se norme estos asuntos, encausando la labor del abogado.

En este sentido, la iniciativa de la Universidad Católica es muy importante, que se condice con el rol social que cumplen los centros de formación superior, que no son ni deben ser una isla, sino todo lo contrario: son grandes canalizadores del conocimiento e ideas, que muchas veces han revolucionado diversas instituciones de nuestro sistema democrático.

En ese sentido, bienvenida toda iniciativa que contribuya al mejoramiento de la ética del abogado, del mismo modo felicitar a la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), dado que, ésta es una evidencia del compromiso para con la sociedad.

PÁSARA: Me gradué de abogado hace más de cuatro décadas. Pese a que durante estos años mi experiencia profesional ha sido muy diversa, tengo la convicción de que la ética no se enseña en la universidad ni se impone mediante códigos de conducta. Una de las recetas prescritas por las reformas de la justicia hechas en América Latina es producir códigos de conducta para jueces y abogados. No conozco una experiencia en la que se haya logrado generar cambios.

Estoy de acuerdo en que se necesita cambios en los comportamientos éticos de los operadores de la justicia. Pero si hablamos de normas, empecemos por pedir que se aplique las que existen. Las disposiciones de los códigos de procedimientos que facultan al juez a sancionar a los abogados, ¿se aplican alguna vez? Las normas internas de los colegios de abogados se aplican tarde, mal y nunca (me remito al estudio empírico que en 2005 hice en los archivos del Colegio de Abogados de Lima y que recientemente ha reeditado el Fondo Editorial).

La cuestión, pues, no es enseñar ética ni formular nuevas normas. La pregunta es cómo buscar una regeneración moral en los comportamientos profesionales, en medio de una sociedad que, más bien, degenera. No tengo la respuesta pero creo saber cuáles son falsas respuestas.

7. Se suele acusar a muchas facultades de Derecho de no preparar abogados con un "perfil judicial"; es decir, de no orientar a sus alumnos a seguir la carrera judicial. ¿Es la universidad un espacio de formación judicial o, por el contrario, se trata de una especialización posterior, que el egresado de una facultad de Derecho debe buscar por su cuenta?

DE BELAUNDE: Creo que el egresado de la Facultad debe estar en aptitud de ser juez, para ello debe tener la formación profesional en Derecho y en otras disciplinas, así como la formación ética suficiente. Yo creo en un esquema en el cual el abogado que alcanza una plaza en la judicatura, ingrese a una Academia de la Magistratura por algún tiempo para prepararse en las técnicas necesarias para asumir la función judicial. Veo muy difícil una Facultad que para el pre-grado defina su perfil de egresado como un "perfil judicial", pero sí creo que en la formación profesional debe enfatizarse no sólo la importancia de la función judicial, sino en todas aquellas habilidades que le permitirán al abogado, si lo desea, abrazar la carrera judicial.

EGUIGUREN: La formación que imparte la Facultad de Derecho no creo que tenga por qué estar orientada a la formación de jueces. La función judicial debe partir de una vocación, a la cual no todos están llamados ni comparten. Creo que una buena Facultad de Derecho es aquella que forma buenos abogados, en lo profesional y lo ético, correspondiendo a cada quién escoger el campo profesional donde deseen finalmente desarrollarse. Lo que la Facultad si debe brindar, a través de sus planes de estudio y cursos, es posibilidades de lograr cierta especialización en las distintas áreas temáticas del Derecho y de desempeño de la profesión, incluyendo la función judicial. Aunque pienso que la formación de los jueces y fiscales debe ser responsabilidad principal de la Academia de la Magistratura, en cuya tarea ciertamente deben colaborar las mejores facultades de Derecho del país.

Pero mientras el sistema judicial peruano mantenga sus actuales características y alto grado de desprestigio, dudo mucho que sea atractivo para los profesionales mejor preparados. Quienes teniendo esta capacidad escojan la carrera judicial, seguramente será más por su vocación que por el atractivo de la institución.

GARCÍA TOMA: Sin duda existen ciertas materias que constituyen herramientas fundamentales para el ejercicio de la función jurisdiccional, tales como la argumentación jurídica: que las diversas facultades podrían ofrecer dentro de sus programas de pregrado o de posgrado. Sin

embargo, debemos tomar en cuenta que en realidad, la razón por la que los egresados de las mejores facultades de derecho de nuestro país no suelen optar por la carreta judicial no es porque sus facultades no los hayan orientado hacia esa actividad -finalmente es el alumno quien decide en qué especialidades enfocar sus estudios-. La razón por la que estos egresados no suelen inclinarse por la carrera judicial es porque no les resulta atractivo. En la medida que el Poder Judicial legitime su actividad ante la sociedad cada vez más abogados de universidades "de prestigio" se inclinaran por la carrera judicial.

PÁSARA: El enorme número de facultades de derecho que hay en el país ha conducido a cierto nivel de especialización no del todo confeso. Entiendo que la Universidad San Martín de Porres, para citar un caso concreto, más bien, "especializa" a sus alumnos para el trabajo judicial. ¿Por qué lamentar que unas facultades opten por esa formación y otras tomen otras opciones? Desde el punto de vista del mercado, no puede haber queja del consumidor: los alumnos, cuando escogen la PUCP no tienen en mente el trabajo judicial. Desde el punto de vista de la responsabilidad de la Universidad con el país –que desde la gestión de Felipe Mac Gregor ha sido un elemento definitorio de la PUCP–, sí hay un problema con el hecho de que el estado del sistema de justicia, en los hechos, aparezca como un asunto ajeno al foco de interés de la Facultad de Derecho.

Entonces, yo propondría poner el asunto de la relación entre la Facultad y el sistema de justicia en un contexto mayor al de si se da o no énfasis a lo judicial en la preparación de abogados. Hay que mirar el plan de estudios, las investigaciones que hace un personal de planta que es numeroso y las publicaciones de los profesores. ¿Está el tema de la justicia en la agenda de la Católica? Ésa es la pregunta.

8. En el Congreso se ha desatado una polémica sobre la posibilidad de suspender el ingreso a las facultades de Derecho, por considerar que hay muchas y muy malas. Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha afirmado que es inconstitucional prohibir la creación de filiales universitarias, pero lo condiciona a que exista un verdadero control administrativo de la calidad de la enseñanza. Esto demuestra cierto interés social por el tema de la enseñanza del Derecho, pero ¿cuál es el tema de fondo?, ¿por qué hay malos abogados en el país?

DE BELAUNDE: Es evidente que hay malos abogados, primero, por la crisis de la educación en general. La escuela prepara mal. Los niveles de ignorancia y de falta de formación de gran parte de egresados es alarmante. Luego, porque hay malas Universidades que reciben alumnos sin mucha exigencia para exigirles menos. El negocio de la educación superior ha acentuado esto. Ojo, no digo que todas las universidades organizadas en forma de sociedades sean malas, pero ciertamente si la educación superior es vista como un negocio en el cual la calidad de la educación que se brinda, es marginal, tenemos una gran cantidad de universidades que sub educan. Se cree que enseñar derecho es fácil y barato, por ello han proliferado facultades de Derecho donde estos defectos de la educación superior se hacen más evidentes. El mundo de las filiales –en su mayoría– es ya increíble. Baste leer el último Informe de Luis Pásara sobre la formación de abogados para advertir que allí se está germinando un grave problema.

Pero ciertamente hay algo en el mercado profesional que preocupa. Lo advertí en el Informe Pásara. Siempre pensé que muchas facultades engañaban a los muchachos dándoles una mala formación, pero en ese informe apareció un tipo de estudiante que no buscaba una buena formación, es decir que nadie lo engañaba, que sólo buscaba el título para ejercer ante el Poder Judicial, es decir un tipo de estudiante que buscaba la manera de conseguir "la patente de corso" y si ello era con poca exigencia, mejor.

Es pues un problema de ida y vuelta. Es cierto que la situación del sistema de justicia en gran medida es fruto de nuestra formación universitaria, pero la poca exigencia a todo nivel que existe en el sistema de justicia para ejercer la profesión, va haciendo que cualquiera pueda ejercerla; así el abogado "mañoso" es verosímil y puede subsistir en un sistema que si exigiera mayor seriedad y rigor fracasaría.

El problema es complejo y atañe tanto a la Universidad, como a los colegios profesionales y por cierto al Poder Judicial.

EGUIGUREN: En nuestro país hay muchos más abogados y Facultades de Derecho de los que se necesitan, y de los que realmente sirven. La proliferación de Facultades de Derecho en el país durante los últimos años, solo refleja la corrupción y mediocridad que también se ha instalado en las instancias que autorizan su creación o permiten la continuidad de su funcionamiento.

Hacer una Facultad de Derecho resulta muy barato y rentable. Una gran cantidad de personas quiere ser abogados, porque piensan que es una profesión que brinda mayores posibilidades de acomodarse y subsistir en la vida. Estas Facultades no requieren invertir en laboratorios ni en investigación científica; a menudo ni siquiera tienen bibliotecas ni cuentan con docentes calificados. Es difícil creer

que puedan existir tantos profesores idóneos para enseñar Derecho en todas las Facultades existentes en el país, y es fácil suponer qué tipo de profesionales pueden formar ese tipo de profesores improvisados.

Pero lo más grave es que la farsa de este tipo Facultades de Derecho, donde lo que se enseña y quienes lo enseñan tienen muy poco de valor, cuenta con la complicidad y el subsidio de muchos de los alumnos que se matriculan a estudiar en ellas, sabiendo muy bien a dónde ingresan y el tipo de formación que recibirán. Ingresan a ellas con el objetivo explícito de adquirir (en el sentido de comprar) un título profesional, sin importar que éste se encuentre devaluado en el mercado laboral, porque ello igual les otorgará una suerte de "licencia para ejercer el Derecho". Es pues un negocio, en el peor y mas cínico de los sentidos, entre quienes fundan facultades mediocres y quienes estudian en ellos, donde ambos ganan y la profesión del abogado pierde. Seguramente, algunos de los que ingresan a esas facultades, en parte porque no tuvieron posibilidad de acceder a otras mejores o porque eran conscientes de sus limitaciones, pueden tener la sana intención de estudiar y superarse. Pero salvo que pongan de su parte un gran esfuerzo personal, su paso por ese tipo de facultades de Derecho les servirá de muy poco.

En consecuencia, no solo es que no se necesiten más Facultades de Derecho, sino que muchas de las que existen sobran. Pero como está de moda la libertad en el mercado, incluso a nivel educativo, probablemente el mercado ofrece una amplia gama de oferta en este campo para todos los gustos, expectativas y posibilidades. Sin embargo, este mercado hasta ahora no es capaz de llevar a la desaparición a ninguna de esas Facultades mediocres, seguramente porque su continuidad interesa y brinda ganancias a muchos.

GARCÍA TOMA: Como en todo, siempre habrá malos abogados, mediocres y buenos. Pero la solución a ello no consiste en limitar o suspender el ingreso a las facultades de Derecho a los alumnos que desean ingresar a esta área del conocimiento. Limitar el ingreso de nuevos alumnos a las facultades de Derecho acarrearía una vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Las personas son libres de elegir la profesión que desean continuar.

Lo que sí se puede hacer desde el Estado es exigir estándares mínimos, que a quien se matricula en la facultad de derecho le permitan acceder a un cierto nivel de conocimiento. En este sentido, no es admisible que se abra una facultad de derecho que no tenga las instalaciones adecuadas, el personal docente idóneo o una vasta biblioteca. Las normas relativas a la exigencia de acreditación de calidad de la enseñanza serán en el futuro inmediato de gran utilidad.

PÁSARA: El tema de fondo ha sido bien planteado en la sentencia del Tribunal Constitucional y no se restringe a los estudios de derecho. El "estado de cosas inconstitucional" en la enseñanza universitaria proviene de la inexistencia de sistemas de control de calidad y la perversión completa del sistema de autorregulación que se confió a la Asamblea Nacional de Rectores. En ese marco, defendido con uñas y dientes por los negociantes de la enseñanza superior –arropados en el lenguaje del neoliberalismo–, los estudios de Derecho han sido de los más sencillos de montar, con menos inversión y contando con un público interesado porque la imagen del abogado sigue asociada de algún modo al poder. Es una imagen que no corresponde mucho a la realidad peruana, en la que un número no determinado de abogados son taxistas, pero la imagen tiene efectos duraderos.

Hay malos abogados, por muchas razones. Una de ellas es la pobre formación que dan muchas facultades de derecho. Pero sería una simplificación decir que ésa es la razón principal.

El rol de la sociedad civil en el sistema de justicia

9. Hay quienes dicen que el Consejo Nacional de la Magistratura ha fracasado en su labor disciplinaria (el caso Romero es emblemático). La inclusión de la participación ciudadana en el control de la judicatura (incluso con no abogados) fue vista como un logro en su momento. ¿Es posible afirmar que de nada sirvió?

DE BELAUNDE: A pesar de los problemas que ha padecido el Consejo Nacional de la Magistratura, sigo considerando que es una institución que hay que consolidar. No nos olvidemos que sólo ha podido funcionar plenamente a partir del 2001. No obstante, en el Consejo Nacional de la Magistratura se ha reflejado toda la debilidad de las instituciones que existe en el Perú. Han ocurrido cosas increíbles, como que esté integrado en un momento por más no abogados que por abogados, en razón de una irrazonable interpretación que hicieron las universidades de la ley y de la Constitución; menciono esto porque creo que en esas elecciones no se priorizó el interés institucional, sino intereses de otro tipo.

La consolidación del Consejo Nacional de la Magistratura pasa porque las instituciones de la sociedad civil asuman su responsabilidad al elegir y porque el Consejo se organice y tecnifique adecuadamente. Si la mayoría de miembros no tiene la aptitud para saber si una actuación profesional es debida o indebida, ¿puede sancionar en conciencia?

EGUIGUREN: Creo que la solidez del sistema democrático y del ordenamiento jurídico requiere de instituciones. Pero en nuestro país, no existen muchas instituciones dotadas de prestigio y permanencia. Por lo general, entre nosotros las instituciones suelen ser y depender mucho de las personas que las integran. De modo que una institución puede tener demasiados altibajos según quien o quienes las dirigen y conforman en un momento determinado.

Con el Consejo Nacional de la Magistratura no pasa algo diferente. Creo que ha tenido muchos vaivenes a lo largo de su funcionamiento, marcados por la conducta y labor de sus integrantes. Por ello, no puede soslayarse la responsabilidad que tienen las entidades judiciales, profesionales y universitarias que eligen a los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura.

Si hubiere que hacer un balance de la labor institucional del Consejo Nacional de la Magistratura a lo largo de su aún corta existencia, creo que el balance aporta algunos avances frente a la realidad pre existente, donde los nombramientos y promociones judiciales estaban guiados por criterios esencialmente políticos del gobierno de turno. El Consejo Nacional de la Magistratura, sin embargo, ha tenido también muchas decisiones cuestionables, que se han agudizado en los últimos años, sobre todo en el ámbito sancionador, pero ello no creo que deba descalificar el papel general que, con sus limitaciones, ha tenido esta institución.

La inclusión en el Consejo Nacional de la Magistratura de personas ajenas a la profesión jurídica fue considerada una innovación interesante para evitar que el sistema judicial estuviera monopolizado por los abogados. No creo que ello sea, en si, bueno o malo en abstracto; depende de quienes son y cómo se desempeñan aquellos profesionales no abogados que lleguen al Consejo. Una buena formación profesional, la solvencia moral y personal, pueden ser cualidades suficientes para el buen desempeño de la función en el Consejo Nacional de la Magistratura. Lo que si resulta absurdo, es que hayamos tenido etapas donde la mayoría de integrantes del Consejo no sean abogados. Sobre todo porque su función es seleccionar, nombrar y promover jueces y fiscales, así como evaluar su conducta y desempeño funcional, y sancionar sus inconductas; asuntos que requieren alguna comprensión de lo que es el ejercicio de la función judicial y de la profesión de abogado.

GARCÍA TOMA: El Consejo Nacional de la Magistratura cumple una función fundamental en nuestro sistema de justicia y la inclusión de la participación ciudadana fue un acierto. Pero es una institución todavía joven y los errores que hayan podido cometerse son un componente natural de su maduración. Confiamos en que con la nueva composición del Consejo se abran nuevas posibilidades para esta institución.

PÁSARA: El trabajo de César Bazán Seminario[1] puede ayudar a situar la respuesta sobre bases ciertas y no simples impresiones. En ese estudio empírico se analizó los casos de 48 magistrados destituidos, de los cuales seis destituciones correspondieron a casos de corrupción. ¿Estos resultados son insuficientes? Tal vez, pero sin otro estudio que analice aquello que debió sancionarse y no se hizo, no se puede hablar de fracaso del Consejo Nacional de la Magistratura en la función disciplinaria. Por mucho que el escándalo predomine cuando se trata en los medios el tema judicial, el análisis no puede estar basado en el escándalo.

La participación ciudadana es asunto distinto. Nunca fui partidario de la idea –que sólo en el Perú se ha llevado a efecto– de incrustar representantes de la sociedad civil en los órganos estatales. Ni esta representación, ni la importante presencia de no abogados, parecen haber conducido a la definición de una institución sustancialmente distinta a sus homólogas latinoamericanas. El Consejo Nacional de la Magistratura se ha atenido a formas y contenidos propios de una visión tradicional del profesional de derecho que debe ser juez o fiscal, y se ha revelado limitado para innovar sustancialmente en el desenvolvimiento de las tareas a su cargo. Mucho más efectivo sería que la organizaciones de la sociedad civil interesadas en el tema –organizaciones no gubernamentales, institutos de investigación y asociaciones profesionales– se hicieran cargo del seguimiento de la justicia y desarrollaran una presencia pública a partir de su vigilancia. Sin embargo, este enfoque nos deja sin resolver a satisfacción los límites de una sociedad de tejido social débil, donde las asociaciones profesionales carecen de representatividad efectiva, las universidades han renunciado a sus responsabilidades de investigación en materia de justicia y existen apenas unas pocas Organizaciones no gubernamentales (ONG) que, sujetas a vaivenes financieros, se interesan en el tema.

[1] BAZÁN SEMINARIO, César. "¿Separando la paja del trigo? Destitución de jueces por el Consejo Nacional de la Magistratura entre el 2003 y 2007". Lima: Justicia Viva. 2008.

10. ¿Es factible pensar en mecanismos de participación ciudadana en el sistema de justicia más directos que los actuales? Por ejemplo, en nuestra realidad, ¿es viable incorporar "jueces ciudadanos" (al estilo germánico), que conforman tribunales con los jueces abogados; o un sistema con jurados (al estilo norteamericano)? Por otro lado, ¿podemos pensar en un sistema de elección popular de jueces?

DE BELAUNDE: No creo en la elección popular de jueces. Desde hace tiempo en estados de los Estados Unidos donde rige este sistema, es algo cuestionado. Entre las diversas razones se destacan las vinculaciones que se generan con los financiadores de las campañas electorales.

Respecto a otros sistemas como la de los jueces ciudadanos o escavinos o la de jurados, creo que no se ha hecho un estudio serio en el Perú para evaluar esas posibilidades que vienen de otros sistemas jurídicos. Recientemente se ha publicado un excelente presentación sobre el sistema de los jueces escavinos en Alemania hecha por Hans Jürgen Brandt que recomiendo revisar, máxime cuando existe en el Congreso un proyecto de ley para implantar los jueces ciudadanos. Es algo que me parece interesante pero que no puede ser adoptado ni a la ligera ni en un arranque de populismo.

EGUIGUREN: Nuestro país tiene una importante experiencia en materia de jueces de paz, que incluso es resaltada y tomada como ejemplo en otros países. Creo que esta es la tarea en que mejor pueden participar ciudadanos no abogados, impartiendo soluciones justas y equitativas a conflictos que muchas veces no tienen gran complejidad jurídica-técnica, pero si, indudable importancia para amplios sectores de la población. Son ámbitos donde el sentido común, la capacidad para componer discrepancias y restablecer la paz social, tienen mayor importancia que la aplicación de leyes o códigos.

Lamentablemente, durante muchos años, la tendencia del Poder Judicial ha sido sustituir progresivamente a estos jueces no abogados por profesionales del Derecho, quienes terminan desvirtuando la función esencial de la justicia de paz.

Pero no podemos desconocer que el Derecho y la profesión legal son cada día, como toda profesión, mas especializados y técnicos. De allí que no creo que para la resolución de asuntos de mayor complejidad jurídica sea factible ni útil incluir a jueces no abogados.

La institución del Jurado no tiene tradición en nuestro país y dudo que pueda resultar eficaz, por la poca cultura cívica y solidez institucional que nos aqueja, más aun en una sociedad donde se percibe altos grados de tolerancia a la corrupción.

La elección popular de los jueces creo que se encuentra justificada a nivel de la justicia de paz, donde la población pueda elegir a aquella persona que inspira respeto y prestigio ante la colectividad, que confía en el desempeño justo y honorable de su función. Pero considero que sería muy perniciosa la elección popular en otros niveles de la judicatura. Porque para acceder a un cargo de elección popular, hay que invertir en gastos de campaña, por lo que válidamente tendríamos que preguntarnos quiénes pueden estar interesados en realizar estas inversiones y cómo esperan recuperarlas después de obtener el cargo. Puede favorecer el establecimiento de vínculos de dependencia del futuro magistrado con quienes aportaron recursos a su campaña y los utilicen como instrumentos dotados de autoridad para servir a sus intereses.

GARCÍA TOMA: No debemos olvidar, en principio, que un aparato jurisdiccional de determinado país responde a la cosmovisión de cada tipo de sociedad o población. En ese sentido, al ser nuestro derecho nacional una influencia de la tradición romanista del Derecho, la mayoría de veces nos hemos negado a la inclusión de jueces populares.

Además de ello, nuestra propia Constitución Política, en su artículo 138, establece categóricamente que la potestad de administrar justicia proviene del pueblo y lo ejerce el Poder Judicial (es decir jueces especializados formados necesariamente en las escuelas de Derecho) De esta forma, la participación ciudadana en la administración de justicia (de manera indirecta) está dentro de nuestro sistema.

Incorporar ciudadanos en la toma de decisiones judiciales es un elemento que acerca a la población a la administración de justicia pero, a su vez, tiene la desventaja de que no puede exigirse motivación en la sustentación de los hechos probados.

En realidad, el prestigio de la administración de justicia en países que han incorporado el sistema de jurados, como Estados Unidos, radica en el hecho de que han tenido un Poder Judicial integrado por los mejores profesionales.

PÁSARA: De nuevo estamos ante la tentación de inventar, o copiar, instituciones para resolver aquellos problemas que son propios de nuestra realidad y que no hemos sabido o podido resolver. Cuando no podemos hacer que una institución funcione, en lugar de preguntarnos por qué, optamos por cambiarla y traer una que funcionó en algún lugar o, peor, alguna que ni siquiera ha sido probada. ¿Qué hace pensar que los ciudadanos podrían ser mejores jueces o conformar jurados inobjetables?

La experiencia que hay en el Perú con la justicia de paz –que tiene el mayor número de jueces del país y atiende el mayor número de causas, pero a la que prestamos poca atención– muestra una solución peruana que puede considerarse satisfactoria –así la consideran los usuarios– pero que difícilmente se podría trasladar a otra realidad. El fracaso de la institución en Colombia y Venezuela, donde ha sido introducida hace unos años, así lo demuestra.

En cuanto a la elección de jueces, la consiguiente partidización y, lo que es peor, la introducción de grupos de interés que financian las campañas electorales –por ejemplo, en los estados de Estados Unidos que eligen a jueces y fiscales– probablemente hagan de esta fórmula un remedio peor que la enfermedad. La aventura política en la que se ha embarcado Bolivia, que incluye el experimento de elegir a los jueces, pronto habrá de corroborar o corregir esta tesis.

La alternativa de la justicia privada

11. El arbitraje ha demostrado ser una excelente alternativa para las grandes empresas (en algunos casos, incluso el propio Estado no contrata sin pactar una cláusula arbitral). ¿Esto genera una competencia positiva con el Poder Judicial? Es decir, ¿el buen funcionamiento de la justicia privada ha generado algún incentivo para un mejor funcionamiento del Poder Judicial? Por otro lado, ¿es posible (y deseable) generar opciones de arbitraje accesibles a más personas, a menores costos?; ¿debería el Estado subsidiar el arbitraje de quienes no pueden pagarlo?

DE BELAUNDE: No creo que el arbitraje sea una competencia para la justicia ordinaria. Creo en la complementariedad. El positivo desarrollo del arbitraje demuestra que la búsqueda de una justicia certera, confiable y más rápida es una necesidad social. Hasta el momento el número de laudos anulados por el Poder Judicial es bajo; los jueces vienen siendo respetuosos de lo que se decide en los arbitrajes. Creo que no sólo porque en general los árbitros vienen siendo cuidadosos, sino porque los jueces saben que tienen en el arbitraje un mecanismo eficaz de descongestión de sus despachos.

Creo que es importante acercar el arbitraje a más gente. En ese sentido el Ministerio de Justicia con la primera gestión de la Dra. Rosario Fernández echó a andar el programa de Arbitraje Popular, la idea era lograr un arbitraje más accesible al ciudadano común y corriente. Sería muy importante que el compromiso por el desarrollo del Pro-Bono se conectara con esta iniciativa. El arbitraje es en gran medida lo que son los árbitros. Creo que sería muy importante que los abogados más destacados del Perú por sus conocimientos y práctica profesional y magisterio ético, puedan comprometer pro-bono ser árbitros dentro de este sistema de arbitraje popular. Sería algo muy importante y algo que desde los estudios de abogados comprometidos con la Declaración Pro-Bono para las Américas bajo la coordinación de Ciudadanos al Día, se vino tratando con el Ministerio de Justicia.

Creo más en una iniciativa como ésta que conecte dos esfuerzos por facilitar el acceso a la justicia que en un arbitraje subsidiado por el Estado.

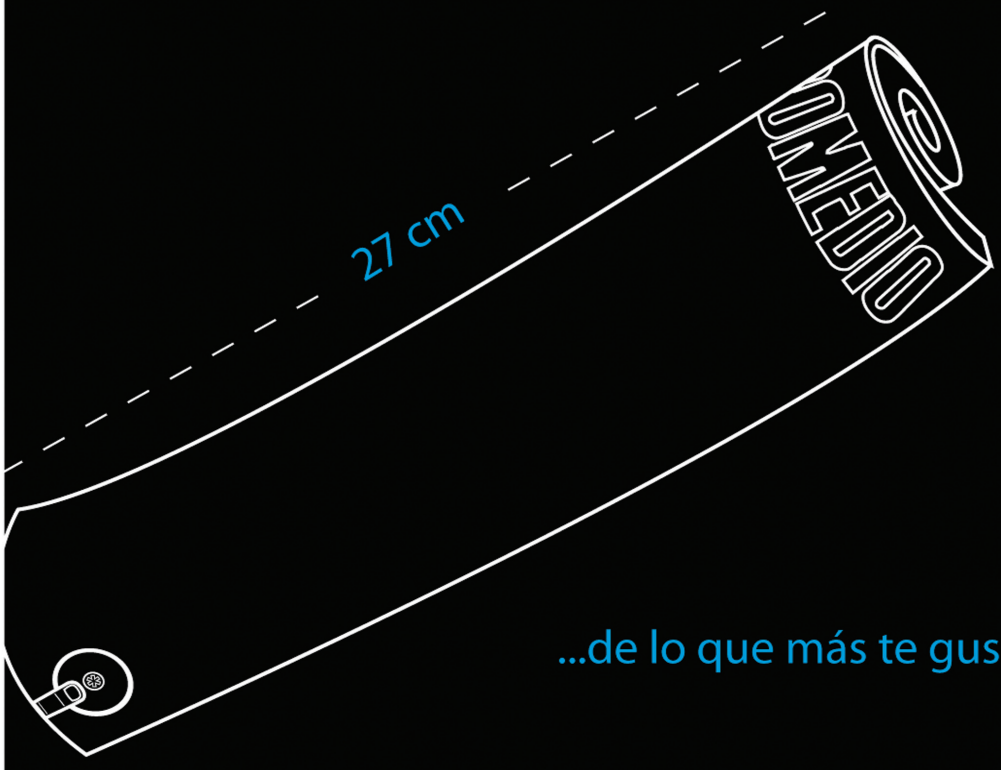
EGUIGUREN: Creo que el arbitraje ha resultado ser mayormente positivo y eficaz frente al sistema judicial ordinario, pero tampoco se trata de exagerar sus méritos o resultados, ni de ocultar sus deficiencias o distorsiones. Su principal aporte es ofrecer una solución jurídica más rápida y de mayor solvencia técnica frente a las controversias. Pero ello depende de la calidad profesional e imparcialidad de los árbitros que se designan y ello no siempre se da. Es conocido dentro del arbitraje la existencia de muchos arbitrios que entienden que su papel es actuar como un abogado encubierto de quien lo designa. Y un juez o un árbitro carentes de imparcialidad, son igualmente repudiables.

El arbitraje resulta más adecuado para resolver asuntos que requieren mayor especialidad jurídica y que tienen contenido esencialmente patrimonial. Por ello no creo que se trate de una figura a extender mecánicamente hacia todo tipo de conflictos. Hay asuntos que sin duda serán mucho mejor resueltos a nivel de la justicia de paz, si esta funciona adecuadamente. También mediante mecanismos como la conciliación. El arbitraje suele tener un costo relativamente elevado, a veces excesivo, que no justifica su ampliación a cualquier ámbito del Derecho ni menos que el Estado lo solvente. El arbitraje no puede perder su carácter voluntario para las partes, el grado de confianza que puedan inspirar los árbitros en cuanto a su capacidad jurídica en los temas a resolver y su rectitud de conducta.

Puede afirmarse que, cada vez más, se ha ido produciendo una suerte de "reparto" de materias entre lo que se lleva a arbitraje o se somete al sistema judicial. Por ello no creo que exista una real competencia entre ambos, sino un cierto reparto material. El arbitraje suele brindar una solución adecuada a las partes que lo utilizan y solventan, pero no tiene ni puede tener el carácter masivo del tipo de causas que llegan al Poder Judicial. Por eso, la transformación y mejora de nuestro sistema judicial resulta apremiante, porque a él acuden la mayoría de personas y casos. Mal podría el arbitraje asumir muchos de estos asuntos, tanto por los costos económicos que estos procesos suelen irrogar a las partes, como por la temática especializada que abordan.

GARCÍA TOMA: Sin duda, el arbitraje hoy en día ha cobrado gran protagonismo. Y es que se trata de un mecanismo que soluciona los conflictos con celeridad y por un profesional en quien las partes han depositado su confianza, lo que garantiza la imparcialidad del proceso. A su vez, permite la descongestión de la carga procesal del Poder Judicial. El problema, hasta ahora, ha sido su alto costo, por lo que se ha focalizado en las grandes empresas. Esto no tiene por qué ser así, en este sentido, el Ministerio de Justica está propulsando el programa Arbitra-Perú que permite democratizar el acceso al arbitraje a la gente de a pie. Sin embargo, la labor del Estado no debe quedar ahí, el óptimo al que debemos aspirar es a un Poder Judicial eficiente y legitimado, pero es un trabajo de largo plazo que no debemos dejar de lado.

PÁSARA: El arbitraje no compite con el Poder Judicial porque éste tiene cautiva una clientela masiva que no puede pagar aquello que los árbitros cuestan. Si el Estado ha montado un sistema de justicia, podría diversificar sus opciones pero no tendría sentido que subsidie la impartición de justicia privada. Una evaluación seria de los mediadores –que al parecer han facilitado poco las soluciones y han alargado y encarecido los procesos– nos haría ver las posibilidades pero también los límites de la privatización de la justicia. Que cuando se entiende sólo como negocio particular, como en el caso de los mediadores, no conduce a nada bueno.



...de lo que más te gusta

DEDOMEDIO
EL PLACER ES TUYO
En kioscos y supermercados.

Suscríbete a Dedomedio por solo S/. 75 al año (pago único). Llama al 255-8628. www.dedomedio.com

Inchcape
Shipping Services



Sus socios para el éxito

Panez, Chacaliaza & Asoc. es firma miembro de RSM International, la sétima 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.

EL DERECHO DEL ESPACIO EXTERIOR Y EL FUTURO DE LA HUMANIDAD[*]

Michael S. Dodge[**]

Luego de cuarenta años de la llegada del hombre a la luna, la exploración y la utilización del Espacio (incluso como objetivo turístico) se ha vuelto cada vez más común, cumpliendo con un sinnúmero de funciones esenciales para el desarrollo de la humanidad como la conocemos hoy. En este contexto, resulta de vital importancia conocer los factores que gobiernan el Derecho Espacial, una rama especializada que combina elementos del Derecho Internacional y del Derecho Aeronáutico.

En lo que constituye la publicación de un artículo totalmente innovador en nuestro lado del globo, el primer graduado especializado en Derecho Espacial del mundo escribe para THEMIS-Revista de Derecho, explicando el motivo y la importancia del Derecho Espacial, e indicando cuáles son los problemas que hoy en día ponen en peligro nuestra utilización de este importante recurso, en el cual –sostiene– yace el futuro de la humanidad.

[*] El presente artículo fue escrito originalmente bajo el título "The Law of Outer Space and humanity's future". La traducción fue realizada por Mariano Peró, director de la comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos al doctor Aldo Reggiardo, abogado, Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Nueva York, ex-miembro de THEMIS y socio de Payet, Rey, Cauvi Abogados, por la supervisión de la traducción.

[**] Abogado por la Universidad de Mississippi. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de McGill con el Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial. Asistente del Consejo de Investigación del National Center for Remote Sensing, Air, and Space Law. *Boeing Fellow in Air and Space Law*.

La civilización humana requiere del ejercicio del Derecho, tanto para constreñir nuestras proclividades más salvajes como para formar positivamente las interaccione sociales. A nivel local, esta necesidad es facilitada por la regulación doméstica, pero internacionalmente un rama de Derecho especial ha sido desarrollado a través de los años para dirigir las variantes y únicas exigencias de las interacciones multiestatales. El Derecho Internacional pretende equipar a los Estados para manejar apropiadamente las dificultades legales que se originan en el contexto de la interacción Estado a Estado. El Derecho Espacial[I] es una rama relativamente nueva del Derecho Internacional, y tiene como objetivo guiar la exploración y el gobierno de la existencia de la humanidad en el Espacio Exterior. Como con otros campos del régimen legal internacional, el Derecho Espacial confronta los juicios y las tribulaciones del Derecho Internacional y las formaciones de política; sin embargo, su naturaleza única lo convierte en una fuente tanto de fascinación como de frustración. Es fascinante porque toca casi cada aspecto del Derecho Internacional y muchos temas que, a primera vista, pueden parecer no estar relacionados con asuntos legales o, como mucho, sólo tangencialmente relacionados. Estos aspectos incluyen preocupaciones en el Espacio, tales como necesidades de propiedad (tanto real como intelectual), penales, ambientales y humanitarias, y temas terrestres como las telecomunicaciones y la responsabilidad por daños a personas y bienes en la Tierra, por parte de naves errantes. Es frustrante, por otro lado, debido a su naturaleza un tanto vaga, que es un problema agravado por la condición adolescente y de rápida evolución de la expansión de la humanidad en el Espacio. Si bien la legislación en la Tierra es un precedente para guiar a los legisladores y a la judicatura, el Espacio es un ámbito al que pocos han ido antes, y como tal hay muchas preguntas sin respuesta en torno a la extensión de la ley fuera de las fronteras de la atmósfera. Este artículo es un intento de exponer tanto la naturaleza del Derecho Espacial y los temas íntimamente afectados por su aplicación. Dado que la cantidad de temas implicados es tan vasta, el ensayo discutirá la mayoría de estos en la forma más breve. Sin embargo, mientras que la primera parte del ensayo está diseñado para dar el alcance y la aplicación del Derecho Espacial, la segunda parte está diseñada para dar un ejemplo más profundo de la utilización del Derecho Espacial, tanto a nivel nacional como internacional.

Explicar en extenso la gran cantidad de temas relacionados con el régimen espacial consumiría mucho más espacio del asignado para este artículo. No obstante, sería beneficioso tocar los temas relevantes para propósitos edificatorios. En primer lugar, las preguntas sobre la naturaleza del Derecho Espacial y su efecto en la población general son examinados. En segundo lugar, un análisis de la soberanía servirá para la discusión sobre el régimen único creado por las fuentes del Derecho Espacial. En seguida, las fuentes del Derecho Espacial son discutidas y revisadas, con énfasis en el régimen de tratados de las Naciones Unidas. La segunda parte del artículo delimita el ámbito de la discusión enfocándose en una cuestión particularmente urgente en la protección ambiental del entorno espacial. Específicamente, el problema de la "basura espacial", o desechos orbitales, es analizado con la mirada puesta en los medios por los cuales la regulación procesal local puede mejorar una situación en deterioro.

I. DERECHO ESPACIAL

A. Cuestiones generales

¿Qué es, exactamente, el Derecho Espacial? Como se mencionó anteriormente, es una rama especializada del Derecho Internacional que se ocupa de los asuntos jurídicos de las actividades humanas en el Espacio. Hay varios métodos por los cuales las leyes que regulan el Espacio pueden ser creadas. El principal de ellos es el régimen de tratados del Espacio, que es una serie de cinco tratados internacionales creados por las Naciones Unidas. Estos tratados se han dado a conocer como el Tratado del Espacio Exterior[1], el Acuerdo de Rescate y Retorno[2], el Convenio de Responsabilidad[3], el Convenio de Registro[4] y el Tratado de la Luna[5]. De estos, sólo los cuatro primeros han sido ampliamente adoptados, mientras que ciertas disposiciones del Tratado de la Luna han demostrado ser un obstáculo para su aceptación por la comunidad mundial. También hay tratados y reglamentos que rigen diversas materias, desde la colocación de armas nucleares en el Espacio[6] hasta el uso de telecomunicaciones[7].

I Nota del traductor: En esta edición utilizaremos indistintamente los términos "Derecho Espacial" y "Derecho del Espacio" para referirnos al *Space Law* o *Law of Outer Space*, al ser ambas acepciones aceptadas por la doctrina; y según su uso y fidelidad al original del autor.

1 Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies. 27 de enero de 1967. 18 U.S.T. 2410, 610 U.N.T.S. 205.

2 Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts, and the Return of Objects Launched into Outer Space. 22 de abril de 1968. 19 U.S.T. 7570, 672 U.N.T.S. 119.

3 Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects. 29 de marzo de 1972. 24 U.S.T. 2389, 961 U.N.T.S. 187.

4 Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space. 12 de noviembre de 1974. 28 U.S.T. 695, 1023 U.N.T.S. 15.

5 Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies. 1363 UNTS 3.

6 Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water. 480 U.N.T.S. 43.

7 Principles Governing the Use by States of Artificial Earth Satellites for International Direct Television Broadcasting. Documentos de las Naciones Unidas. A/RES/37/92 del 10 de diciembre de 1982, y A/37/PV.100 del 17 de diciembre de 1982.

Antes de emprender un análisis más profundo de estos instrumentos, puede ser fructífero abordar algunas de las preguntas más comunes en torno al Derecho Espacial. Puesto que ya he discutido brevemente qué es el Derecho Espacial, la siguiente pregunta podría ser ¿por qué es necesario? O tal vez, ¿cómo afecta la vida cotidiana? Una de las preguntas más críticas, en mi opinión, es la cuestión respecto del límite entre el Derecho Aeronáutico y el Derecho Espacial. En pocas palabras, ¿dónde empieza el Derecho Espacial y hasta dónde se extiende?

Mientras que las personas en la Tierra están típicamente vinculadas con cuestiones terrestres, no se dan cuenta que sus objetivos a menudo son ayudados por las actividades de la humanidad en el Espacio. El Derecho Espacial es importante porque ciertamente afecta la vida cotidiana y la rentabilidad de los negocios. Gran parte de la televisión y otras transmisiones digitales son canalizadas a la Tierra a través de enlaces vía satélite en el Espacio, y la comunicación por telefonía móvil, respecto del a cual el mundo se ha vuelto tan dependiente, requiere de satélites artificiales colocados en la órbita de la Tierra. Sólo imaginando el caos, confusión y pérdida de ganancias resultante de un "apagón" de la telefonía celular podría evidenciar la importancia de los activos ubicados en el Espacio, que hacen viable dicha tecnología. En diversos grados, el Derecho Espacial se refiere a las preguntas acerca de quién posee los activos ubicados en el Espacio, en qué medida existen los derechos de propiedad en el Espacio, y qué obligaciones tienen los individuos y los Estados respecto de otros individuos o Estados cuya población y territorio puede verse afectado, negativa o positivamente, por la utilización de tales activos. La capacidad de las estaciones meteorológicas para pronosticar también es afectada por las imágenes satelitales, como lo son las aplicaciones que utilizan imágenes de percepción remota para formar fotos usadas para fines agrícolas, militares y para otros fines científicos.

Si el Espacio es un recurso que beneficia al mundo, uno debe preguntarse cómo el Espacio es utilizado por los Estados capaces de ir más allá de la atmósfera. Después de todo, ¿hemos de compartir el Espacio o debemos trazar líneas de propiedad, como en la Tierra? ¿Pueden los Estados reclamar territorio en el Espacio, poseyendo cuerpos celestes como la Luna? La respuesta corta es que los Estados no pueden reclamar posesión de territorio en el Espacio, puesto que se presume que el Espacio y sus cuerpos celestes se encuentran disponibles para toda la humanidad. La naturaleza de la posesión en la Tierra, que a menudo incluye el concepto de que el primero en descubrir tiene derecho de poseer, es un método que no está disponible en el Espacio. La posesión mediante conquista tampoco es un medio viable para la propiedad en el Espacio. El Tratado del Espacio Exterior nos informa que el Espacio "será la providencia de toda la humanidad… [y que el] Espacio Exterior, incluyendo la Luna y otros cuerpos celestes, estarán abiertos para su exploración y utilización por todos los Estados sin discriminación de ningún tipo, en base a la igualdad y de conformidad con el Derecho Internacional, y habrá libre acceso a todas las áreas de los cuerpos celestes"[8].

B. Soberanía y la delimitación del Espacio

Lo esencial para cualquier discusión sobre el Derecho Espacial es el entendimiento de dónde exactamente empieza el Espacio. Esto es importante porque los regímenes jurídicos que rigen el espacio aéreo y el Espacio Exterior son muy diferentes, siendo la aviación sometida a las leyes terrestres de soberanía, y el Espacio quedando liberado de tales limitaciones. De hecho, la devaluación de la soberanía como fuerza gobernante para las actividades espaciales es quizás el mayor logro de los redactores del Tratado del Espacio Exterior. Estos redactores se dieron cuenta que si bien la soberanía era un componente importante de la interacción multiestatal, los peligros asociados a reclamar soberanía en el Espacio eran inaceptables para el futuro de la humanidad –por lo menos fuera de las fronteras de la atmósfera. La soberanía, en el contexto aquí empleado, es la noción de que la tierra o aire puede ser poseído por un Estado en una forma de propiedad donde el propietario –el Estado– tiene completo y exclusivo control de la propiedad. En el caso de la tierra, las limitaciones geográficas y políticas son generadas por diversos medios (guerra, pretensión de derecho por descubrimiento, etc.), y en el aire estos derechos generalmente siguen las limitaciones de la tierra (es decir, aunque el aire no es un elemento estático como la tierra, el espacio aéreo sobre tierra soberana es, en sí, una posesión soberana). De hecho, la noción de espacio aéreo soberano fue consagrada en los dos más influyentes instrumentos legales de aviación pública internacional, la Convención de Paris de 1919 y la Convención de Chicago de 1944[9]. Sin perjuicio de la aplicación de la soberanía al emergente campo de la aviación, este método de adquisición fue expresamente prohibido por

8 Artículo I del Tratado del Espacio Exterior.

9 Véase: Paris Convention for the Regulation of Aerial Navigation. 13 de octubre de 1919. 11 L.N.T.S. 173; y Convention on International Civil Aviation. 7 de diciembre de 1944. 61 Stat. 1180, 15 U.N.T.S. 295.

el Tratado del Espacio Exterior, el cual señaló que "el Espacio Exterior, incluyendo la Luna y otros cuerpos celestes, no se encuentra sujeto a la apropiación nacional por reivindicación de soberanía, a través del uso o la ocupación, o por cualquier otro medio"[10].

El Espacio es una *res communis*. Esto es, el Espacio es un recurso que pertenece a toda la humanidad, con independencia de cuáles Estados son los primeros en llegar a él, o cuáles Estados tienen el poder monetario y tecnológico para establecer una presencia allí. De hecho, el Tratado del Espacio Exterior garantiza el derecho de todo Estado para libremente explorar, utilizar e investigar científicamente el Espacio, incluyendo la Luna y todo otro cuerpo celeste[11]. La decisión de la comunidad internacional a negarse a extender la soberanía al Espacio es bastante innovadora, ya que representa una elección consciente para comprender la naturaleza de estos vastos espacios de existencia cuyo lugar en relación con la propiedad humana se resuelven previamente, en lugar de después de los hechos. Eso es, en lugar de que el Derecho Internacional deba ponerse al día con las actividades de los humanos en la Tierra en su conquista o descubrimiento de territorios, sólo más tarde, reconociendo que se trataba de métodos mediante los cuales se establecía la soberanía, se tomó la decisión de aplicar primero la ley, evitando así aplicar la costumbre. Durante un tiempo no estaba claro cómo el Espacio sería considerado por la ley. Dado que el Espacio era una nueva frontera para la exploración y el desarrollo, había debate respecto de qué tipo de fundamentos jurídicos debían aplicársele. A pesar de que la *res communis* fue eventualmente seleccionada, difícilmente era la única opción. Otra opción destacada, y que algunos todavía sostienen que debería ser adoptada, es la de *res nullius*, que significa "la cosa pertenece a nadie". Dado que el Espacio inicialmente no pertenecería a nadie bajo la *res nullius*, algunas interpretaciones permitirían a los Estado a reclamar soberanía sobre territorio en el Espacio –de la forma en que las islas deshabitadas sobre la Tierra a menudo han sido reclamadas por el primer Estado en descubrirlas. En última instancia, esta interpretación de la naturaleza jurídica del Espacio fracasó y la *res communis* ha sido el principio fundamental desde entonces.

Finalmente, pues, debido a que los regímenes jurídicos que rigen el aire y el Espacio son radicalmente diferentes, determinando la línea en donde comienza el Espacio es jurídicamente esencial. Múltiples teorías han sido propuestas para el límite, y la decisión sobre dónde colocar la línea divisoria entre el aire y el Espacio ha sido objeto de debate desde dos campos principales.

"La línea demarcatoria se divide esencialmente en dos campos. El primero es el de los espacialistas[II], que desean definir una línea estable y constante por la cual juzgar la transición del régimen del aire al régimen del Espacio. El segundo es el del los funcionalistas, que creen que no debe haber una línea sólida que defina el Espacio; sino que los vehículos deberían ser adjudicados de acuerdo con el régimen que mejor se adapte a su función. Así, si una embarcación opera sólo en el aire, como un 747, el Derecho Aeronáutico debe regir. Del mismo modo, si una embarcación está diseñada para trabajar en el Espacio, como un cohete lanzando un satélite, el Derecho Espacial debería regir. El enfoque funcionalista permite una mayor flexibilidad de la tecnología en constante evolución, ya que cualquier línea trazada por el enfoque espacialista podría convertirse en una carga en caso fueran desarrolladas ciertas embarcaciones que pudieran desafiar los límites de la línea. Por otro lado, el campo funcionalista se enfrenta a problemas con la posibilidad de que fuera desarrollado un vehículo que poseyera la habilidad de funcionar por completo tanto en el aire como en el Espacio"[12].

Por lo tanto, no parece haber una respuesta fácil a esta pregunta. De hecho, puede que ni las grandes potencias espaciales deseen identificar la delimitación del aire y el Espacio, ya que dicha determinación intrínsecamente limitaría su poder soberano. Por otro lado, estados como el Reino de Jordania han señalado que "[l]a no definición del Espacio Exterior dará lugar a la ambigüedad en las leyes y convenios pertinentes. Más aun, la delimitación del Espacio Exterior será útil para el concepto de soberanía nacional, colocando a los Estados en pie de igualdad ante el Derecho Internacional"[13]. Con la evolución de la industria del turismo espacial, y con *SpaceShipTwo* poten-

[10] Artículo II del Tratado del Espacio Exterior.

[11] Artículo I del Tratado del Espacio Exterior.

[II] Nota del traductor: El autor los denomina "*spatialists*". Creemos que "espacialistas" es la traducción más aproximada.

[12] DODGE, Michael. "Sovereignty and the Delimitation of Airspace: A Philosophical and Historical Survey Supported by the Resources of the Andrew G. Haley Archive". Journal of Space Law 35. Un ejemplo posible, traído de la ciencia ficción, son las naves espaciales de "Star Trek".

[13] U.N. Comm. on the Peaceful Uses of Outer Space (COPUOS), Note by the Secretariat, Addendum, "Questions on the Definition and Delimitation of Outer Space: Replies from Member States", 11, U.N. Doc. A/AC.105/889/Add.1 (21 de enero de 2008). Disponible en: http://www.unoosa.org/pdf/reports/ac105/AC105_889Add1E.pdf.

cialmente llevando turistas hasta el borde del espacio en el futuro próximo, la cuestión de la delimitación es bastante pertinente[14]. ¿Qué ocurre si un turista se lesiona en el vuelo? ¿Se aplicarán las condiciones legales establecidas por la aeronáuticamente basada Convención de Montreal de 1999[15] a la parte perjudicada, o se emplearán los términos del Convenio de Responsabilidad? Estas son sólo algunas de las cuestiones para las que sería mejor saber cuándo aplicar el Derecho Espacial a un caso legal.

C. Tratados de Derecho Espacial

Antes de proceder a un ejemplo más específico de cómo el Derecho Espacial afecta la vida en la Tierra, es pertinente efectuar una breve explicación de la función de cada uno de los tratados espaciales.

1. El Tratado del Espacio Exterior

El primer tratado de Derecho Espacial en ser desarrollado fue el Tratado del Espacio Exterior. Sirve como el fundamento del Derecho del Espacio, y sirvió de base para los cuatro tratados que le siguieron. El Tratado del Espacio Exterior establece que el Espacio debe ser utilizado con fines pacíficos y que es una zona libre, abierta al uso y exploración de todos –a excepción de que también niega la aplicación de la soberanía sobre el Espacio o sus cuerpos celestes[16]. El artículo IV prohíbe la colocación de armas de destrucción masiva (incluyendo armas nucleares) en el Espacio, y prohíbe las maniobras militares y pruebas de armas[17]. El artículo V deja claro que los astronautas deben ser considerados como los "enviados de la humanidad", y que si aterrizan en el territorio de un Estado que no es el propio, deben ser rápidamente devueltos al Estado correspondiente[18]. Los artículos VI y VII hacen que el Estado sea responsable en el Espacio por sus acciones nacionales, prevé que la compensación debe reparar los daños causados por un Estado a otro[19]. El Tratado del Espacio Exterior también establece que los Estados deberán consultar los unos con los otros si sus actividades espaciales pueden provocar interferencias con el desarrollo de las actividades de otros Estados[20]. Un ejemplo de esto podría ser la acción reciente de los Estados Unidos de América, en la que destruyó uno de sus satélites oscilantes. Los Estados Unidos informaron por adelantado a la comunidad mundial de la interceptación y destrucción del satélite, llamado *U.S. 193*, posiblemente en cumplimiento con el artículo IX del Tratado del Espacio Exterior. Por otra parte, no está claro si la declaración de intención de los Estados Unidos fue suficiente para cumplir las disposiciones del artículo IX. En cualquier caso, esa interceptación satelital, así como la prueba antisatélite[III] anterior realizada por el gobierno chino contra su satélite *Fengyuan 1C*, demuestran la importancia que el Derecho Espacial tiene respecto de su aplicación al mundo real. Debido a la dependencia en los satélites que tienen la mayoría de los Estados (para las comunicaciones, el clima, militar y otros fines), un ataque antisatélite podría paralizar las funciones normales de gobierno. El Tratado del Espacio Exterior ayuda a prevenir la ocurrencia de tal suceso. Más de 120 Estados, incluyendo el Perú, son signatarios o partes del Tratado del Espacio Exterior.

2. El Acuerdo de Rescate y Retorno

El Acuerdo de Rescate y Retorno fue el segundo tratado especial, y su función principal fue prever las necesidades de los astronautas o cosmonautas en situaciones de emergencia. Establece que si el personal de una nave espacial se ve obligado por "accidente, peligro, emergencia, o aterrizaje involuntario…" a llegar al territorio de un Estado Suscriptor que no es el Estado de origen del personal, entonces el Estado Suscriptor "adoptará de inmediato todas las medidas posibles para rescatarlos y proporcionarles la asistencia necesaria"[21]. Además, el personal deberá ser prontamente devuelto a la autoridad de lanzamiento (Estado) del cual vino[22]. La nave espacial o sus partes también deberán ser devueltas a la autoridad de lanzamiento, aunque esta última pueda tener que otorgar información necesaria para el envío al Estado recuperante y hacerse responsable por los costos asociados a la recuperación (cuando dicha recuperación es

14 SCHWARTZ, John. "Entrepreneur Reveals new Tourist Spacecraft". Disponible en http://www.nytimes.com/2008/01/23/science/space/23cnd-spaceship.html?_r=1&hp

15 La Convención de Montreal de 1999 fue una convención diseñada para reemplazar el régimen de Varsovia como el tratado legal dominante que rigiera el tratamiento de los individuos heridos o muertos sobre las aeronaves durante los vuelos internacionales.

16 Artículo II del Tratado del Espacio Exterior.

17 Artículo IV del Tratado del Espacio Exterior.

18 Artículo V del Tratado del Espacio Exterior.

19 Artículos VI-VII del Tratado del Espacio Exterior.

20 Artículo IX del Tratado del Espacio Exterior.

III Nota del traductor: en inglés, *ASAT*.

21 Artículo II del Acuerdo de Rescate y Retorno.

22 Artículo IV del Acuerdo de Rescate y Retorno.

iniciada a pedido de la autoridad de lanzamiento, o cuando la autoridad de lanzamiento pide la devolución de la nave espacial)[23].

3. El Convenio de Responsabilidad

Sabiendo que la exploración y utilización del Espacio Exterior es un evento riesgoso, y creyendo que un accidente podría ocurrir algún día, los redactores de los convenios del Espacio crearon el Convenio de Responsabilidad. Este convenio prevé la indemnización a las partes perjudicadas cuyo daño fue causado por un objeto espacial o sus partes componentes[24]. El régimen de indemnización no fue establecido en términos monetarios específicos; sin embargo, el Convenio de Responsabilidad sí prevé que los daños causados por objetos espaciales sobre la superficie de la Tierra, o a aeronaves en vuelo, serán compensados bajo un esquema de responsabilidad absoluta[25]. Los daños causados en el Espacio Exterior deben ser compensados a través de un esquema de negligencia; y si las naves espaciales de dos Estados colisionan, consiguientemente dañando la propiedad de un tercer Estado, entonces los dos primeros Estados son conjunta y solidariamente responsables por los daños[26]. La indemnización se determinará de acuerdo a los principios de equidad y del Derecho Internacional[27]. El Convenio de Responsabilidad estuvo cerca de ser utilizado en 1978, cuando el satélite soviético *Cosmos 954* chocó contra la Tierra en el Estado de Canadá. Después de este suceso, los canadienses gastaron millones de dólares limpiando el daño ecológico causado por el satélite, y pudieron haber requerido, a través del Convenio de Responsabilidad, que la Unión Soviética pagara por la limpieza bajo el esquema de responsabilidad absoluta (dado que el daño se produjo en la Tierra). Sin embargo, los Estados entraron en negociaciones y resolvieron el caso por tres millones de dólares (canadienses)[28].

4. El Convenio de Registro

El Convenio de Registro proporciona un medio por el cual la comunidad especial puede mantener un seguimiento de aquello que los Estados están poniendo en órbita. Este convenio requiere que el Secretario General de las Naciones Unidas mantenga un registro de objetos espaciales, y prevé que cierta información deba ser proporcionada por los Estados que realizan los lanzamientos, respecto de sus objetos espaciales[29].

5. El Tratado de la Luna

El Tratado de la Luna fue el último tratado en ser elaborado, y no ha sido bien recibido. Tal vez en un esfuerzo por crear un futuro más equitativo para los Estados de la Tierra, el tratado contiene algunas disposiciones que son controversiales, lo cual es probablemente el motivo de su escasa ratificación. A modo de ejemplo, el Artículo 11 dispone que los Estados acordarán establecer un régimen internacional mediante el cual los recursos de la Luna serán extraídos, y señala que estos recursos deben ser compartidos equitativamente con *todos* los Estados que son parte del tratado. En otras palabras, si la Federación Rusa estableciera una base en la Luna para extraer un recurso valioso, estaría obligada a compartirlo (o los beneficios derivados del mismo) con todos los Estados partes, incluyendo los Estados que contribuyeron con ningún esfuerzo –pecuniario u otro– a la extracción del recurso[30]. Sería una forma de redistribución forzada de la riqueza, y puesto que los Estados que podrían costear construir una base sobre la Luna no desean gastar los necesarios billones o trillones de dólares requeridos para hacerlo, para luego encontrar que cualquier cosa que extraigan debe ser compartida con los demás Estados, tales potencias espaciales se encuentran comprensiblemente reticentes a ratificar el Tratado de la Luna. Aunque las razones por la cuales el Tratado de la Luna no ha tenido éxito son más complicadas que la anteriormente expuesta, este problema de redistribución es, sin duda, uno de los principales aristas para la ratificación del tratado.

II. DERECHO ESPACIAL NACIONAL: LA APLICACIÓN LOCAL DEL DERECHO ESPACIAL

A. Aplicaciones derivadas del Derecho Espacial

Previamente, los conceptos y las realidades del Derecho Espacial fueron brevemente delineados. Sin embargo, el régimen de los tratados es, en gran medida, un ejercicio en el Derecho Internacional, dado que gran parte del Derecho Espacial en el mundo existe a nivel estatal. Así, usted encontrará que la Federación Rusa, el Reino Unido y los Estados Unidos de América, por ejemplo, tienen sus propias leyes nacionales sobre el Espacio.

23 Artículo V del Acuerdo de Rescate y Retorno.
24 Artículo I del Convenio de Responsabilidad.
25 Artículo II del Convenio de Responsabilidad.
26 Artículos III y IV del Convenio de Responsabilidad.
27 Artículo XII del Convenio de Responsabilidad.
28 Ver: http://rescommunis.wordpress.com/?s=Cosmos+954
29 Artículos III y IV del Convenio de Registro.
30 Artículo XI del Tratado de la Luna.

Hay muchas razones por las cuales los Estados desean crear sus propias leyes espaciales, pero generalmente es porque sus propias leyes les permitirán alcanzar un nivel de especificidad que servirá a sus objetivos y políticas estatales. Por ejemplo, si los Estados Unidos quisiera promover el uso comercial del ambiente espacial (según lo permitido por el Tratado del Espacio Exterior), podría diseñar una ley que atraiga a empresas e individuos a participar en la explotación comercial del Espacio. En los Estados Unidos hay una ley que intenta lograr este fin, denominada "Commercial Space Launch Act"[31]. Por lo tanto, a veces las leyes locales o estatales sólo conciernen al mismo Estado.

Sin embargo, a veces estas normas son promulgadas con uno ojo puesto hacia el cumplimiento de una obligación internacional mayor. Un problema que se está volviendo más y más molesto a la comunidad internacional es el de los desechos orbitales. A medida que más satélites u otros objetos espaciales son colocados en la órbita de la Tierra, menos espacio queda disponible para futuros objetos espaciales. El principal problema asociado a estos objetos es que muchos de ellos dejan de ser útiles en algún momento, luego del cual flotan en el Espacio como basura. Esta basura es un peligro constante para la seguridad y bienestar de los seres humanos que estudian el Espacio en la Estación Espacial Internacional. Además, la integridad de los satélites útiles está en peligro, ya que un solo pedazo de escombros podría destruir un satélite en funcionamiento si los dos fueran a colisionar. Trasbordadores orbitales, como el *Trasbordador Espacial* o la cápsula *Soyuz*, podrían ser destruidos si chocaran con desechos espaciales. Los desechos espaciales son, por tanto, un peligro muy presente para el futuro de la humanidad en el Espacio. Como respuesta, se han hecho llamados a crear nuevas normas de Derecho Espacial dirigidas a abordar la cuestión de los desechos, pero la pregunta sigue siendo si sería mejor aplicar un nuevo tratado o si los Estados debieran hacer un esfuerzo por elaborar sus propias legislaciones nacionales para reducir la amenaza de los desechos orbitales.

B. Directrices para la reducción de desechos orbitales: Tratado internacional *versus* directrices nacionales adoptadas voluntariamente

Tal vez la mejor manera de discutir el Derecho Espacial nacional es tomando un ejemplo de los Estados Unidos de América. Dado que los Estados Unidos posee una gran cantidad de normativa espacial nacional, puede servir de ejemplo para un Estado deseoso de promulgar sus propias normas espaciales nacionales. De hecho, gran parte de la normativa espacial nacional de los Estados Unidos se encuentra en el Derecho Procesal y Administrativo, y el ejemplo que sigue resalta este hecho.

A la luz de la forma en que la humanidad se ha involucrado en actividades espaciales hasta el momento, el futuro de la exploración espacial se está plagando de obstáculos. Los Estados que viajan en el Espacio son concientes, desde hace bastante tiempo, de las grandes cantidades de escombros que han sido creados a través de las actividades humanas en el Espacio –ya en 1988 este problema fue reconocido a nivel de política estatal en los Estados Unidos en el decreto sobre Política Espacial de la administración de Reagan[32]. La seguridad de las futuras actividades humanas en el Espacio es primordial, por lo que las directrices respecto de los desechos espaciales son fundamentales y debieran ser abordadas a nivel nacional dentro de un plazo razonable. Dado que las actividades han seguido aumentando los desechos espaciales, el problema que estos representan para la seguridad se ha incrementado. Reconociendo esto, el Comité Coordinador de Agencias Internacionales para el Control de Desperdicios Espaciales (IADC) creó las Directrices de Reducción de Desechos Espaciales para proporcionar a los estados con una herramienta que les permita trabajar en medios legales nacionales para impedir la creación innecesaria y peligrosa de desechos espaciales. Eventos pasados, como el incidente del *Cosmos 954*, y las políticas nacionales, como la Política de Exploración Espacial de los Estados Unidos de América, demuestran la necesidad de la aplicación nacional de directrices respecto de los derechos espaciales. Aunque algunos han sugerido que un tratado internacional de los desechos espaciales podría ser la mejor solución, otros han recomendado que directrices legales a nivel nacional abordarían mejor el problema. En este ensayo se toma la última posición y se sostiene que aunque un tratado internacional pueda sonar como una buena idea, puede verse impedido por obstáculos más fácilmente superados por medidas nacionales adoptadas voluntariamente.

Directrices ya en uso, tales como los Requisitos Procedimentales para Limitar los Desechos Orbitales[33] de la Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio (NASA), y el Manual

31 Commercial Space Launch Act. 49 USC 701.

32 "Presidential Directive on National Space Policy" del 5 de enero de 1988.

33 NASA. "NASA Procedural Requirements for Limiting Orbital Debris". 8715.6. 17 de agosto de 2007.

de Desechos Espaciales de la Agencia Espacial Europea (ESA), proporcionan ejemplos de cómo deberían verse directrices adoptadas nacionalmente. La variedad de ejemplos ilustra la capacidad única de cada Estado que incursiona en el Espacio de prepararse para la reducción de desechos orbitales. Este ensayo sugiere que los Requerimientos Procedimentales de la NASA y las Directrices del Comité Coordinador de Agencias Internacionales para el Control de Desperdicios Espaciales son los mejores modelos a partir de los cuales otros Estados deberían elaborar sus propias normas.

Quizás el mayor problema para las medidas legales contra los desechos orbitales es que no existe una definición totalmente acordada por la comunidad internacional[34]. La pregunta se convierte así en ¿qué son los desechos orbitales?[35] y ¿por qué son un problema? Desde que la humanidad se involucró con el Espacio, ha poblado los cielos con objetos diseñados para realizar diversas funciones. Muchos de estos objetos son satélites hechos por los hombres –objetos utilizados para enviar y recibir información a través de las enormes distancias entre la Tierra y el Espacio. La física planetaria permite a los satélites permanecer en órbita, como efectivamente lo hacen. Por lo tanto, lo que la humanidad coloca en el Espacio normalmente se queda allí. Sin embargo, la vida de algunos satélites eventualmente termina al arder cuando vuelven a entrar en la atmósfera de la Tierra. El resto por lo general se queda donde está en órbita, siguiendo la Primera Ley de Newton (es decir, la Ley de la Inercia). Muchos de estos objetos finalmente dejan de funcionar, sin posibilidades de ser arreglados. Estos objetos, flotando inútilmente y a la deriva por el Espacio, son denominados desechos espaciales[36]. Esta definición se ajusta a la del Comité Coordinador de Agencias Internacionales para el Control de Desperdicios Espaciales, la cual señala que "los desechos espaciales son todos los objetos hechos por el hombre, incluyendo fragmentos y partes de los mismos, que se encuentran en la órbita de la Tierra o reingresando a su atmósfera, y que no son funcionales"[37].

Desafortunadamente, incluso para los objetos que arderán en la atmósfera, el viaje suele ser largo. Dada la posición del satélite, algunos podrán quemarse luego de algunos años de ser posicionados en órbita, mientras que otros podrían tomar cientos, o incluso miles, de años en salir de órbita[38]. Generalmente se cree que el Espacio es un área extensa y abierta, con campo suficiente para cualquier número de objetos que la humanidad necesite enviar en órbita. Sin embargo, los satélites colocados en órbita no son la única fuente de desechos. Si bien es cierto que un satélite difunto, a la deriva por el Espacio, puede tener un efecto devastador sobre cualquier otro objeto que pueda chocar mientras se encuentre en órbita (incluyendo trasbordadores espaciales y la Estación Espacial Internacional), muchas más piezas de escombros son pequeñas partes que han venido de numerosos lugares. Quizás algunas vinieron de naves espaciales, y otras de satélites. Si un satélite es golpeado por otro satélite o alguno de estos objetos, puede dividirse potencialmente en miles de pedazos más pequeños –creando así incluso más desechos. "[C]ada pedazo de desechos involucrado en una colisión produce aun más desechos."[39]

Un trasbordador espacial o la Estación Espacial Internacional podrían ser drásticamente dañados de ser impactados por desechos orbitales. De hecho, escombros de aproximadamente un décimo de milímetro pueden pinchar el traje de un astronauta, y escombros de aproximadamente cinco milímetros de largo podrían penetrar la cabina de tripulación de un trasbordador[40]. La enorme cantidad de escombros es asombrosa. Los dos primeros meses de 2007 registraron un incremento de desechos de 32%[41]. En el pasado, las pruebas antisatélite de los Estados Unidos y la Unión Soviética crearon parte de estos escombros, pero una porción de los desechos más recientes se atribuyen a la destrucción por parte de China,

34 REYNOLDS, Glenn H. y Robert P. MERGES. "Outer Space: Problems of Law and Policy". 1997.

35 Algunas veces "desechos espaciales" es el término común, pero para propósito de este ensayo el término "desechos orbitales" será utilizado. Cuando el primer término sea visto en el artículo debe ser equiparado al segundo.

36 TAN, David. "Towards a New Regime for the Protection of Outer Space as the Province of all Mankind". Yale Journal of International Law 25. 2000.

37 Inter-Agency Space Debris Coordination Committee Space Debris Mitigation Guidelines. Documento de la ONU, A/AC. 105/C.1/L.260, anexo. 2002.

38 CROWTHER, Richard. "Space Junk –Protecting Space for Future Generations". Science 296. 2002.

39 ROBERTS, Lawrence D. "A Lost Connection: Geostationary Satellite Networks and the International Telecommunication Union". Berkeley Technology Law Journal 15. 2000. pp. 1124 y 1125.

40 MIRMINA, Steven A. "Reducing the Proliferation of Orbital Debris: Alternatives to a Legally Binding Instrument". American Journal of International Law 99. 2005. pp. 649 y 650.

41 TAYLOR, Michael W. "Trashing the Solar System One Planet at a Time: Earth's Orbital Debris Problem". Georgetown International Environmental Law Review 20. 2007.

en 2007, de un satélite meteorológico chino[42]. En la actualidad, hay más de cien mil pedazos de desechos en órbita[43].

El problema de los desechos debe se especialmente desconcertante para las entidades que deseen utilizar órbitas geosincrónicas. Debido a la utilidad de la órbita geosincrónica[44], muchos satélites han sido colocados allí. Cuando estos satélites mueren, también se convierten en desechos orbitales, y representan un problema para futuros satélites funcionales que requieren órbitas similares. Así, muchos residuos se han acumulado en la órbita geosincrónica[45]. Para empeorar las cosas, "los incentivos económicos actuales han producido un sistema que alienta la proliferación de desechos orbitales –un riesgo ambiental que eventualmente podría concluir en la eliminación de la órbita geosincrónica como un recurso viable"[46].

Los problemas de los desechos orbitales son evidentes, y la necesidad de remediar la situación es clara. Directrices que limiten la creación de más desechos orbitales servirían para reducir los problemas en el futuro. Existen dos soluciones principales: la creación de un tratado internacional similar a los promulgados en el siglo XX (es decir, el régimen de tratados del Espacio), o directrices nacionales que se apliquen sobre una base de Estado por Estado.

En cuanto al primer tema, hay dos posibles medidas por las cuales adoptar directrices de reducción de desechos orbitales. Estas son la ruta del tratado internacional y la de medidas nacionales adoptadas voluntariamente. En este ensayo se argumenta a favor de la segunda opción; sin embargo, ambas son discutidas líneas abajo. En primer lugar, este artículo intentará demostrar que un tratado que rige los desechos orbitales es, de hecho, posible, y quizás incluso deseable; sin embargo, demostraremos que tal tratado no es viable en el futuro a corto plazo, y que aunque debiera ser un objetivo a largo plazo para la humanidad, las condiciones actuales requieren medidas nacionales que llenen el vacío.

1. Opción del tratado internacional

Los tratados son instrumentos legales aplicados internacionalmente, por los que una o más partes acuerdan comprometerse. Los Estados Unidos de América ha firmado muchos de estos acuerdos, reconociendo que las naciones no existen de forma aislada. Los Padres Fundadores[IV] sabían que los jóvenes Estados Unidos tendrían que entrar al diálogo mundial, e idearon un mecanismo en la Constitución por el cual los tratados pudieran ser incorporados a la legislación nacional. El Presidente "tendrá el Poder, por y con el Consejo y Consentimiento del Senado, de celebrar Tratados, siempre que dos tercios de los Senadores presentes estén de acuerdo…"[47]. La Constitución también señaló que tanto la propia Constitución como los tratados legalmente aprobados "serían la Ley suprema del País…"[48]. Así, los tratados suscritos entre los Estados Unidos y otras partes tienen la misma fuerza legal que la Constitución. Desde el comienzo del país, entonces, el régimen jurídico de los Estados Unidos supuso que los tratados serían un método por el cual las cuestiones internacionales recibirían su debida importancia. Esto ha sido confirmado por la multiplicidad de tratados aprobados en los últimos siglos.

Aunque este ensayo tiene como objetivo proponer que un tratado no es método adecuado para tratar con los desechos orbitales en este momento, no pretende sugerir que dicho tratado nunca debiera existir. Los tratados unen a los Estados en formas que la simple diplomacia jamás podría. La diplomacia es esencial para la supervivencia de los Estados de la Tierra, y su manifestación última es el tratado. Adicionalmente, la mayor parte del régimen de tratados respecto del Espacio ha sido muy exitoso, con ciento veinticinco Estados habiendo firmando o ratificado el Tratado del Espacio Exterior desde enero de 2008[49].

42 Ibíd.

43 MIRMINA, Steven A. Op. cit. p. 649.

44 CLARKE, Arthur C. "Extra-terrestrial Relays". Disponible en: http://lakdiva.org/clarke/1945ww/1945ww_oct_305-308.html.

45 ROBERTS, Lawrence D. Op. cit. p. 1125.

46 Ibíd.

IV Nota del traductor: Los Padres Fundadores –en ingles, *Founding Fathers*– fueron los líderes políticos que firmaron la Declaración de la Independencia estadounidense en 1776, que tomaron parte en la Revolución Americana ganando la independencia americana de Gran Bretaña, que participaron en diseñar y adoptar la Constitución de los Estados Unidos entre 1787 y 1788, o que pusieron en vigor el nuevo gobierno bajo la Constitución. Se reconoce a Benjamin Franklin, George Washington, John Adams, Thomas Jefferson, John Jay, James Madison y Alexander Hamilton como los Padres Fundadores más importantes en este proceso.

47 Artículo II, sección 2, cláusula 2, de la Constitución de los Estados Unidos.

48 Artículo VI, cláusula 2, de la Constitución de los Estados Unidos.

49 Estado de los Tratados Internacionales Relacionados con Actividades en el Espacio Exterior, desde el 1 de enero de 2008, disponible en: http://www.oosa.unvienna.org/oosa/SpaceLaw/treaties.html. Ver también: http://www.oosa.unvienna.org/pdf/publications/ST_SPACE_11_Rev2_Add2E.pdf.

No obstante el éxito del régimen de tratados, la elaboración de un nuevo tratado que cubra el tema de los desechos orbitales no es poca cosa. Cuando un Estado suscribe un tratado, necesariamente renuncia a una parte de su capacidad soberana de gobernarse a sí mismo. El acto de colocar la autoridad de gobernar en un acuerdo internacional implica que, de producirse una controversia, el Estado que firmó el tratado se encuentra obligado a resolver el problema fuera de su ámbito nacional.

Adicionalmente, el proceso de los tratados es uno largo y difícil, que a menudo toma años desde la fecha de creación hasta la de firma, y más aun hasta la ratificación de los Estados-Partes[50]. De hecho, hay un tratado espacial que aún debe ser aceptado por la mayoría de los Estados que ya son parte del Tratado del Espacio Exterior. El Acuerdo que deber regir las Actividades de los Estados en la Luna y otros Cuerpos Celestes (el Tratado de la Luna) contiene lenguaje polémico, y como tal no ha sido adoptado por la mayoría de los estados principalmente activos en el Espacio[51]. Casi treinta años han pasado desde que el Tratado de la Luna fue abierto a firma y aún no es considerado como una buena legislación para la mayor parte del mundo. Dado que los abogados especialistas en Derecho Espacial están de acuerdo en que no hay una definición de desechos orbitales en los principales tratados de Derecho Espacial[52], la labor de dar con una podría producir un lenguaje tan incierto como afecta al Tratado de la Luna. De ser así, el tratado podría sufrir del mismo limbo legal que queja el Tratado de la Luna. Sin embargo, es muy posible que dicho problema no se suscite en absoluto. Por lo tanto, vale la pena explorar cómo podría verse un tratado sobre desechos orbitales.

El tratado que rija los desechos orbitales tendría que superar varios obstáculos importantes para ser eficaz. El primero de estos obstáculos es la distribución equitativa de los derechos y responsabilidades –un tratado unilateral que beneficia a un Estado y excluye a otro está destinado a fracasar[53]. En segundo lugar, y quizás lo más importante de todo, el tratado no puede sostener requisitos técnicos muy específicos. Si un tratado destinado a regular las actividades de la humanidad en el Espacio impone una gran carga técnica en el diseño y uso de las naves espaciales, numerosos Estados podrían oponerse. Directrices muy específicas técnicamente pueden devenir en obsoletas y arcaicas con el tiempo, y si lo hacen, tanto los gobiernos como la industria de exploración espacial se enfrentarán con una barrera técnica, sancionada en virtud de tratados, para seguir progresando. Este aspecto no sólo obstaculizaría la evolución tecnológica, sino que también supondría un obstáculo al crecimiento comercial. Directrices demasiado específicas también relejarían un entendimiento imperfecto de la naturaleza y las causas de los desechos orbitales[54]. Estas preocupaciones han sido una fuerza impulsora detrás de las entidades que no desean participar en un tratado, ya que creen "que una regulación del tema sin un sólido conocimiento técnico es prematura y podría ser contraproducente."[55] Una autoridad ha hecho un llamado para un tratado flexible que carezca de las normas técnicas específicas expuestas anteriormente:

"[Un] régimen de reducción no debería crear normas técnicas específicas en un tratado inflexible ya que los cambios tecnológicos se producen más rápidamente que lo que los tratados tradicionales pueden adaptarse… [L]os requisitos técnicos deberían expresarse en términos de objetivos blandos en lugar de requisitos duros, señalando, por ejemplo, que todos los satélites geoestacionarios deberán ser trasladados a una órbita de eliminación por encima de la órbita geoestacionaria, en lugar de exigir que todos los satélites geoestacionarios mantengan el dos por ciento de las reservas de combustible para trasladarse a una órbita de eliminación."[56]

Contabilizando las variables técnicas, un tratado no obstante tendría que ser lo suficientemente específico como para evitar la posibilidad de que su vaguedad cree responsabilidades inaplicables. Dos opciones se presentan en un potencial tratado de desechos orbitales. En primer lugar, el tratado podría ser de naturaleza sustantiva, es decir, habría un lenguaje que exija a los Estados-Partes cumplir con ciertas normas relativamente específicas. La segunda opción consiste en un tratado que no sea de carácter sustantivo, sino procedimental.

50 Ver la Convención de Registro. La Convención de Registro fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1974, y por el Senado de los Estados Unidos en 1976. Casi dos años pasaron *desde que* el tratado fue redactado hasta que se convirtiera en la ley suprema de la tierra. Esto es para demostrar que este tratado fue uno exitoso y rápidamente promulgado. Otros tratados podrían tomar mucho más en ser adoptados.

51 Tratado de la Luna. Sin embargo, desde el 1 de enero de 2008, Australia ha ratificado y Francia ha firmado el tratado.

52 MIRMINA, Steven A. "The Regulation of Orbital Debris through National Measures". Air & Space Law 29. 2004. pp. 136 y 142.

53 TAYLOR, Michael W. Op. cit. p. 56.

54 MIRMINA, Steven A. Op. cit. p. 141.

55 Ibídem. Ver también: A/AC.105/637. "Report of the Scientific and Technical Subcommittee on the Work of its 33rd Session". 4 de marzo de 1996. Secciones 141 y 142.

56 TAYLOR, Michael W. Op. cit. Loc. cit.

La legislación ambiental estadounidense proporciona una analogía útil para el posible lenguaje del tratado. Esta comparación se justifica de dos maneras. En primer lugar, los Estados Unidos es uno de los Estados líderes en cuanto a la aplicación de leyes ambientales nacionalmente específicas. En segundo lugar, como el Estado líder en actividades espaciales, los Estados Unidos se encuentra en una posición única tanto para comprender como para calificar el tratamiento de los desechos orbitales.

Para que un tratado evite la complicación del lenguaje que se convierte en arcaico con el tiempo, tendría que establecer requisitos flexibles para las normas de reducción de desechos orbitales. Las normas ambientales estadounidenses son ejemplos útiles. Dado que estas normas son tan detalladas, y han estado gobernando durante varias décadas, proporcionan una idea de cómo podrían verse las nuevas directrices. Después de todo, los desechos espaciales son en esencia un problema ambiental; de hecho, los desechos orbitales podrían ser coloquialmente referidos como "contaminación espacial potencialmente dañina o mortal". Las normas estadounidenses que regulan el comportamiento ambiental permiten la flexibilidad utilizando terminología cuyo significado no cambia, pero cuyos resultados concomitantes necesariamente varían con el tiempo. Este principio se pondrá de manifiesto a continuación.

a) Opción sustantiva

Dos normas proporcionan el lenguaje que un tratado sustantivo puede optar por emplear. Estos son la Ley Federal de Control de la Contaminación del Agua[57] (Ley del Agua Limpia) y la Ley del Aire Limpio[58]. La Ley del Agua Limpia (LAL) fue diseñada para ayudar a reducir la contaminación que estaba devastando las aguas estadounidenses. Tenía altas metas para reducir las enormes cantidades de contaminación en cortos periodos de tiempo[59]. Para lograr esos objetivos, utilizó un lenguaje que pudiera adaptarse a la evolución tecnológica, pero al mismo tiempo manteniendo el control sobre las industrias (incluyendo el propio gobierno federal) participando en la contaminación. Por ejemplo, la Ley del Agua Limpia establece que "para los contaminantes (…) las limitaciones de efluentes (…) deberán requerir la aplicación de la mejor tecnología disponible para tal categoría o clase, que resultará en un mayor progreso razonable hacia la meta nacional de eliminar la descarga de todos los contaminantes."[60] Esto también es conocido como la provisión de Mejor Tecnología Disponible ("BAT"). La Ley del Aire Limpio utiliza un criterio similar, señalando que "[l]as normas de emisiones (…) aplicables a las fuentes de contaminantes del aire, nuevas o ya existentes, requerirán el máximo grado de reducción de las emisiones (…) que el Administrador, teniendo en cuenta el costo de lograr tal reducción de emisión (…) determine si es posible lograrla por (…) fuentes (…)."[61] El lenguaje de la Ley del Aire Limpio se ha hecho conocido como el estándar "MACT". El lenguaje es estas normas es lo suficientemente flexible como para permitir que las nuevas tecnologías sean incorporadas en ellas, pero también permiten la posibilidad de que esa nueva tecnología sea económicamente inviable. De este modo, establecen un estándar para reducir la contaminación, pero no obligan el uso de mejor, pero prohibitivamente cara, tecnología; y al no especificar objetivos técnicos, no se convierten en arcaicas con el advenimiento de mejores tecnologías. Así, la entidad regida siempre se ajustará a los estándares de Mejor Tecnología Disponible o de MACT, pero el significado exacto de estos últimos cambiará con el tiempo, con la mejora de la tecnología y su mayor viabilidad económica.

Los estándares de Mejor Tecnología Disponible podrían aplicarse tanto para un tratado sobre desechos orbitales como lo hacen con la contaminación del agua, porque no son específicos para un determinado recurso. Estos estándares describen una idea y un límite un tanto vago que podría aplicarse a cualquier tipo de contaminación, incluyendo los desechos orbitales. Los estándares de Mejor Tecnología Disponible podrían aplicarse como métodos ambientalmente responsables de protocolos de construcción o lanzamiento de satélites o cohetes. Además, el lenguaje del tratado presumiblemente incluiría el objetivo de "eliminar la descarga de todos los contaminantes"[62]. Basta con sustituir las palabras "desechos orbitales" por "contaminantes", y el tratado tiene un reflejo en trabajo en la legislación de los Estados Unidos.

Se podría prestar una mayor protección si los Estados acordaran emplear estándares más altos que los de Mejor Tecnología Disponible. La Ley del Agua Limpia prevé un recurso análogo al requerir que el Administrador de la Agencia de Protección Ambiental (EPA) redacte "norma[s] para el control

57 Federal Water Pollution Control Act. 35 U.S.C. § 1251.

58 Clean Air Act. 42 U.S.C. § 7401.

59 33 U.S.C. § 1251.

60 33 U.S.C. § 1311(b)(2)(A)(f)-(i).

61 42 U.S.C. § 7412(d)(2).

62 42 U.S.C. § 7412(d)(2).

de la descarga de contaminantes que refleje el mayor grado de reducción de efluente que el Administrador determine que es factible mediante la aplicación de la Mejor Tecnología de Control Demostrada Disponible, procesos, métodos operativos, u otras alternativas (…)"[63] para los contaminadores de nueva fuente. Esto se conoce como el estándar de Mejor Tecnología de Control Demostrada Disponible, o BADT; y evidencia los intentos del Congreso de reducir la contaminación. Por lo tanto, las entidades que no han empezado a contaminar, pero planean hacerlo en el futuro mediante el establecimiento de una nueva planta instalación, deberán ajustarse al estándar de Mejor Tecnología de Control Demostrada Disponible. Este estándar es mucho más riguroso que el de Mejor Tecnología Disponible, ya que no permite niveles más bajos por la falta de capacidad económica. Si se ha demostrado que una tecnología puede, por ejemplo, reducir las descargas (o en este caso los desechos), debe ser empleada sin importar la capacidad de cumplir. El incumplimiento de las disposiciones de la Ley del Agua Limpia podría resultar en acciones civiles o sanciones penales, que van desde multas hasta años en prisión[64]. Además, el Administrador puede obligar al infractor a cumplir con los estándares (ya sean los BAT o BADT) o puede tomar el control de la administración de los estándares, incluso al nivel del gobierno estatal[65].

Desafortunadamente, aunque el lenguaje flexible puede permitir que se produzca un tratado internacional realista, también puede abrir un abanico de desafíos legales en situaciones de controversia. También hay un riesgo de que le lenguaje relacionado a los estándares BAT o BADT se vuelvan tan flexibles que pierdan su sentido. Los tratados sustantivos pueden verse obligados a emplear un lenguaje oscuro o ambiguo con el fin de persuadir a los Estados a firmar, obteniéndose un tratado que es poderoso en cuanto a sus metas, pero tibio en sus efectos. Un tratado sobre los desechos orbitales podría ser diseñado para evitar algunos de estos problemas al adoptar provisiones no sustantivas. Esta opción podría debilitar el tratado, pero también podría aumentar sus posibilidades prácticas de adopción.

b) Opción no sustantiva

Para aumentar la viabilidad de un tratado internacional, los Estados podrían acordar en un instrumento similar a una norma como la Ley Nacional de Política Ambiental (NEPA) de los Estados Unidos de América. Esa norma es el principal motor detrás de los esfuerzos medioambientales de los Estados Unidos. Su importancia en la promoción de la responsabilidad ambiental y como una herramienta para que las partes interesadas responsabilicen al gobierno por sus actos no puede ser subestimada. La Ley Nacional de Política Ambiental busca proteger el medio ambiente utilizando el poder del gobierno federal, en concertación con los gobiernos estatales y locales, "para usar todas los medios y medidas posibles (…) para crear y mantener condiciones en las que el hombre y la naturaleza puedan existir en armonía productiva"[66]. Sin embargo, a pesar de su valor, esta ley no impone normas sustantivas sobre las partes reguladas –es meramente procedimental.

En *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC, 435 U.S. 519, 558, 98 S.Ct. 1197, 1219, 55 L.Ed.2d 460 (1978)*, señalamos que la Ley Nacional de Política Ambiental, mientras establecía "metas sustantivas importantes para la Nación", imponía a las agencias y organismos deberes "esencialmente procedimentales". Como lo indicamos en ese caso, la ley fue diseñada "para asegurar una decisión completamente informada y bien considerada", pero no necesariamente "una decisión a la que los jueces de la Corte de Apelaciones o de esta Corte hubieran llegado de no ser miembros de la unidad de toma de decisiones de la agencia". Una vez que una agencia ha tomado una decisión respecto de los requisitos procedimentales de la Ley Nacional de Política Ambiental, el único papel de una corte es asegurarse que la agencia haya considerado las consecuencias ambientales; no puede "interponerse en el ámbito de la discrecionalidad del Ejecutivo en cuanto a la elección de la medida a tomarse." *Kleppe v. Sierra Club, 427 U.S. 390, 410, n. 21, 96 S.Ct. 2718, 2730, n. 21, 49 L.Ed.2d 576 (1976)*.[67]

Si bien esto puede llevar a algunos a cuestionar el valor de la Ley Nacional de Política Ambiental, sin duda ha tenido un impacto en la legislación de los Estados Unidos[68]. La falta de fuerza sustantiva es precisamente el motivo por el cual un tratado internacional similar eventualmente podría funcionar. El requisito procedimental sirve

63 33 U.S.C. § 1316(a)(1).

64 33 U.S.C. § 1319(b)-(c).

65 33 U.S.C. § 1319(a).

66 42 U.S.C. § 4331(a).

67 Strycker's Bay Neighborhood Council, Inc. v. Karlen, 444 U.S. 223, 227-28 (1980).

68 Ver, por ejemplo, Kleppe v. Sierra Club, 427 U.S. 390; Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC, 435 U.S. 519; Robertson v. Methow Valley, Citizens Council, 490 U.S. 332 (1989).

para justificar el esfuerzo, ya que los Estados, en el cumplimiento de dichos procedimientos, se verían obligados a admitir a una audiencia internacional el nivel al que están cumpliendo con los requisitos del tratado. En una ley no sustantiva, tales requisitos son garantías para asegurar la consideración razonada de las acciones de los Estados con respecto a los desechos orbitales.

Un ejemplo de los requisitos legales de la Ley Nacional de Política Ambiental podría proporcionar un modelo para un posible tratado internacional. Esta ley prevé que el gobierno "[i]ncluya en cada recomendación o informe sobre las propuestas legislativas y otras actuaciones federales mayores que afecten significativamente la calidad del medio ambiente humano, una relación detallada por el funcionario responsable respecto de (i) el impacto ambiental de la acción propuesta, (ii) cualquier efecto negativo que no podría evitarse si la propuesta fuera implementada, (iii) alternativas a la acción propuesta, (iv) la relación entre los usos locales a corto plazo del medio ambiente del hombre y el mantenimiento y mejora de productividad a largo plazo, y (v) cualquier compromiso irreversible e irrecuperable de los recursos que se verían involucrados en la acción propuesta, de ser aplicada ésta."[69]

Este es el origen de las Declaraciones de Impacto Ambiental (EIS) que le gobierno debe realizar cuando emprenda una acción federal importante que afecte la calidad del medio ambiente. La aplicación de una Declaración de Impacto Ambiental a las cuestiones relacionadas con el Espacio no tiene ausencia de precedentes. Aunque la Ley Nacional de Aeronáutica y Espacio[70] no rige específicamente sobre los desechos orbitales, la NASA está obligada a seguir las disposiciones de la Ley Nacional de Política Ambiental con respecto a sus acciones federales más importantes[71]. La NASA preparó una Declaración de Impacto Ambiental para las misiones a Marte y para la proyectada futura exploración espacial de los Estados Unidos conocida como Constelación[72]. Para ilustrar cómo el lenguaje de la Ley Nacional de Política Ambiental podría adoptarse a un tratado sobre desechos orbitales, una posible disposición se reproduce a continuación:

"Los Estados Partes deberán incluir en cada recomendación o informe sobre sus propuestas nacionales para la legislación de los desechos orbitales y otras acciones gubernamentales mayores que afecten considerablemente la calidad del medio ambiente espacial humano en cuanto a los desechos orbitales, una declaración detallada por el funcionario responable sobre (i) el impacto ambiental de la acción propuesta, (ii) cualquier efecto negativo que no podría evitarse si la propuesta fuera implementada, (iii) alternativas a la acción propuesta, (iv) la relación entre los usos locales a corto plazo del medio ambiente espacial de la humanidad y el mantenimiento y mejora de productividad a largo plazo de conformidad con el Tratado sobre los Principios que deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, Incluyendo la Luna y Otros Cuerpos Celestes, específicamente los artículos I y IX, y (v) cualquier compromiso irreversible e irrecuperable de los recursos que se verían involucrados en la acción propuesta, de ser aplicada ésta."

Tal lenguaje conserva la capacidad del Estado para elaborar directrices responsables sobre desechos orbitales a nivel nacional que permitan una flexibilidad razonable. La Sección (v) indica la forma en que un Estado tendría que justificar ante la comunidad internacional por qué las medidas adoptadas no son más estrictas que las propuestas. En otras palabras, si los Estados Unidos adoptara directrices más estrictas que la Federación Rusa, la segunda podría reclamar mediante la Sección (v) que los recursos asignados eran todos los que podían escatimarse. Debido a la exigencia de información transparente que un tratado sobre desechos orbitales probablemente contendría, los recursos expendidos por el informe de la Federación Rusa podrían ser comprobados con los datos de observadores independientes de desechos orbitales, como las Naciones Unidas.

La naturaleza puramente procedimental del tratado sobre desechos orbitales al estilo de la Ley Nacional de Política Ambiental lo convierte en un concepto más aceptable para los Estados preocupados con mantener su máxima soberanía. Como un objetivo a largo plazo, este ensayo sugiere que la opción procedimental es tanto justificada como posible. Sin embargo, en el corto plazo, incluso un tratado no sustantivo sigue siendo un

69 42 U.S.C. § 4332(c) §§ i-v.

70 National Aeronautics and Space Act. 42 U.S.C. § 2451 (1958).

71 Ver: U.S. Congress, Office of Technology Assessment, Orbiting Debris: A Space Environmental Background Paper. OTA-BP-15C-72 (Washington, D.C.; U.S. Government Printing Office, setiembre de 1990). Apéndice B.

72 Ver: Final Programmatic Environmental Impact Statement for the Mars Exploration Program, 70 F.R. 19102; Final Environmental Impact Statement for the Mars Science Laboratory Mission 2006, disponible en: http://spacescience.nasa.gov/admin/pubs/msl/index.htm; NASA Draft Constellation Programmatic Environmental Impact Statement, 2007, disponible en: http://www.nasa.gov/mission_pages/constellation/main/peis.html.

tratado, y por lo tanto es probable que tome algún tiempo para negociar y adoptar, tanto en algún foro internacional como luego por las autoridades legislativas de cada Estado individualmente. El problema de los desechos orbitales es un asunto urgente, y no puede esperar a que las maquinarias internacionales de elaboración de tratados tomen su curso. Adicionalmente, un tratado procedimental carecería de provisiones de ejecución, y aunque la publicidad del incumplimiento del tratado pueda convertirse en una vergüenza nacional, los desechos orbitales son un problema demasiado grave como para ser dejado a una regulación débil. Por lo tanto, la adopción de procedimientos a nivel nacional no sólo sería la opción más conveniente, sino también la menos complicada.

A pesar de las opciones de tratados presentadas hasta aquí, hay muchas fallas en un potencial tratado de desechos orbitales. Los Estados tendrían fuertes objeciones a cualquier cosa elaborada en semejanza con la Ley de Agua Limpia o la Ley Nacional de Política Ambiental, incluso aunque estas puedan ser las mejores plataformas para un nuevo tratado. La opción del tratado sustantivo probablemente causaría mayores conflictos. Por ejemplo, los estándares de Mejor Tecnología de Control Demostrada Disponible descritos anteriormente no brindan la misma protección a la industria que los estándares de Mejor Tecnología Disponible. También hay un problema para determinar quién decide qué significan ambas nociones. En el caso de la Ley de Agua Limpia, la Agencia de Protección Ambiental "selecciona la mejor tecnología que concluye que trabajará de forma eficaz. A continuación, la Agencia de Protección Ambiental estima la reducción de emisiones que lograría esa tecnología (…) [f]inalmente, la Agencia determina si soportar esos costos es "económicamente viable" por la industria."[73] ¿Quién reemplaza a la Agencia de Protección Ambiental en un escenario internacional? ¿Una tercera entidad? ¿Algo como la Organización Internacional para la Estandarización? ¿Quizás los Subcomités Científico y Técnico o Legal de la Comisión de las Naciones Unidas sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (UNCOPUOS), que han sido renuentes a adoptar un tratado hasta la fecha de todos modos?

Quien sea seleccionado para determinar cuáles serán los estándares señalados en un tratado de desechos orbitales ejercerá un gran poder. Por lo tanto, es probable que haya un fuerte desacuerdo entre potenciales firmantes respecto de quién (o qué) tendrá esta autoridad definitoria. Después de todo, las partes deberán acordar encontrarse sujetas por cualquier entidad o autoridad decisoria que defina lo que realmente significan estos estándares. ¿Qué significa decir "en la construcción de naves espaciales, los Estados-Partes emplearán la mejor tecnología económicamente factible que se encuentre disponible"?[74] Lo que es económicamente factible para los Estados Unidos o la Federación Rusa puede ser una carga monetaria excesiva sobre Estados más pequeños. Además, esta carga se ve agravada por los estándares de nuevas fuentes de contaminación (desechos orbitales), ya que deben cumplir con la Mejor Tecnología de Control Demostrada Disponible (BADT). Este estándar es incluso más estricto que el de Mejor Tecnología Disponible, pues no toma en consideración el costo de acatamiento de la regla.

Como un ejemplo, si los Estados Unidos pudiera producir (utilizando estándares BAT) un cohete capaz de entrar al Espacio por 100 millones de dólares, pero tuviera la opción de ajustarse al estándar BADT, elegiría el primero. El estándar BADT podría requerir que los Estados Unidos utilice una nueva tecnología con menor probabilidad de producir desechos orbitales que la tecnología que utiliza actualmente. Tal vez hay un nuevo polímero que ha sido producido en un instituto de investigación que tiene cien veces menos probabilidades de permitir rupturas debido a la radiación solar afectando a un satélite, pero es mil veces más caro que las opciones actuales. Esto significa que los Estados Unidos tendría que pagar los 100 millones de dólares para crear su satélite, mientras que un nuevo proveedor (Australia, por ejemplo) tendría que pagar 100 billones de dólares para entrar al negocio de los satélites. Este requisito no sólo se aplicaría a los Estados que recién entren al negocio de los satélites, sino también a cualquier nuevo productor –incluso aquellos que ya se encuentren dentro de los límites de un Estado que sigue el estándar BAT. Así, si SpaceX tuviera una planta de satélites en Florida en el momento de adopción del tratado de desechos orbitales, se vería atado por el estándar BAT. Sin embargo, si SpaceX deseara expandirse construyendo una segunda planta en Mississippi, tendría que hacer frente al oneroso estándar BADT como un nuevo productor. Tal requisito es económicamente injusto, y sirve como una barrera técnica y jurídica para los nuevos entrantes a la

[73] PERCIVAL, Robert V.; SCHROEDER, Christopher; MILLER, Alan S. y James P. LEAPE. "Environmental Regulation: Law, Science, and Policy". 2006.

[74] El lenguaje pertenece al autor del presente artículo.

arena espacial.

¿Cómo podría solucionarse este problema? Podría haber una provisión en el nuevo tratado de desechos orbitales que permita la modificación de los estándares en determinados casos. La Ley del Agua Limpia reconoce esta posibilidad, y permite al Administrador (o la EPA) redactar nuevos estándares para contaminantes particulares si estos tenían instalaciones fundamentalmente distintas a aquellas de otros contaminantes[75]. Sin embargo, estos estándares no se aplican a lo que concierne a los precios; es decir, un contaminante no podía contener una dispensa o modificación simplemente porque los estándares establecidos causarían una dificultad financiera –incluso uno que podría llevar al colapso de una entidad en particular[76]. Por lo tanto, esta disposición no es el mejor análogo para el potencial tratado de desechos orbitales.

Un estándar financiero variable podría ser integrado al tratado, pero esto sería casi destruir la eficacia del estándar BADT. De esta forma, los Estados-Partes se verían ligados al estándar BAT en el tratado, al igual que las nuevas fuentes. Aunque esto parezca razonable, también significa que el objetivo de eliminar o reducir los desechos orbitales sería algo más difícil, ya que se permitiría a los nuevos productores de residuos contaminar a un nivel menor que el posible. En esencia, esto aminora el estándar común aplicable a todos los participantes en los tratados, es decir, este es el problema del menor común denominador.

Esto es especialmente problemático ya que puede haber Estados capaces de cumplir con el estándar BADT para cualquier nueva instalación que construyan (o, para tal efecto, capaces de sobrepasar el estándar BADT también en cualquier instalación existente actualmente), pero estos Estados pueden ser reacios a adoptar normas nacionales más estrictas y gravosas cuando pueden satisfacer los menos exigentes estándares de un tratado. Es decir, bajo una directriz nacional, los Estados pueden optar por elevar sus propios estándares de desechos orbitales por cualquier número de razones, pero bajo el sistema de tratados sólo tendrían que cumplir con el estándar más bajo elaborado con el fin de convencer al mayor número de Estados-Partes a firmar el tratado.

Además, ¿qué sucede si un Estado simplemente no cumple con las disposiciones del tratado? En un contexto nacional, normas tanto punitivas como económicas podrían ser ejercidas sobre los infractores. ¿Esa función estaría disponible en el nuevo tratado? De ser así, ¿los Estados estarían de acuerdo en verse obligados por ella? Además, en relación con las disposiciones de la Ley de Agua Limpia que permiten al Administrador tomar control de las áreas que no cumplen con esta disposición, ¿esta provisión existiría en un tratado de desechos orbitales? De ser así, ¿qué entidad sería escogida para entrar al territorio de otro Estado y forzar su cumplimiento? ¿El Secretario General o las Naciones Unidas? Es posible que la mayoría de los Estados no estén dispuestos a firmar un documento en el que renuncian a tanto poder soberano; sin embargo, esto es tanto un problema político como uno legal.

2. Opciones de las directrices nacionales

En la actualidad, no existe un acuerdo universal sobre la definición legal de "desechos" y, por lo tanto, los tratados de Derecho Espacial existentes no se aplican explícitamente a los desechos orbitales. Aunque algunas disposiciones podrían ser interpretadas para regir en la materia[77], el sentido de las mismas es poco claro, por lo que un nuevo acuerdo elaborado explícitamente sobre el asunto de los desechos orbitales se hace necesario. Adicionalmente, una razón principal detrás de la adopción de acuerdos nacionales voluntarios en lugar de tratados internacionales es que los Estados prefieren mantener tanta jurisdicción y control como sea posible. "[E]lementos significativos del nuevo régimen legal deberían ser voluntarios, ya que algunos Estados no estarán dispuestos a entregar gran parte de su soberanía sobre sus actividades relativas al Espacio Exterior."[78] Así como es probable que los Estados Unidos rechace una mayor pérdida de soberanía implicada por otro tratado, otros Estados tampoco estarían contentos con la idea. Como señaló Thomas Jefferson, "La naturaleza humana es la misma en cada lado del Atlántico, y será influenciada por igual por las mismas causas."[79]

Los defensores de la opción del tratado preguntarán por qué optar por directrices potencialmente vagas, creadas a nivel nacional, sería más eficaz que pautas similares promulgadas a través de un

75 33 U.S.C. § 1311(n)(A).

76 33 U.S.C. § 1311(n)(A).

77 Ver, por ejemplo, los artículos VI y IX del Tratado del Espacio Exterior. Estos artículos hacen referencia a la responsabilidad de los Estados de supervisar sus actores estatales y prevenir contaminación nociva al ambiente espacial.

78 TAYLOR, Michael W. Op. cit. Loc. cit.

79 JEFFERSON, Thomas. "Notes on the State of Virginia". (A New Edition, J. Randolph 1853) (1784).

tratado. Una razón es que la resolución de conflictos sería más próxima en un contexto nacional. En caso que una directriz vaga requiera aclaración, los organismos nacionales están mucho mejor preparados para interpretar sus propias normas que los organismos internacionales. La mayoría de los Estados tienen métodos con los que interpretan lo que una ley o norma significa cuando se plantea una cuestión de este tipo. En los Estados Unidos, "[e]s enfáticamente la competencia y el deber del departamento de justicia decir lo que la ley es. Quienes aplican las normas a los casos particulares deben, por necesidad, exponerlas e interpretarlas. Si dos leyes se contradicen entre sí, las cortes deben decidir sobre el funcionamiento de cada una."[80] Así, cuando se plantea una cuestión respecto de una norma nacional (o directriz con fuerza de ley), el Poder Judicial del gobierno interpretará la ley según principios jurisprudenciales bien establecidos (por ejemplo, *stare decisis*, técnicas de interpretación legal, etc.).

Por otra parte, ciertos organismos del Poder Ejecutivo frecuentemente se involucran en la interpretación de directrices vagas. La Ley de Procedimiento Administrativo permite a las agencias federales emitir normas interpretativas[81]. Las agencias y cortes de los Estados Unidos están preparadas y listas para interpretar las directrices y leyes promulgadas bajo autoridad gubernamental competente, y tienen generaciones de experiencia haciéndolo. Por el contrario, si surge una cuestión respecto de una disposición contenida en una directriz en virtud de un tratado, ninguna entidad estará preparada para determinar el significado de dicha disposición eficientemente. Mientras que algunas entidades como las Naciones Unidas y la Corte Internacional de Justicia (CIJ) existen, los procedimientos previstos bajo cualquiera de dichas entidades pueden ser bastante largos, y la Carta de las Naciones Unidas establece que la Corte Internacional de Justicia tendrá jurisdicción sobre las partes sólo con su consentimiento[82]. Por otra parte, algunos tratados permiten la creación de organismos internacionales especiales para resolver disputas. El Convenio de Responsabilidad cuenta con tal disposición[83]. Sin embargo, existen fuertes argumentos que señalan que antes de que un Estado persiga la finalidad de una Corte Internacional de Justicia o la decisión de organismos internacionales especiales, debe agotar sus recursos internos de conformidad con el Derecho Internacional consuetudinario[84]. No es difícil imaginar que tales procedimientos tomarían bastante tiempo en los sistemas legales locales (debido al contexto internacional de la controversia) y luego, además, tendría que escalar todo el camino hasta la Corte Internacional de Justicia para una resolución final si las entidades jurídicas inferiores son incapaces de resolver la disputa.

Por último, ¿un evento como el incidente del *Cosmos 954* hubiera obtenido mejores resultados bajo un sistema de tratados, o el sistema de directrices nacionales? Los escombros del *Cosmos 954*, un satélite soviético, entraron a la atmósfera de la Tierra y fueron desperdigados a través de grandes áreas de Canadá. La Unión Soviética sostuvo que el *Cosmos 954* dejó de existir cuando se desintegró en la atmósfera. Como resultado, los desechos espaciales resultantes de la desintegración no eran el objeto espacial registrado bajo la Unión Soviética. El reactor nuclear y las partes componentes del *Cosmos* eran, indudablemente, "objetos espaciales" tal como se definen en el Convenio de Responsabilidad, y la Unión Soviética finalmente pagó tres millones de dólares (canadienses) para resolver el asunto *Cosmos* sin admitir responsabilidad[85]. Si *Cosmos 954* es analizado como desechos orbitales impactando contra la Tierra, la mayor flexibilidad del sistema de directrices nacionales estaría mejor equipada para manejarlo. Además, cada Estado se encuentra en mejores condiciones para determinar el valor de la propiedad dentro de su propio control soberano, que lo que se encuentra una organización internacional o entidad (como la Corte Internacional de Justicia) que, en caso de desastre, tendría que hacer juicios sobre tales valores.

La privacidad otorgada para las partes interesadas también es absolutamente deseable. Considere la posibilidad de que el incidente del *Cosmos 954* fue resuelto de manera relativamente privada por medio de negociaciones entre Canadá y la Unión Soviética. Muchos Estados se opondrían a una disposición en un tratado internacional sobre desechos orbitales que especifique el grado de daños a ser pagados por una parte en falta (si se utiliza un sistema basado en la culpa) o por una

80 Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 177 (1803).

81 Administrative Procedures Act, 5 U.S.C. § 552(a)(1)(D); Chevron v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984); National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Service, 545 U.S. 967 (2005).

82 Artículo 36, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas; Medellin v. Texas, 170 L. Ed. 2d 190, 207 (2008) (el Presidente de la Corte Suprema Roberts escribió: "La jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en cualquier caso particular, sin embargo, depende del consentimiento de las partes.").

83 Artículo XIV del Convenio de Responsabilidad.

84 Ver, por ejemplo: Switz v. United States, 1959 I.C.J. 5, 27 (1959).

85 BAKER, Howard A. "Space Debris: Legal and Policy Implications". 1988.

86 Artículo IV del Convenio de Responsabilidad.

parte responsable bajo responsabilidad absoluta. La última situación se aplica a la Tierra cuando los objetos espaciales causan daños[86], pero si un Estado alega que el daño no fue causado por un objeto comprendido por el tratado (como en *Cosmos 954*), la cuestión de cómo debe aplicarse la ley se hace relevante.

Además, las negociaciones bilaterales privadas pueden resultar en una solución con la que ambas entidades estén satisfechas. Aunque el Convenio de Responsabilidad regula los daños causados por objetos espaciales respecto de la responsabilidad en la Tierra, un tratado internacional que cubra los desechos orbitales añadiría complicaciones adicionales. Después de todo, ¿cuál sería el resultado legal si el objeto espacial de una entidad dañara a otra entidad en la Tierra más allá de lo previsto por el Convenio de Responsabilidad? En otras palabras, un tratado sobre los desechos orbitales tendría que colocar responsabilidad adicional en sus Estados-Partes para cumplir, además de la responsabilidad conferida por el Convenio de Responsabilidad. Por ejemplo, si un tratado de desechos orbitales rigiera el próximo incidente satelital en la Tierra (digamos que *Cosmos 3000*, no estando bien construido de acuerdo con las directrices de los desechos orbitales, golpea Canadá, y es controlado por la Federación Rusa), entonces ese tratado tendría que establecer daños adicionales a aquellos proporcionadas por el Convenio de Responsabilidad. Estos podrían ser considerados daños por incumplimiento internacional que se fijan a aquellos ya cubiertos por el Convenio de Responsabilidad. Este régimen de daños sería una pastilla amarga que tragar para las entidades soberanas. Este tratado resultaría en una disminución de la capacidad de un Estado de determinar sus propias acciones en una situación de accidente, y la consiguiente reducción de poder soberano sería sin duda una barrera para convencer a los Estados de firmar un tratado internacional que rija los desechos orbitales con cualquier disposición sustantiva. Sería más probable que los Estados prefieran evitar establecer un precedente que regule cuánto es suficiente para cubrir los daños de incumplimiento en un incidente del tipo de *Cosmos 3000*.

Un tratado internacional establecería procedimientos por los cuales la situación anteriormente descrita sería resuelta en una manera un tanto más pública, y crearía el precedente necesario para re-gular futuros incidentes. Las entidades que no cumplan con la andanada completa de obligaciones convencionales enfrentarían la posibilidad de que un evento al estilo de *Cosmos 3000* resultara en daños excepcionalmente elevados –un riesgo que preferirían evitar.

"Dado que la comunidad internacional carece del consenso para concluir un instrumento jurídicamente vinculante para hacer frente a los desechos, hay que buscar una solución que no se base en un tratado."[87] El tipo de directrices que deberían ser adoptadas son un tema de debate, pero ciertas organizaciones han empezado a hacer sugerencias al respecto. El Centro Europeo de Derecho Espacial elaboró un análisis de los aspectos legales de los desechos espaciales en 2002, y sugiere utilizar las directrices promulgadas por el Comité Coordinador de Agencias Internacionales para el Control de Desperdicios Espaciales (IADC)[88]. Este Comité es una organización multinacional que incluye a varios miembros activos en el Espacio, y se reúnen regularmente para discutir las cuestiones de los desechos orbitales[89]. Las Directrices del IADC cubren el impacto de las misiones espaciales en el medio ambiente, y en particular se concentran en: "(1) Limitación de los desechos liberados durante las operaciones normales; (2) Reducción de la posibilidad de roturas en órbita; (3) Disposición posterior a la misión; [y] (4) Prevención de colisiones en órbita."[90] El Centro Europeo de Derecho Espacial propuso tres posibles maneras de que los Estados implementen las Directrices del IADC: "un acuerdo voluntario basado en el model utilizado por el Régimen de Control de Tecnología de Misiles (MTCR); un enfoque basado en las Naciones Unidas, como la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas respecto de las fuentes de energía nuclear en el Espacio[91]; y un código de conducta similar al que rije a los astronautas a bordo de la Estación Espacial Internacional[92]."[93] Este ensayo analiza las tres opciones, y sostiene que la opción de acuerdo voluntario (o régimen de adhesión voluntaria –VARO) es la mejor opción.

En primer lugar, la opción basada en las Naciones

87 MIRMINA, Steven A. "Reducing the Proliferation of Orbital Debris: Alternatives to a Legally Binding Instrument". Op. cit. p. 653.

88 Documento de las Naciones Unidas 105/C.2/2002/CRP.5. pp. 3-5.

89 MIRMINA, Steven A. Op. cit. pp. 653 y 654.

90 Inter-Agency Space Debris Coordination Committee Space Debris Mitigation Guidelines. Documento de la ONU, A/AC. 105/C.1/L.260, anexo. 2002.

91 Principles Relevant to the Use of Nuclear Power Sources in Outer Space. GA Res. 47/68 (14 de diciembre de 1992).

92 Code of Conduct for the International Space Station Crew, 14 C.F.R. § 1214.403 (2005).

93 MIRMINA, Steven A. Op. cit. p. 654.

Unidas tiene la ventaja de poder reclamar la aprobación general de cualquier directriz implementada. Estados Unidos ha sugerido que las directrices apropiadas sean alcanzadas a través del Subcomité Científico y Técnico de la Comisión de las Naciones Unidas sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (COPUOS)[94]. Estados Unidos ha sugerido que las directrices del Comité Coordinador de Agencias Internacionales para el Control de Desperdicios Espaciales (IADC) sean aceptadas como parte de una solución de las Naciones Unidas[95], y también que las directrices se ajusten a las Prácticas Estándar de Reducción de los Desechos Orbitales de los Estados Unidos[96]. Aunque la opción basada en las Naciones Unidas es buena, queda corta en algunos frentes claves. Dado que requiere de participación multinacional para implementarse, adolece de algunos del mismo déficit temporal y de negociación que la opción del tratado, aunque en un menor grado. También, al ser una iniciativa puramente estatal, las organizaciones no gubernamentales internacionales quedarían fuera del proceso de redacción[97].

La opción del código de conducta es otra posibilidad fructífera. Un código permitiría que tanto entidades gubernamentales como no gubernamentales participen en la redacción de las directrices. También tiene el potencial para convertirse en un tratado con el tiempo[98]. Finalmente, los códigos voluntarios de conducta se han incorporado a la legislación internacional vinculante en el pasado[99], como con el Acuerdo Intergubernamental de Cooperación en la Estación Espacial (IGA)[100]. El artículo 11 de este acuerdo establece que cada miembro de la Estación Espacial Internacional establezca códigos de conducta a nivel nacional[101].

Si bien el código de conducta es una excelente opción –sobre todo a la luz del Acuerdo Intergubernamental de Cooperación en la Estación Espacial y la forma en que se ha convertido en algo cercano al Derecho Internacional consuetudinario– el problema de los códigos que compiten no es un problema pequeño. Hay posibles resultados positivos de los códigos divergentes. Por ejemplo, si los Estados Unidos tuviera un código más estricto que la Agencia Espacial Europea, el hecho de que ambos tengan códigos para reducir los desechos es presumiblemente positivo, y el hecho de que los Estados Unidos no se encuentre vinculado por las menores exigencias de la Agencia Espacial Europea significa que al menos cuando los Estados Unidos esté poniendo en marcha y participando en actividades espaciales, lo estará haciendo de una manera más ambientalmente responsable.

Sin embargo, los resultados negativos de que un Estado se encuentre ligado a un estándar inferior al que estaría dispuesto a implementar por su propia cuenta podrían causar una clara reducción en el esfuerzo de reducción. El resultado final descrito anteriormente es mejor que si los Estados Unidos estuviera vinculado por un acuerdo con la Agencia Espacial Europea utilizando estándares menores. Aunque es posible que los Estados Unidos y la Agencia Espacial Europea opten por alterar el menor nivel para incorporar estándares más estrictos al mínimo común denominador (es decir, el Código de Conducta de la Agencia Espacial Europea), causando con ello el acuerdo entre las dos entidades para satisfacer los estándares más altos de reducción, tal posibilidad está plagada por el mismo problema en el establecimiento de un acuerdo o tratado internacional en el primer lugar –aquel del tiempo y negociación requeridos para montar un nuevo acuerdo, para modificar uno viejo, o para armonizar tratados que son similares en alcance, pero desiguales en forma.

Si bien es cierto que un código de conducta podría ser incorporado a un tratado más adelante, es difícil imaginar cómo podría lograrse bajo el contexto actual de exploración espacial. Mirmina sugiere que un código de conducta sobre desechos orbitales podría incorporarse a un acuerdo internacional de manera similar al Acuerdo Intergubernamental de Cooperación en la Estación Espacial (ISS-IGA), dándole así una medida de ejecución internacional[102]. Esta

94 Ver, por ejemplo, White House, National Science and Technology Council, Fact Sheet: National Space Policy-Intersector Guidelines, Pres. Directive NSTC-8, párrafo 7(a), (b) (19 de setiembre de 1996), disponible en: http:// www.fas.org/spp/military/docops/national/nstc-8.htm (sobre la reducción de desechos orbitales).

95 Idem.

96 Idem.; Ver también: The U.S. Government Orbital Debris Mitigation Standard Practices, disponible en: http:// www.orbitaldebris.jsc.nasa.gov/library/USG_OD_Standard_Practices.pdf.

97 MIRMINA, Steven A. Op. cit. p. 658.

98 Ibíd. p. 659.

99 Ibídem.

100 Agreement on the Civil International Space Station, 29 de enero de 1998, Can.-Japan-Russ.-U.S.-Eur. Space Agency, disponible en: http:// www.hq.nasa.gov/ogc/commercial_intnl/index.html.

101 Idem.

102 MIRMINA, Steven A. Op. cit. Loc. cit.

opción mantendría la capacidad soberana de los Estados para diseñar e implementar sus propias normas (como con la opción del régimen de adhesión voluntaria), mientras que, al mismo tiempo, le daría fuerza internacional a la exigencia de que sean implementadas en primer lugar[103]. El problema con esto es que cuando se creó el Acuerdo Intergubernamental de Cooperación en la Estación Espacial, había un claro programa en ejecución, lo que hizo necesaria la exigencia de códigos de conducta. En esa situación, se necesitaba el personal de diversos Estados para operar dentro de los confines de una misión específica, con riesgos y beneficios identificables. La Estación Espacial Internacional fue, y es, un ejemplo del poder de la creatividad humana, y fue hecha posible gracias a las hazañas de la ingeniería y la diplomacia aplicadas a un objetivo claramente identificable; es decir, la propia creación de la Estación Espacial. Las metas de reducción de desechos orbitales, aunque de la mayor gravedad, son mucho más difusas. No hay misiones en curso o previstas para el futuro (que no sean teoréticas) que requieran de la cooperación concurrente de tantos Estados y en tal manera que sea necesario un pacto similar al Acuerdo Intergubernamental de Cooperación en la Estación Espacial. Es decir, mientras que la Estación Espacial Internacional hizo necesario un Acuerdo Intergubernamental de Cooperación, y mientras que este Acuerdo hizo posible la incorporación de las normas de conducta individuales de cada Estado a un acuerdo legalmente vinculante, en la actualidad no existen proyectos de exploración que requerirían sus propios Acuerdos Intergubernamentales de Cooperación. Así, mientras que los Estados podrían esperar que sus códigos de conducta individualmente desarrollados sean incorporados a un Acuerdo Intergubernamental de Cooperación legalmente vinculante, podría no llegarse a un acuerdo de ese tipo y, por lo tanto, los códigos de conducta se verían obligados a valerse por sí mismos (aunque podrían ser utilizados en otros contextos, como requisitos en disposiciones contractuales[104] o de trabajo en misiones conjuntas).

Alternativamente, el actual Acuerdo Intergubernamental de Cooperación en la Estación Espacial podría modificarse para incluir el requisito de que todos los participantes en la Estación Espacial Internacional cuenten con planes de reducción de desechos orbitales elaborados a nivel nacional, tal como exige actualmente códigos de conducta para el personal. De nuevo, esta sería una mala opción por dos razones. En primer lugar, se modificaría el Acuerdo Intergubernamental de Cooperación, y aunque sólo un selecto grupo de Estados son parte de este acuerdo, esto no sería necesariamente más fácil que modificar un tratado internacional que involucre a muchos países, como el Tratado del Espacio Exterior. Esta modificación tomaría tiempo, esfuerzo e inversión monetaria, que los Estados podrían no sentirse obligados a realizar más de lo que harían con la creación de un tratado totalmente nuevo. En esencia, la modificación del actual Acuerdo Intergubernamental de Cooperación para incorporar un código de conducta sobre desechos orbitales –dándole así fuerza jurídica internacional a tales códigos– sufre de las mismas deficiencias que la opción del régimen de tratado internacional rechazada en este ensayo. En segundo lugar, muchos Estados pueden creer que, si bien los desechos orbitales son un problema importante, no son un tema cuya salida adecuada sea un *addendum* al Acuerdo Intergubernamental de Cooperación en la Estación Espacial. Esto sería debido a que el problema de los desechos orbitales podría ser mejor abordado por un acuerdo más amplio o general que uno que sólo se centra en la Estación Espacial Internacional. También es posible que los socios actuales, aunque pueden estar preocupados por los posibles y significativos daños que los desechos orbitales podrían causar a la Estación Espacial Internacional, sientan que el tema es extramadamente tangencial a la operación de esa misión para justificar legalmente la modificación del acuerdo actual.

La última opción es utilizar el régimen de adhesión voluntaria (VARO). Como se señaló anteriormente, el Régimen de Control de Tecnología de Misiles (MTCR) es un formato que podrían utilizar las directrices de reducción de los desechos orbitales redactadas internacionalmente. El Régimen de Control de Tecnología de Misiles ha sido adoptado voluntariamente por muchos estados, y sirve para evitar la propagación de la peligrosa tecnología de misiles –especialmente la clase capaz de transportar armas biológicas o de destrucción masiva[105]. Debido a que es un acuerdo voluntario, el Régimen de Control de Tecnología de Misiles no impone penalidades por sí mismo, sino que los Estados adoptan sus propias medidas nacionales

[103] El régimen de adhesión voluntaria no requeriría que los Estados implementen un plan de mitigación en lo absoluto; es la opción más flexible para la soberanía Estatal, pero mientras que puede ser la forma más tentadora de convencer a un Estado a promulgar tales estándares, también podría resultar en un fracaso de adherencia a cualesquiera estándares en lo absoluto.

[104] MIRMINA, Steven A. Op. cit. p. 660.

[105] Las "MTCR Guidelines", desde el 12 de Julio de 2005. Disponibles en: http://www.mtcr.info/english/guidelines.html.

[106] MIRMINA, Steven A. Op. cit. pp. 654 y 655.

para sancionar a los infractores del régimen[106]. Este sistema efectivamente reduce el tiempo que se consume con el enfoque de redacción o modificación de tratados, ya que puede ser modificado rápidamente según lo cambios en el ambiente político sin tener que pasar por la aprobación de un organismo internacional como las Naciones Unidas[107]. "Por ejemplo, partes del Régimen de Control de Tecnología de Misiles fueron modificadas en 2003 para impedir que los terroristas adquirieran misiles y su tecnología."[108] Para que un régimen de adhesión voluntaria funcione, cada Estado debe comprometerse a aplicar un conjunto de directrices de común acuerdo en el plano nacional (por ejemplo, las directrices del Comité Coordinador de Agencias Internacionales)[109]. También, los Estados permitirían l a transparencia, ya que otros Estados podrían observar si las directrices se estuvieran implementando según lo acordado voluntariamente por el Estado[110]. Además, "[un] factor de apoyo es su respeto a la soberanía nacional"[111], que no puede ser subestimada. Por último, y más importantemente, la opción del régimen de adhesión voluntaria permite a un Estado la mayor cantidad de libertad para elaborar directrices que se apliquen únicamente a sus necesidades particulares de exploración espacial e industria. Debido a su flexibilidad y mantenimiento de la soberanía de los Estados, esta opción tiene la mayor posibilidad de ser implementada rápidamente para crear directrices prácticas y efectivas de reducción de desechos orbítales.

III. CONCLUSIÓN

Sin lugar a dudas, el problema de los desechos orbitales es de suma preocupación para la humanidad. Aunque el problema aún no se ha traducido en un desastre, la amenaza es bastante real. Los Estados con actividad espacial harían bien en tomar medidas inmediatas para reducir la producción de desechos innecesarios, y afortunadamente muchos gobiernos y sus agencias han tomado medidas preliminares. Las directrices del Comité Coordinador de Agencias Internacionales para el Control de Desperdicios Espaciales ofrecen un excelente ejemplo de directrices de reducción potencial, al igual que los Requisitos Procedimentales para Limitar los Desechos Orbitales de la NASA.

Hay dos métodos principales para instituir directrices de reducción de desechos orbitales: (i) la opción del tratado, o (ii) la opción de las directrices nacionales. Aunque la opción del tratado tiene muchos méritos, sus desventajas son lo suficientemente significativas como para sugerir que las directrices nacionales podrían ser la mejor opción inmediata, incluso si un tratado presenta un objetivo viable a largo plazo. En concreto, los Estados deberían aplicar un régimen de adopción voluntaria similar a acuerdos como el Régimen de Control de Tecnología de Misiles. Los Estados deberían tener la esperanza de que, mediante la aplicación de estas directrices, podrían evitar una catástrofe espacial causada por los desechos orbitales. Los Estados también deberían acordarse constantemente de sus obligaciones a través del régimen de tratados del Espacio. El Tratado del Espacio Exterior sigue siendo la Constitución de la actividad humana en el Espacio, y su progenie sigue guiando la pacífica exploración y utilización del Espacio Exterior. Es evidente que las cuestiones que van desde el Derecho Penal hasta las preocupaciones medioambientales aún deben ser abordadas con mayor detalle por el Derecho Espacial; sin embargo, con el tiempo, la humanidad tendrá que reunirse para promulgar leyes equitativas y prácticas para guiar nuestras acciones colectivas en esta nueva frontera. Dicho de manera simple, y sin embargo cierta, el Derecho Espacial es el futuro del Derecho, y la humanidad debe (y lo hará) reconocer este hecho.

[107] Ibíd. p. 655.

[108] Ibídem. Ver también: Argentine Ministry of Foreign Affairs, Press Statement: Plenary Meeting of the Missile Technology Control Regime (26 de setiembre de 2003), en: http:// www.mtcr.info/english/press/buenosaires.html.

[109] MIRMINA, Steven A. Op. cit. p. 656. Ver también el "NASA NPD" como un ejemplo de directrices más específicas a nivel nacional.

[110] MIRMINA, Steven A. Op. cit. Loc. cit.

[111] Ibídem.

OBSTÁCULOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS A LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE. ¿UN IRRITANTE JURÍDICO O UNA FIGURA DE APLICACIÓN IMPOSIBLE?[*]

Renzo Saavedra Velazco[**]

Actualmente el dinamismo del mercado insta a los agentes económicos a vincularse cada vez más por medio de contratos, vehículo por excelencia de la autonomía privada de las partes como reglamentación de intereses para la satisfacción de los mismos. Pero, ¿qué sucede cuando alguno de los contratantes incumple o decide apartarse de dicha vinculación?

En el presente artículo, el autor analiza, desde la perspectiva del derecho contractual norteamericano, la denominada "teoría del incumplimiento eficiente" y los diversos factores involucrados, así como su eventual incorporación a nuestra realidad jurídica. Finalmente, nos propone pensar mejor en términos de la "teoría de la conclusión contractual eficiente".

[*] Deseamos agradecer muy sinceramente la paciencia y el apoyo brindado por los profesores Melvin A. Eisenberg de la Universidad de California, Berkeley; Daniel Friedmann de la Universidad de Tel-Aviv; Francesco Parisi de la Universidad de Minnesota; Ronald J. Scalise de la Universidad Estatal de Lousiana; y Steven M. Shavell de la Universidad de Harvard, quienes no sólo nos facilitaron y/o aconsejaron la revisión de bibliografía para la elaboración del presente artículo sino que también nos permitieron exponer algunas de nuestras inquietudes.

[**] Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociado de Payet, Rey, Cauvi Abogados. Diploma de Especialización en el Programa Latinoamericano de *Law & Economics* auspiciado por George Mason University y la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía (ALACDE).

I. PREMISA[***]

Nos encantaría poder expresar con total claridad la sensación que nos genera la lectura de la siguiente frase: "Cualquier forma de amor que encuentres, vívelo. Libre o no libre, casado o soltero, heterosexual u homosexual, son aspectos que varían de cada persona. Hay quienes son más expansivos, capaces de varios amores. No creo que exista una única respuesta para todo el mundo." Lamentablemente, carecemos de las virtudes literarias que ello requeriría o, incluso más importante, acaso no resulte el lugar adecuado para ello. En tal sentido, a lo sumo sólo podremos adherirnos a ella en lo que atiene a la idea de *vivir* (en toda la extensión de la palabra), por lo que nos limitaremos a rendir cuenta de la historia de dicha frase así como de la importancia de la misma para los propósitos del presente ensayo.

A tal efecto lo primero que debemos recordar es a la autora de la frase con la que se ha iniciado esta breve introducción. Nos referimos a la escritora francesa Anaïs Nin, quien es muy conocida tanto por la publicación de sus diarios cuanto por la propia intensidad (no sólo en el plano sentimental sino también en el plano de la producción literaria) de algunas de sus relaciones personales; tal vez una de las más conocidas –y no por ello una de las menos trascendentes– fue la que sostuvo con Henry Miller. La relación, pese a los inconvenientes que la rodeaban (ambos eran casados), brindó a la pareja de escritores no sólo una visión nueva del mundo –así como de las relaciones que atan a los seres humanos– sino que los motivó intelectualmente desde diversos puntos de vista.

Teniendo en consideración lo antes descrito, además de la propia trascendencia literaria de los autores, no causa sorpresa encontrar que algunos de los pasajes de su vida y de su relación hubieren llegado a la pantalla grande de mano del director Philip Kaufman, quien también es muy conocido por la versión cinematográfica de la obra del checo Milan Kundera: "La insoportable levedad del ser" (1988).

Haciendo muy poco esfuerzo podemos recordar, casi al detalle, varias escenas de la película sobre Henry Miller y Anaïs Nin ("Henry & June", 1990), en las cuales se da un enorme énfasis a los primeros pasos en el establecimiento de dicha relación. Se parte desde la propia proximidad intelectual y de la curiosidad mutua por algunos aspectos de la vida para luego un *descubrimiento* pleno de la seducción recíproca en situaciones *cotidianas* (un día en la playa, un baile, una caminata, un almuerzo, etc.). Todo ello culminaría en el reconocimiento de ambos escritores de la existencia de un sentimiento que los ata, inclusive para sorpresa de ambos, y por encima de lo que hubieren esperado o deseado.

Aquí, en esta idea, es donde deseamos detenernos.

La circunstancia de la vinculación intrínseca entre dos individuos, aún en contra de lo que sus deseos o intereses particulares actuales les dicten, importa, al menos lo es para el Derecho del *civil law*, el reconocimiento de una particular valoración sobre sus comportamientos (tanto a nivel del *ser* cuanto del *deber ser*) y, qué duda cabe, el otorgamiento de especiales prerrogativas a los involucrados, ello en el entendido que son los propios individuos titulares de un determinado interés (en términos amplios) los que se encuentran en principio en mejor capacidad de actuar conforme a ellos (¿al lector le suena un tanto conocido el argumento?). A tal visión teórica se le denomina interés subjetivo y tiene, en los sistemas del *civil law*, un desarrollo que bordea los cien años. Nos explicamos. Es importante, diríamos incluso connatural, a la existencia de una relación jurídica entre individuos (cuanto menos para las que deriven de *negocios jurídicos*) la intención originaria de establecer el vínculo (salvo las excepciones que se deriven de las teorías de la *confianza* y *autorresponsabilidad*)[1], lo cual no niega que en su devenir las circunstancias que rodean al mismo puedan verse alteradas de manera tal que una o ambas partes (en el supuesto que se trate de un negocio bilateral) deseen apartarse de la relación entre ellas instaurada.

Indudablemente lo antes aludido importará el reconocimiento de que no siempre un contrato es o debe ser cumplido, tal cual ya ha sido expresado

[***] Para Nathalie López Novoa, quien, por más de una razón, es la premisa del presente estudio.

[1] Un campo de estudio en el que se muestra con claridad la amplitud aplicativa de las teorías de la confianza y de la autorresponsabilidad es la responsabilidad por culpa *in contrahendo* o, si se quiere, responsabilidad precontractual. La bibliografía sobre la citada temática es abundante así como los diversos criterios que se han aplicado para su exposición. Sobre el particular remitimos a la lectura de: ESCOBAR ROZAS, Freddy. "Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual: El caso del artículo 207 del Código Civil peruano". En: THEMIS-Revista de Derecho 49. 2005. pp. 153 y siguientes, en donde se explica la responsabilidad en base a la teoría de la confianza; ESCOBAR ROZAS, Freddy. "El error en los contratos: Justificaciones impuras para la modificación para las reglas de anulación". En: Ius et Veritas 35. 2007. pp. 28 y siguientes, en donde se explica la responsabilidad en base a una lógica económica que se asemeja en cuanto a los resultados a la teoría de la autorresponsabilidad; y, en una perspectiva comparatística, LEÓN HILARIO, Leysser L. "La buena fe en la negociación de los contratos: Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual". En: THEMIS-Revista de Derecho 49. 2005. pp. 127 y siguientes.
Para una aproximación un tanto más económica al fenómeno sugerimos la consulta de CRASWELL, Richard. "Offer, acceptance, and

en nuestro medio[2], pero creemos en la necesidad de efectuar expresamente una aclaración ulterior (pues la misma se puede vislumbrar sin dificultad en la opinión de otros autores). Dicha aclaración puede ser enunciada de la siguiente manera: *un contrato no siempre es o debe ser cumplido en los términos pactados inicialmente*. Es de suyo evidente que la ocurrencia de un evento nuevo que altere las circunstancias tomadas en consideración por las partes al momento de celebrar el contrato puede alterar el equilibrio de las condiciones del acuerdo (y no sólo de la prestación dineraria de una de ellas), con lo cual podría requerirse el decaimiento del contrato o el reequilibrio de las condiciones (excesiva onerosidad de la prestación o imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable a las partes). Empero, el evento en cuestión debe cumplir con el requisito de la imprevisibilidad a fin de que los remedios previstos por la ley puedan ser actuados, vale decir, se trata de un hecho que no debió o no pudo estar dentro de la evaluación de las partes al momento en el que se suscribió el contrato.

En el contexto antes descrito, un evento como la aparición de un individuo (o, sin más, de un tercero) que ofrece mejores condiciones, de ordinario un mejor precio (es lo usual, pero ¿por qué ello es asumido por los teóricos del *efficient breach*?), no es, al menos no para nosotros, razón suficiente que justifique la frustración del contrato por el abandono del promitente de sus compromisos con vistas a obtener (como reza un *mito* de esta doctrina) un mayor beneficio. La frase con la que iniciamos nos invita a que *vivamos el amor*, creemos nosotros porque éste es siempre enriquecedor. En el ámbito contractual no podemos decir –en sentido semejante– que deben tomarse todas las oportunidades de negocios, aún las que a primera vista (o a una segunda) den un margen de beneficio superior a otra oferta (aunque incluyan el *valor* asignado expresamente por la parte defraudada en su oferta) puesto que el análisis jurídico y económico de tal decisión se encuentra lejos de estar completo. Al análisis de tales circunstancias están dedicadas las páginas que siguen.

II. EXPOSICIÓN PRELIMINAR DE LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE

A efectos de encontrarnos en condiciones de emitir una opinión, sea esta de carácter positiva o negativa, debemos conocer –por lo menos a grandes rasgos– los elementos que sirven de base y/o presupuesto a la teoría del incumplimiento eficiente según la opinión de algunos de sus principales ideólogos. La exposición de las citadas bases y/o presupuestos nos parecen fundamentales no sólo con vistas a obtener una cabal comprensión de cualquier temática sino que en el presente caso la importancia de tal exposición cobra mayor relevancia en atención a que en escasas oportunidades los teóricos del *efficient breach* han procedido a presentarlos de manera sistemática.

Los conceptos a los cuales se aludirá son centrales en la construcción y/o en el funcionamiento del derecho contractual norteamericano. Si bien es cierto que algunos de estos conceptos tienen aplicación (sea directa o indirectamente)[3] en los países del *civil law*, nos interesa de manera particular enunciarlos según el entendimiento de los operadores jurídicos anglosajones debido a que sólo de esta manera se podrá percibir una serie de aspectos de la teoría que no han sido valorados en sus reales alcances por parte de cierto sector de la doctrina (sea esta del *civil law*, sea del propio *common law*).

efficient reliance". En: Stanford Law Review 48. 1996. pp. 481 y siguientes; KATZ, Avery. "When should an offer stick? The economics of promissory estoppel in preliminary negotiations". En: Yale Law Journal 105. 1996. pp. 1249 y siguientes; MELATO, Eleonora y Francesco PARISI. "A law and economics perspective on precontractual liability". En: "Precontractual liability in European private law". Editado por John Cartwright y Martijn Hesselink. Cambridge University Press. 2008. pp. 431 y siguientes; entre otros. Para un breve análisis, en el que se aplica el *comparative law and economics*, nos permitimos remitir a SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. "Tratos preliminares y su ruptura: Un ejercicio de comparative law and economics". En: Enfoque Derecho. 1 de junio de 2010, www.enfoquederecho.com/?q=node/366; ahora también, con las necesarias referencias bibliográficas en: http://works.bepress.com/renzo_saavedra/19/.

2 Nos referimos al conocido trabajo de BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "¿Cuando es bueno incumplir un contrato?". En: Derecho y Economía. Segunda edición. Lima: Palestra Editores. pp. 315 y siguientes.

3 Cuando decimos que los conceptos en cuestión tienen aplicación directamente en los países del *civil law* queremos aludir a aquellas circunstancias que dentro la teoría de la comparación jurídica se denominan *legal borrowings* o *legal transplants*, vale decir a fenómenos de importación y/o de circulación de modelos jurídicos de un sistema a otro.
Esta terminología, propia como hemos dicho del lenguaje de los comparatistas, es común en los estudios de SACCO, Rodolfo. "Legal formants: A dynamic approach to comparative law (Installment II)". En: American Journal of Comparative Law 39. 1991. pp. 343 y siguientes; y, WATSON, Alan. "Aspects of reception of law". En: American Journal of Comparative Law 44. 1996. pp. 335 y siguientes. A pesar de la gran autoridad de sus creadores y de lo sugerente que resulta la propuesta, la teoría ha sido objeto de importantes objeciones desde diversos puntos de vista. Las observaciones en cuestión sostienen la inviabilidad de esta manera de evolución y/o difusión del derecho debido a que ignoran el contexto cultural en el que se gesta o desarrolla el Derecho importado, así como las posibles incoherencias sistemáticas que podría generar en el sistema que recibe la importación. Sobre el particular puede consultarse los trabajos de TEUBNER, Gunther. "Legal irritants: Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences". En: Modern Law Review 61. 1998. pp. 11 y siguientes; y, LEGRAND, Pierre. "What is "legal transplant"?". En: "Adapting legal cultures". Editado por David Nelken y Johannes Feest. Oxford: Hart Publishing. 2001. pp. 55 y siguientes.

Entre los conceptos básicos a los que aludiremos se encuentran: el denominado *principio de indiferencia* [*indifference principle*][4], que la toma de decisión se efectúa en un contexto carente de costos de transacción (o bien que los mismos son cercanos a cero)[5], prevalencia de los remedios resarcitorios[6] (debiendo el *quantum* resarcitorio ser calculado, por lo general, en relación al *expectation interest*)[7] y, por último, el monto a desembolsarse por concepto de daños se limitará al perjuicio que resultaba previsible [*foreseeable*][8] al momento de la celebración del contrato.

Al encontrarse los sistemas del *common law* imbuidos por una fortísima impronta remedial[9] resulta imposible aprehender la lógica de los conceptos jurídicos en juego si es que no se observa los intereses[10] que se pretenden satisfacer. Es precisamente por esta razón que el énfasis del *indifference principle* es colocado, conjuntamente con el objetivo general de los *remedies*, en la compensación de la parte que es perjudicada con un incumplimiento, de manera tal que la reparación la coloque en la posición en la que se encontraría si es que no hubiese tenido contacto con la parte infractora. Si bien esto parece la enunciación común de un régimen resarcitorio (o, en otras palabras, de compensación por los daños ocasionados), en realidad tiene un alcance mucho mayor pues incluye no sólo a los remedios propiamente resarcitorios sino que se extiende a la percepción misma del Derecho[11].

Por otro lado, no se puede evitar mencionar, lo cual sin embargo sólo será desarrollado más adelante, que la noción de previsibilidad de los daños contractuales (así como la calificación de resarcible a ciertos costos y/o gastos generados como consecuencia del incumplimiento) resulta un tanto más limitado en un contexto como el del *common law* (y en particular en el estadounidense). En efecto, en la medida que la totalidad de los desembolsos y/o consecuencias perjudiciales que soporta la parte perjudicada por el incumplimiento no son satisfechos y/o reparados es imposible que el remedio otorgado sea verdaderamente compensatorio y, por ende, se alcance el objetivo enunciado por el *indifference principle*[12].

Por el contrario, cuando decimos que los conceptos se aplican indirectamente a los países del *civil law* queremos aludir a que a pesar de que el concepto como tal se desconozca, debido entre otras cosas a las diferencias existentes frente a los sistemas del *common law*, las soluciones planteadas y/o alcanzadas en ambos sistemas para la resolución de conflictos de intereses resultan, en no pocas oportunidades, sustancialmente conformes. Esta afirmación se ve avalada en la opinión de SACCO, Rodolfo. "Diversity and uniformity in the law". En: American Journal of Comparative Law 49. 2001. p. 182, quien refiriéndose al derecho de propiedad en los sistemas alemán e inglés señala que "el derecho, esto es la regla operativa, resulta uniforme en los dos países. Pero la explicación, esto es los conceptos elaborados para explicar el derecho uniforme, resulta muy distinta"; y, GORDLEY, James. "Is comparative law a distinct discipline?". En: American Journal of Comparative Law 46. 1998. pp. 607 y siguientes; GORDLEY, James. "Comparative legal research: Its function in the development of harmonized law". En: American Journal of Comparative Law 46. 1995. pp. 555 y siguientes, este último ensayo, recientemente traducido por Walter Vásquez Rebaza y por nosotros, aparecerá en la edición 34 de la Revista Derecho & Sociedad. A lo largo de todos los trabajos antes citados se expone, en síntesis, que la construcción de la noción subyacente a una solución puede resultar diversa para cada sistema jurídico pero, sin embargo, dado que el concepto trata de dar solución a una común realidad concreta el resultado final es coincidente.

4 EISENBERG, Melvin A. "Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law". En: California Law Review 93. 2005. pp. 975 y siguientes.

5 POSNER, Richard A. "Economic Analysis of Law". Boston: Brown and Company. 1972. p. 120. Es importante anotar que el presupuesto de la ausencia de costos de transacción y/o que los mismos tienden a cero resulta implícito en el desarrollo del autor y que ello se percibe con particular claridad en la enunciación contenida en la primera edición del manual antes citado, en lo que respecta a las ediciones posteriores, POSNER se ha preocupado en ir afinando la enunciación de su definición inicial debido a las persuasivas y contundentes críticas de las que fue objeto.

6 BARTON, John H. "The economic basis of damages for breach of contract". En: Journal of Legal Studies 1. 1972. pp. 277 y siguientes; SHAVELL, Steven. "Damages measures for breach of contract". En: Bell Journal of Economics 11. 1980. pp. 466 y siguientes; y, BIRMINGHAM, Robert L. "Damages measures and economic rationality: The geometry of Contract Law". En: Duke Law Journal 1969. 1969. pp. 49 y siguientes.

7 FULLER, Lon L. y William R. PERDUE Jr. "The reliance interest in contract damages: 1". En: Yale Law Journal 46. 1936. pp. 52 y siguientes; y, FULLER, Lon L. y William R. PERDUE Jr. "Reliance interest in contract damages: 2". En: Yale Law Journal 46. 1936. pp. 373 y siguientes.

8 EISENBERG, Melvin A. "The principle of Hadley v. Baxendale". En: California Law Review 80. 1992. pp. 563 y siguientes.

9 Opinión que es expresada por DI MAJO, Adolfo. "Il sistema delle tutele nel diritto civile" En: AA. VV. Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Milán: Giuffrè. 2004. pp. 172. Trabajo que hemos traducido y que se encuentra disponible en nuestro idioma bajo el título "El sistema de tutelas en el derecho civil", en AA. VV. "Derecho procesal civil: Estudios". Lima: Jurista Editores. 2009. pp. 15 y siguientes.

10 Tal perspectiva de análisis también es conocida en el derecho europeo continental, tal y como se evidencia dentro de la corriente de la denominada Interessenjurisprudenz (o jurisprudencia de intereses), sobre el particular nos permitimos remitir a WESENBERG, Gerhard y Gunter WESENER. "Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa". Traducción de la cuarta edición alemana por José Javier de los Mozos Touya. Valladolid: Lex Nova. 1998. p. 331.

11 Para la comprensión de la idea de *mentalité* nos remitimos a LEGRAND, Pierre. "European legal systems are not converging". En: International and Comparative Law Quarterly 45. 1996, pp. 52 y siguientes. Asimismo, para una exposición sobre las diversas corrientes existentes en la comparación jurídica sugerimos la consulta de nuestro trabajo "Sobre formantes, trasplantes e irritaciones: Apuntes acerca de las teorías del cambio jurídico y la comparación jurídica". En: Ius et Veritas 40. 2010.

12 Puede consultarse sobre este punto si bien desde una perspectiva diversa de la planteada en el presente trabajo, STANDEN, Jeffrey. "The fallacy of full compensation". En: Washington University Law Quarterly 73. 1995, pp. 145 y siguientes.

La breve exposición de este principio resultará fundamental para la comprensión de las páginas que siguen. Este principio tiene como propósito específico colocar a la parte afectada en una posición semejante a la que se encontraría en caso se hubiese verificado el cumplimiento, vale decir, al brindarse un remedio que logre tal objetivo la parte que soporta el incumplimiento se encontrará en una situación indiferente sobre el cumplimiento o no de la promesa de su contraparte. Como es natural, los remedios en los que se logre la plena indiferencia serán aquellos en los que se tutela con mejor y/o mayor precisión el interés creditorio; dicho en otras palabras, se satisface el principio de indiferencia cuando el remedio que sustituye la promesa incumplida imita de mejor manera el efecto que produce la ejecución de la misma en el patrimonio del acreedor.

En este contexto, podemos calificar como remedios plenamente compensatorios tanto a la ejecución forzada [*specific performance*] de una promesa contractual cuanto a los mandatos judiciales en los que se ordena un comportamiento o una abstención *[injunction]*, en estos últimos la violación de tales órdenes devienen muchas veces en una sanción de tipo penal (ya que es la infracción de un mandato jurisdiccional)[13] o en la imposición de una sanción monetaria. Curiosamente ambos remedios son otorgados bajo la *equity* más no por las normas del *common law*. En cambio, un remedio como el resarcimiento de daños, tal vez el remedio preferido en el sistema anglosajón, por lo general no alcanzará la plena compensación sino que será subcompensatorio o bien supracompensatorio. La razón de que califiquemos como plenamente compensatorios a los primeros se centra en que con la *specific performance* o con la *injunction* se le da al afectado exactamente aquello que satisface el interés vulnerado, por un lado, será el servicio o el bien materia de la promesa; y, por otro lado, será a través de la alteración o la preservación de las circunstancias de hecho y/o derecho.

Antes de proseguir con nuestro estudio creemos adecuado dar una definición preliminar de lo que se entiende por incumplimiento eficiente. A tal efecto citaremos aquella opinión doctrinal que es la comúnmente, sea consciente o inconscientemente, e incluso para bien o para mal, manejada por la mayoría de personas que han tomado contacto con la teoría en cuestión[14]. Nos referimos, como es obvio, a la opinión del juez Richard Posner, quien en su conocido manual de análisis económico del derecho señala:

"…[E]n algunos casos una parte se vería tentada a incumplir el contrato simplemente porque el beneficio del incumplimiento excede el beneficio esperado de llevar a término el contrato. Si es que el beneficio del incumplimiento también excede el beneficio esperado que recibiría la contraparte frente a la culminación del contrato y el resarcimiento se encuentra limitado a la pérdida del beneficio esperado, habrá un incentivo para incumplir. Debe ser así."[15]

Deseamos destacar que la lectura de la citada opinión es gráfica de la tendencia a condensar en algunas breves afirmaciones un conjunto de conceptos complejos del sistema anglosajón y, otros tantos, del enfoque económico profesado por Posner. Tal forma de proceder no será criticada por nosotros, puesto que nos parece que es la única manera de realizar una exposición de ideas tan complejas, pero sí diremos que pone sobre la mesa el debate del cuidado que deben tener los operadores jurídicos al trasplantar una figura de un sistema u otro. Nos explicamos. La posición de Posner no sólo se construye en base a una serie de afirmaciones condicionales sino que su contenido difícilmente podría ser evaluado por la persona *"tentada"* a incumplir, no porque ella no esté consciente de tal evaluación (cuanto menos no discutiremos, en esta oportunidad, el análisis *costo-beneficio*[16]) o porque no sea una personal racional que intenta maximizar su propia función de utilidad. En realidad, quien se encuentre tentado a incumplir no podrá evaluar el contenido de los aspectos que sirven de base a Posner sencillamente porque el costo de acceso a tal información resulta prohibitiva (salvo que su contraparte revele la

[13] Una prueba de la enorme amplitud y relevancia de este tipo de órdenes para la protección de una extensa gama de titularidades, incluso de naturaleza fundamental, puede observarse en los ensayos de EASTON, Robert E. "The dual role of the structural injunction". En: Yale Law Journal 99. 1990. pp. 1983 y siguientes; y, WISDOM, John Minor. "Review: Rethinking injunctions". En: Yale Law Journal 89. 1980. pp. 825 y siguientes.

[14] BARNES, David W. "The anatomy of contract damages and efficient breach". En: Southern California Interdisciplinary Law Journal 6.1998. pp. 397 y siguientes.

[15] POSNER, Richard A. Op. cit. p. 120.

[16] El análisis costo-beneficio puede ser objeto de interesantes objeciones, o bien precisiones, desde la óptica de la racionalidad acotada (*bounded rationality*) así como también del egoísmo o auto interés acotado (*bounded self-interest*) y de la fuerza de voluntad acotada (*bounded will-power*), conceptos que forman parte del *behavioral law and economics*.
Para una aproximación a los mismos puede consultarse JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. y Richard THALER. "A behavioral approach to law and economics". En: Stanford Law Review 50. 1998. pp. 1477 y siguientes; y, en nuestro medio, SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. "Behavioral law and economics: Una aproximación inicial". En: Enfoque Derecho. 18 de enero de 2010. www.enfoquederecho.com/?q=node/203; ahora también disponible, con las necesarias referencias bibliográficas en: http://works.bepress.com/renzo_saavedra/1/.

totalidad de dicha información, lo cual, como es de esperar, no sucederá en la medida que si ésta conociese estos detalles obtendría un fortísimo poder de negociación en desmedro de los intereses de la parte que revela la información). Por otro lado, se toma como punto de partida que los daños resarcibles son únicamente *"la pérdida del beneficio esperado"* o, si se quiere, en términos del *Restatement (Second) of Contracts* (por no decir –lo cual se ajusta a la realidad– en los términos de Fuller y Perdue)[17]: el *expectation interest*. Sin embargo, tal limitación no siempre resultará aplicable puesto que también es posible que deba efectuarse algún desembolso producto de la tutela del *reliance interest*[18] (que comprende los gastos y/o costos que asume o efectúa una parte confiando en la ejecución de la promesa de su contraparte), del *restitution interest*[19] (cuyo propósito es devolver a la parte afectada por el incumplimiento aquellos beneficios que recibió el deudor con vistas a ejecutar la promesa incumplida) e incluso del *disgorgement interest*[20] (el cual se centra en que el deudor no retenga para sí los beneficios obtenidos como consecuencia de su decisión de incumplir pues, de lo contrario, importaría un enriquecimiento inmotivado a costa de su contraparte).

Por su parte, y un aspecto que no es percibido por quienes se acercan inicialmente a su estudio, es que la teoría del incumplimiento eficiente presume que los costos de transacción involucrados en la operación son cero o cercanos a cero. Con la asunción antes mencionada la teoría es susceptible de una crítica directa: si se asume la ausencia de costos de transacción de la segunda operación realizada (así como de la consecuente reparación del interés creditorio del contratante defraudado) se asume algo irreal, lo cual no necesariamente preocuparía a los propulsores de esta teoría; y a ello se agrega que cuando se compara la elección de incumplir con la situación de re-negociación para lograr que el deudor sea liberado, se considera que esta situación tiene altos costos de transacción. Evidentemente si se compara una situación en la que se asume que los costos de transacción son cero (o cercanos a cero) con una situación en la que, por contraposición, se asumen que hay costos de transacción (e incluso que estos son elevados); es natural que se prefiera la primera, pues toda la formulación de la propuesta hace que elegir el segundo escenario resulte irracional en términos económicos.

Una crítica ulterior, y que ha permanecido un tanto oculta, es aquella por la cual, aún considerando que la observación anterior es superable o cuanto menos no tiene mayor impacto en la teoría del incumplimiento eficiente (sea porque grafica la realidad de la situación, sea porque el afán de simplificación de las teorías económicas logra justificar dicha diferencia entre la comparación de dos situaciones que en esencia son del todo distintas), la asunción de Posner entra en contradicción con el teorema de Coase[21] en el que hipotéticamente se sustentaría. En efecto, siguiendo la propuesta de Ronald Coase, cuando los costos de transacción no existen o son cercanos a cero, la regla legal resulta irrelevante pero bajo el esquema de Posner, irónicamente, la regla legal sí importa[22]. El detalle de nuestra crítica será desarrollada al momento en que se exponga aquellas modalidades y/o paradigmas bajo los cuales se configuran los casos que, en opinión del *mainstream* del análisis económico del Derecho, justificarían la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. Empero, podemos adelantar que no nos parece aconsejable la manera clásica en la que se ha venido analizando las ventajas y/o desventajas de esta teoría así como también la asunción de ausencia de costos de transacción de la que parte.

17 Una perspectiva crítica de la terminología y el contenido de estos conceptos se puede observar en el trabajo del profesor FRIEDMANN, Daniel. "A comment on Fuller and Perdue, the reliance interest in contract damages". En: Issues in Legal Scholarship, Symposium: Fuller and Perdue, article 3, 2001; documento que puede ser descargado en el web-site The Berkley Electronic Press:http://www.bepress.com/ils/iss1/art3.

18 En su formulación primigenia ver: FULLER, Lon L. y William R. PERDUE Jr. "The reliance interest in contract damages: 1". Op. cit. p. 55; para una formulación más actual pero aplicada al campo de los derechos de propiedad ver SINGER, Joseph William. "The reliance interest in property". En: Stanford Law Review 40. 1988. pp. 611 y siguientes. Ibíd. pp. 701-732, en donde se expone, de manera por demás persuasiva, las razones económicas tanto para la protección de dicho interés cuanto las posibles objeciones a ello.

19 Para una interesante evidencia de la amplitud original de este interés ver: FULLER, Lon L. y William R. PERDUE Jr. "The reliance interest in contract damages: 1". Op. cit., pp. 54–55; para una exposición de los nuevos roles y alcances de dicho interés ver CRASWELL, Richard. "Against Fuller and Perdue". En: Chicago University Law Review 47. 2000. pp. 99 y siguientes. Ibíd. pp. 141-143 y 147-149.

20 Inicialmente, la superposición entre el *restitution interest* y el *disgorgement interest* se percibe en el trabajo de FULLER, Lon L. y William R. PERDUE Jr. "The reliance interest in contract damages: 1". Op. cit. pp. 54-55; sin embargo, posteriormente se fue independizando tal como lo demuestran las contribuciones de EISENBERG, Melvin A. "The disgorgement interest in contract law". En: Michigan Law Review 105. 2006. pp. 559 y siguientes. Ibíd. pp. 570 y siguientes; McCAMUS, John D. "Disgorgement for breach of contract: A comparative perspective". En: Loyola Los Angeles Law Review 36. 2003. pp. 943 y siguientes; SIEMS, Mathias M. "Disgorgement of profits for breach of contract: A comparative analysis". En: Edinburgh Law Review 7. 2003. pp. 27 y siguientes; y, SMITH, Lionel D. "Disgorgement of the profits of breach of contract: Property, Contract and 'Efficient Breach'". En: Canadian Business Law Journal 24. 1994-1995. pp. 121 y siguientes.

21 COASE, Ronald. "The problem of social cost". En: Journal of Law and Economics 3. 1960. pp. 1 y siguientes.

22 Al respecto ver *infra note* al pie (71) y, en general, el desarrollo efectuado en el acápite 4.1.

Un último aspecto que queremos resaltar es la afirmación de Posner acerca de que dado el beneficio neto de la operación, ambas partes se encontrarían *mejor* (esto es, el deudor que incumple) o *indiferentes* (vale decir, quien no recibe la prestación sino un remedio sustitutorio) frente a la situación de incumplimiento, por lo que habría un incentivo a incumplir el cual *debe* ser protegido por el Derecho. Sin embargo, ¿esto es cierto?, ¿basta con que exista un incentivo económico para tomar determinada conducta para que ésta deba ser protegida sin más por el Derecho?[23] Creemos que la respuesta no puede ser sino negativa[24]. Es evidente que el sistema jurídico debe intentar proteger la creación de riqueza pero ello no es su único objetivo.

En efecto, y siguiendo a su lógica consecuencia la afirmación bajo análisis, si observáramos que existe un incentivo al robo dado que el beneficio de esta actividad supera los costos de la imposición de una determinada sanción (o sencillamente la sanción resulta menor o incluso equivalente a la infracción – ¿podría ser acaso de una manera diferente? –), entonces podríamos concluir que dicha actividad (el robo) *debe* ser incentivada por el Derecho[25]. Creemos que este ejemplo no hace sino demostrar que los términos de la afirmación resultan equívocos o, si se prefiere, susceptibles de ser objeto de una ulterior precisión. El nivel de sanción no nos dice nada acerca de si la conducta es más o menos ilícita, pues no existe una graduación sobre la ilicitud de los comportamientos, sino a lo sumo es un índice de la reprochabilidad (atendiendo a los intereses en juego y al grado de reprobación social o jurídica sobre el elemento volitivo que subyace al comportamiento). Vale decir, cuando se infringe una norma o un deber de comportamiento, la conducta es evidentemente ilícita, por lo que intentar extraer de la gravedad de la sanción aplicada la conclusión de que el sistema jurídico ve con buenos ojos el citado comportamiento es metodológicamente incorrecto y, a su vez, jurídicamente cuestionable. El error metodológico al que aludimos es al intento de definir o aprehender la esencia de una situación en función a un elemento excepcional (pues lo regular es el respeto de la norma o el cumplimiento del deber), externo (la sanción es un mecanismo de tutela exógeno a la situación defendida) y patológico (la situación de infracción es claramente una en la que el Derecho reacciona de manera diversa a explicar un fenómeno, mientras que la fisiología es la que explica el devenir natural de una figura jurídica, por lo que calificar de lícita –esto es, que su actuación es conforme a Derecho– a una conducta que por definición infringe al sistema es una *contradictio in terminis*). Por su parte, el error jurídico, que no es sólo un reflejo de todo lo anterior, se evidencia con los siguientes dos ejemplos: (i) si una persona mata a otra pero la pena que se le impone es baja entonces ¿podremos decir que el homicidio que se ha perpetrado es lícito? La respuesta es claramente negativa, solamente nos dice que el sistema no ha determinado de manera correcta la sanción frente a la infracción (por lo que no hay que confundir el supuesto –la infracción– con su consecuencia –la sanción–, pues ambas son lógica y ontológicamente distintas); y, (ii) si un chofer dado que bebió en exceso se duerme y causa un accidente de tránsito por el que se lesiona a un peatón, pero sólo debe pagar un resarcimiento sub-compensatorio entonces ¿se puede decir que la conducción en estado de ebriedad y/o la lesión de personas con un vehículo resulta lícito? La respuesta es nuevamente evidente, en este tipo de casos, la legislación o la judicatura no brinda las facilidades para la correcta sanción del agresor o tal vez la razón para que se impongan montos bajos sea la consciencia de que en el Perú la mayoría de personas no podrá pagar un monto elevado o, incluso, plenamente compensatorio.

En el siguiente acápite explicaremos las razones por las que se ha generado, en especial en el sistema estadounidense, la tendencia a considerar no sólo la existencia de un derecho de opción del deudor así como a intentar definir ciertos fenómenos

[23] La afirmación se entiende un poco mejor, si bien ello no significa que la compartamos, si es que recordamos que existen diversas escuelas dentro del análisis económico del derecho. A efectos de la afirmación bajo análisis es de recordar que Posner forma parte de la escuela positiva por lo que no tiene demasiado interés el comportamiento de los seres humanos y de las personas jurídicas sino que le interesa más observar la estructura del sistema jurídico en sí misma. Si a ello se le añade el dato de que el autor considera que el *common law* es un sistema que incentiva o busca proteger la eficiencia económica, la afirmación no causa mayores perplejidades.
Al respecto nos permitimos remitir al lector a la consulta de POSNER, Richard A. "Some uses and abuses of economics in law". En: University of Chicago Law Review 46. 1979. pp. 281 y siguientes; y PARISI, Francesco. "Scuole e metodologie nell'analisi economica del diritto". En: The Cardozo Electronic Law Bulletin. Editado por Ugo Mattei y Pier Giuseppe Monateri. 2005. http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2005/Parisi1.pdf.

[24] Empero, en el *common law* existe una marcada tendencia a considerar que su sistema tiende casi naturalmente a producir la elección óptima de reglas, lo cual sirve de sustento, tal y como se ha visto, al enfoque positivo de Posner. La percepción sobre este asunto se puede rastrear al célebre trabajo de RUBIN, Paul H. "Why is the common law efficient?". En: Journal of Legal Studies 6. 1977. pp. 51 y siguientes; y al interesante ensayo de PRIEST, George L. "The common law process and the selection of efficient rules". En: Journal of Legal Studies 6. 1977. pp. 65 y siguientes.

[25] Nótese que no estamos afirmando que los propulsores del *efficient breach* se encuentran a favor del robo eficiente, sino que la formulación inicial de aquélla (o la justificación de su tutela) permitiría afirmar una situación como ésta. Con lo cual o bien la teoría del incumplimiento eficiente debe ser rechaza o bien debe ser reformulada.

en función a los remedios y/o consecuencias jurídicas que trae aparejado. Asimismo, se verá si el fundamento que se suele aludir para tal perspectiva, fuera de las críticas que se le pueden elevar, resulta históricamente correcto.

III. PRIMEROS PLANTEAMIENTOS DE LA *EFFICIENT BREACH THEORY*

Un detalle de cariz histórico que nos interesa resaltar es la común, y no por ello menos errada, percepción de que uno de los primeros impulsos doctrinales dirigidos a sustentar la idea del incumplimiento eficiente sería el dado por el juez Oliver Wendell Holmes Jr., convirtiéndose casi como un remoto precursor. Tal percepción se genera en virtud a un breve pasaje contenido en un artículo de finales del siglo XIX, en el que se sostiene que:

"El deber de cumplir un contrato en el *common law* no significa más que la predicción de que uno debe pagar un resarcimiento si es que no lo cumple, y nada más que ello."[26]

Aparentemente, al menos lo es para muchos, la afirmación marcaría el inicio del itinerario requerido para, por un lado, arribar a la conclusión de que la única sanción jurídica frente al incumplimiento es meramente la aplicación de un resarcimiento (por lo que se negaría la posibilidad a favor del acreedor insatisfecho de exigir la ejecución forzada de la prestación prometida); y, por otro lado, la configuración de un hipotético derecho de opción a incumplir a favor del deudor. No obstante ello, no negaremos que una de las bases ideológicas de la teoría del incumplimiento eficiente es la absoluta prevalencia del remedio resarcitorio frente a la ejecución forzada pero de allí a sostener que este aspecto del derecho contractual estadounidense es el que justifica la existencia de tal construcción doctrinal sería sobresimplificar la teoría. En efecto, como se verá más adelante, existen factores estructurales en los sistemas jurídicos del *civil law* y/o en los del *common law* (particularmente en el estadounidense) que son capaces de estimular o bien inhibir la teoría del incumplimiento eficiente (por lo menos entendida en su propuesta más amplia).

Volviendo al error histórico, aquellos autores que consideran a Holmes como un precursor de la teoría del *efficient breach* creemos que deberían proceder a reevaluar su percepción a la luz de la siguiente opinión:

"(…) la persistente impresión de que sostengo que la promesa de un hombre se centra en realizar X o el pago de un resarcimiento. No creo que un hombre prometa pagar un resarcimiento bajo un contrato más de lo que ello sucede en la responsabilidad extracontractual. Aquí quien realiza un acto se torna responsable en caso no se verifique un determinado hecho, mientras que el acto ejecutado simpliciter en perjuicio de alguien lo hace responsable extracontractualmente"[27].

En la opinión antes transcrita se puede observar hasta dos temas de la máxima relevancia a efectos de nuestra exposición: (i) Holmes consideraba al incumplimiento contractual como un evento similar a la responsabilidad extracontractual, vale decir, lo percibía como un ilícito, con lo cual difícilmente (salvo, por supuesto, la contradicción) podría sustentarse que existe el mentado *derecho de opción de cumplir o incumplir*[28] basado en tal pasaje, con lo cual todas las posiciones que intenten sustentarse en tal opinión se *respaldarían* en una lectura equivocada de la opinión de Holmes; y, (ii) que la referencia a la autoridad de Holmes a fin de soportar la génesis de la teoría del *efficient breach* resulta errada[29], pues si el autor percibe como ilícito al incumplimiento contractual mal podría luego abogar porque dichas conductas sean no

[26] HOLMES, Oliver Wendell Jr. "The path of the law". En: Harvard Law Review 10. 1897. pp. 457 y siguientes. Ibíd. p. 462.

[27] HOLMES, Oliver Wendell Jr. y Frederick POLLOCK. "Holmes-Pollock letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932". Texto editado por Mark de Wolfe Howe. Cambridge: Harvard University Press. 1941. p. 177. Carta del 12 de marzo de 1911.

[28] Lo cual probablemente llevó a que uno de los más fervientes propulsores del enfoque económico en el Derecho sostenga que esto se asemejaría a la estructura de una obligación alternativa. Vale decir, la obligación alternativa sería ejecutar la prestación o, en lugar de ella, a desembolsar un resarcimiento (BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Op. cit. p. 331).
Lamentablemente esta percepción resulta equívoca. Como es conocido, una obligación alternativa presupone la existencia de cuanto menos dos prestaciones comprometidas (en paridad de nivel, a diferencia de lo que acaece en el caso de obligaciones facultativas) pero en la que el deudor se libera ejecutando una de ellas. Empero, el pago de un resarcimiento no es una prestación que esta verdaderamente comprometida en la obligación, sino que esta sólo se torna exigible al momento en que el deudor infringe con su deber de ejecutar la prestación a su cargo, vale decir, el pago de tal monto siempre se encontrará sometido a la eventualidad del incumplimiento. La situación a la que se alude se asemeja a lo que sucede en el caso, por ejemplo, de una cláusula penal o bien en algún otro tipo de garantía. Como se sabe, ejecutar la prestación permite la extinción fisiológica del vínculo obligatorio (esto es, de acuerdo al alcance de lo comprometido y sin que entre a tallar una intervención externa a éste) a diferencia de lo que sucede en el caso del pago de un resarcimiento que provoca la extinción patológica del citado vinculo obligatorio (aquí lo comprometido no es ejecutado por lo que el pago del resarcimiento ha de satisfacer el interés primigenio de la parte afectada por el incumplimiento con la actuación de una prestación sustituta).
A este tipo de obligaciones la doctrina las ha denominada falsa obligación alternativa, para una mejor exposición de esta figura nos permitimos remitir a la lectura de la contribución del profesor GIRINO, Franco. "Obbligazione III, Obbligazione alternative e facoltative". En: Enciclopedia giuridica Treccani. Volumen 21. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana. 1990. pp. 1 y siguientes.

[29] Opinión que es firmemente sustentada por PERILLO, Joseph M. "Misreading Oliver Wendell Holmes on efficient breach and tortious interference". En: Fordham Law Review 58. 2000. pp. 1085 y siguientes. Ibíd. pp. 1085-1093.

sólo justificadas sino incluso incentivadas, todo ello sin mencionar que la percepción de Holmes sobre otras materias tornaría casi imposible que propulsara, aunque sea de manera remota, la creación de la teoría del incumplimiento eficiente.

En efecto, un aspecto histórico-doctrinal que no es recordado por muchos, o tal vez intencionalmente olvidado, es la valiosísima labor que desempeñó Holmes en la creación y sistematización de otra importante teoría jurídica[30]. Nos referimos a la teoría del *tortious interference* o, dentro de la terminología del *civil law*, la lesión del crédito por parte de tercero[31]. Bajo esta figura jurídica se intenta reprimir o sancionar a aquel tercero que se interpone en una relación contractual vigente, de manera tal que afecta negativamente la idoneidad de la prestación (sea que esta tenga por contenido un bien o un comportamiento, positivo o negativo, del deudor) o incluso el deseo del deudor de ejecutar la prestación, por lo que es motivado a incumplir, sea por propio interés o bien porque se ha elevado el costo de la ejecución o se le ha imposibilitado la ejecución[32].

Algunos ejemplos nos pueden ayudar a aclarar un poco el panorama. Pensemos en la empresa "M" que suministra bienes a la empresa "N". Al ver la calidad de los bienes suministrados, la empresa "O" le hace una oferta a M con la intención de que abandone a N y sólo le suministre los bienes a ella. Esto es, en términos sencillos una interferencia de la relación contractual entre M y N. ¿El ejemplo le resulta conocido al lector? Por supuesto, y no es una casualidad, pues es el ejemplo básico (en extremo) de lo que sucede en la teoría (clásica) del *efficient breach*: un tercero que motiva a una de las partes de un contrato a incumplirlo. Si, como reza el mito, la eficiencia debe ser protegida (y ella es precisamente tutelada en el sistema estadounidense, no sólo en las clases universitarias donde se dicta estas figuras sino también en los precedentes que se han emitido a lo largo de los años) entonces cómo se explica la expresa prohibición del *tortious interference with contractual relations [interferencia lesiva en las relaciones contractuales]* en el *Restatement (Second) of Torts*[33] o, en otro supuesto, la prohibición dentro del sistema jurídico peruano[34] (así como su propia calificación como acto de competencia desleal).

En este orden de ideas, e incluso si olvidáramos todo lo antes expresado, aún nos quedaría la siguiente duda: ¿cómo un autor que (hipotéticamente) es el precursor de la teoría del incumplimiento eficiente puede ser al propio tiempo uno de los autores más influyentes en la consolidación de otra teoría que se encarga de minar las bases de la anterior?

30 GERGEN, Mark P. "Tortious interference: How it is engulfing commercial law, why this is not entirely bad, and a prudential response". En: Arizona Law Review 38. 1996. pp. 1175 y 1178-1179; y, PERILLO, Joseph M. Op. cit. pp. 1090-1091.

31 BUSNELLI, Francesco Donato. "La lesione del credito da parte dei terzi". Milán: Giuffrè. 1964.

32 Sobre la manera de entender esta figura especial de tort existen cuanto menos dos grandes teorías: (i) aquella que la concibe como la apropiación ilícita de una titularidad ajena; y (ii) aquella que la ve como una enajenación instigada.
Para una aproximación a este *tort* desde cada una de estas perspectivas aconsejamos la lectura de EPSTEIN, Richard. "Inducement of breach of contract as a problem of ostensible ownership". En: Journal of Legal Studies 16. 1987. pp. 1 y siguientes; y, MCCHESNEY, Fred S. "Tortious interference with contract versus "efficient" breach: Theory and empirical evidence". En: Journal of Legal Studies 28. 1999. pp. 131 y siguientes.

33 Al respecto podemos mencionar la existencia del § 766 y § 767 del Restatement (Second) of Torts, en el que precisamente se indica que aquel que sin privilegios, o derecho para hacerlo, induce a otra persona a inejecutar su obligación con otra persona o bien a que ingrese o mantenga una relación con otra persona es responsable de los daños que este comportamiento genere al acreedor insatisfecho o bien a quien tenía interés en iniciar una relación contractual con la persona inducida (o a impedir que esta renueve una relación de este tipo con otro sujeto).
Empero, es menester indicar que existen otras referencias a este *tort* dentro del Restatement dedicado a la responsabilidad extra-contractual.

34 En la derogada ley de represión de la competencia desleal, Ley 26122, existía el artículo 16 que calificaba como desleal: "a) La interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones que han contraído.
A tenor de lo dispuesto en el párrafo anterior, no será necesario que la infracción se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas mediante el contrato, sino que bastará que se vincule con algún aspecto básico del mismo.
Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiera se subrogue en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales.
b) La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas."
El reciente Decreto Legislativo 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de represión de la competencia desleal, también regula la situación pero en el artículo 15, donde se indica que se consideran actos de sabotaje empresarial:
"15.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, perjudicar injustificadamente el proceso productivo, la actividad comercial o empresarial en general de otro agente económico mediante la interferencia en la relación contractual que mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial o mediante una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades.
15.2.- Los actos que impliquen ofrecer mejores condiciones de contratación a los trabajadores, proveedores, clientes o demás obligados con otro agente económico, como parte del proceso competitivo por eficiencia, no constituyen actos de sabotaje empresarial."

La respuesta es sencilla: No es posible, salvo por supuesto la contradicción. Esta posibilidad, en virtud de la propia opinión de Holmes antes aludida, no puede ser siquiera considerada.

Atendiendo a lo antes aludido, deben existir auténticos creadores o propulsores de esta teoría, si bien los mismos –en muchas ocasiones– no son siquiera citados en los trabajos que analizan esta figura. En nuestra opinión, y en aquellos estudios que se dedican a resaltar el desarrollo de la teoría, existen dos contribuciones puntuales que pueden ser claramente identificadas y calificadas como las fundantes. En primer lugar, la contribución en que expresamente se formula la eficiencia del incumplimiento frente a la recepción de una mejor oferta; y, en segundo lugar, el ensayo que le puso nombre a esta teoría. El primero de ellos es el trabajo de Robert L. Birmingham[35] y el otro es el trabajo conjunto de Charles J. Goetz y Robert E. Scott[36].

El pasaje más importante del trabajo de Birmingham para la enunciación inicial de la teoría es realmente esclarecedor:

"(…) El apartamiento de una obligación debe ser alentado cuando el promitente sea capaz de beneficiarse de su conducta después de colocar al promisario en una posición tan buena a la que habría ocupado si el cumplimiento hubiese tenido lugar. Fallar al honrar un acuerdo bajo estas circunstancias es un movimiento hacia el óptimo paretiano"[37].

Como se observa en este pasaje ya se hace mención a la circunstancia de que se debe reparar a la contraparte (la preferencia del remedio resarcitorio) y colocarla en una posición tan ventajosa como en la que se encontraría si es que hubiese recibido la prestación comprometida (vale decir, se recoge la idea básica del *indifference principle* antes enunciada)[38]. Asimismo, y un detalle que como se ha visto también se presenta en la construcción de Posner, es que no se presta demasiada atención a los costos de transacción involucrados en la operación (tanto los del incumplimiento como los de la reparación de los daños que se generan a causa de éste). En el trabajo sólo se llega a decir que si es posible cumplir con el principio de indiferencia el incumplimiento nos lleva hacia un óptimo paretiano[39], sin embargo, para lograr tal indiferencia alguien (sea una o ambas partes, sea la sociedad) deberá de asumir determinadas inversiones y/o costos, por lo que los mismos deberán ser tomados en consideración para verificar si en realidad estamos en presencia de un movimiento hacia el óptimo paretiano o si, por el contrario, nos encontramos en un movimiento dentro de la curva de indiferencia o si se trata de un movimiento que en los hechos genera mayores costos sociales que los beneficios privados asociados.

Por su parte el texto de Goetz y Scott denomina a este fenómeno como será conocido de ahora en adelante, vale decir, la teoría del incumplimiento eficiente y lo hace desde el propio título del ensayo. Si bien es de destacar que el punto medular del desarrollo de los citados autores se centra en realidad en la evaluación de la validez y eficacia de las *liquidated damages*[40] así como a analizar si una inadecuada valuación de ellas puede devenir en un desincentivo a un incumplimiento que potencialmente pudo ser eficiente[41] (sobre todo en las cláusulas *in terrorem*). Dentro de la lógico de este ensayo, si una de las partes tiene una alta valuación subjetiva (por la razón que fuese) sobre el bien o la actividad a cargo de su deudor, es racional que se encuentre incentivado a exigir una

El aspecto a discutir sería si el numeral 15.2 del citado artículo 15, al sostener que el ofrecer una serie de mejores condiciones de contratación, ofrece una carta blanca para admitir el ingreso de la teoría del incumplimiento eficiente en sede nacional, lo cual descartamos tanto porque aún existen las reglas generales de la responsabilidad civil cuanto sobre todo porque las mejores condiciones ofrecidas deben estar vinculadas al juego de la competencia. Con esta condición adicional, no es la eficiencia *per se* la que torna lícita la conducta sino que las condiciones ofrecidas deben estar dirigidas a la mejora de la competencia y no a socavarla.

35 El trabajo al que aludimos es BIRMINGHAM, Robert L. "Breach of contract, damages measures, and economic efficiency". En: Rutgers Law Review 24. 1970. pp. 273 y siguientes; sin embargo, en un trabajo anterior ya se podía entrever algo del desarrollo posterior, BIRMINGHAM, Robert L. "Damages measures and economic rationality: The geometry of Contract Law". En: Duke Law Journal 1969. 1969. pp. 49 y siguientes.

36 GOETZ, Charles J. y Robert E 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 77. 1977. pp. 554 y siguientes.

37 BIRMINGHAM, Robert L. Op. cit. p. 284.

38 Ibíd. p. 275, donde el autor reconoce que "[e]ste ensayo busca derivar una justificación menos cargada de valor para la regla del *common law* «que donde una parte soporte una pérdida en razón del incumplimiento contractual, ella debe, en la medida que el dinero pueda hacerlo, ser colocada en la misma posición, a través del resarcimiento, como si el contrato hubiese sido cumplido»".

39 Ibíd. pp. 285-286, llega a sostener, lo cual no es tomado en cuenta por los autores sucesivos, que "[l]a conclusión de que la eficiencia requiere que el cálculo del monto del resarcimiento frente al incumplimiento coloque a la parte inocente en una posición tan buena como en la que se encontraría si es que el incumplimiento no hubiese ocurrido descansa ampliamente en la relevancia de asumir el modelo competitivo del sistema de mercado moderno".

40 FARNSWORTH, E. Allan. "Damages and specific relief". En: American Journal of Comparative Law 27. 1979. pp. 247 y siguientes. Ibíd. p. 248.

41 GOETZ, Charles J. y Robert E. SCOTT, Op. cit. p. 556.

penalidad alta en caso de incumplimiento, la cual cumplirá una función de garantía (en términos amplios). En estos casos, la regla estadounidense de rechazo a las *penalties* nos parece ineficiente, pues no es sólo lógica la conducta del acreedor de requerir de su contraparte tal penalidad, en atención a su particular interés subjetivo (que importa, como es natural, de modo parcial una revelación de su *precio de reserva*) sino que el deudor correlativamente –si es un agente racional– solicitará un incremento del precio o contraprestación para cubrirse del riesgo adicional que en los hechos asumirá[42].

De conformidad a lo indicado precedentemente, una cláusula penal elevada permitirá que las partes asignen de manera adecuada los riesgos involucrados en la operación (pues importa revelar una parte de los riesgos que el acreedor no desea asumir), sino que protege el interés subjetivo de las partes. A ello cabría agregar que sólo se negociará una cláusula penal cuando los costos de transacción asociados a ello resulten menores a los que se espera asumir en un eventual litigio; y, en atención a una valuación subjetiva elevada, reduce el costo de los errores judiciales causados en la dificultad de determinar el monto adecuado de los daños ocasionados al acreedor[43].

Teniendo en claro estos aspectos regresemos brevemente a la definición del texto de Birmingham. En ella se hace mención que el resarcimiento desembolsado frente al incumplimiento coloca al promisario insatisfecho en una situación indiferente a éste por lo que se constituiría como un movimiento hacia el óptimo paretiano. Como se sabe, el óptimo paretiano es la situación en la que ya no es posible un cambio dentro de un sistema dado sin que ello importe perjudicar otro elemento del mismo. Empero, no creemos que se deba analizar este particular fenómeno contractual desde una perspectiva paretiana puesto que es irreal la asunción de la total indiferencia entre el cumplimiento contractual y la recepción de un monto resarcitorio, en especial porque por definición lo que el acreedor desea recibir es la prestación (que es precisamente lo que no tiene y lo motiva a contratar a fin de satisfacer una determinada necesidad) y no dinero (que es, por regla general, con lo que el acreedor compensa la entrega de un bien o el disfrute de un comportamiento).

Las razones por las que nos parece irreal el empleo de la noción paretiana son que: (i) si se repara monetariamente al acreedor insatisfecho, éste aún no ha recibido aquello que satisface su necesidad (no estamos cuestionando si es que el monto es plenamente compensatorio sino a la compensación en sí misma) sino que deberá ir al mercado para encontrar un bien sustituto o bien un locador que le preste el servicio que requiere, por lo que el dinero recibido sólo le permitirá entrar al mercado y no es el que en sí mismo el que repara el daño sufrido (como es obvio, al efectuar una nueva búsqueda y, de ser el caso, una nueva contratación, significará asumir nuevos costos de transacción); y, (ii) tanto su noción de eficiencia como su óptimo sólo atiende a si un miembro de la sociedad es beneficiado y ninguno perjudicado, empero, no observa quién asume los costos asociados a tal transferencia o movimiento hacia el óptimo paretiano ni mucho menos si estos compensan tal operación (bajo esta noción es posible que el costo social –por ejemplo, los costos de administración de justicia– supere a los beneficios privados).

En todo caso, se podría sostener –de una manera un tanto más realista– que la eficiencia definida en los términos del criterio de *Kaldor-Hicks* es la que nos permitirá comprender mejor el fenómeno, pues dicho criterio parte de una percepción basada en la compensación y no en la indiferencia[44]. Como es por demás conocido, de acuerdo a este criterio de eficiencia, difundido extensamente en los trabajos desarrollados por el *mainstream* del análisis económico del Derecho, se entiende que una actividad o un intercambio contribuye a alcanzar el *óptimo paretiano* si es que el monto máximo que los agentes "*ganadores*" se encuentran dispuestos a desembolsar resulta mayor que el monto mínimo que, por su parte, los agentes "*perdedores*" están dispuestos a aceptar por encontrarse en tal situación. Como mencionamos anteriormente, la idea de compensación se encuentra ya en la base de este argumento.

Asimismo, al detallarse que el beneficio total resultante de la operación sirve a su vez para

[42] ULEN, Thomas S. "The efficiency of specific performance: Toward a unified theory of contract remedies". En: Michigan Law Review 83. 1984. pp. 341 y siguientes. Ibíd. p. 351-352.

[43] GOETZ, Charles J. y Robert E. SCOTT, Op. cit. p. 578.

[44] KALDOR, Nicholas. "Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility". En: The Economic Journal 49. 1939. pp. 549 y siguientes; y, HICKS, J. R. "The foundations of welfare economics". En: The Economic Journal 49. 1939. pp. 696 y siguientes.
Sin embargo, no es posible la comprensión cabal del criterio de eficiencia según Kaldor-Hicks si es que no se consulta el trabajo de DE SCITOVSKY, Tibor. "A note on welfare propositions in economics". En: The Review of Economic Studies 9. 1941. pp. 77 y siguientes; quien es el encargado de integrar las opiniones de ambos autores y de enunciar este nuevo criterio de eficiencia.

compensar a la contraparte (todo ello sólo a nivel potencial, pues el criterio de *Kaldor-Hicks* solamente exige que el valor agregado de los beneficios supere al valor agregado de las pérdidas y no que exista una compensación efectiva[45] de dichas pérdidas) por el eventual perjuicio que pudiese sufrir, nos permite considerar que sólo en este caso los costos (tanto sociales cuanto privados) implícitos en la operación si se toman en cuenta, por lo que verdaderamente la situación a la que se arriba es una de auténtica mejora social[46].

IV. SOBRE ALGUNOS OBSTÁCULOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS PARA SU ADMISIBILIDAD

Es momento de analizar los obstáculos que a nivel teórico (tanto jurídico como económico) y a nivel fáctico, soporta la teoría del incumplimiento eficiente. Ello con el fin de encontrarnos verdaderamente capacitados para emitir un juicio sobre ella.

A tal efecto, nos parece aconsejable exponer los pasos lógicos que consideran los propulsores de esta teoría para luego analizar si estos resultan correctos o no. Para ello se propondrá algunas correcciones al esquema sugerido por el profesor Craswell[47], quien identifica hasta cuatro pasos:

(i) En el primer paso lo que se intenta identificar es si el promitente tiene los incentivos correctos para incumplir (o bien para cumplir) bajo un cálculo de daños determinado en base al interés a la expectativa.

(ii) En el segundo paso se asume que la renegociación es imposible puesto que existiría un monopolio bilateral.

(iii) En el tercer paso se sostiene que sólo se actuarán remedios diversos al resarcimiento cuando su empleo en el caso concreto no asegure que con tal desembolso se logre verdaderamente la compensación del acreedor, en tal sentido, en la generalidad de casos el pago de daños generará menores costos.

(iv) En el cuarto paso se concluye, precisamente en base a todo lo anterior, que al promisario le resulta indiferente sea la situación de cumplimiento y/o de pago de un resarcimiento producto del incumplimiento.

Luego de esta breve exposición, atendiendo a cada uno de estos pasos lógicos, se debe cuestionar y/o someter a crítica cada uno de ellos a fin de constatar su veracidad.

Respecto del primer paso se debe observar que el monto del resarcimiento rara vez resulta verdaderamente compensatorio y más aún cuando este se calcula en base al interés a la expectativa. Como se sabe, suscribir un contrato resulta en los hechos una apuesta entre las partes sobre cómo se comportará el mercado (o, si se quiere, su específica valuación subjetiva) en el período que media entre la fecha de celebración y el momento de su ejecución (como es obvio, la teoría del incumplimiento eficiente sólo puede ser aplicado en los contratos en los que al menos una de las prestaciones se difiere en el tiempo), o, para el caso de los denominados contratos manuales, sobre la idoneidad del bien (entendido en términos amplios a fin de incluir los servicios) para satisfacer el interés subjetivo de quien recibe el bien. Cada una de las partes, por lo tanto, suscribe el contrato en el entendido de que su evaluación resulta más cercana a la realidad que la de su contraparte o que, cuanto menos, los riesgos que asume son más favorables que la incertidumbre de no entrar en la relación contractual[48]. En dicho contexto, una subvaluación de los daños ocasionados frente al incumplimiento no sólo frustrarán de modo directo el objetivo general de los remedios contractuales (esto es, colocar al acreedor en una posición semejante a la que se encontraría en caso se de la ejecución del contrato) sino que también provocará un incentivo para que los deudores se aparten de sus promesas (y ello en un número superior de oportunidades de lo que socialmente sería óptimo desde el punto de vista de la eficiencia).

45 HOVENKAMP, Hebert. "The first great Law & Economics movement". En: Stanford Law Review 42. 1990. pp. 993 y siguientes. Ibíd. pp. 1037-1038.

46 HOVENKAMP, Hebert. Op. cit. p. 1037, en tanto que bajo la idea de Pareto era posible que se aplicarán algunas transferencias involuntaria, sea por política estatal y/o privada, teniendo como base la justificación de que subjetivamente uno de los agentes económicos involucrados no veía o sentía que era afectada con la toma de decisión (recordemos que el criterio de Pareto, así como el de Kaldor-Hicks, se encuentra dirigido a posibilitar la comparación entre utilidades interpersonales), por lo que habría una discordancia, como se ha dicho, una discordancia entre el costo privado y el costo social.
Por su parte, toda vez que una decisión estatal siempre traerá como consecuencia a un sujeto afectado así como también –y por definición– el incumplimiento genera una afectación de la contraparte, asumir que ello no sucede es una omisión de un dato fáctico en aras de simplificar el análisis y que, como se verá, trae una alteración de las soluciones en el caso en concreto.

47 CRASWELL, Richard. "Contract remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach". En: Southern California Law Review 61. 1988. pp. 629 y siguientes. Ibíd. pp. 634-636 y 662-663.

48 BARTON, John H. Op. cit. p. 278.

Las razones de esta sub-valuación se centran en una multiplicidad de factores que van desde el hecho de que una serie de desembolsos y/o perjuicios sufridos por el promisario no son reparados en base a los daños a la expectativa (esto en el caso del sistema estadounidense), cabría mencionar de manera meramente ejemplificativa[49]: a) los costos del proceso judicial (o eventualmente del arbitraje); b) honorarios de los abogados; c) la limitación en base a la *efficient breach theory* de que el cálculo del monto de los daños se efectúa al momento de la decisión de incumplir, mientras que en base a la *foreeseability* se debe reparar los daños que eran previsibles al momento de la suscripción del contrato (por lo que es clara la discrepancia entre estas dos maneras[50] de calcular los daños, aspecto que, por un lado, no es abordado ni mucho menos superado por los promotores de esta doctrina, y que, por otro lado, genera que sea aún más reducida la reparación que recibiría el promisario ya que no incluiría a la totalidad de daños que eran previsibles al momento de su suscripción); etc.

Respecto del segundo paso, resulta más que cuestionable la inmediata asunción de que la renegociación resulta imposible en base a un monopolio bilateral[51] o que los costos de transacción son demasiado elevados[52]. La pregunta que debe efectuarse es ¿por qué se piensa ello? No es acaso que las partes en este caso concreto tienen un conocimiento más preciso de los intereses subjetivos involucrados, las ventajas que habrá de recibir el promitente producto del apartamiento del contrato, el conocimiento particular del mercado, etc. Incluso aún considerando que los costos de toda esta serie de eventos resultan elevados, ¿por qué debería considerarse que el costo de la determinación judicial[53] de los daños es menor a ellos? O incluso, viendo el asunto en términos de administración del íntegro sistema de solución de controversias[54], ¿por qué el resto de ciudadanos debemos soportar el costo de la administración de justicia y la generación de demandas de este tipo, ralentizando al ya de por sí sobrecargado poder judicial, cuando los propios individuos que se encuentran involucrados pueden por sí mismos solucionar la controversia? Más aún, la razón que se pudiese brindar para justificar la situación es excesivamente individualista: *con eso existiría el riesgo de que podría perderse la eficiencia generada por la reasignación del recurso a su uso más valioso.*

La respuesta que se ha brindado a las anteriores interrogantes no es consistente incluso desde un punto de vista económico. En efecto, no estaríamos destruyendo la eficiencia generada sino que, en realidad, sólo se estaría re-distribuyendo el *surplus*[55] generado por la nueva operación. Nos explicamos. La asunción básica de la teoría del incumplimiento eficiente es que el promitente encuentra a un tercero que le ofrece mejores condiciones y que por ello decide dejar a su promisario. Dado que el monto que recibe el promitente es lo suficientemente elevado como para lograr compensar los daños que soporta su promisario con ocasión del incumplimiento e incluso retener una beneficio neto superior a la operación que se ha abandonando[56], lo cual es lo que justifica verdaderamente el que acepte la segunda operación.

En este contexto, lo único que se haría con la renegociación[57] (que tendrá, en principio, un costo privado y social inferior al inicio de un proceso judicial o de un eventual arbitraje) es distribuir esa ganancia superior para de esta manera incentivar a que el promisario libere a su promitente, garantizándose esta vez que el promisario se

[49] SCALISE, Ronald Jr. "Why no "efficient breach" in the Civil Law?: A comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract". En: American Journal of Comparative Law 55. 2007. pp. 721 y siguientes.

[50] EISENBERG, Melvin A. "The theory of efficient breach and the theory of efficient termination". En: Law and Economics Workshop realizado en la Universidad de California, Berkley. Paper 14. 2004. p. 30; documento que puede ser descargado en el web-site eScholarship de la Universidad de California: http://escholarship.org/uc/item/0gq0n2gz.

[51] Argumento que sólo es agregado posteriormente por POSNER, Richard A. "Economic Analysis of Law". Tercera Edición. Boston: Brown and Company. 1986. p. 107.

[52] ULEN, Thomas S. Op. cit. p. 344.

[53] Recordemos que la mayoría de contratos que se celebran en nuestro país e incluso en los Estados Unidos no contienen una cláusula de arbitraje. La razón de su uso extensivo en nuestro sistema se debe a razones ajenas a los sistemas jurisdiccionales del *common law*. Nos referimos al descrédito generalizado sobre el comportamiento y capacidad de nuestros jueces (si se quiere, ausencia de legitimidad) y la lentitud de su trámite.
La razón que se brinda se encuentra dirigida a cuestionar aquella percepción de que todos los contratos contienen una cláusula arbitral o cuanto menos todos los contratos importantes (sea en monto o trascendencia para las partes) tienen una cláusula arbitral.

[54] Un aspecto al cual no se le debe presta poca atención, tal como lo ha evidenciado CALABRESI, Guido. "The cost of accidents: A legal and economic analysis". New Haven: Yale University Press. 1970.

[55] BARNES, David W. Op. cit. p. 412; donde se la define como «la diferencia entre el total de beneficios que la parte espera recibir, sea conceptualizada en términos de placer o ingresos, y el costo total que la parte espera pagar para obtener tales beneficios. La diferencia entre ingresos (o beneficios) y costos es "surplus", el residuo de los ingresos recibidos luego de que los costos han sido pagados».

[56] FRIEDMANN, Daniel. "The efficient breach fallacy". En: Journal of Legal Studies 18. 1989. pp. 1-24.

[57] MAHONEY, Paul G. "Contract remedies and option pricing". En: Journal of Legal Studies 24. 1995. pp. 139 y 141.

encuentre indiferente frente al incumplimiento. Nótese que no estamos asumiendo que la redistribución no cuesta, es más aceptamos que para efectuarla se asumirán costos de transacción que incluso pueden ser cuantiosos, el énfasis, sin embargo, debe ser colocado en que tales costos no son tan altos como los de la determinación judicial de los daños que sufre el promisario debido al incumplimiento de su contraparte. Como se ha dicho, no hay razón para considerar que los costos sociales de activar el aparato jurisdiccional son menores que los que se asumirían en una operación privada.

Sin perjuicio de lo anterior, un asunto que se deja (literalmente) en el tintero es por qué se considera –inmediatamente– que el tercero valúa el bien en mayor medida que el promisario. Acaso no existe la posibilidad de que el promisario, en atención a su habilidad de negociación (o sencillamente a su poder de negociación) haya logrado condiciones para sí favorables y que no necesariamente importen que el tercero tenga una valuación subjetiva más elevada sobre el bien. En efecto, podríamos ofrecer como ejemplo la posibilidad de obtener una exención de responsabilidad, pues el tercero con el que se contrata no conoce las condiciones contractuales usuales en ese mercado y por lo tanto no exige al promitente responsabilidad en tales casos. Incluso pensemos que dicho tercero ya tiene un contrato de seguro para tales contingencias. En todos estos escenarios el tercero no es que por definición tenga una valuación subjetiva más alta que el promisario defraudado, es sólo que por el eventual contexto provoca que las condiciones en cuestión redunden en beneficio del promitente por lo que decidirá incumplir (ya que no asume algunos riesgos contractuales el beneficio neto esperado de la segunda operación será superior al de la primera, aún cuando no se incremente nominalmente el precio de los bienes que transfiere o los servicios que presta).

A lo expresado en el párrafo precedente cabría agregar la posibilidad de que lo que pretenda el tercero en el caso concreto no es hacerse del bien o del servicio sino afectar al acreedor insatisfecho (por ejemplo, un competidor, en ese caso no es que valúe el bien más de lo que lo hace el promisario, incluso diríamos que por definición es lo contrario quien lo valúa más es éste, sino que el beneficio asociado a la ruptura del contrato original le reporta beneficios en otros ámbitos; la diferencia puede ser sutil pero existe).

Incluso asumiendo que no ha sucedido nada de la teorizado anteriormente, aún se tendría que aceptar la rectitud de la siguiente afirmación: si queremos garantizar que el recurso sea asignado a su uso más valioso, que es lo que se haya en la base de la teoría del incumplimiento eficiente, démosle la oportunidad al promisario a pujar por el bien, puesto que de esa manera el precio de transferencia incorporará verdaderamente el valor que cada uno de los agentes económicos involucrados le asigna; y, lo que es incluso más sugerente, ¿acaso esta operación no tiene –a nivel de tendencia– costos de transacción más reducidos que el de la renegociación individual o incluso de la determinación judicial o arbitral del monto de los daños sufridos por el promisario? La respuesta, creemos, avala nuestra sugerencia[58].

Respecto del tercer paso, la idea es básicamente la expuesta en su oportunidad por Kronman[59], quien sostiene que la regla de ejecución forzada se aplica de manera más que satisfactoria en el caso de los bienes únicos o en los que no exista posibilidad de encontrar un sustituto en el mercado (vale decir, la oferta resulta ser inelástica). En tales casos, como es sencillo comprender, el pago de un resarcimiento monetario frente al incumplimiento no resulta plenamente compensatorio, en la medida que el acreedor defraudado no podrá ir al mercado a encontrar un bien con el cual sustituir el que debió haberle sido provisto por su deudor. Como esta circunstancia resultaría más bien excepcional, la regla del pago de un resarcimiento frente al incumplimiento sería la correcta no sólo porque es más eficiente sino también porque en caso un sujeto suscriba un contrato sobre un bien que verdaderamente resulta excepcional –en los términos económicos propuestos por Kronman– deberá incluir una provisión en su contrato que le garantice la obtención del bien deseado. Sobre este punto, ya anotado precedentemente, el establecimiento de una cláusula penal compensatoria por un monto elevado sería acaso una prueba tangible del carácter excepcional (o de una alta valuación subjetiva) del bien o servicio materia del contrato. En esta circunstancia se logrará incentivar al promitente a mantener su promesa y a la vez se otorga una señal al operador jurídico acerca del hecho que el promisario tiene un precio de reserva más elevado en comparación a la generalidad de operaciones.

Sin embargo, contrario a la sugerencia de Kronman no se puede aceptar la idea de la subordinación de la ejecución forzada a casos limitados puesto que, en estricto, este remedio garantiza la obtención

[58] DE LONG, Sidney W. "The efficiency of disgorgement as a remedy for breach of contract". En: Indiana Law Review 22. 1989. 2004. pp. 737 y 754.

[59] KRONMAN, Anthony. "Specific performance". En: Chicago Law Review 45. 1978. pp. 351 y siguientes. Ibíd. pp. 355-365.

de una compensación plena del promisario ya que le otorga precisamente lo que deseaba alcanzar a través de la suscripción y ejecución del contrato[60]. Las razones por las que nos parece poco aconsejable la limitación del o de los casos en los que se habilite la ejecución forzada serán analizadas a continuación, pero antes de ello queremos llamar la atención sobre un elemento de la teoría que se acaba de resumir, mientras más fungible resulte el bien menor posibilidad (o, en otras palabras, necesidad) existe de que se ordene la ejecución forzada puesto que cuando se encuentren involucrados bienes de este tipo la cantidad y calidad de información de la que dispone el operador jurídico (por la existencia de un mercado desarrollado que soporte la fungibilidad del bien) será elevada, por lo que sería sencillo determinar con exactitud el monto adecuado del resarcimiento. En cambio, ello no se produce en el caso de los bienes únicos ya que se encuentran caracterizados por su infungibilidad (sea en términos económicos, tecnológicos o físicos) por lo que la posibilidad de error (al fijar un resarcimiento sub-compensatorio o supra-compensatorio) es mucho mayor. De ello extrae Kronman la idea de que en los bienes fungibles existe la posibilidad de incumplir al encontrar un nuevo promitente (pues si existe un mercado desarrollado es de esperar que hayan muchos adquirentes) lo cual es casi imposible en el caso de los bienes infungibles[61]. Tal afirmación resulta particularmente curiosa e incluso un tanto ilógica, tal como se evidenciará al momento en que se desarrollen los diversos paradigmas bajo los cuales se puede clasificar la teoría del incumplimiento eficiente.

Por su parte, un autor que ha sistematizado de manera por demás sugerente las razones por las cuales se brinda preferentemente un remedio como la reparación de daños en lugar de la ejecución forzada, pese a las virtudes que se han resaltado sobre esta última, es el profesor Alan Schwartz. El citado autor enumera hasta tres razones para tal preferencia, a saber[62]: (i) el compromiso del sistema jurídico con el objetivo de una plena compensación no es total; (ii) la imposición de una suma dineraria a título de resarcimiento es generalmente compensatoria; y, (iii) la preocupación por la eficiencia (ya que, quienes prefieren el resarcimiento así lo sostienen, la ejecución forzada sería un remedio que tendría mayores costos de transacción asociados)[63] y por la tutela de la libertad (pues se aduce una coerción sobre el ámbito de autodeterminación o libertad del deudor).

En cuanto a las razones esgrimidas podemos cuestionar, cuanto menos desde la perspectiva del *civil law*, la falta de compromiso del sistema jurídico con la idea de la plena compensación. Si bien en nuestros países, y de modo particular en el Perú, los montos resarcitorios son de ordinario sub-compensatorios ello no se debe a algún tipo de carencia o limitación legal sino más bien por razones coyunturales y económicas de muy variada naturaleza. En estricto, los sistemas jurídicos inspirados, sea directa o bien indirectamente, en los grandes Códigos Civiles europeos (pensamos básicamente en el *Bürgerliches Gesetzbuch* y en el *Code Civil*) tienden a una reparación amplia en sede contractual[64] con lo que esta razón resulta difícilmente predicable en nuestros países.

A pesar de lo manifestado en el párrafo precedente, y como se ha subrayado a lo largo del presente trabajo, no se puede aceptar que el remedio resarcitorio cumpla generalmente con su finalidad de compensación plena. A ello se puede agregarse un dato al que no se le presta la atención que se merece: en nuestros sistemas no existe una limitación conceptual ni jurídica tan marcada para el otorgamiento de un remedio como la ejecución forzada. En puridad en los sistemas del *civil law* se otorga la opción al acreedor de determinar que remedio es el que desea ejercer para la tutela de su derecho de crédito (manifestándose de esta manera una vez más la fortaleza de este sistema de responsabilidad).

En cuanto a la tercera razón, y de modo particular, a la preocupación por la eficiencia nos remitimos a lo expuesto en su oportunidad respecto a la cuantificación de los daños resarcibles en sede judicial para la actuación del incumplimiento eficiente y sobre todo a los costos sociales que tal conducta genera (algunos de los cuales sólo serán resaltados al momento de analizar los paradigmas

60 SCHWARTZ, Alan. "The case for specific performance". En: Yale Law Review 89. 1979. pp. 271 y siguientes. Ibíd. p. 274.

61 KRONMAN, Anthony. Op. cit. p. 368.

62 SCHWARTZ, Alan. Op. cit. p. 274.

63 La visión de la ejecución forzada como un remedio costoso se observa en un autor que califica a este mecanismo jurídico y a algunos otros que aseguran la plena compensación como *prohibitory remedies*, nos referimos a STANDEN, Jeffrey. Op. cit. pp. 150-153.

64 En el caso alemán inclusive se da un fenómeno de contractualización de la responsabilidad debido a la particular debilidad del sistema extracontractual, lo cual ha motivado el fortalecimiento de los remedios contractuales.
Al respecto, puede revisarse MEDICUS, Dieter. "Culpa in contrayendo". Traducción al cuidado de M. R. Marella. En: Rivista Critica del Diritto privato 2. 1984. p. 575; y a su vez, CANARIS, Claus Wilheim. "Norme di protezione, obblighi del trafico, doveri di protezione". En: Rivista Critica del Diritto privato 1. 1983. p. 802.

de esta teoría). Por último, en cuanto a la limitación a la libertad del deudor es casi un mito a erradicar[65], puesto que la ejecución forzada es un remedio otorgado para cualquier tipo de obligación (sea de dar, hacer o no hacer), sin mencionar que una serie de remedios propios del *common law* tienen efectos del todo análogos (piénsese en una *injunction*), para la protección de una situación jurídica específica que importa la posibilidad de un individuo de exigir recibir un determinado bien o conducta (y correlativamente el del deudor de dar el bien o ejecutar la conducta). Asimismo, no hay que olvidar que si bien el fundamento de la ejecución forzada es una titularidad de derecho privado, la exigencia de cumplimiento emana de una orden jurisdiccional que como tal tiene todas las prerrogativas jurídicas para lograr que ella se produzca en la realidad, fortaleciendo así la institucionalidad y el sistema jurídico.

Por su parte en el texto de Schwartz antes enunciado también se resaltan hasta tres razones[66] para que la regla frente al incumplimiento no fuese la imposición de un resarcimiento sino más bien la ejecución forzada. Las razones que Schwartz ofrece son[67]: (i) que el monto de dinero impuesto a título de resarcimiento resulta usualmente sub-compensatorio; (ii) los acreedores tienen incentivos naturales a demandar daños solamente cuando el monto a asignársele resulta verdaderamente compensatorio; y, (iii) porque el propio acreedor sabe mejor que el propio juez si es que la ejecución forzada cubre mejor sus intereses y las dificultades que existen en cada caso para coaccionar el cumplimiento contractual.

En cuanto a las razones para preferir la ejecución forzada sobre el resarcimiento de los daños ocasionados por el incumplimiento contractual creemos que la primera de ellas esta fuera de cualquier duda. Si la intención con el otorgamiento de un remedio frente al incumplimiento es colocar al acreedor en una situación de indiferencia, dicho objetivo se logra claramente al ordenar que se le entregue el bien materia del contrato o que se ejecute el servicio a cargo de su deudor. Si bien admitimos que un aspecto a tratar es la de los costos de transacción asociados a la ejecución forzada aún se debe reservar la exposición un tanto más detallada sobre la materia para más adelante, por el momento bastará con remitirnos al análisis del costo de la determinación judicial del monto de los daños, el cual como se ha visto resultará –en principio– más elevada que la de la ejecución forzada.

En cuanto a la segunda razón, es la aplicación simple de la premisa de que los agentes económicos están capacitados para decidir por sí mismos lo que satisface en mejor manera sus intereses. En efecto, si el acreedor insatisfecho considera que no es necesaria la ejecución forzada de la prestación (sea porque debido a la urgencia en recibirla se la procuró por un tercero, sea porque los costos asociados al monitoreo y a lograr la ejecución forzada no justifican sus beneficios esperados[68]) o que incluso esta ya no le provee de ningún beneficio; entonces se limitará a solicitar el resarcimiento en sustitución a la prestación incumplida. Con ello se puede concluir que en estos casos el remedio resarcitorio se aproxima en mayor medida a la meta compensatoria.

Finalmente, en cuanto a la tercera razón, y como corolario de lo anterior, si es que el acreedor se percata que los costos de monitoreo de la ejecución forzada son de un alcance superior a los beneficios que espera recibir de la prestación, es natural que no la solicite sino que se limite a solicitar el resarcimiento. En tal sentido, el propio acreedor decidirá, caso por caso, qué remedio es mejor para sí en atención al costo y a los beneficios esperados. Es por esta razón que en nuestra opinión la prevalencia de un remedio sobre el otro no guarda demasiado sentido económico ni mucho menos jurídico, lo cual no hace más que evidenciar la superioridad de la regla del *civil law*, ya que otorga tal opción siempre al acreedor.

65 Si bien llega a una conclusión global distinta a la nuestra, cabe destacar que sus argumentos no se decantan por el hecho de una hipotética vulneración a la libertad personal del deudor sino más bien a los costos de transacción involucrados, nos permitimos remitir a la lectura de la interesante contribución del profesor LANDO, Henrik. "The myth of specific performance in civil law countries". En: American Law & Economics Association Annual Meetings. Paper 15. 2004. Documento que puede ser descargado a través del portal web The Berkley Electronic Press: http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=alea;h=repec:bep:alecam:1014.

66 Otro autor que propone tres razones para la adopción de esta regla es EISENBERG, Melvin A. "Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law". Op cit. pp. 1018-1019, las cuales son: (i) que el remedio del resarcimiento calculado en base a los daños a la expectativa no logra dejar indiferente al acreedor; (ii) si uno ha ofrecido el cumplimiento de una conducta no es que prometa en su lugar el pago de daños, si las partes han negociado carentes de error, fraude o violencia no existe razón para justificar un apartamiento de lo que se ha prometido; y, (iii) las partes no necesariamente tienen la información para decidir de modo unilateral el incumplimiento pero si pueden, a través de la negociación, determinar cuando se da por terminado el mismo.
De opinión contraria es LINZER, Peter. "On the amorality of contract remedies - Efficiency, equity and the Second Restatement". En: Columbia Law Review 81. 1981. pp. 111 y siguientes.

67 SCHWARTZ, Alan. Op. cit. pp. 276-277.

68 Aspectos que son abordador por ULEN, Thomas S. Op. cit. pp. 396-401.

De lo hasta aquí expuesto creemos que los argumentos esgrimidos tanto a favor como en contra de ambos remedios jurídicos están relativamente equilibrados. Si bien somos de la opinión de que se inclinan un tanto más favorablemente a la eficiencia y la consecución de la meta compensatoria de la regla de la ejecución forzada (lo cual, como lógica consecuencia, traería abajo la hipótesis del incumplimiento eficiente ya que éste resulta inconcebible si es que el remedio preferente no fuese la reparación de daños). Empero, se tendría que tomar en cuenta lo que hemos indicado en el párrafo precedente acerca de otorgar al acreedor el derecho de elegir por qué remedio optar.

Ahora bien, es momento de analizar los diversos supuestos y/o paradigmas[69] en los que se clasifican los casos de la teoría del incumplimiento eficiente, los cuales van desde aquella modalidad analizada inicialmente por Birmingham, Goetz y Scott, que es la que la mayoría de personas vincula al momento de oír cualquier referencia a la teoría, ello tal vez por la indudable influencia de Posner.

A. El paradigma del nuevo oferente

En este esquema se enmarca el supuesto típico, al menos en opinión mayoritaria de la doctrina clásica, de incumplimiento eficiente. La idea no resulta muy complicada de expresar, se parte de un caso sencillo en el que una de las partes se compromete a transferir un *commodity*[70] a favor de la otra. Empero, antes de producirse la entrega de dicho *commodity* aparece un nuevo sujeto que ofrece mejores condiciones. Si bien, para ser lo más fieles a tal construcción, habría que aceptar que la *mejor condición* aludida siempre es un precio más alto. Es debido a la aparición de este nuevo agente que el deudor no ejecuta la prestación adeudada y prefiere re-vender el *commodity* al tercero[71].

En atención al ejemplo propuesto se torna claro que la teoría del *efficient breach* se erige sobre la base de dos elementos fácticos importantes y, a su vez, en una justificación de eficiencia. El primero de los elementos de hecho es que al tiempo de la decisión de incumplir, el deudor conoce la pérdida de su acreedor y también sabe que el tercero tiene una valuación superior sobre el bien. El segundo de estos elementos es que el monto del resarcimiento en base a los daños a las expectativas logra dejar *indiferente* al acreedor.

Precisamente en base a lo anterior, es sencillo para los autores de la teoría del incumplimiento eficiente concluir que el deudor retiene para sí el excedente generado por su decisión de incumplir. Sin embargo, y fuera de la irrealidad de tales asunciones, se sabe que *ceteris paribus*,

[69] EISENBERG, Melvin A. "Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law". Op. cit. pp. 998-1016.

[70] Un *commodity* es simplemente un bien o un servicio para el que existe una demanda de mercado y cuyas características intrínsecas torna –en principio– irrelevante la persona del proveedor, en la medida que no existe grandes diferencias entre el bien provisto por uno o por otro. En tal sentido, el precio se encuentre marcadamente determinado por la aplicación inmediata de las reglas de la oferta y la demanda. En términos un tanto más jurídicos, y cercano a los sistemas del *civil law*, el término *commodity* puede ser traducido como bien (en términos amplios) fungible.

[71] Tal vez uno de los ejemplos más conocidos sea el propuesto por LINZER, Peter. Op cit. pp. 114-115, en el que se propone: "la teoría de la eficiencia sugiere que el promitente que incumple incrementa el bienestar de la sociedad si su beneficio excede las pérdidas de su promisario. Tal falta de cumplimiento, el así denominado incumplimiento eficiente, es ilustrado como sigue. Asumamos que Athos es dueño de una fábrica que trabaja con madera, la cual es capaz de ocuparse sólo un gran proyecto a la vez. Él contrata para suministrar a Porthos 100,000 sillas a un precio de $ 10 por silla, lo cual le brindará a Athos un beneficio neto de $ 2 por silla, o de $ 200,000 por el contrato. Antes que ningún trabajo tenga lugar, Aramis, quien vende mesas, se acerca a Athos. Aunque existen varias fábricas de sillas en el área, sólo la fábrica de Athos es capaz de hacer mesas también. Si Athos suministra a Aramis con 50,000 mesas, éste le pagará $ 40 por mesa. Athos puede producir las mesas a $ 25, por lo que podría obtener un beneficio de $ 750,000 si es que usa la fábrica para hacer las mesas de Aramis. Pero para hacer ello, debe incumplir su contrato con Porthos. Existen otras fábricas de sillas y Porthos será capaz de obtenerlas de una de ellas, por ejemplo de la fábrica de D'Artagnan. Asumamos que debido a la circunstancia descrita Porthos deberá pagar a D'Artagnan 20% más del precio que Athos le habría cobrado por sillas similares, y que Porthos soportará $ 100,000 en costos administrativos y costos como consecuencia de los daños ocasionados a sus clientes por el retraso. Incluso con los costos aludidos, Porthos perderá sólo $ 300,000 a causa del incumplimiento de Athos, y éste podrá reembolsarle totalmente y aún obtener un beneficio de $ 450,000, casi el doble del beneficio de su contrato con Porthos… Como uno puede esperar, los teóricos de la eficiencia aplauden a los Athos del mundo… Aunque estas posiciones entran en conflicto con la noción de *pacta sunt servanda* y con la perspectiva moral desarrollada al respecto, estas posiciones tienen sentido. Las personas generalmente suscriben contratos comerciales y contratos de trabajo solamente por razones económicas y pueden por tanto ser totalmente compensadas con un resarcimiento por los daños causados por el incumplimiento".
Sin embargo, ello también demuestra lo equívoco del análisis en el que se asume la ausencia de costos de transacción. En efecto, y en palabras de MACNEIL, Ian R. "Efficient breach of contact: Circles in the sky". En: Virginia Law Review 68. 1982. pp. 947 y siguientes. Ibíd. pp. 951-952. "De acuerdo al ejemplo de los cuatro mosqueteros de Linzer, la oferta de Aramis para suscribir un contrato para hacer mesas crea la oportunidad para alguien de obtener al menos $ 250,000. Bajo la regla de los daños a la expectative esa persona es Athos. Si Athos es sujeto a una reparación por la suma de $ 300,000 por los daños que Porthos sufre por el incumplimiento, Athos incumplirá y pagará a Porthos $ 300,000. Bajo la regla por la que él hará mesas y no sillas, la eficiencia será alcanzada.
Si no existen costos de transacción el objetivo de la eficiencia económica también es alcanzado por la regla de la ejecución forzada. Athos informará prontamente a Porthos acerca del nuevo contrato y estará de acuerdo en pagarle a Porthos una suma entre 0 y $ 250,000 (sobre y bajo su costo de $ 300,000) para liberarse del contrato de las sillas. En este mundo sin costos de transacción, ellos llegarán, desde luego, a un acuerdo".

la tendencia anotada parece ser consecuente con todos los postulados que se han desarrollado a lo largo de los años en la teoría económica y desde luego por el *mainstream* del análisis económico del Derecho. Empero, aquí hay un elemento de la máxima importancia y al que ya hemos puesto sobre el tapete: el bien involucrado en la transacción resulta ser un *commodity*.

En efecto, un *commodity* en términos jurídicos continentales es un bien fungible y homogéneo. Tal calificación, como es natural, tiene una serie de consecuencias de naturaleza económica que no pueden ser soslayadas. Dado que el bien no tiene un *set* de cualidades que lo torne diferenciable (sea en calidad, características o identidad del proveedor), al adquirente le es del todo indiferente quien se lo provee, entonces surge una incógnita inmediata: ¿Por qué aparece un tercero que ofrece mejores condiciones (léase precio) al promitente por el bien materia de la transacción original? Empero, para dar respuesta a tan trascendente interrogante debería absolverse las siguientes: ¿si el bien es fungible y homogéneo tal tercero podría tranquilamente acercarse a otro proveedor y obtener un precio acorde a lo que el mercado (el cual será naturalmente uno desarrollado) determina como usual? ¿Si el tercero no puede hacer ello, sea por una particular valuación subjetiva sobre las características del bien brindado por el promitente, sea por características de mercado que singularizan el bien, ello debiera significar que el bien no es un *commodity*? ¿Si el bien no es un *commodity* significa que tanto el promisario original cuanto el tercero, si es que son agentes racionales, tienen motivos válidos para requerirlo del promitente ya que el bien no es provisto o adquirido con facilidad en el mercado? Entonces, y dada la dificultad anotada, ¿no se justificaría, en términos de Kronman la ejecución forzada de la promesa?

En tal sentido, tendríamos que dividir este paradigma, al menos en lo atinente al bien involucrado, en una ulterior clasificación:

1. Commodities

Resulta por demás sugerente constatar que este es el esquema más seguido por los propulsores del incumplimiento eficiente, aún dentro del paradigma original de la teoría, y que curiosamente es el que menos sentido económico tiene. Nuestra aseveración se funda en las siguientes razones:

(i) Si el bien es un *commodity* el tercero que aparece como nuevo oferente no tiene el menor incentivo económico para brindar un mejor precio por éste. Nos explicamos. Las características de un *commodity* provocan que exista un mercado con buena información, con multiplicidad de proveedores y, lo que es más importante, un precio de mercado.

En efecto, si el servicio o el bien involucrado tiene características *standard* su replicabilidad (base de su fungibilidad) es alta, y con ello devendrá que resulte irrelevante la identidad del proveedor. Al ser el precio de mercado uno también *standard* no existe razón alguna que justifique la conducta del tercero de ofrecer un precio mayor. Es más en estos casos lo lógico es que el tercero se aproxime a un proveedor que no tenga vinculo que romper y con ello pagar el precio de mercado.

Las únicas razones que justificarían la conducta del tercero para ofrecer un precio superior generarían que el bien ya no pueda ser catalogado como un *commodity*. Digamos razones tecnológicas o de cualidad del bien que lo tornen fundamental para su estructura de negocio o un bien estratégico (lo cual también podría manifestarse en el caso del acreedor original sólo que por encontrarse incurso en una negociación prefirió mantener en reserva el dato en cuestión a fin de no perder poder de negociación),y también cabría mencionar supuestos en los que exista una alta valuación subjetiva debido a razones ajenas al uso del bien, tales como aspectos sentimentales, valor como colección, etc. (en cuyo caso el mercado no habría incluido tales elementos para la determinación del precio, sea porque se mantienen en reserva sea porque no existe un mercado con la suficiente profundidad o cantidad de agentes económicos).

En todos los escenarios descritos harían que el bien se torne en uno único o cuanto menos en un bien cuya dificultad de replica o de adquisición en el mercado es superior al de un *commodity* "normal", generando a su vez, en la mayoría de casos, cierto interés en la persona del proveedor. Al ser ello así, se permitiría la ejecución forzada en atención a que el bien difícilmente tiene un sustituto en el mercado o teniendolo los costos asociados generan que resulte

[72] Aquí podría discutirse si un aspecto no revelado en la negociación por una de las partes podrá ser opuesto a su contraparte al momento de la determinación del monto resarcitorio por los daños que el incumplimiento de la obligación le ha generado. La discusión se centraría en la previsibilidad de los daños. Esta materia sería materia de análisis más adelante.

preferible ordenar la ejecución forzada, todo ello siguiendo el esquema propuesto por Kronman. En virtud a lo anterior, no es que el tercero tenga una valuación superior al promisario ni que el promitente este consciente anticipadamente de ello, pues –como se ha visto– es posible que en la negociación no se haya revelado este aspecto[72].

(ii) Si el bien es un *commodity* el precio que recibiría el promitente de parte del tercero sería igual al precio de mercado, y que a su vez sería igual al que habría recibido del promisario. Al no existir diferencia entre dichos montos, el promitente no tendría ningún incentivo económico para incumplir, puesto que si lo hiciese aún tendría que responder por los daños ocasionados al promisario debido a la decisión de incumplir.

Precisamente por esta razón el precio que pagará el tercero por el bien no puede ser superior al monto del resarcimiento que se le deberá de abonar al acreedor insatisfecho, con lo cual, salvo que el deudor sea irracional, no se producirá el incumplimiento.

(iii) El incumplimiento en un escenario como el descrito no genera ningún tipo de eficiencia e incluso, para ser más claros, la decisión de incumplir genera ineficiencia. La ineficiencia se genera porque el promitente no incrementa su nivel de beneficio, el promisario podría lograr estar indiferente frente al incumplimiento (ya que el precio de mercado del producto debiera permitir que acuda a un nuevo proveedor a fin de hacerse con el bien requerido para satisfacer la necesidad que lo motivó a contratar –como se ve aquí se asume que el monto del resarcimiento incluye tanto el componente del precio del bien cuanto los costos de transacción asociados a obtener el resarcimiento y para efectuar una nueva negociación contractual, estos dos últimos elementos no necesariamente han sido considerados como resarcibles por la *efficient breach theory*–) y, por último, el tercero recibe el bien que había previsto recibir al lanzar su oferta, Si bien aparentemente los tres intervinientes están igual, en verdad ello no es así. El promitente deberá responder por los daños ocasionados y debido a que no obtiene un beneficio de la segunda operación, el resarcimiento a favor del promisario saldrá de su patrimonio; mientras que el promisario puede recibir el precio de mercado del bien pero por lo general el monto que se le entrega no incluirá la totalidad de costos que asumió para suscribir el contrato inicial, para conseguir la reparación de los daños producto del incumplimiento y para suscribir la nueva transacción en la que obtenga el bien que el deudor primigenio se comprometió a entregar.

Vale decir, la operación no genera mayores beneficios pero si importa que las partes asuman mayores costos, incluso tal constatación se efectúa sin entrar a analizar los costos de administración de justicia requeridos para la determinación del resarcimiento. La decisión de incumplir, por lo tanto, lo único que genera es una pérdida social neta.

2. Bienes únicos o bienes de difícil adquisición

De lo expuesto precedentemente, al parecer aquí se justificaría la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. Si, como se ha mencionado, en los bienes fungibles y/o homogéneos (o *commodities*) la teoría no tiene sentido económico, entonces debiera tenerlo para los bienes únicos o bienes en los que resulta difícil su adquisición (sea por razones de mercado o por razones subjetivas). Si usted pensó eso estimado lector, lamentamos informarle que ello no es así[73].

Nos explicamos. Si un bien resulta único o su adquisición es complicada, es de esperar que ello no sólo será así para una de las partes (en específico el tercero) sino que ello también alcanzará al promisario defraudado. Si esto es cierto, como en vía de principio lo es, entonces siguiendo los postulados de Kronman se deberá permitir la ejecución forzada de la obligación insatisfecha, provocando que la decisión de incumplir se encuentre sometida, de una u otra manera, a la ratificación del acreedor. Vale decir, si el acreedor decide –como es de esperar– exigir la ejecución forzada (si no lo hiciese afrontaría luego el inconveniente de no saber si obtendrá un sustituto en el mercado o uno a un precio accesible, todo ello implicará además la asunción de una serie de costos de transacción) pues el *incumplimiento "eficiente"* se ve frustrado. Se coloca entre comillas la calificación de eficiente en la medida que no se sabe, al momento en que el deudor decide que incumplirá, si tal incumplimiento es eficiente.

[73] EISENBERG, Melvin A. "Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law". Op. cit. p. 999.

La determinación de si el incumplimiento es eficiente se encuentra sometida a la siguiente constatación: si es que promisario y promitente negocian el derecho del segundo a liberarse del contrato[74]. Sólo si el promitente es capaz de *comprar* su liberación se sabrá que el tercero valuaba en mayor medida el bien, en atención a que el promitente podrá comprar su liberación con una fracción del beneficio que le significará tomar la decisión de incumplir y recibir el precio ofrecido por el tercero. Si el promitente no es capaz de *comprar* su liberación ello significará que la segunda operación no iba a tener un beneficio social real, sino únicamente un beneficio nominal basado en el precio del bien indicado en el contrato[75] original.

Un lector acucioso podría incluso achacarnos que el análisis, aún planteado en los presentes términos, resulta parcial en los términos del civil law, pues queda pendiente un aspecto de gran relevancia: *saber sí existió entrega del bien (o, si se quiere, del bien materia de la obligación de dar) a favor del tercero*. En efecto, la razón de ello es que todo lo antes expresado abarca los supuestos en los que, por un lado, en la obligación de dar no se ha producido la entrega y, por otro lado, en las obligaciones de hacer y *no-hacer* (cuanto menos en su vertiente de inejecución parcial o temporal, pero no en la hipótesis de incumplimiento total o permanente)[76], toda vez que en todos estos escenarios la ejecución forzada aún resulta –en principio– posible.

Ahora bien, como es conocido, para el caso de las obligaciones de dar en las que ya ha existido entrega hay que prestar atención a aquellas normas sobre la concurrencia de acreedores. Empero, nuestra respuesta requiere diferenciar dos hipótesis:

(i) Cuando el tercero conoce de la existencia del vínculo contractual vigente entre el promisario y el promitente

En este escenario la respuesta es relativamente sencilla en aplicación de las normas sobre concurrencia de acreedores, el tercero no podrá retener para sí el bien entregado y será preferido el promisario defraudado, puesto que su conducta es de mala fe.

Empero, a pesar de lo que muchas veces se enseña en el curso de reales, el asunto no queda allí pues el promisario se encuentra habilitado a solicitar del tercero una reparación por aquellos daños que potencialmente se le han ocasionado por su intervención de mala fe sobre su vínculo contractual. Nos referimos, como es evidente, a las doctrinas de la lesión del crédito por parte de tercero (tutela aquiliana del contrato) o, en su vertiente del *common law*, *interference with contractual relations.* Los casos que serán subsumidos en la intersección de ambas teorías (*intentional interference with contract*[77] y *efficient breach theory*) serán aquellos en los que la participación del tercero para la obtención del bien violente la buena fe en la concurrencia al mercado (normas para reprimir la competencia desleal), en el caso de competidores, o por las normas de la responsabilidad extracontractual[78].

(ii) Cuando el tercero no conoce de la existencia de tal vínculo

Aquí se suscita el conflicto entre ejecución forzada y tercero de buena fe. Al ser ello así, y por las normas que rigen la concurrencia de acreedores (las cuales en este punto son especiales), deberá preferirse al tercero de buena fe.

En tal sentido, la ejecución forzada no podrá ser llevada a cabo, pues si se hiciese se afectaría los derechos de un tercero de buena fe, por lo que dicho remedio se verá transformado en una obligación de resarcir aquellos daños irrogados al promisario. Ante esta afirmación los lectores podrían concluir, si aún tienen fe en la teoría del incumplimiento eficiente, que este es el campo en que el paradigma clásico aún puede ser llevado a la praxis. Nuevamente tenemos que negar tal percepción, al menos en lo que a un análisis costo -beneficio se refiere.

La razón es muy sencilla, la tutela que se ofrece al tercero para retener la prestación, así como la determinación de que el promitente sólo paqará

74 SCALISE, Ronald J. Jr. Op cit. pp. 733-734, en la medida que el otorgamiento del derecho de solicitar la ejecución forzada le da ventaja en la (re)negociación contractual.

75 Como es por demás conocido las nociones de valor y de precio no resultan sinónimas desde el punto de vista de la economía.

76 De lo expresado en este punto se evidencia la necesidad de un análisis caso por caso para cada uno de los tipos de obligación reconocido en nuestro Código Civil, así como también para diversos tipos de incumplimiento. Empero, por razones de espacio así como del objetivo general del presente artículo nos limitaremos a brindar un análisis un tanto menos sobre tan relevante materia, si bien esperamos en algún momento posterior efectuar dicho análisis.

77 REMINGTON, Clark A. "Intentional interference with contract and the doctrine of efficient breach: Fine tuning the notion of the contract breacher as wrongdoer". En: Buffalo Law Review 47. 1999. pp. 645 y siguientes.

78 SCALISE, Ronald J. Jr. Op. cit. pp. 748-752.

un resarcimiento, no se encuentra basada en la eficiencia del incumplimiento sino en la protección de un estado volitivo (la buena fe) que redunda en la protección del tráfico jurídico-económico y no en un juicio favorable sobre la conveniencia (o, si se quiere, eficiencia) de la operación específica entre el promitente y el tercero. No negamos que es posible que al aplicar la solución antes mencionada se lleguen a tutelar ciertos incumplimientos que podrían ser calificados de eficientes, lo que decimos es que dicha tutela no guarda relación alguna con tal criterio (pues incluso se podrían tutelar operaciones ineficientes, como aquellas que involucran *commodities*) ni que puede ser evaluada anticipadamente por las partes intervinientes en la operación.

A pesar de todas las criticas de las que puede ser objeto la *efficient breach theory* bajo el paradigma del nuevo adquirente. Debemos subrayar aún algunas más pues el deudor –al momento de decidir si incumple su obligación– siempre tendrá una parcela de la información relevante. Es por esta razón que difícilmente efectuará una decisión que maximice el bienestar social y si lo hace será más producto del azar que de una decisión racional.

Estamos conscientes que nuestro análisis si bien podría no haber convencido a los promotores de la teoría del incumplimiento eficiente, al menos creemos que sí debe de demostrar que ella pasa por alto una serie de cuestiones relevantes que, en no pocas oportunidades, justificarían que la mejor decisión sea la de intentar renegociar los términos contractuales, dándole el derecho al promisario de pujar por el bien o que el promitente *compre* su derecho de liberación al compartir parte del beneficio que obtendría con la nueva transacción. En tanto que la decisión de incumplir y luego ver si la cuantía de los daños es lo suficientemente bajo como para poder considerar que el incumplimiento fue eficiente, no es más que un albur inaceptable cuyo costo por lo general será asumido por la sociedad).

En fin, y antes de pasar al análisis del siguiente paradigma, daremos algunas ideas sobre la eficiencia de la decisión de incumplir, olvidándonos por un momento de las objeciones de las que ha sido objeto. Tal análisis permite concluir que la teoría del incumplimiento eficiente genera tres tipos de costos[79]:

(i) El costo de una ineficiente redacción de contratos

Una de las lecciones más interesantes del análisis económico del derecho contractual es la importancia de las reglas supletorias. En efecto, ellas no sólo permiten el ahorro de costos de transacción en la negociación, sino que también nos permiten identificar lo que las partes de ordinario desean conseguir en un vínculo contractual, redundando en el ofrecimiento de una tutela jurídica acorde a tal interés. De acuerdo a la propuesta de Ayres, la mejor manera que se tiene para comprobar si una regla resulta eficiente se centra en preguntarnos ¿qué habrían pactado las partes en un escenario en el que no existen costos de transacción o los mismos tienden a cero?[80]

Teniendo en consideración ello, la pregunta que cae por su propio peso es la siguiente: ¿es verosímil pensar que las partes durante la negociación de un contrato admitan recíprocamente que si bien por el momento tienen la intención de cumplir con sus obligaciones ello se encontrará sometido a la condición de que no aparezca un nuevo sujeto que les ofrezca mejores términos contractuales, y que ello sea aceptado por ambas para brindarse recíprocamente el derecho de apartarse del contrato? Consideramos, salvo mejor opinión, que ello no es lo que las partes quieren por lo general. Las razones que justifican ello son de variada naturaleza, desde comerciales (cada empresa hace una proyección de sus futuros negocios en atención a que confía que los contratos suscritos en su oportunidad se ejecutarán en la realidad), jurídicos (las empresas no quieren tener la contingencia del pago de resarcimientos, de si requieren suscribir nuevos contratos, etc.), económicos (pues se asumen costos por cada una de las operaciones de cierre ocasionadas por el incumplimiento de un contrato, y sucede lo propio con los costos de suscribir nuevos, todo ello en condiciones desconocidas en un futuro incierto y con la urgencia de obtener un proveedor de un bien o un servicio), de reputación[81] (ninguna empresa quiere ser conocida como incumplidora pues a la larga importará que sus bienes sean castigados con un precio más bajo o bien se pedirá condiciones contractuales más rígidas a fin de asegurar que dicha parte no se aparte del contrato), etc.

79 EISENBERG, Melvin A. "The theory of efficient breach and the theory of efficient termination" Op. cit. p. 38.

80 AYRES, Ian y Gregory KLASS. "Promissory fraud without breach". En: Wisconsin Law Review. 2004. pp. 507 y siguientes; Ibíd. 513-514.; y, AYRES, Ian, y Robert GERTNER. "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economics Theory of Default Rules". En: Yale Law Journal 99. 1989. pp. 87 y siguientes; Ibíd. pp. 119 y siguientes.

81 Como es correctamente señalado por ULEN, Thomas S. Op. cit. p. 347. «[l]a fuerza de mercado de carácter no jurídica más importante es probablemente la reputación», su importancia surge «de dos fuentes: la posibilidad de repetir la compra y el intercambio de información entre consumidores».

Entonces la regla eficiente será aquella que las partes elegirían para tutelar sus intereses individuales involucrados en el contrato si es que los costos de transacción fuesen lo suficientemente bajos, todo lo cual ha de generar una adecuación del precio del contrato[82]. En este caso sería aquella regla que signifique que el vínculo contractual no podrá ser disuelto por una de las partes sin participación de la otra, pues la regla es consistente con el interés de las partes y les permitirá abordar otros aspectos relevantes que son verdaderamente discutibles.

(ii) El costo que genera la pérdida del planeamiento contractual

Como se ha visto el tercero no puede pagar un precio superior al mercado en el caso de los *commodities* puesto que de hacerlo estaría perdiendo el dinero que por encima de tal precio estaría desembolsando. Sin embargo, hemos visto que es posible que el bien tenga un particular valor estratégico para el tercero que explique por qué éste le otorga un valor superior al que el mercado ha determinado y que justifica por qué el precio de mercado no ha incorporado esta variable. En este escenario se podría concluir que hay justificación no sólo para el desembolso superior sino también que debido a tal valor se debiera proteger la nueva transacción entre el promitente y el tercero pues así nos aseguraríamos que el bien sea asignado a su uso alternativo más eficiente.

Tal percepción si bien aparece como sugerente creemos que sometida a un análisis más detallado genera las siguientes interrogantes, por un lado, si el bien en cuestión tiene ese específico valor estratégico: ¿por qué el tercero no suscribió oportunamente un contrato para su provisión y así evitar sufrir un desabastecimiento de un activo importante para él?; y, por otro lado, si permitimos que el deudor pueda incumplir frente al acreedor inicial: ¿no estamos generando que éste pierda todos los desembolsos por concepto de inversión que asumió en atención a su previsión? Todo ello, nos parece, no debe ser admitido por el derecho[83].

En efecto, si el bien tiene un valor estratégico el tercero debió prever con la anticipación correspondiente su provisión, lo cual, por contrapartida, es lo que hizo el promisario. Entonces, si es que se ofreciese tutela, a través del incumplimiento eficiente, al tercero estaríamos dando un pésimo mensaje al mercado: *si lo agentes son precavidos en su planeamiento contractual, ello no resulta relevante, si un tercero es capaz de pagar un precio superior (sin necesariamente haber probado que su valuación subjetiva es superior) el Derecho tutelará al tercero*. Con un mensaje de este tipo no se dará un incentivo adecuado para el planeamiento contractual o el mismo se dará en un nivel inferior a lo que socialmente sería óptimo desde el punto de vista de la eficiencia.

(iii) El costo del debilitamiento del sistema contractual

Un tema que nos llama poderosamente la atención es la tendencia de los propulsores de esta teoría a pensar de que la contratación moderna puede ser circunscrita a un juego que se ejecuta una única vez y, lo que es peor, que las decisiones tomadas por uno de los jugadores no repercutirá en las decisiones de los otros jugadores en el futuro. Nos explicamos. Es obvio, siguiendo la teoría de juegos, que si un jugador decide apartarse de una de sus decisiones precedentes (en este caso, la de vincularse a través de un contrato) a fin de obtener ventajas individuales y no para el otro jugador, el resto de jugadores con los que posteriormente se vincule (o con el mismo jugador si es que se trata de un juego de repeticiones múltiples) le impondrán reglas más estrictas y/o de manera más sencilla no suscribirán más contratos con él.

Vale decir, la teoría del incumplimiento eficiente no toma en cuenta el costo que significa para la reputación de un agente económico el apartarse de un contrato motivado por un beneficio personal y sin que le interesen todas las consecuencias que puedan generarse en su contraparte. Cabe mencionar que el acaecimiento de fenómenos de incumplimiento como los descritos generarán un progresivo debilitamiento del sistema contractual, lo cual a la larga devendrá en una negociación cada vez más dura a fin de regular la mayor cantidad de supuestos y así evitar comportamientos estratégicos indeseados. Evidentemente el impacto directo e innegable se percibirá en el promitente que incumple el contrato, la información sobre sus conductas se trasmitirá eventualmente al mercado y su reputación se verá, en mayor o menor medida, afectada.

B. El paradigma de la pérdida identificada

Este esquema si bien es bastante conocido a nivel

[82] CRASWELL, Richard. "Contract remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach". Op cit. p. 632; y, ULEN, Thomas S. Op. cit. p. 375.

[83] EISENBERG, Melvin A. "Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law". Op. cit. p. 1011.

doctrinal, incluso en el *civil law*, no necesariamente es vinculado a la teoría del incumplimiento eficiente. Empero, se debe admitir que tanto este paradigma, cuanto el paradigma de mitigación, ingresan bajo esta teoría en términos distintos y no en atención a la noción tradicional que por lo general se maneja. Bajo este esquema el vendedor que se comprometió a transferir un *commodity* incumple debido a que determina, en el período que media entre la fecha de celebración del contrato y la fecha de entrega, que el costo que asume es superior al valor que el comprador otorga al bien[84].

Las diferencias con el esquema anterior se centran en que aquí el promitente no pretende obtener un beneficio sino evitar una pérdida, la ausencia de un tercero que actúa sobre el vínculo para afectarlo, y la potencialidad de incluir a un evento (externo o interno) no previsto por las partes que afecte los costos de la operación. Asimismo, en este caso si hay una aparente percepción de la eficiencia de la decisión del deudor puesto que parecería que hay un ahorro de costos para la sociedad. En síntesis, aquí parecen existir razones más sólidas para justificar el incumplimiento desde una óptica basada en la eficiencia.

Antes de confirmar tal apreciación debemos diferencias dos hipótesis:

1. La razón que genera la decisión de incumplir se debe a un evento interno

En términos estrictos este es el caso en el que se sustenta este paradigma, la razón de ello es más que sencilla, si se tratase de un evento externo y no previsto[85] por las partes estaríamos frente a un caso de causa no imputable o uno en el que se ha de aplicar la excesiva onerosidad de la prestación (o su par del *common law*, la doctrina de la *commercial impracticability*)[86]. Vale decir, este paradigma tiene como punto de partida usual que la discordancia detectada por el deudor luego de la suscripción del contrato se debe a hechos imputables a sí mismo, sea en la medida que no calculó adecuadamente los costos asociados a la producción del bien o a la prestación del servicio. La pregunta entonces sería: ¿si la discordancia se debe al deudor, por qué el acreedor debe soportar que no se ejecute el servicio o no se le entregue el bien?

La pregunta pese a su simplicidad no es tan fácil de absolver pues aceptamos, en vía de principio, que ambas partes tienen algunos argumentos de defensa de mediana solidez teórico-practicas. Por un lado, si se obliga al deudor a cumplir con su obligación tendría que asumir una pérdida, mientras que correlativamente el acreedor no tiene culpa alguna en que el deudor haya calculado erróneamente los costos de su prestación, sobre todo en atención a que éste es el único en capacidad de calcular su propia valuación subjetiva sobre el bien y/o los costos que le significan hacer el bien o el prestar el servicio. Evidentemente no estamos comentando un supuesto de error que motive la anulación del contrato, porque si así fuese no se hablaría de un supuesto de incumplimiento eficiente, el cual presume tanto la existencia como vigencia del contrato y la de sus obligaciones, sino sencillamente de una invalidez, cuya declaratoria no puede ser calificada en sí misma de eficiente aunque sí tutela algunos elementos medulares de la teoría microeconómica aplicada a la toma de decisiones[87].

Por razones de espacio, cuanto de oportunidad, diremos que nos parece que la opción adecuada es la tutela del acreedor. En la medida que el defecto no es lo suficientemente trascendente como para justificar el decaimiento del contrato, lo cual es un índice de que la pérdida asumida no es tal como para alterar el deseo de encontrarse vinculado contractualmente, por lo que el deudor tendrá que asumir los costos de su actuar negligente, toda vez que el acreedor no tiene mecanismo alguno para percatarse de él y es por el ello que de buena fe confía en que su deudor cumplirá su palabra. Cuando decimos que el

[84] EISENBERG, Melvin A. "Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law". Op. cit. pp. 1014-1015.

[85] Para una cabal comprensión de la teoría de la imprevisión en sus diversas manifestaciones (sea como causa no imputable o como excesiva onerosidad de la prestación) nos permitimos sugerir la consulta, desde una óptica del civil law, del trabajo conjunto de FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser L. LEÓN. "Comentario sub artículo 1315". En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, tomo IV: Derecho de Obligaciones. Lima: Gaceta Jurídica. 2004. pp. 875 y siguientes; para una visión del *common law* y en particular desde su óptica económica ver: POSNER, Richard A. y Andrew M. ROSENFIELD. "Impossibility and related doctrines in contract law: An economic análisis". En: Journal of Legal Studies 6. 1977. pp. 83 y siguientes; y, desde la comparación jurídica, GORDLEY, James. "Impossibility and changed and unforeseen circumstances". En: American Journal of Comparative Law 52. 2004. pp. 513 y siguientes.

[86] SYKES, Alan O. "The doctrine of commercial impracticability in a second best world". En: Journal of Legal Studies 19. 1990. pp. 43 y siguientes.

[87] En dicha materia nos remitimos a los interesantes comentarios de ESCOBAR ROZAS, Freddy. "El error en los contratos (justificaciones impuras para la modificación de las reglas de anulación)". En: Ius et Veritas 35. 2007. pp. 28 y siguientes, que en cuanto a las conclusiones se asemeja a la doctrina de la autorresponsabilidad.

acreedor será protegido sólo significa que puede solicitar la ejecución forzada, lo cual sucederá en caso su propia valuación sobre el bien o servicio sea superior al costo de su producción o a los que asume su deudor. La razón de ello es muy sencilla, si el acreedor valúa el bien o el servicio por encima de dichos límites, significa que el deudor no podrá *comprar* su derecho de liberación, a través de la negociación directa con su contraparte una vez que este último detecte la discrepancia que lo motiva a decidir incumplir.

Sin embargo, si se considerase que la persona a quien habría que tutelar fuese el deudor, aún hay que abordar un tema adicional, ¿cuál es el valor que el acreedor le asigna al bien o al servicio? Toda vez que hay que reparar los daños que el incumplimiento de su deudor le genera, sin mencionar que el motivo que es esgrimido para justificar el incumplimiento es que el acreedor valúa el bien por debajo de su valor de producción, con lo cual resulta fundamental el conocer el valor asignado a tal bien o servicio (pues en base al *principio de indiferencia* este es el monto mínimo que debiera entregársele al acreedor como resarcimiento). A tal efecto, podemos decir que hay tres probables momentos para determinar el valor que le asigna el acreedor a la prestación a cargo de su deudor (y que a la larga es necesario conocer para saber si es que éste ha incumplido correcta o eficientemente):

(i) Si se toma en cuenta el momento en que se debe de ejecutar la prestación

Bajo ese escenario se tendría que aceptar que el deudor asumió todos los costos dirigidos a la producción del bien o para la prestación del servicio, ya que de lo contrario no habría manera real en que se conozca el valor de la prestación para el acreedor y sería sólo una proyección. En ese sentido, y como es lógico esperar, el deudor buscará el reembolso de tales costos, por lo que no se generará el ahorro aludido ni mucho menos un incumplimiento de carácter eficiente.

En este orden de ideas, incluso debiera prestarse sea el servicio, sea la entrega del bien. La razón de ello es sencilla, si el costo para la producción del bien o para la prestación del servicio se ha verificado y este tendría que ser reembolsado, entonces el acreedor tiene derecho a que la prestación se ejecute ya que la base para eximir de cumplimiento al deudor no exista más.

En conclusión, tomando en cuenta ese momento para el cálculo del valor del bien para el acreedor se replicaría los efectos de un re-equilibrio entre las prestaciones.

(ii) Si se toma en cuenta el momento en que se suscribió el contrato

Habría que admitir que ambas partes sabían desde un inicio que existía una diferencia entre el costo de producción y el valor que el acreedor asigna a la prestación. Como es natural admitir ello sería un contrasentido, puesto que en puridad el contrato nunca debió haber sido suscrito.

(iii) Si se toma en cuenta el momento en que el deudor decide incumplir

Tampoco resulta aceptable admitir este momento para determinar el valor que el comprador asigna al bien o al servicio, puesto que resulta imposible, al igual de lo que sucedía en el anterior paradigma, que el vendedor sepa el valor que le asigna su acreedor a la prestación a su cargo.

2. La razón que genera la decisión de incumplir se debe a un evento externo

Como hemos adelantado, los supuestos que se subsumen bajo esta razón no ingresan dentro de la teoría del incumplimiento eficiente, sino más bien dentro de los supuestos de causa no-imputable o de excesiva onerosidad de la prestación. Alguna persona tal vez desee plantear similitudes entre ambas, como el justificar el incumplimiento contractual, pero no estaríamos de acuerdo en ello no sólo en atención a que serían estas instituciones las que justificarían el incumplimiento y no la teoría del incumplimiento eficiente; sino porque en estos casos existe o bien una imposibilidad, parcial o total, de ejecutar la prestación por un plazo (lo cual importa que luego deberá ser ejecutada superada la causa no imputable, salvo que esta se vuelva permanente o en otro escenario frustre el interés del acreedor a recibir la prestación); o bien justifica, siempre que ello sea posible, el re-equilibrio entre ambas prestaciones (salvo que el acreedor sea el que no desee más la prestación)[88].

Nuevamente la teoría del incumplimiento

[88] Artículo 1440 del Código Civil peruano de 1984.
En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.
Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.
Como se observa, una vez más la elección se la dejan al acreedor (segundo párrafo del artículo citado) para que, en función a si su interés creditorio se ve afectado, decida si mantiene vigente el vínculo contractual, vale decir, las elecciones de esta trascendencia no son dejadas al arbitrio del deudor (que es una de los temas en los que se basa el incumplimiento eficiente).

eficiente no logra ejercerse tal cual es pregonada en los textos de sus principales propulsores.

C. El paradigma de la reducción del desembolso

El último esquema a tratar grafica los casos en los que se suscribe un contrato para la provisión de *commodity* y en la que existe una diferencia entre el momento de su suscripción y el de su entrega. En el período que media entre ambos momentos, lo que sucede es lo contrario al esquema anterior en el que el deudor se percataba de la pérdida que le significaría ejecutar el servicio o entregar el bien, aquí quien se percata de la diferencia entre el precio y su valuación subjetiva es el acreedor. Vale decir, el acreedor o promisario se percata que el valor del *commodity* resulta inferior al precio de la operación.

Este esquema difiere del paradigma del nuevo oferente en tres extremos: (i) la decisión la toma el acreedor y no el deudor; (ii) importa evitar una pérdida y no la obtención de un beneficio; y, (iii) el cumplimiento importaría un costo social más que evidente puesto que la decisión de incumplir nos informa que el acreedor valúa el bien por debajo de su costo de producción. En cambio, las diferencias con el paradigma de la pérdida identificada se centran: (i) la decisión la toma el acreedor y no el deudor; (ii) si bien importa evitar una pérdida o mitigarla, lo cual las asemeja, aquí la información de la valuación subjetiva relevante la tiene quien va a decidir sobre el incumplimiento, por lo que la posibilidad de tomar una decisión eficiente se torna evidente; y, (iii) el costo social del incumplimiento es relativamente bajo, pues el trámite demandado es mucho más sencillo que el cálculo de los daños bajo los anteriores paradigmas.

Dos temas adicionales merecen ser resaltados: por un lado, el acreedor tiene información relevante de la que carecía el deudor en los anteriores paradigmas, sabe no sólo el precio de la operación sino que sabe que ese precio es superior a su propia valuación subjetiva sobre el *commodity* materia del contrato; por otro lado, dado que lo que no se ejecuta es el pago del precio es mucho más sencillo determinar el monto exacto de los daños que sufre el deudor al no recibir la ejecución de la prestación a cargo de su acreedor.

Finalmente, aquí si se podría considerar la validez de la teoría del *efficient breach* puesto que el deudor si puede ser colocado en una posición casi semejante (e indiferente) a la que se encontraría al existir cumplimiento del contrato. Si bien aún existirían ciertos costos que no serían trasladados a la parte que incumple el contrato.

V. ¿EXISTE JURISPRUDENCIA EN EE.UU. A FAVOR DE LA *EFFICIENT BREACH THEORY*?[89]

Esta es una de las preguntas más importantes que debiesen hacerse aquellos operadores jurídicos de los países del *civil law* que pretenden trasplantar la teoría del incumplimiento eficiente. Como es conocido, uno de los principales propulsores de la teoría en el sistema estadounidense es el juez Posner, por lo que se podría creer que existe reconocimiento judicial de la teoría de marras. Sin embargo, y por sorprendente que resulte, hasta donde se ha podido investigar en el sistema judicial norteamericano aún no existe ninguna sentencia que avale *expresamente* a la *efficient breach theory*.

Este aspecto, creemos, es particularmente relevante toda vez que en el sistema estadounidense la fuente jurídica preponderante es la jurisprudencia. En efecto, en los sistemas del *common law* cualquier teoría que pretenda tener legitimidad debe poder fundar sus bases en un precedente jurisprudencial que la reconozca. Por su parte, y para que se comprenda la trascendencia de nuestra afirmación, la mayoría de las leyes (al menos las de carácter civil) estadounidenses son, en términos sencillos, la materialización de aquellas reglas que la jurisprudencia ha desarrollado (lo que sucede en los *Restatements*).

Sin perjuicio de esta circunstancia surge una nueva interrogante, si no existe un reconocimiento judicial de esta teoría, ¿cómo es posible que en algunos de los más importantes *casebooks* estadounidenses se cite profusamente una serie de sentencias como sustento de la *efficient breach theory*? La posible interpretación de ello es doble: o bien nos hemos equivocado en nuestra investigación sobre los pronunciamientos judiciales, o bien las referencias que se efectúan en esos textos merecen un ulterior análisis. Como es de esperar, este es precisamente el propósito del presente acápite. Para eso se efectuarán las referencias a los *casebooks* en cuestión y a las sentencias que hipotéticamente son el soporte judicial de tan fervientemente defendida teoría.

En el *casebook*[90] de Farnsworth y Young se cita dos casos: *Groves v. John Wunde Co.*[91] y *Peevyhouse*

[89] WARKOL, Craig. "Resolving the paradox between legal theory and legal fact: The judicial rejection of the theory of efficient breach". En: Cardozo Law Review 20. 1998. pp. 321 y siguientes.

[90] FARNSWORTH, E. Allan, y William F. YOUNG. "Cases and materials on contracts". Cuarta Edición. Nueva York: Foundation Press Westbury. 1988.

[91] 286 N.W. 235 (Minn. 1939).

v. Garland Coal & Mining Co.[92], fuera del hecho evidente de que estas sentencias son previas a la formulación de la teoría del incumplimiento eficiente, por lo que mal podrían acogerla[93], los aspectos centrales de ellas son el tipo de calculo sobre el cual se efectuará la determinación del resarcimiento (en el primero se aplicó el *cost of completion* mientras que en el segundo fue el *diminution in market value*). En el caso, *Groves*, propietario de un terrero, suscribió un contrato de alquiler con *Wunde Co.* por el cual éste se comprometía a devolverlo nivelado. El demandado incumplió con ello, y se determinó que de efectuarse el trabajo el incremento del valor del terreno habría sido marginal (el bien alcanzaría un valor de US$ 12,000), mientras que el costo de los trabajos habría sido de US$ 60,000. En el caso se consideró que debió haberse efectuado los trabajos y la responsabilidad frente al incumplimiento fue sobre el todo (*cost of completion*), vale decir, por los US$ 60,000. Por su parte, en el caso *Peevyhouse*, el cual es semejante al anterior, el tribunal decidió imponer responsabilidad sólo por el *diminution in market*, vale decir, la diferencia entre el valor del terreno nivelado y el valor del terreno no-nivelado.

Por su parte Dawson[94] cita el caso *Groves v. John Wunde Co.* y *Acme Mills & Elevator Co. v. Johnson*. Sobre el primero nos remitimos a lo indicado en el párrafo precedente, mientras que el segundo es susceptible de la misma crítica temporal que se ha hecho a los anteriores casos. En *Acme Mills* las partes suscribieron un contrato para la provisión de trigo a un precio específico, como es de esperar en un momento posterior a la suscripción el precio del trigo se incrementó, el demandado vendió otra vez el trigo a un tercero (vale decir, el paradigma del nuevo oferente). Curiosamente, en el caso se produjo una reducción del valor del trigo por lo que el demandante se vio beneficiado, pues llegó a un precio inferior al del contrato, y por ello no se sancionó al deudor.

En principio podría llamar la atención la manera de proceder de los académicos estadounidenses, sien embargo, podemos admitir sin reparos que los autores citados emplean esas sentencias para dotar a los alumnos de ciertas nociones económicas. Si bien nuevamente reiteramos que en ninguna de tales sentencias se haga algún tipo de alusión (sencillamente porque ello no es posible) a la *efficient breach theory*, este aspecto es superado por los autores en cuestión con citas a textos doctrinales en los que sí se toca el tema de marras.

Antes de proseguir queremos llamar la atención sobre dos sentencias que tienen un mérito particular, la primera es el conocido caso *Handicapped Children's Education Board v. Lukaszewski*[95], y la segunda es *White v. Benkowski*[96]. La señora Lukaszewski era una profesora de niños discapacitados, quien tenía que efectuar un viaje diario de 45 minutos para llegar a su trabajo y que además se llevaba mal con sus compañeros de trabajo, que recibió una nueva oferta de trabajo por lo que renunció al anterior. Su empleador no aceptó la renuncia pero correlativamente (y de un modo contradictorio) contrato un reemplazo. Durante el trámite del proceso judicial se consideró que hubo daños contra la señora Lukaszewski y se impuso un resarcimiento en función a su salario. Empero, si bien el incumplimiento sería *"eficiente"*, la razón del resarcimiento es por los daños que ella sufrió y no por un tema de eficiencia. Por su parte el caso *White* es curioso porque se cita a la *efficient breach theory* para negar la imposición de *punitive damages*.

Empero, tal vez los casos más interesantes, desde nuestro punto de vista, sean los que fueron resueltos por Richard Posner. Nos referimos, en primer lugar, a *Patton v. Mid-Continent Systems, Inc.* donde un franquiciante solicitó judicialmente que se ordene al franquiciado el pago de un resarcimiento compensatorio y un monto a título de sanción [*punitive damages*] por el incumplimiento del contrato de franquicia. En la sentencia en cuestión, el ilustre autor se limita a mencionar que:

"Incluso si el incumplimiento es deliberado, no es necesariamente culpable. El promitente puede simplemente descubrir que su ejecución es más valiosa para otra persona. Si es así, la eficiencia es promovida al permitírsele incumplir su promesa, compensando a su promisario por las pérdidas sufridas. Si es forzado a pagar [un monto a título de sanción]*, el eficiente incumplimiento puede ser prevenido y el derecho no quiere llegar a tal resultado"*[97].

En la cita en cuestión lo que hace Posner es negar

92 382 P.2d 109 (Okla. 1962).

93 En sentido semejante habría que rechazar Acme Mills & Elevator Co. v. Johnson (del año 1911); y, White v. Benkowski (del año 1967).

94 DAWSON, John P. y otros. "Cases and Comment on Contracts". Sexta edición. Nueva York: Foundation Press Westbury. 1993.

95 332 N. W.2d 774 (Wis. 1983).

96 155. N. W.2d 74 (Wis. 1967).

97 841 F.2d 750.

la imposición de *punitives damages* en sede contractual y pese a que enuncia varios extremos de la *efficient breach theory* no la emplea a fin de culminar con su exposición, vale decir, se queda como un mero *obiter dicta* y no es elevado a *ratio decidendi*.

En segundo lugar, en *Walgreen Co. v. Sara Creek Property Co.* también se menciona a la teoría del incumplimiento eficiente. El caso es sencillo, *Walgreen Co.*, que es una famosa cadena de farmacias estadounidense, demanda al propietario de un centro comercial por incumplir con la cláusula de exclusividad de su contrato de arrendamiento. La farmacia solicitaba una *injunction* a fin de impedir el ingreso de un competidor al mencionado centro comercial, mientras que el propietario sostuvo que el incumplimiento contractual resultaba eficiente y, por ende, sólo se le debía imponer el pago de un resarcimiento. El caso, como se observa, era uno que permitiría el claro ingreso de la teoría y su reconocimiento judicial. Sin embargo, Posner a pesar de que vuelve a manifestar que los incumplimientos eficientes son beneficiosos para la sociedad y por ende evitan la aplicación de la ejecución forzada, llega a concluir que el argumento del incumplimiento eficiente no es suficiente e incluso otorga a favor de *Walgreen* la *injunction* solicitada.

Como es fácil concluir de lo antes expuesto, un apasionado defensor de la teoría del incumplimiento eficiente en sede académica ha tenido más de una oportunidad de aplicarla en sede judicial pero hasta el momento las ha dejado pasar.

VI. UNA ALTERNATIVA AL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE: LA TEORÍA DE LA CONCLUSIÓN CONTRACTUAL EFICIENTE

De lo expuesto a lo largo del trabajo queda claro que el incumplimiento eficiente tiene un campo de aplicación más bien restringido y que incluso dicho campo no es el que pregonan sus propulsores sino uno muy distinto. El análisis efectuado sobre todo en el cuarto acápite y el estudio de los diversos paradigmas nos llevan a concluir lo siguiente: *lo que se debe proponer no es el empleo de la teoría del incumplimiento eficiente sino más bien la teoría de la conclusión contractual eficiente*[98].

Esta teoría se puede percibir en más de uno de los pasajes de un ilustre autor[99] y a ella se ha aludido implícitamente en nuestras críticas a la teoría del incumplimiento eficiente. En efecto, cada vez que anotamos que es posible la renegociación antes del incumplimiento o bien que el deudor *compre* su liberación, se sientan las bases de la teoría en cuestión. Ella parte de una premisa sencilla, los costos de transacción en el incumplimiento eficiente son más elevados de lo que por lo general se piensa (dicha impresión es generada sobre todo por el esquema *simple* en el que se mueve Posner, le decimos simple porque trabaja en un mundo sin costos de transacción) y de modo correlativo, los costos de renegociación son más bajos de lo que se piensa.

Un aspecto interesante de esta teoría es que reconoce un aspecto que ronda los debates sobre el incumplimiento eficiente, el pago de resarcimientos o la imposición de la ejecución forzada; y que por lo general no se llega a afirmar con claridad. Bajo un esquema como el propuesto se reconoce que el acreedor tiene una titularidad que es tutelada no por una regla de responsabilidad (tal como se asume en el incumplimiento eficiente) sino por una auténtica regla de propiedad (si el acreedor tiene el poder de evitar la transferencia involuntaria de su titularidad, a través de un remedio como lo es la ejecución forzada, entonces la regla aplicable es una *property rule*)[100], por lo que se *fuerza* la negociación[101]. Este extremo de tal debate es incluso más claro en el caso del *civil law*, donde la elección del remedio a aplicar se encuentra en cabeza del acreedor.

A ello cabría agregar un tema por demás relevante que no ha sido abordado en las páginas precedentes, el alcance del resarcimiento en nuestros sistemas bajo las más recientes tendencias interpretativas. Nos explicamos. Hasta no hace mucho en el *common law*, y en particular en el sistema estadounidense, habían dos dogmas de fe en cuanto a la inaplicación de dos remedios en sede contractual, a saber:

98 MACNEIL, Ian R. Op. cit. p. 957.

99 Nos referimos por supuesto a EISENBERG, Melvin A. "The theory of efficient breach and the theory of efficient termination". Op. cit.

100 CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. "Property rules, liability rules and inalienability: One view of the Cathedral". En: Harvard Law Review 85. 1972. pp. 1089 y siguientes.

101 REMINGTON, Clark A. Op. cit. p. 683.
Sin embargo la discusión sobre cualquier regla, si la de propiedad o responsabilidad, incentiva más y de mejor manera los intercambios aún queda instalada, tal y como se evidencia de la consulta de los trabajos de AYRES, Ian y Eric TALLEY. "Solomonic bargaining: Dividing a legal entitlement to facilitate coasean trade". En: Yale Law Journal 104. 1995. pp. 1037 y siguientes; y KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. "Do liability rules facilitate bargaining? A reply to Ayres and Talley". En: Yale Law Journal 105. 1995. pp. 221 y siguientes.

A. Los *punitive damages*[102]

Usualmente no se permitía la imposición de un monto dinerario a título de pena o sanción pues existía un fuerte temor a que se constituya como un obstáculo para la aplicación del incumplimiento eficiente. La razón es muy sencilla, los *punitive damages* se aplicarían en los casos en los que el deudor incumple el contrato sea por fraude o por dolo.

Dado que el incumplimiento eficiente se basa en la idea básica del análisis costo–beneficio del deudor, es evidente que la decisión de incumplir será consciente y por ende el incumplimiento resultará no sólo voluntario sino que podrá ser calificado de doloso. Empero, a la fecha podemos decir que la tendencia del sistema estadounidense no es sólo a reconocer el pago de *punitive damages* sino que se esta avanzando en la tendencia a permitir el empleo de este remedios en supuestos del todo independientes (el inicio de este itinerario exigía que sólo se impongan cuando había superposición con un caso de *torts*, como en el caso del *tortious interference*). Tan es cierto ello que treinta y nueve de las jurisdicciones estadounidenses ya han resuelto algún caso en el que se ha impuesto *punitive damages* en sede contractual.

¿Qué significa ello? Pues la respuesta es interesante, mientras exista un progresivo incremento de los *punitive damages* menor será la probabilidad de que se admita judicialmente la *efficient breach theory*, pues importará que el monto del resarcimiento ya no se encontrará limitado al *expectation interest*, lo cual es asumido invariablemente por aquellos que promueven la teoría del incumplimiento eficiente. Si ello es así existirán factores que no podrán ser valorados por el deudor al momento de decidir si incumple, tornando más azarosa la determinación *ex ante* de que un incumplimiento será eficiente (como hemos visto es casi un albur, pero con este desarrollo el tema será aún más complicado)[103].

B. El *disgorgement*[104]

En nuestra opinión este remedio es aún más interesante que los *punitive damages* e incluso anunciamos que si su aplicación se sigue extendiendo significará la partida de defunción de la teoría del incumplimiento eficiente en sede estadounidense. Este remedio genera que el deudor que incumple reintegre a su contraparte los beneficios que obtiene de tal conducta. Si el remedio en cuestión se aplica cualquier posible beneficio que el deudor, en el esquema del incumplimiento eficiente, pueda obtener deberá entregarse al acreedor insatisfecho[105].

Con este remedio, creemos, se refuerza el carácter del derecho de crédito como una titularidad protegida por una *property rule*. El mensaje es claro, no incumplas el contrato con la esperanza de obtener mayores beneficios pues si ello sucede se te extraerá dicho beneficio. Este remedio se justifica o sienta sus bases en la prohibición del enriquecimiento sin causa y por supuesto en el hecho de que la decisión de incumplir (y por ende destruir el derecho de crédito del acreedor para generar un subrogado como lo es un resarcimiento) se asemeja en mucho a la figura de la expropiación[106]. El *eminent domain* o la expropiación justifica que, por razones de interés público (el cual difícilmente podría argüirse aquí), un sujeto pueda extraer una titularidad del patrimonio ajeno, forzando así una transferencia, y no obstante ello sólo tendrá que pagar una suma de dinero en reemplazo de la titularidad violentada. Al no existir ninguna de las justificaciones que han servido de sustento a la expropiación o a figura análogas que pueden ser actuados por particulares, no se podrá aceptar que el deudor extraiga una de las titularidades del patrimonio jurídico de su acreedor.

En el *civil law*, y en particular en el sistema jurídico peruano, las normas que dan el derecho a la ejecución forzada son múltiples y en el caso del resarcimiento de los daños se llega a indicar lo siguiente: *si existe un incumplimiento doloso, el*

[102] DODGE, William S. "The case of punitive damages in contracts". En: Duke Law Journal 48. 1999. pp. 629 y siguientes.

[103] Un autor que ha desarrollado la manera en que los *punitive damages* alterarían el análisis costo-beneficio sobre el incumplimiento es CRASWELL, Richard. "Contract remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach". Op cit. p. 651.

[104] EISENBERG, Melvin A. "The disgorgement interest in contract law". Op. cit. pp. 570 y siguientes; STEVEN, John D. "Disgorgement for breach of contract: A comparative perspective". Op. cit. pp. 943 y siguientes; SIEMS, Mathias M. "Disgorgement of profits for breach of contract: A comparative analysis". Op. cit. 2003, pp. 27 y siguientes; y, SMITH, Lionel D. "Disgorgement of the profits of breach of contract: Property, Contract and 'Efficient Breach'". Op. cit. pp. 121 y siguientes.

[105] SCALISE, Ronald J. Jr. Op. cit., p. 734.

[106] FRIEDMANN, Daniel. "The efficient breach fallacy". Op. cit., pp. 13-17, como es natural en el caso de la teoría del incumplimiento eficiente no se justifica tal actuación. La expropiación se rige por normas de derecho público y en este caso sería por normas de derecho privado.
Si bien se acepta la existencia de supuestos de derecho privado el incumplimiento eficiente no es subsumible en ninguno de ellos (estado de necesidad y legitima defensa), sin mencionar que todo ello parte de una premisa ineludible: la conducta se torna lícita, en cambio el incumplimiento que es presupuesto de la *efficient breach theory* es ilícito y por ello es susceptible a la imposición de *injunctions*.

régimen de limitación de los daños resarcibles a los daños previsibles, que es aplicable a la culpa leve, se ve superado y como consecuencia el deudor deberá responder por los daños imprevisibles. Como se ha dicho, la decisión de incumplir que es tomada por el deudor es una decisión consciente y por ende se realiza con dolo (es decir, dolo de incumplir y no dolo de causar un daño), por lo que sería de aplicación dicha regla de ampliación de los daños resarcibles. El sentido de tal disposición es claro, en el sistema del *civil law* no se desea que el deudor incumpla conscientemente (reforzando también la idea de que se tutela el derecho de crédito con una *property rule*) y por ello se llega a sancionar a los deudores que se comporten de esa manera específica (así como a los terceros que influyen tal conducta)[107].

Una regla como la del civil law, contenida en nuestro artículo 1321°[108], provoca lo siguiente: *el deudor por lo general tiene en mente que el monto esperado que pagará es igual a los daños previsibles multiplicados por su probabilidad de ocurrencia, debido a tal esquema, en principio podría, si es que tiene información adecuada, saber si es que le conviene incumplir; pero si, se indica que también responderá por los daños imprevisibles, significará que a esos daños previsibles les deberá incrementar el monto esperado de los daños imprevisibles multiplicado por su probabilidad de ocurrencia, sin embargo, por definición el deudor no podrá despejar ambas variables, en la medida de que son imprevisibles*. Entonces, el deudor no podrá decidir racionalmente si es que incumple, en atención a que no podrá conocer anticipadamente la cuantía de los daños que deberá descontar del beneficio esperado de la segunda operación (en la medida en que los costos son prohibitivos o cuanto menos lo suficientemente altos como para incentivarlo a cumplir en lugar de asumir costos sólo para determinar si es que tiene o no incentivos para incumplir). La regla del *civil law* es entonces un impedimento que torna inútil cualquier discusión de *lege lata* sobre la admisibilidad del incumplimiento eficiente, incluso sin entrar a considerar todo el análisis que se ha desarrollado aquí[109].

VII. BALANCE FINAL SOBRE LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE: ¿UN IRRITANTE JURÍDICO?[110]

En atención a todo lo que se ha expuesto no nos queda más que concluir que la presente teoría, en caso se admitiese en nuestro sistema, no generaría más que un fenómeno de irritación jurídica. Como nos enseña la comparación jurídica cuando una institución foránea ingresa a un nuevo sistema jurídico puede suceder un fenómeno de *recepción* o bien una *reacción adversa* al trasplante efectuado. La idea de la irritación jurídica, como es claro, trae aparejada la idea del rechazo que se provoca en un organismo luego de que se efectúa un trasplante.

En efecto, muchas veces cuando sucede un trasplante el sistema inmunológico de la persona que recibe el órgano nuevo percibe que una entidad extraña ingresó a su organismo por lo que no hace sino lo que es su labor, considera que tal entidad es un agresor e intenta destruirla. En el caso de los *legal transplants* tal imagen también puede ser replicada, si se trasplanta una institución jurídica foránea es posible que el sistema importador reaccione:

(i) rechazándola;
(ii) no prestándole atención, condenándolo a la inaplicación; ó
(iii) generando incoherencias sistemáticas

En el caso del incumplimiento eficiente creemos que se erigiría como un irritante pues existen varias figuras jurídicas ya consolidadas, incluso a nivel doctrinal y/o legal, que se verían afectadas en caso se produjese la recepción de esta doctrina, sin entrar siquiera a analizar la manera en que nuestros operadores perciben el Derecho y la propia discusión sobre las soluciones que deben ser alcanzadas[111]. Si bien nos parece que existen múltiples razones que nos deberían llevar a no intentar la asimilación de la teoría del incumplimiento eficiente, estamos por demás conscientes que esta teoría es una de las preferidas o insignias del *mainstream* del análisis

[107] REMINGTON, Clark A. Op. cit. p. 658, sobre el requisito del dolo o mala fe.

[108] Donde se indica que sólo en el caso del incumplimiento por culpa leve el resarcimiento de los daños se limita a los previsibles, por lo que *contrario sensu* en el caso del incumplimiento doloso o por negligencia grave se alcanza a los daños imprevisibles.
Aspecto que es lamentado por HARO SEIJAS, José Juan. "¿Periculum est dubitabilis? Algunas precisiones sobre el papel del riesgo en la contratación privada". En: THEMIS-Revista de Derecho 49. 2005. pp. 183 y siguientes; Ibíd. p. 197.

[109] SCALISE, Ronald J. Jr. Op. cit. pp. 737-744.

[110] TEUBNER, Gunther. "Legal irritants: Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences". En: Modern Law Review 61. 1998. pp. 11 y siguientes.

[111] SCALISE, Ronald J. Jr. Op. cit. pp. 755 y siguientes.
Aquí se alude, tanto en el texto citado cuanto en el desarrollo expuesto, a la idea de *mentalité*, la cual es una noción muy relevante para algunos análisis de derecho comparado. Al respecto nos remitimos a LEGRAND, Pierre. "European legal systems are not converging". En: International and Comparative Law Quarterly 45. 1996. pp. 52 y siguientes. Ibíd. p. 60.

económico del Derecho. Es por ello que, en todo caso, sugerimos el estudio de una alternativa más sólida tanto desde una perspectiva económica cuanto desde la óptica jurídica, y que tiene el mérito de ser consistente con las bases de los sistemas jurídicos del *civil law*. Esperamos que el estudio de dicha alternativa, nos referimos a la teoría de la conclusión contractual eficiente, sea incentivada con el presente ensayo y que no sea simplemente percibida como una reacción adversa ante los postulados propugnados por el *mainstream* al que se ha cuestionado a lo larga de las páginas precedentes.

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El propósito del presente ensayo ha sido presentar una visión panorámica crítica y bastante breve de la teoría del incumplimiento eficiente. Para ello se han empleado a cuenta gotas varias de las aproximaciones funcionales más importantes al estudio del derecho tanto, como es obvio, del análisis económico del Derecho, la comparación jurídica y la historia. Es por ello que partimos de la definición más extendida, pasando por su formulación primigenia y sus verdaderos orígenes, para culminar en una serie de objeciones.

Con todo lo afirmado no queremos que se extraiga la idea de que dicha teoría no será aceptada en un país del *civil law*, aunque consideramos que existe más de una razón para que no suceda tal recepción, ni que la teoría no será admitida judicialmente en el *common law*, si bien las sentencias a las que se alude y por supuesto el decidido avance de remedios como el *disgorgement* o los *punitive damages* en sede contractual socavan algunas de las bases teóricas y económicas sobres las cuales opera el incumplimiento eficiente. En realidad, lo que si deseamos resaltar es que la teoría aún es objeto de crítica y que su reconocimiento en sede estadounidense, si es que llega a suceder en algún momento, tomará tiempo[112]. En ocasiones los académicos, y sobre todo los peruanos, tenemos la tendencia a sorprendernos con una nueva lectura o una nueva institución descubierta producto de nuestras investigaciones, el incumplimiento eficiente es una de esas instituciones que nos ha sorprendido por lo sugerente de su planteamiento y por la claridad con la que es expuesta, sin embargo, recordemos que se trata de una teoría joven que aún no alcanza las cuatro décadas.

Acaso cuatro décadas en la vida de una persona sea más que suficiente para alcanzar la madurez pero en materias como las jurídicas no es demasiado tiempo, se podría incluso decir que dicho período permite decir que la teoría es sólo adolescente.

Finalmente, se inició el presente trabajo recordando un vínculo particular entre Henry Miller y Anaïs Nin a fin de evidenciar como circunstancias cotidianas pueden unir a personas de una manera trascendente e incluso de modo indisoluble. Frente a ello no nos cabe más que preguntarnos si es que tal ligamen no será un índice de un aspecto personal que se extiende al campo jurídico y que sucede muchas veces de una manera que no resulta demasiado comprensible para los involucrados. Si ello es así habría que concluir que el Derecho, como manifestación del ser humano, también ha incorporado algunos de sus vicios y sus interrogantes, pero por qué tendría que ser de otra manera.

[112] WARKOL, Craig. Op. cit. pp. 343 y siguientes.

LUMEN S.A.C.
Agencia de Aduana





Soluciones en Comercio Internacional

Powered by: SAP

Centro Aéreo Comercial - Av. Elmer Faucett s/n Of. 206 - Callao
Telf. (511) 574-1140 / 574-1141 / 574-1142 Fax: (511) 574-5904
info@lumensac.com www.lumensac.com www.lumensac.net

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!

NATURE'S SUNSHINE
QUALITY, SERVICE, INTEGRITY

PRODUCTOS AMERICANOS
100% NATURALES

www.nspperu.com
Av. Javier Prado Este 462 - San Isidro

✆ 0800-00167
615 7000



GOETHE-INSTITUT

¡Contáctenos!

Jr. Nazca 722, Jesús María - Lima 11
Tel.: + 51 1 433 31 80
cursos@lima.goethe.org
www.goethe.de/lima

ESPECIALÍZATE EN
GESTIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

El Instituto de Estudios Ambientales de la Pontificia Universidad Católica del Perú te ofrece los siguientes programas académicos.

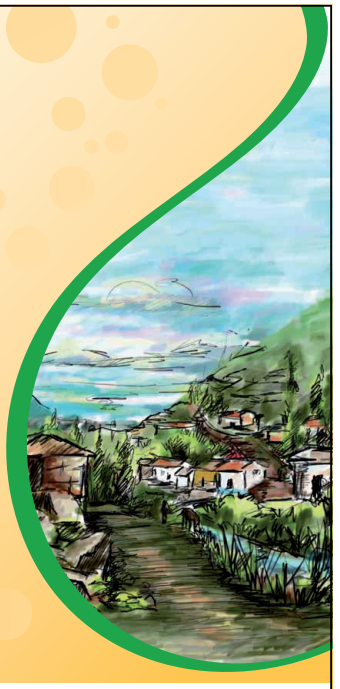
DIPLOMATURAS

- Diplomatura de Estudio en Manejo Ambiental
- Diplomatura de Estudio en Gestión y Política Ambiental
- Diplomatura de Estudio en Gestión Ambiental y Empresa

PROGRAMACIÓN DE LOS CURSOS DE EXTENSIÓN, AÑO 2011

- Derecho ambiental I
- Derecho ambiental II
- Estudio de Impacto Ambiental (EIA)
- Salud ambiental
- Taller de problemas socio ambientales
- Gestión de residuos sólidos
- Restauración de ecosistemas
- Cambio climático y gestión de riesgos
- Ecología, conservación y biodiversidad
- Estudio de Impacto Social (EIS)

Informes
Instituto de Estudios Ambientales
(IDEA -PUCP)
T.: 626-2000 anexos 3060 y 3061
acapidea@pucp.edu.pe
diplomas_idea@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe/idea/



INSTITUTO DE ESTUDIOS AMBIENTALES

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL Y SU APLICACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES: UNA PERSPECTIVA CRÍTICA

Gadwyn Sánchez Yaringaño*

En las últimas décadas se ha generado un creciente interés por el medio ambiente, el daño que se le ha causado y la consecuente regulación necesaria para protegerlo. En el Perú existen diferentes leyes destinadas a evitar que se generen estos daños, en muchos casos irreparables. Es así que cada uno de los poderes del Estado tiene dentro de sus funciones algunas destinadas a la persecución de este fin.

El presente artículo tiene como punto central el cuestionamiento de los actuales mecanismos de la Administración Pública para aplicar medidas reparadoras. Se plantea que para poder empezar a enfrentar adecuadamente la actual situación ambiental es necesario que se elabore un procedimiento detallado que busque que el ambiente regrese al estado en que se encontraba antes de que ocurra el daño. En esa línea, el autor ofrece directrices para elaborar un instrumento de gestión ambiental que delimite parámetros claros a seguir.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Estudio Echecopar Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte, el medio ambiente, antes materia de estudio exclusiva de las ciencias naturales, irrumpe en las discusiones propiamente jurídicas. Desde luego, con la necesidad de establecer reglas de conducta claras para el Estado y los particulares, en este campo surgen las primeras regulaciones con contenido y relevancia ambiental. El antecedente por excelencia en el Perú es el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, aprobado por el Decreto Legislativo 613, de entrada en vigencia en 1990.

Sin embargo, la problemática que nos convoca no aparece con la preocupación de la comunidad jurídica por el medio ambiente o con la expedición de normas de carácter ambiental. Naturalmente, el impacto negativo en el medio ambiente producido por el desarrollo de actividades económicas data de mucho antes.

No obstante ello, con el paso del tiempo la legislación y la jurisprudencia fueron brindando respuestas a la necesidad social de atribuir responsabilidad jurídica por dañar el ambiente. Una muestra de esto aparece en nuestra Ley General del Ambiente[1] que regula expresamente lo que denomina el "régimen de responsabilidad por daño ambiental", impensable –al menos en esos términos y alcances– algunos años atrás.

Empero, las instituciones jurídicas no nacen completas, maduras y en capacidad de brindar soluciones a todos los supuestos que la realidad presenta. Usualmente ocurre todo lo contrario. El caso de las medidas reparadoras en materia ambiental no es distinto.

De ese modo, en la presente ponencia planteamos abordar un problema en específico, a saber, la ausencia de mecanismos útiles para que la Administración Pública aplique medidas reparadoras en el marco del trámite de procedimientos administrativos sancionadores con carácter ambiental.

Desde nuestra perspectiva, la importancia de su estudio radica en el elevado rol que cumplen los Poderes Públicos en relación con la preservación –y, de ser el caso, reparación– del medio ambiente. Es, finalmente, la Administración, dotada de conocimiento especializado, quien puede válidamente determinar la existencia de un daño y las conductas o acciones que se tendrían que implementar a fin de reponer su estado a momentos anteriores.

Adicionalmente, es menester precisar que no pretendemos finalizar la discusión sobre las medidas de reparación que puede aplicar la Administración en materia ambiental; tal vez empezarla. Sin embargo, nos encontramos convencidos de la importancia de su discusión, mucho más si no pocas entidades públicas de los tres niveles de gobierno cuentan con un extenso catálogo de funciones ambientales, entre las que destaca la de fiscalizar y sancionar cualquier conducta que vulnere el derecho fundamental a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado para la vida.

II. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN EL PERÚ

Uno de los principios que rige la actividad del Estado y de los particulares respecto del medio ambiente (o, simplemente, ambiente) es el de "contaminador-pagador". Dicho principio goza de reconocimiento normativo en nuestra Ley General del Ambiente en sus dos posibles concepciones. Una primera, como principio económico, en el denominado "principio de internalización de costos"; y, una segunda, como principio que atribuye responsabilidad jurídica, en el denominado "principio de responsabilidad ambiental".

Con relación a la perspectiva económica, Sands[2] sostiene que el principio contaminador-pagador todavía se encuentra abierto a interpretación y que, sin negar su importancia para el desarrollo del Derecho Ambiental, se trata más bien de un postulado de política económica antes que de un principio de Derecho propiamente dicho.

Por su parte, Andaluz Westreicher señala que, finalmente, lo que se busca es que los operadores económicos incluyan en sus costos de producción lo que cuesta evitar dañar el medio ambiente[3]; es decir, tiene como objetivo corregir las "externalidades negativas" del mercado haciendo que quien contamine asuma los costos del daño ambiental[4].

1 Ley 28611, publicada el 15 de octubre de 2005 en el diario oficial "El Peruano".

2 SANDS, Phillippe. "Principles of International Environmental Law". Manchester: Manchester University Press. 1995. p. 213.

3 ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. "Manual de Derecho Ambiental". Lima: Proterra. 2006. p. 527.

4 DE TRAZEGNIES, Fernando. "Derecho y Contaminación: Estrategias para una defensa del Medio Ambiente por los particulares". Lima: Fundación Peruana para la Conservación de la Naturaleza. 1988. pp. 12 y 13. Como señala de Trazegnies, las externalidades negativas indican la situación en la cual el contaminador traslada algunos de sus costos a terceras personas y de esa manera no contabiliza dichos costos como propios, indicando que "la actividad contaminante es una típica 'externalidad' porque impone costos a terceras personas (...) el costo (…) es desplazado a aquél que sufre los daños consecuentes".

De otro lado, respecto a la perspectiva propiamente jurídica –y materia de la presente ponencia–, el principio "contaminador-pagador" significa, como señala Vera Esquivel[5], que "quien contamina debe ser responsable de pagar las consecuencias de su acción"; es decir, quien genera un daño ambiental debe asumir la responsabilidad por dicho daño.

A. El daño ambiental

Como vemos, resulta difícil abordar la problemática de la responsabilidad ambiental en el Perú sin conocer lo que nuestro Derecho entiende por daño ambiental. Así, la Ley General del Ambiente entiende al daño ambiental como "(…) todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales"[6].

De la definición de daño ambiental que nuestro ordenamiento adopta se desprende que, únicamente, se configura un daño de esta naturaleza cuando existe un "menoscabo material"; por ende, se excluye cualquier afectación de carácter inmaterial. Esta primera distinción resulta de suma importancia ya que por imperio de la Ley el daño ambiental se circunscribe a todos aquellos impactos materiales en el medio ambiente; es decir, verificables en la realidad a través de los métodos propios de la ciencia y de la tecnología.

En segundo lugar, con relación al aspecto subjetivo, quien sufre el daño ambiental es "el ambiente o sus componentes" y no una persona o grupo de personas determinadas. Con relación a ello, la citada Ley define al ambiente y sus componentes como los "(…) elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida" precisando que dichos elementos deben tener como finalidad asegurar "la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros".

En tercer lugar, los efectos al ambiente y sus componentes han de ser negativos. No toda alteración a los elementos físicos, químicos y biológicos genera *per se* un daño ambiental, sino que debe existir un impacto negativo relevante. Será la autoridad ambiental nacional y el resto de organismos con competencia en materia ambiental quienes, de acuerdo a sus atribuciones, determinen cuándo nos encontraremos ante un impacto negativo susceptible de responsabilidad jurídica.

En cuarto lugar, el efecto negativo del daño ambiental no necesariamente debe ser inmediato y actual, sino que puede ser potencial y futuro. Al respecto, es necesario distinguir entre causas y efectos. De acuerdo a la Ley, solamente los efectos pueden ser actuales o potenciales, las causas que generan esos efectos sí tienen que verificarse en la realidad. Además, el objeto de expandir el concepto a daños futuros radica en su prevención, de modo que si los poderes públicos identifican un posible daño deberán tomar las medidas oportunas para evitarlo o minimizar su impacto.

En quinto lugar, la configuración del daño ambiental no depende de su antijuricidad, necesariamente. En efecto, el legislador ha sido cuidadoso y expresamente indica que el daño ambiental no necesariamente se configura cuando se contraviene una norma jurídica, sino que es posible encontrar un daño producido a raíz de un acto que no se encuentra prohibido o restringido por el ordenamiento. La no necesaria antijuricidad busca que el régimen de responsabilidad ambiental se centre en el impacto negativo en el medio ambiente y su verificación.

Como vemos, el daño ambiental en el Perú goza de las siguientes características: (i) se trata de una afectación de carácter material; (ii) se trata de una afectación al ambiente o a sus componentes; (iii) se trata de una afectación o impacto relevante; (iv) se trata de una afectación no necesariamente antijurídica; y, (v) se trata de una afectación con efectos actuales o potenciales.

Ahora bien, para efectos del presente trabajo, utilizaremos la definición de daño ambiental adoptada por el legislador en la Ley General del Ambiente, cuyas características resaltamos en los párrafos precedentes. Sin embargo, consideramos importante poner de relieve que, finalmente, corresponderá a la doctrina y a la jurisprudencia especializada profundizarlos y delimitar con mayor precisión sus particulares propiedades.

B. El bien jurídico medio ambiente

Por otro lado, cabe subrayar que el concepto de daño ambiental guarda estrecha relación con el bien jurídico medio ambiente; de hecho, el primero supone la tutela del segundo. Carecería de sentido profundizar sobre la institución del daño ambiental si se pierde de vista su razón de existir dentro del ordenamiento jurídico.

[5] VERA, Jesús Germán. "El nuevo derecho internacional del Medio Ambiente". Lima: Fundación Academia Diplomática del Perú. 1992. p. 85.

[6] Artículo 142, inciso 2.

Siendo ello así, Lozano Cutanda sostiene que el bien jurídico medio ambiente no puede construirse a partir de la individualidad de los sujetos de derechos, sino que debe ser entendido, por la generalidad y amplitud del concepto medio ambiente, como un bien jurídico difuso o colectivo debido a que su menoscabo afecta a la colectividad en general[7].

Al respecto, la afectación al bien jurídico medio ambiente puede estudiarse desde dos perspectivas. Por un lado, como señala la Ley General del Ambiente, el daño ambiental recae directamente sobre el ambiente o sus componentes afectando así a toda la comunidad; y, por otro lado, el daño ambiental puede afectar, de manera indirecta, a un particular en concreto. En esa línea, Bustamante Alsina señala que el daño ambiental "es una expresión ambivalente, pues designa no sólo al daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una comunidad (…) sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote (*par ricochet*) a los intereses legítimos de una persona determinada"[8].

De ahí que la finalidad última del concepto y teoría del daño ambiental –cuya discusión fomentamos sin ningún ánimo concluyente– se encuentra en la tutela del bien jurídico medio ambiente, el cual, por sus particulares características, recae en el ambiente y, a partir de ahí, en la colectividad toda. Por ello, su preservación y reparación es un asunto discutible desde la perspectiva de los intereses colectivos, también llamados difusos.

En suma, la complejidad propia del daño ambiental y del bien jurídico medio ambiente, de difícil individualización en un sujeto o grupo de ellos, exige que los mecanismos de reparación que se apliquen respondan proporcionalmente a aquella complejidad, excediendo muchas veces los alcances de los instrumentos de reparación tradicionalmente conocidos por el Derecho.

C. El principio de responsabilidad ambiental en el Perú

Luego de exponer brevemente sobre el daño ambiental y sobre el bien jurídico medio ambiente, corresponde referirnos al principio de responsabilidad ambiental en el Perú. De ese modo, el artículo IX del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente recoge al principio de responsabilidad ambiental en los siguientes términos: "El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar."

De la norma antes citada se desprende que los mecanismos que pueden adoptarse ante la generación de un daño ambiental son la restauración, rehabilitación, reparación o la compensación en términos ambientales. De este modo, el objetivo del principio bajo comentario es que el causante de un daño ambiental asuma su responsabilidad y, en la medida de lo posible, reponga el ambiente a su estado anterior.

Ahora bien, la Ley General del Ambiente establece que la responsabilidad ambiental puede ser objetiva o subjetiva. Es objetiva cuando se deriva del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa. Será responsabilidad subjetiva en los demás casos. No obstante dicha diferencia, referida a quién asumirá la responsabilidad por un determinado daño ambiental, siempre se buscará que el daño ambiental sea remediado, reparado o rehabilitado.

No es el objeto de la presente ponencia discutir si nuestro derecho reconoce la existencia de daños ambientales tolerados o no, susceptibles de responsabilidad ambiental para su causante. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, en mérito al principio bajo comentario todo daño ambiental debe ser reparado, ya sea por su causante o por el Estado cuando no sea posible atribuir responsabilidad por cuestiones diversas. Finalmente, el objetivo del principio es que el causante de un daño ambiental lo repare; en su defecto, en mérito al carácter colectivo del bien jurídico medio ambiente, los poderes públicos deberán asumir dicha responsabilidad.

No obstante ello, consideramos que el principio de responsabilidad ambiental delinea un objetivo claro: el que causa un daño ambiental se encuentra obligado a repararlo. Sin embargo, la forma en que se materializa dicho principio en la realidad es lo que nos preocupa. Específicamente, el modo en que la Administración Pública lo aplica a propósito de la comisión de una infracción administrativa de carácter ambiental.

[7] LOZANO, Blanca. "Derecho Ambiental Administrativo". Madrid: Dykindon. 2009. p. 78.

[8] BUSTAMANTE, Jorge. "Derecho Ambiental". Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1995. p. 45.

En efecto, como señalamos antes, el daño ambiental y el bien jurídico medio ambiente guardan características propias que responden a su naturaleza particular. Esas características exigen que los mecanismos con que cuenta la Administración para materializar el principio de responsabilidad ambiental, en el marco de sus funciones, se ajusten a su complejidad.

III. LAS MEDIDAS REPARADORAS

Resulta un error común confundir a la sanción administrativa con las medidas complementarias, llamadas correctivas y reparadoras, que la Administración puede aplicar en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, dependiendo del caso concreto. Por tal motivo, antes de señalar algunas características de las medidas reparadoras en nuestro ordenamiento, consideramos importante distinguirlas de la sanción, propia del régimen sancionador de la Administración.

El autor Rojas Hernández señala que "la potestad sancionatoria de la Administración está dirigida a penar la falta del administrado derivada del incumplimiento de una norma legal preexistente, cuya obediencia tutela la Administración"[9]. **Es decir, la sanción es una herramienta con que cuenta la Administración para castigar el incumplimiento de una norma que ha sido calificada como infracción administrativa por ley (o por norma con rango legal).**

Tal como señala Esteve Pardo, la sanción administrativa no tiene en cuenta el daño causado en la "realidad externa", evidenciándose así "la autonomía de la sanción y la obligación de reparar" siendo esta última "un régimen diverso" a la primera[10].

De ahí que las sanciones administrativas se imponen a consecuencia de la comisión de una conducta tipificada como infracción por el ordenamiento jurídico en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. Distinto es el caso de las medidas correctivas y reparadoras, las cuales aplica la Administración para restituir el orden jurídico interrumpido por la actuación vedada de un administrado o un grupo de ellos. La diferencia sustancial radica en que la sanción persigue castigar al administrado infractor, mientras que las medidas complementarias buscan restituir el orden legal.

A. Las medidas reparadoras como manifestación de la potestad fiscalizadora de la Administración

Parada Vázquez sostiene que la potestad de fiscalización es un deber o carga que la Administración impone en forma generalizada a los administrados, cuyo objetivo principal es corroborar el cumplimiento de las disposiciones legales[11].

Por su parte, sobre la inspección administrativa García Marcos señala lo siguiente: "Por tanto, la Administración Publica, en el ejercicio de la potestad de inspección, queda habilitada para a través de la investigación, comprobación y vigilancia, constatar o controlar que el sujeto pasivo de la misma, efectivamente, cumple con la norma jurídica (…)."[12]

La potestad de fiscalización de la Administración puede ser ejercida –a través de un procedimiento de fiscalización–, antes o después de un procedimiento sancionador. Será anterior, cuando la fiscalización busque prevenir daños de una actividad que genera riesgos para la sociedad. En cambio, será posterior, cuando se adoptan mecanismos de reacción previstos en el ordenamiento contra la trasgresión de la legalidad administrativa y, sobre todo, de restablecimiento del orden perturbado[13]. Este último caso, de estrecho vínculo con las medidas correctivas y reparadoras.

Ahora bien, con relación a las medidas correctivas y reparadoras, Arroyo Jiménez señala lo siguiente: "(...) a veces el legislador –por su burda técnica, por obsesión sancionadora o por otras razones– configura (...) como sanciones medidas que propiamente no son tales, sino que se limitan a imponer al administrado la conducta correcta, a requerir la obligación de indemnizar el daño causado, o a exigir la reposición de la realidad física o jurídica alterada. (...) La razón es que tales medidas carecen de contenido aflictivo o de castigo propio de las sanciones (...)"[14].

9 ROJAS, Jesús. "Los principios del procedimiento administrativo sancionador como límites de la potestad administrativa sancionatoria". Caracas: Ediciones Paredes. 2004. p. 33.

10 ESTEVE, José. "Derecho del medio ambiente". Madrid: Marcial Pons. 2005. p. 55.

11 PARADA, Ramón. "Derecho Administrativo". Tomo I. Parte General. Madrid: Marcial Pons. 2002. p. 390.

12 GARCÍA, José. "Algunas Consideraciones sobre la Inspección Ambiental". En: Revista Electrónica de Derecho Ambiental 12 y 13. 2005. (En: http://www.cica.es/aliens/gimadus/)

13 FRANCIA, Laura. "Consideraciones generales y alcances de la fiscalización ambiental en el Perú". En: Revista de Derecho Administrativo 6. 2008. p. 280.

14 ARROYO, Luis. "El Régimen Sancionador en los Mercados de Telecomunicaciones". En: Revista de Administración Pública 167. 2005. pp. 288 y 289.

Por su parte, Morón Urbina sostiene que las medidas correctivas encierran "un acto administrativo de gravamen, en la medida que constituyen una declaración de una entidad, destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta"[15].

De lo antes señalado, en el marco del ejercicio de la potestad fiscalizadora y a diferencia de lo que ocurre con las sanciones administrativas, la Administración puede aplicar medidas correctivas y reparadoras con el fin de limitar conductas vedadas y remediar un daño restituyendo las cosas a su estado anterior, respectivamente. Como señala Casino Rubio: "la vulneración del ordenamiento jurídico puede dar lugar a distintas consecuencias que (...) pueden clasificarse en dos categorías distintas: i) la imposición de una sanción, si aquélla está tipificada como infracción, y ii) la restauración del orden jurídico perturbado"[16].

En suma, las medidas correctivas y las medidas reparadoras son expresión de la potestad fiscalizadora o inspectora de la Administración Pública. Especialmente, cuando la Administración efectúa un control posterior de las actividades desarrolladas por los administrados. Su fin principal es corregir las conductas no deseadas por el ordenamiento y reparar o reponer las cosas a su estado anterior.

B. Las medidas correctivas y reparadoras en la Ley del Procedimiento Administrativo General

Consideramos importante poner de relieve que la Ley del Procedimiento Administrativo General cumple una función vital dentro del ordenamiento administrativo peruano. En efecto, si bien existen legislaciones sobre procedimientos especiales en mérito a las características de cada sector económico, la Ley del Procedimiento Administrativo General cubre vacíos y marca las pautas que se deben seguir y que rigen la actuación de la Administración Pública en general. Por tal motivo, los alcances de la definición de medida correctiva o reparadora por ella adoptada inciden sobre manera en el presente trabajo.

Así, el numeral 232.1 del artículo 232 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, señala lo siguiente: "Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente".

Como se desprende de la norma citada, nuestro ordenamiento reconoce expresamente la distinción entre la sanción administrativa y las medidas correctivas y reparadoras. Esta distinción normativa no es baladí ya que separa el régimen propio de la sanción administrativa del régimen de las medidas correctivas, dejando abierta la posibilidad que se impongan medidas correctivas y reparadoras a propósito de una sanción administrativa, pero de manera diferenciada.

Además, en especial referencia al tema que nos convoca, la Administración podrá imponer medidas reparadoras del medio ambiente dentro o fuera de un procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, ¿basta esta referencia normativa general para que la Administración imponga medidas reparadoras en materia ambiental? ¿Basta la regulación del principio de responsabilidad ambiental en la Ley General del Ambiente para que la Administración lo aplique con éxito? Consideramos que no, conforme exponemos a continuación.

IV. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL Y MEDIDAS REPARADORAS EN EL MARCO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Como hemos explicado en los puntos precedentes, el principio de responsabilidad ambiental busca que todo aquel que causa un daño ambiental lo repare y, de ser posible, reponga el ambiente a su estado anterior. Este objetivo, amplio y general, debe guiar el régimen de responsabilidad por daño ambiental en cada sector del Derecho donde sea posible exigir responsabilidad jurídica a quien dañe el ambiente.

De otro lado, en mérito a la potestad fiscalizadora e inspectora de la Administración Pública, ésta se encuentra facultada para imponer medidas correctivas y reparadoras con el objeto de restringir conductas no deseadas o reponer un daño, respectivamente. Especialmente, las medidas reparadoras permiten a la Administración exigir a los administrados que repongan las cosas a su estado anterior.

En virtud de ello, las medidas reparadoras se convierten en el instrumento por excelencia para que la Administración materialice el abstracto y genérico principio de responsabilidad ambiental. En efecto, la Administración puede exigir que un administrado reponga el ambiente al estado anterior del daño.

[15] MORÓN, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: Gaceta Jurídica. 2008. p. 676.

[16] CASINO, Miguel. "La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía (Comentario a la STS de 2 de febrero de 1998, Ar. 2060)". En: REALA 283. 2000. p. 571.

Específicamente, con relación a la reparación del daño ambiental, el artículo 147 de la Ley General del Ambiente dispone lo siguiente: "La reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, y de la indemnización económica del mismo. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados. La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales".

De acuerdo al artículo citado, la definición de reparación por daños ambientales busca restituir el ambiente al momento anterior del hecho lesivo. Como vemos, en lo que se refiere a la reparación en sí misma, no aporta elementos adicionales que ayuden a identificar las características que debería guardar ni qué alcances o exigencias mínimas debe gozar un ambiente "reparado"[17]. La justificación no podría ser otra que la heterogeneidad de los posibles daños al medio ambiente y, en consecuencia, de sus posibles reparaciones.

Sin embargo, ello no debería ser obstáculo para que la Administración cuente con las herramientas suficientes para ordenar la reparación de un daño ambiental y exija su cumplimiento. Empero, ¿la Administración, en la actualidad, cuenta con instrumentos para imponer medidas reparadoras en materia ambiental y exigir su cumplimiento posterior?

Desde nuestra perspectiva, no obstante que la Ley General del Ambiente contempla expresamente el principio de responsabilidad ambiental y a instituciones propias del régimen de responsabilidad ambiental –como el daño ambiental y la reparación ambiental– y que la Ley del Procedimiento Administrativo General reconoce la posibilidad de aplicar medidas correctivas o reparadoras, consideramos que la Administración adolece de orfandad jurídica para aplicar medidas reparadoras en materia ambiental, en especial, en el marco de procedimientos administrativos sancionadores cuando la sanción se encuentra vinculada al ambiente[18].

Nos explicamos, el ejercicio de la actividad inspectiva o fiscalizadora suele acarrear el inicio de un procedimiento administrativo sancionador cuando se observa la comisión de una conducta tipificada como infracción administrativa. Ahora, durante el trámite del procedimiento administrativo o, muchas veces, al momento de su conclusión con la expedición del acto de sanción, la Administración puede aplicar medidas complementarias a fin de interrumpir la transgresión del ordenamiento jurídico.

Por lo general, estas medidas correctivas o reparadoras ordenan al administrado la realización de una conducta concreta y de verificación inmediata. Es decir, conductas simples como la devolución a un consumidor del dinero pagado, el decomiso de determinados productos cuyo origen lícito no se ha podido probar, la modificación de la señalética de un establecimiento comercial, entre otros utilizados comúnmente por las autoridades administrativas.

Sin embargo, salvo opinión distinta, cuando se trata de procedimientos administrativos sancionadores donde se discute la comisión de una conducta tipificada como infracción al ambiente y que puede encerrar la generación de un impacto negativo calificable como daño ambiental, la Administración carece de mecanismos para materializar la reparación consecuente. En efecto, las características del daño ambiental y, por ende, de su reparación, son disímiles al resto de supuestos que regularmente la Administración conoce. Este tipo de daños, por lo general, no se superan con la lacónica orden de "reparar el impacto ambiental generado", sino que se requiere de un plan detallado de conductas a seguir para alcanzar que el ambiente retorne a su estado anterior satisfactoriamente. Es decir, un instrumento de gestión ambiental propiamente dicho.

La consecuencia al problema descrito es que cuando se tramita procedimientos administrativos sancionadores donde es posible identificar un daño ambiental solamente se sanciona la conducta pero no se repara el impacto; es decir, no se "cierra

[17] Sobre el particular, el numeral 136.4 del artículo 136 de la Ley General del Ambiente señala que las medidas correctivas por daño ambiental son las siguientes: (i) cursos de capacitación ambiental obligatorios, cuyo costo es asumido por el infractor y cuya asistencia y aprobación es requisito indispensable; (ii) adopción de medidas de mitigación del riesgo o daño; (iii) imposición de obligaciones compensatorias sustentadas en la Política Ambiental Nacional, Regional, Local o Sectorial, según sea el caso; y, (iv) procesos de adecuación conforme a los instrumentos de gestión ambiental propuestos por la autoridad competente. Sin embargo, consideramos que no precisan los medios con que cuenta la Administración para exigir la reparación del daño entendida como la reposición del ambiente a su estado anterior o la implementación de medidas de compensación.

[18] Con la afirmación formulada no concluimos que en todos los sectores y en todos los campos la Administración carezca de elementos normativos para aplicar medidas reparadoras en el marco de procedimientos administrativos sancionadores. El objetivo del presente trabajo es resaltar la necesidad de contar con un régimen general de responsabilidad ambiental que incluya los medios a través de los cuales la Administración aplique este tipo de medidas. Luego de ello, corresponderá a las entidades competentes ajustar aquellos mecanismos a las realidades propias de cada sector productivo.

el círculo" y se concreta el principio de responsabilidad ambiental.

De ahí la necesidad de contar con un instrumento que específicamente cubra el vacío en el que nos encontramos. Desde nuestro punto de vista, y sin ánimo concluyente, al momento de construir el referido instrumento se debería observar lo siguiente:

a) Respetar el régimen de responsabilidad ambiental vigente. En efecto, la Ley General del Ambiente y sus normas conexas recogen ciertas normas de lo que podríamos denominar el régimen de responsabilidad ambiental. Por ello, el instrumento que regule la reparación ambiental en sede administrativa debería guardar armonía con dicho régimen preexistente. De lo que se trata es de un instrumento de gestión ambiental que permita a la Administración tutelar la reparación de los daños ambientales.

b) Respetar la naturaleza propia y alcances del concepto de daño ambiental. Conforme señalamos *ut supra,* el daño ambiental goza de características que lo distinguen del resto de daños reconocidos por el Derecho. En tal sentido, resulta necesario que el legislador cubra el vacío normativo con un instrumento que permita cumplir su fin de reparar daños con características propias ambientales.

c) En línea con el punto precedente, observar que la reparación del daño ambiental no se compone de la realización de una única conducta uniforme para todos los casos. Todo lo contrario, la complejidad del daño ambiental responde a un análisis caso por caso, por lo que el instrumento debería responder a aquella realidad concediendo a la Administración la suficiente discrecionalidad para exigir distintos tipos de conductas de reparación.

d) Prever los mecanismos para que la Administración exija el cumplimiento de las medidas dispuestas inclusive en rebeldía del administrado. En efecto, así como la Administración cuenta con los medios para ejercer coacción sobre el administrado para que cumpla el pago de una multa también debería contar con los mecanismos para obligarlo a cumplir con una medida reparadora por daño ambiental. Al respecto, no es descabellado que por el elevado interés en que se reparen los daños ambientales la Administración de propia mano lo haga por cuenta del administrado rebelde.

e) No perder de vista que la búsqueda de organicidad del régimen de responsabilidad ambiental no implica un instrumento genérico que cubra todas las particularidades que cada actividad económica puede presentar. Por ello, corresponderá a las autoridades competentes aprobar las disposiciones especiales que respondan a las necesidades propias de cada sector, complementando al instrumento general.

En suma, lo que se busca es configurar un instrumento que permita a la Administración Pública aplicar el principio de responsabilidad ambiental y exigir a un administrado que comete una infracción administrativa en materia ambiental de reparar el daño generado, tomando las acciones necesarias a fin de reponer el estado del ambiente al momento anterior de la conducta vedada, de ser ello posible.

Un mecanismo de tal naturaleza constituiría un instrumento de gestión ambiental que delimite parámetros claros para las autoridades públicas y con la suficiente flexibilidad para que pueda ser adaptado o complementado en razón a las diferentes particularidades propias de los distintos ámbitos de competencia de la Administración.

V. CONCLUSIONES

a) El principio de responsabilidad ambiental, que atribuye responsabilidad jurídica a quien ocasiona un impacto negativo en el medio ambiente, guarda estrecha relación con el concepto de daño ambiental y con el de bien jurídico medio ambiente. De hecho, todos ellos componen el régimen de responsabilidad ambiental reconocido en la Ley General del Ambiente.

b) El concepto de daño ambiental abriga particularidades propias que lo distinguen de otros tipos de daños conocidos por el Derecho. Más allá de cualquier categorización, el daño ambiental se caracteriza porque su remediación no se determina *a priori* sino luego de una evaluación del caso concreto.

c) La Administración Pública puede aplicar medidas reparadoras a fin de reponer el estado de las cosas al momento anterior de la verificación de una contravención al ordenamiento jurídico. Sin embargo, el régimen de responsabilidad ambiental y las normas propias del Derecho Administrativo no bastan para materializar con éxito el principio de responsabilidad ambiental a través de la aplicación de medidas reparadoras. La casuística propia del daño ambiental excede la generalidad de las normas vigentes.

d) Resulta necesario incorporar los instrumentos necesarios al régimen de responsabilidad ambiental de modo que la Administración pueda exigir la reparación de daños ambientales en el marco de procedimientos administrativos sancionadores y fuera de ellos inclusive.

EL ROL DE LAS UNIVERSIDADES EN LAS PRÁCTICAS PRE-PROFESIONALES: HACIA UNA NECESARIA REIVINDICACIÓN

Grupo de Investigación THEMIS[*] [**]

La Ley 28518 –Ley de Modalidades Formativas– quizás sea la norma a la que más acercamiento tiene todo estudiante de Derecho; debido a que las prácticas pre-profesionales son una parte crucial del paso de los alumnos por la facultad. Esta experiencia en el desempeño de las prácticas pre-profesionales suele generar un contexto especial en la vida del practicante que lo lleva a enfrentar una serie de adversidades.

Lo que se ha planteado en esta investigación es cómo la realidad ha terminado desbordando a la Ley 28518 y cuál es el rol que desempeña (y que debiera desempeñar) la universidad en este contexto que termina repercutiendo en la formación del alumno.

* El Grupo de Investigación que elaboró el presente artículo fue conformado por Guillermo Arribas, Juan Manuel Casalino, Fabio Núñez del Prado, Cindy Quispe y Rodrigo Rabines, alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembros de THEMIS.

** Agedecemos al doctor Alfredo Villavicencio por permitirle utilizar información estadística proveniente de sus investigaciones.

I. INTRODUCCIÓN

Es tentador pensar, en especial cuando se es un joven estudiante de derecho, que las normas pueden solucionarlo todo. Sin embargo, no son pocas las veces que el desborde de la realidad nos hace despertar de ese idealismo. Lo dicho nos pasa a todos los estudiantes de derecho en un momento dado en la carrera, pero hay algunas realidades que nos golpean más que otras, tal como en el caso de Lucía.

Lucía es una joven que cursa el tercer ciclo de la carrera de Derecho. Ella siempre se ha esforzado y las notas siempre han sido buenas noticias, por lo que ahora quiere ver al derecho desde otra perspectiva, quiere practicar.

El deseo de Lucía se cumple cuando uno de sus prestigiosos profesores le ofrece una plaza en su Estudio. Ante la propuesta, Lucía alegre acepta. Ella no sólo quiere practicar porque sabe que es un prerrequisito para graduarse de la Facultad, sino porque sabe además que el mercado es duro y que para poder alcanzar sus objetivos tiene que ganar cierta experiencia antes de terminar la Universidad.

El tiempo transcurre y, por obvias razones, la vida de Lucía ha cambiado completamente. Ahora trabaja en el Estudio, cada vez tiene más responsabilidades porque sus jefes la consideran una excelente practicante y confían en ella. Pero hay un problema, ya no hay tiempo como antes para estudiar. Siendo sinceros, a Lucía le encanta su trabajo y no lo cambiaría por nada del mundo pero, como el día únicamente tiene veinticuatro horas, debe hacer lo imposible para poder, sin exagerar, estar en dos lugares al mismo tiempo (es decir, por un lado ser una buena practicante y cumplir con sus jefes, y por otro, asistir a clases y dedicarle el tiempo debido a todos sus cursos). En otras palabras, se aumentan las horas productivas y se reducen las horas de sueño.

Luego de haber acabado un primer ciclo agotador con más ojeras y alguna frustración por algún curso, casi al término de sus "vacaciones", Lucía tiene un nuevo desafío: debe inscribirse en los cursos que llevará en el próximo ciclo de la Facultad. Esto, que a simple vista resultaría inofensivo para cualquier estudiante, no lo es para Lucía dado que debe tener en cuenta sus prácticas pre-profesionales. Sus jefes tienen que aprobar sus cursos, tiene que sacrificar buenos profesores por el horario, tiene que cumplir con las "30 horas" semanales en el Estudio, etc.; una verdadera pesadilla.

Así, Lucía, al igual que todos aquellos que practicamos o hemos practicado, se encuentra sola frente a su computadora despertando en una nueva realidad, la realidad que escapa de la Ley 28518. Una realidad en la que la mayor de las veces sentimos que no hay más apoyo que el propio. Esta indefensión solitaria, esta convivencia entre dos mundos divorciados -el de las prácticas pre-profesionales y el universitario- debe ser, tiene que ser, combatida desde algún frente; nosotros ponemos nuestra esperanza en la Universidad.

II. MODALIDADES FORMATIVAS Y PRÁCTICAS PRE-PROFESIONALES

Hoy en día, debido a la implementación de nuevas tecnologías en el mercado, a los altos niveles de especialización exigidos y al crecimiento incesante de la demanda de empleo[1], se ha llegado a la convicción de que la formación profesional de todo trabajador es esencial para asegurarle una mejor posición para "batallar" en el mercado[2].

Bajo esta premisa, se torna una condición indispensable para todos los individuos desarrollar ciertas habilidades que coadyuven a desenvolverse de modo óptimo dentro de las relaciones laborales, siendo necesario que dichas habilidades se empiecen a desarrollar en el individuo lo antes posible. Así, actualmente es cada vez más importante que un egresado ingrese a un puesto de trabajo teniendo experiencia en las labores que debe realizar.

En esta línea, podemos afirmar que una herramienta para lograr este objetivo son las Modalidades Formativas Laborales que, de conformidad con nuestra legislación vigente representan "un tipo especial de Convenio Laboral que tiene como objetivo relacionar el aprendizaje teórico y práctico mediante el desempeño de tareas programadas de capacitación y formación profesional"[3]. Es

[1] Al respecto, Elmer Arce afirma que "en la actualidad, la descentralización productiva, la vertiginosa introducción a nuevas tecnologías, el crecimiento de la temporalidad, y por ende, de la rotación de la mano de obra, el aumento del desempleo, etc. han potenciado la idea de que la formación profesional del trabajador es fundamental para su supervivencia en el mercado de trabajo". ARCE ORTIZ, Elmer. "Derecho individual del trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias". Lima: Palestra Editores. 2008. p. 241.

[2] Resulta relevante mencionar que el periodo 1960-2000 fue realmente espectacular, siendo que en 1960 hubo 14,665 solicitudes de admisión a las universidades peruanas, mientras que en el año 2000 la cifra se elevó a 297,129. Es decir, el número de postulantes se duplicó veinte veces. En: Proyecto de Ley 02844. http://www.unmsm.edu.pe/reforma/descargables/cesaracu%F1a.pdf (Consultado el 11 de octubre de 2010).

[3] "Artículo 1.- Modalidades formativas.
Las modalidades formativas son tipos especiales de convenios que relacionan el aprendizaje teórico y práctico mediante el desempeño de tareas programadas de capacitación y formación profesional".

decir, se busca complementar los conocimientos teóricos adquiridos en los Centros de Formación Profesional con una experiencia práctica en el mercado laboral. De esta forma, el estudiante experimentará situaciones que se le presentarán cuando culminen sus estudios y se convierta en profesional. Las prácticas pre-profesionales son una especie de estas Modalidades Formativas.

Al respecto, el artículo 2 de la Ley 28518, Ley sobre Modalidades Formativas Laborales[4], establece que dentro de las Modalidades Formativas se encuentra el Aprendizaje **con predominio en el Centro de Formación Profesional, que engloba las prácticas pre-profesionales**. Uno de los objetivos de la Ley[5] es permitir al estudiante aplicar sus conocimientos, habilidades y aptitudes mediante su desempeño en una situación real de trabajo[6].

Por lo expuesto, es evidente que nuestro ordenamiento considera que las Modalidades Formativas Laborales, entre ellas las prácticas pre-profesionales, constituyen una institución sustancial para el desarrollo del mercado laboral dado que a través de su implementación se genera la formación de nuevos agentes económicos, con capacidad y experiencia, para participar adecuadamente en él. Resulta entonces coherente que se contemple una protección especial para dicha Modalidad Formativa[7].

Sin embargo, debemos advertir que desde la perspectiva del derecho laboral, tal protección es insuficiente. A pesar de que en la realidad se constata que las Modalidades Formativas Laborales implican una dualidad formativa-productiva; nuestro ordenamiento jurídico, específicamente la Ley de Fomento del Empleo (Decreto Legislativo 728), niega la presencia del vínculo laboral en las Modalidades Formativas, incluidas las prácticas pre-profesionales[8].

De este modo, el artículo 7 de la Ley sobre Modalidades Formativas Laborales, ha establecido que "las modalidades formativas no están sujetas a la normatividad vigente, sino a la específica que la presente Ley contiene". Es decir, el legislador peruano ha optado por negar la naturaleza mixta de las modalidades formativas laborales buscando preponderar la formación y capacitación de tales personas. Es por ello que los practicantes se rigen únicamente por las normas establecidas en sus convenios y en la Ley sobre Modalidades Formativas Laborales[9].

En atención a lo expuesto, un sector de la doctrina considera que las Modalidades Formativas son relaciones "laborales excluidas" debido a que en éstas se presentan todos los elementos esenciales de la relación laboral. Sin embargo, debido a una decisión del legislador (política legislativa) éstas se encuentran excluidas del ordenamiento laboral. Como señala Javier Neves[10], estos supuestos de

4 "Artículo 2.- Tipos de modalidades formativas.
Las modalidades formativas son:
1. Del aprendizaje:
(…)
b. Con predominio en el Centro de Formación Profesional:
b.1 Prácticas Preprofesionales
(…)"

5 "Artículo 12.- Del aprendizaje con predominio en el Centro de Formación Profesional.
Prácticas Preprofesionales:
Es la modalidad que permite a la persona en formación durante su condición de estudiante aplicar sus conocimientos, habilidades y aptitudes mediante el desempeño en una situación real de trabajo (…)".

6 Al respecto, debemos tener en cuenta lo señalado por Jorge Toyama: "el objeto central de los convenios de prácticas (sean pre-profesionales o profesionales) radica en la necesidad de que los estudiantes o egresados de educación superior puedan poner en práctica los conocimientos adquiridos en las aulas. De esta forma, todo convenio de prácticas supone estudios previos de la persona contratada para que pueda ejercitar lo que ha aprendido en los centros de estudios". TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Modalidades Formativas: capacitación y prácticas". En: "Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral". Lima: Editorial Gaceta Jurídica. 2008. p. 122.

7 En el mismo orden de ideas, Elmer Arce sostiene que el problema de la Ley peruana es que desde el texto original de la Ley de Fomento del Empleo, aprobada por Decreto Legislativo 728 en 1991, se viene negando sistemáticamente la naturaleza mixta. Señala que el legislador peruano ha sobredimensionado el valor formativo dentro de la empresa, hasta el punto de negar la existencia de trabajo efectivo del beneficiario de la capacitación. (Entrevista exclusiva para esta publicación.)

8 Sin embargo, Javier Neves hace explícita la postura contraria señalando que lo central está en el artículo 3 de la Ley sobre Modalidades Formativas que señala que "[l]as modalidades formativas no están sujetas a la normatividad laboral vigente, sino a la específica que la presente contiene". Manifiesta que al no excluirse expresamente de la naturaleza laboral a esta figura se puede sostener que se encuentra tácitamente incluida, aunque sujeta a un régimen especial". Señala finalmente que, de prosperar esta tesis, la marginación habría culminado. NEVES MUJICA, Javier. "Introducción al Derecho Laboral". Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2007. p. 51.

9 En el mismo orden de ideas, Elmer Arce sostiene que el problema de la Ley peruana es que desde el texto original de la Ley de Fomento del Empleo, aprobada por Decreto Legislativo 728 en 1991, se viene negando sistemáticamente la naturaleza mixta. Señala que el legislador peruano ha sobredimensionado el valor formativo dentro de la empresa, hasta el punto de negar la existencia de trabajo efectivo del beneficiario de la capacitación. (Entrevista exclusiva para esta publicación.)

10 El autor señala que el factor formativo, por más que llegara a verificarse efectivamente, procurando un beneficio a quien carecía de él, no es suficiente para sustraer una prestación personal, subordinada y remunerada del ámbito del Derecho del Trabajo. NEVES MUJICA, Javier. Op. cit. p. 51.

exclusión son justamente aquellos que la ley descalifica como relación laboral a pesar de reunir todos sus elementos configuradores[11].

En resumen, lo cierto es que en las prácticas pre-profesionales confluyen todos los elementos esenciales de la relación laboral, esto es: (i) prestación personal, el practicante debe directamente ejecutar la prestación comprometida, (ii) subordinada, la empresa en la cual se desempeñan las prácticas tiene la facultad de dirigir, fiscalizar y sancionar al practicante, y (iii) remunerado, el practicante recibe una subvención por la puesta a disposición de su trabajo que guarda un carácter contraprestativo[12].

Siendo ello así, el inconveniente surge porque la realidad exhibe que la Ley de Modalidades Formativas Laborales es una norma ajena a la realidad. Actualmente, la balanza de la dualidad de las Modalidades Formativas Laborales[13] se inclina más al trabajo efectivo y a la producción de patrimonio que a la formación propiamente dicha[14]. La ley niega la realidad y, como consecuencia de ello, los derechos de los practicantes pre-profesionales se ven disminuidos, colocándolos en un estado de disparidad e indefensión.

En ese sentido las expectativas de cualquier empleador, como consecuencia de la norma citada, son evidentes. Lo cierto es que los convenios de formación laboral y de prácticas pre-profesionales no generan mayores costos que el pago de una subvención económica mensual y los beneficios consignados expresamente en la Ley sobre Modalidades Formativas Laborales[15]. El régimen de las prácticas pre-profesionales es una alternativa atractiva para la producción de patrimonio de la empresa a bajo costo, lo que genera un perverso régimen de promoción del empleo[16].

Sin embargo, el desfase de la norma no sólo se refleja en la negación de la existencia de una relación laboral[17]; sino que también son los propios sujetos, participes de esta relación, los que con su desinterés y apatía han contribuido al actual estado de indefensión en el que se encuentran los practicantes pre-profesionales, al mostrarse inactivos de cara a las responsabilidades que la Ley y el Reglamento de Modalidades Formativas les han asignado.

Nótese que la práctica pre-profesional es una Modalidad Formativa que le da predominio al aprendizaje en el Centro de Formación Profesional, poniendo sobre el tapete que el rol de las universidades resulta trascendental para el desarrollo de esta institución sustancial. Por ello es que en el Convenio de Aprendizaje se refleja la existencia de una relación tripartita que se suscribe entre (i) la empresa, (ii) una persona en formación, (iii) el Centro de Formación Profesional[18].

[11] Sobre el particular, y siguiendo a Elmer Arce, llama la atención como el legislador, no obstante excluir a las Modalidades Formativas Laborales de la normatividad laboral, disponga en la Primera Disposición Complementaría de la Ley sobre modalidades formativas laborales que "los derechos y obligaciones derivados de la presente Ley se interpretan de conformidad con los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo". Al respecto, vale preguntarse como lo hace el citado autor "si no son relaciones laborales, ¿por qué existe una remisión a los convenios OIT?". En: ARCE ORTIZ, Elmer. "Derecho individual del trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias". Op. cit. p. 246.

[12] NEVES MUJICA, Javier. Op. cit. pp 29-35.

[13] Las Modalidades Formativas Laborales tienen un doble componente: formación y trabajo.

[14] El profesor Arce señala justamente que el legislador no puede presumir la ausencia de finalidad productiva en el beneficiario de la formación, sobre todo cuando ésta acaba y la persona continua al servicio de la empresa. No se puede negar que las modalidades formativas mezclan capacitación y trabajo. Y por ende, el beneficiario tendrá derecho a tener un fin productivo en la parte de trabajo efectivo que preste. ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. "Naturaleza Jurídica de las modalidades formativas laborales en la empresa". En: Foro Jurídico 7. 2007. p. 245.

[15] "Artículo 42.- De las obligaciones de la empresa.
Son obligaciones de la empresa:
(…)
5. Otorgar un descanso de quince (15) días debidamente subvencionado cuando la duración de la modalidad formativa sea superior a doce (12) meses;
6. Otorgar al beneficiario una subvención adicional equivalente a media subvención económica mensual cada seis meses de duración continua de la modalidad formativa;
(…)
8. Cubrir los riesgos de enfermedad y accidentes a través de EsSalud o de un seguro privado con una cobertura equivalente a catorce (14) subvenciones mensuales en caso de enfermedad y treinta (30) por accidente.
(…)"

[16] Tal como lo indica Elmer Arce, "al señalar que el único objeto de un convenio de cualquier modalidad formativa es la capacitación, estamos asumiendo que el empresario sólo tiene un fin formativo. Falso. El empresario siempre tendrá un fin patrimonial, ya sea formando al beneficiario para obtener utilidades posteriores o ya sea con el fin de encontrar en la formación un campo de experimentación privilegiada para las contrataciones posteriores de recursos humanos de carácter estable que se haga". En: ARCE ORTIZ, Elmer. "Derecho individual del trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias". Op. cit. p. 245.

[17] "Artículo 3.- Derechos y beneficios.
Las modalidades formativas no están sujetas a la normatividad laboral vigente, sino a la específica que la presente contiene."

[18] "Artículo 12.- Del aprendizaje con predominio en el Centro de Formación Profesional.
Prácticas Pre Profesionales: (…)

Es así que los sujetos que forman parte del Convenio de Aprendizaje son titulares de derechos y deberes que se condicen con el rol que cada sujeto desempeña en la relación. Es por ello que el Centro de Formación Profesional se encuentran obligado a: (i) planificar y desarrollar los programas formativos que respondan a las necesidades del mercado laboral con participación del Sector Productivo; (ii) dirigir y conducir las actividades de formación, capacitación, perfeccionamiento y especialización del beneficiario en coordinación con la empresa; (iii) supervisar, evaluar y certificar las actividades formativas; y (iv) coordinar con la empresa el mecanismo de monitoreo y supervisión de las actividades que desarrolla el beneficiario[19]. Mientras que el practicante se encuentra obligado a: (i) desarrollar sus prácticas profesionales con disciplina; (ii) cumplir con el desarrollo del Plan de Prácticas que aplique la empresa; y (iii) sujetarse a las disposiciones administrativas internas que le señale la empresa[20].

Al respecto, Elmer Arce señala: "(…) en la actualidad los Centros de Formación Profesional (vg. sobre todo universidades) poco o nada han hecho para convertirse en planificadores y conductores de la capacitación en la modalidad de prácticas pre-profesionales, a pesar de las obligaciones que le impone el artículo 43 de la Ley 28518. Según este artículo, los Centros de Formación Profesional deberían ser los responsables de planificar y desarrollar los programas formativos, así como de supervisar, evaluar y certificar las actividades formativas. En el Perú, las Universidades y los Centros Superiores no ofrecen a las empresas planes básicos de capacitación y menos aún fiscalizan el compromiso formativo de la actividad empresarial"[21].

Según se observa, quizás el único problema en las prácticas pre-profesionales no es que sean una "labor excluida" sino más bien es la escasa actuación de los Centros de Formación Profesional en el desarrollo de las prácticas pre-profesionales, los cuales no vienen cumpliendo con sus obligaciones establecidas en la Ley de Modalidades Formativas Laborales.

Teniendo en cuenta que la finalidad de la práctica pre-profesional es aprender, no se entiende la razón por la cual la Ley no contempló un rol más activo para el Centro de Formación Profesional, cuando es este el responsable de acreditar las capacidades, conocimientos y habilidades de los profesionales que educan.

En ese mismo sentido, tampoco se entiende porqué las universidades no tienen una participación más activa si es que como agente social tienen la responsabilidad de acreditar la competencia, capacidades y conocimientos de sus egresados, garantizando que la educación que brindan se enlaza con las necesidades y requerimientos del mercado laboral[22].

III. EL ROL RECLAMADO DE LAS UNIVERSIDADES

Como ya se ha mencionado, nuestro centro de análisis es el accidentado funcionamiento de las prácticas pre-profesionales en la carrera de Derecho. Así, nosotros consideramos que una de las causas de esta tara es la insuficiente o casi nula participación de los Centros de Formación Profesional, bajo el firme entendido que esta situación se optimizaría con la asunción de un rol más activo de su parte.

Lo antes señalado no sólo se basa en que se entienda que los Centros de Formación Profesional

Este aprendizaje con predominio en el Centro de Formación Profesional se realiza mediante un Convenio de Aprendizaje que se celebra entre:
1. Una empresa
2. Una persona en formación
3. Un Centro de Formación Profesional
(…)"

19 "Artículo 43.- De las obligaciones de los Centros de Formación Profesional.
Son obligaciones del Centro de Formación Profesional:
Planificar y desarrollar los programas formativos que respondan a las necesidades del mercado laboral con participación del Sector Productivo.
Dirigir y conducir las actividades de formación, capacitación, perfeccionamiento y especialización del beneficiario en coordinación con la empresa.
Supervisar, evaluar y certificar las actividades formativas.
Coordinar con la empresa el mecanismo de monitoreo y supervisión de las actividades que desarrolla el beneficiario."

20 "Artículo 41.- De las obligaciones de las personas en formación: Son obligaciones de las personas en formación al suscribir el respectivo convenio con la empresa:
Obligarse a acatar las disposiciones formativas que le asigne la empresa.
Cumplir con diligencia las obligaciones convenidas.
Observar las normas y reglamentos que rijan en el centro de trabajo.
Cumplir con el desarrollo del programa que aplique la empresa."

21 ARCE ORTIZ, Elmer. "Derecho individual del trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias". Op. cit. p. 252.

22 Para mayor información sobre el tema, consultar: Proyecto de Ley 02844. En: http://www.unmsm.edu.pe/reforma/descargables/cesaracu%F1a.pdf. (Consulta realizada el 11 de octubre 2010.)

son partes activas dentro de la relación jurídica entre el estudiante y la empresa, sino también porque sus intereses dentro de dicha relación no contemplan el afán productivo presente en las empresas, sino que éstas tienen como único interés el asegurar y acreditar que la formación del estudiante se lleve en las condiciones más optimas y sin menoscabo de sus derechos.

Son las propias universidades quienes deberían garantizar y certificar que los egresados de sus casas de estudios cumplan con los requisitos mínimos indispensables para el desempeño profesional. Es por ello que deben asegurarse que a través de las prácticas pre-profesionales sus alumnos adquieran los conocimientos prácticos necesarios y que esto no signifique el perjuicio de sus estudios universitarios.

De conformidad con la Ley Universitaria[23], las universidades otorgan los títulos a nombre de la nación, elaborando éstas la currícula correspondiente a cada disciplina o carrera. Es decir, ellas son las que garantizan el nivel de conocimientos, capacidades y destrezas con que cuenta cada egresado, para lo cual se encuentran en la libertad de aplicar los sistemas de aprendizaje que consideren los más adecuados.

Siendo así las cosas resulta innegable que existe un deber de parte de las universidades de supervisar[24] y apoyar el desenvolvimiento de las prácticas pre-profesionales. No cabe duda que esto ayudaría a que las relaciones entre empresas y practicantes no se desnaturalicen contribuyendo a que se concretice el aspecto formativo de las prácticas pre-profesionales.

¿Cómo se puede entender que una práctica pre-profesional tenga carácter únicamente formativo, pero que la institución que garantiza la calidad de educación del practicante, es decir la universidad, tenga una muy reducida participación dentro del desarrollo de esta?

Consideramos que es imprescindible que las universidades, en tanto Centros de Formación Profesional, realicen acciones encaminadas a garantizar el contenido de las prácticas pre-profesionales en las que se desempeñan sus estudiantes, asegurando que éstas efectivamente contribuyan con su formación. Asimismo resulta necesaria una constante coordinación entre las empresas y las universidades para apuntalar que sus alumnos cumplan con los estándares que requiere el mercado, y corroborar que la formación que se les viene brindando sea la requerida para ingresar al mercado laboral.

IV. EL DESBORDE DE LA REALIDAD: ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA

En las secciones anteriores expusimos nuestro punto de vista respecto a la forma en que se desarrollan las prácticas pre-profesionales en nuestro país, así como sus defectos. Sin embargo, con el propósito de reflejar lo descrito con información concreta, decidimos abordar la realidad vivida en nuestra propia Casa de Estudios: la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú. Para tal efecto, repartimos una Encuesta[25] entre los estudiantes de nuestra querida Facultad de Derecho con el objeto de obtener de primera mano, información detallada sobre su experiencia como practicantes.

Asimismo, para darle mayor peso a los resultados de la Encuesta, utilizaremos un Resumen Estadístico de los Convenios de Prácticas Pre-Profesionales en la carrera de Derecho[26], para así contrastar la imagen de las Prácticas, formalmente constituida en los convenios, con el escenario realmente acontecido en el día a día del practicante.

A. Género

El Resumen Estadístico señala que del total de la población de practicantes pre-profesionales en la facultad de Derecho, el 55% pertenece al género femenino, mientras que el porcentaje restante (45%) pertenece al género masculino.

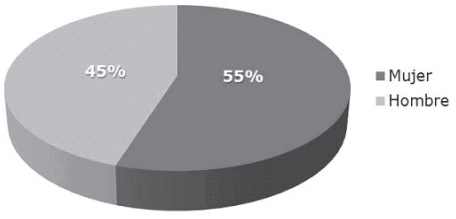
[23] "Artículo 18.- Cada Universidad señala los requisitos para la obtención de los grados académicos y de los títulos profesionales correspondientes a las carreras que ofrece (…)"
"Artículo 22.- Sólo las Universidades otorgan los grados académicos de Bachiller, Maestro y Doctor. Además otorgan, en nombre de la Nación, los títulos profesionales de Licenciado y sus equivalentes que tienen denominación propia, así como los de segunda especialidad profesional (…)"

[24] Sobre las implicancias de la supervisión de las universidades, cómo señala el doctor Fernando Cantuarias, estas resultan más que necesarias si entienden cómo retroalimentación para las universidades; para que estas conozcan que opina el mercado del perfil de los alumnos, para saber si los futuros profesionales tienen las características que el mercado requiere. (Entrevista exclusiva para esta publicación.)

[25] Está encuesta fue realizada a alumnos de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú que cursaban el ciclo 2010-I y 2010-II y realizaban prácticas pre profesionales. De un universo de 1166 alumnos que tienen convenios de prácticas pre-profesionales firmados en el 2010, se obtuvo una muestra de 179 encuestas de un grupo representativo de alumnos de la facultad. Esto da una muestra con 95% de confiabilidad y con una posibilidad de error estadístico de 0.015.

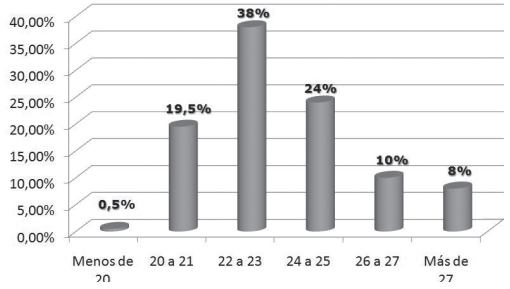
[26] Este Resumen Estadístico refleja los detalles de los 1166 Convenios de Prácticas Pre-Profesionales registrados durante el 2010. En: VILLAVICENCIO, Alfredo. "Las Prácticas pre-profesionales en la Facultad de Derecho". Ponencia realizada con motivo del VI CIDE, 2010.

Gráfico 1



Asimismo, el Resumen Estadístico también revela que el 81.5% de los practicantes tiene una edad que oscila entre los 20 y los 25 años.

Gráfico 2



Estos resultados resultan reveladores, pues confirman un hecho casi evidente dentro del mercado laboral en la carrera de Derecho: el género femenino no sólo ha incrementado su participación en las aulas universitarias en la carrera, sino que también está asumiendo un rol más activo dentro del mercado laboral, al integrarse a él desde temprana edad[27].

De otro lado, de lo expuesto podemos inferir que si en promedio los alumnos ingresan a la Facultad de Derecho a los 19 años, la población de practicantes está compuesta por estudiantes de todos los ciclos. Es decir, existen alumnos que practican desde su primer ciclo en la Facultad, aun cuando la política de nuestra universidad es recomendar que estas no se realicen sino hasta culminar con todos los cursos obligatorios. Esto se explica por la lógica del mercado y el alto nivel de competitividad que en él se exigen. Actualmente los jóvenes estudiantes tienen la idea de que mientras más temprano empiecen a practicar, mejores profesionales serán.

Pese a lo expuesto, y aun cuando las universidades reconozcan la validez de las practicas realizadas desde los primeros ciclos, parece que la Facultad no ha sabido conciliar los tiempos necesarios para que ambas actividades (prácticas y clases) se puedan complementar adecuadamente. De otra forma, no se explica por qué mantiene una plana curricular diseñada para llevar 7 asignaturas por ciclo hasta el último año de carrera. Teniendo en cuenta que los estudiantes practican a lo largo de toda la carrera, queda claro que la reacción natural es que se absorba por completo a los estudiantes, no queda espacio para desarrollar otras actividades y tienen que dejar de llevar cursos.

B. Motivo para practicar

Otro dato interesante arrojado por la Encuesta es el relacionado a las causas que motivan a los estudiantes de Derecho a practicar. Según los resultados, entre las opciones propuestas, el 75% de los encuestados opinó que lo hace para ganar experiencia, mientras que el 40% afirmó hacerlo porque quiere destacar en el mercado profesional y cree que las prácticas es el modo de asegurarse un futuro puesto de trabajo.

En contraste, existen quienes se encuentran inspirados por razones extra-académicas, pero que no por ello dejan de ser importantes. En efecto, frente a la misma consulta, el 27% afirmó que practica porque de esta manera empieza a ganar su independencia económica (recordemos que por Ley las prácticas deben ser remuneradas), mientras que el 33% reconoció hacerlo únicamente por ser un pre-requisito para graduarse[28].

Gráfico 3



En primer lugar, resulta significativo observar que la gran mayoría (75%) de los encuestados respondió que practica por el simple deseo de ganar experiencia, pues demuestra que la realidad va acorde con la propia finalidad de la modalidad formativa llamada "práctica pre-profesional" (al menos en cuanto al interés del practicante), en tanto que lo que busca es, precisamente, aportar conocimiento práctico profesional para contribuir con la formación del estudiante.

27 En efecto, durante mucho tiempo las carreras profesionales, y entre ellas la de Derecho, estuvieron monopolizadas por el género masculino. Sin embargo, hoy observamos cómo las necesidades del mercado y el espíritu emprendedor de las jóvenes mujeres está transformando esa situación, generando un mayor ambiente de sana competencia.

28 En gráficos como el "Gráfico 3" la encuesta permitía marcar más de una opción por lo que los porcentajes muestran la cifra de incidencia de la respuesta respecto del de la muestra estadística por variante.

Es relevante destacar que las prácticas pre-profesionales constituyen una herramienta para complementar la formación de una manera más verídica, pues a diferencia de lo aprendido en las aulas universitarias, donde la experiencia es simulada, el practicante tiene un constante contacto con los problemas de la vida real. En efecto, las prácticas pre-profesionales enriquecen al alumno, de tal forma que configuran un requisito indispensable para su crecimiento profesional.

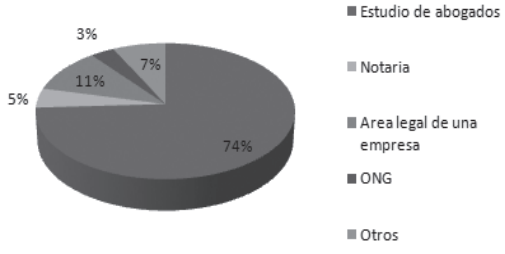
También es importante observar que más allá del deseo de continuar con su formación lo que persigue el practicante es ir consolidando su posición en el mercado laboral, pues sabe que las prácticas son el paso previo para su inserción al mundo profesional, el mercado ha transformado las prácticas pre-profesionales en parte de la línea de carrera del abogado.

C. Sector de prácticas

Por otro lado, el Resumen Estadístico revela que la suma de los practicantes que trabajan en Estudios de Abogados, Notarías y Entidades Privadas (es decir, en el sector privado) llega a un resultado del 80% de practicantes, estando el 20% restante trabajando en el sector público.

Al respecto, debemos indicar que dentro del sector privado, podemos encontrar a las distintas instituciones que fungen como empleadores, tales como Estudios de Abogados (74%), Notarías (3%), Área Legal de una Empresa (11%), ONG's (5%), y otras entidades (7%).

Gráfico 4



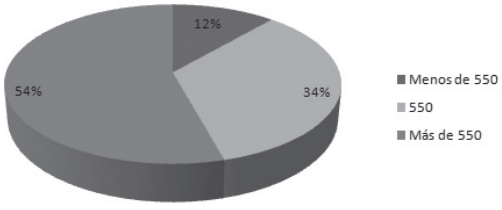
Es sugerente observar que a pesar de que la imagen del empleador más estricto en la carrera de Derecho se suele identificar con los Estudios de abogados, son estos los que cuentan con mayor participación entre la población de empleadores en las prácticas pre-profesionales. Una posible explicación a dicho escenario es que los estudiantes suelen visualizar a los Estudios de abogados como los mejores centros de aprendizaje. Es verdad que en muchos casos los practicantes obtienen un alto grado de conocimientos y experiencias en los estudios, los ayudan a especializarse en los temas de su elección, sin embargo, no es menos cierto que el menoscabo de los derechos de los practicantes.

D. Subvención

La Encuesta nos indica que, a pesar de lo que mucha gente cree, la subvención de la mayoría de los practicantes de la Facultad de Derecho se encuentra dentro de lo dispuesto por la normatividad de la materia. Cabe resaltar que de los resultados obtenidos, más de la mitad de los encuestados perciben un pago mayor a una Remuneración Mínima Vital.

No obstante lo antes señalado, debemos advertir que el "Gráfico 5" demuestra que existe un 12% de encuestados que reciben una subvención menor a una Remuneración Mínima Vital.

Gráfico 5



Al respecto, consideramos pertinente mencionar que la Ley de Modalidades Formativas Laborales[29] establece que la subvención económica mensual de los practicantes pre-profesionales no puede ser inferior a una Remuneración Mínima Vital cuando la persona en formación cumpla con la jornada máxima establecida en la norma, es decir 6 horas diarias o 30 semanales según lo dispuesto en el Decreto Supremo 003-2008-TR[30]. Sin embargo, si se trabaja menos de la jornada señalada, sí se podrá reducir la subvención en forma proporcional a las horas que se dejen de trabajar.

[29] "Artículo 45.- Monto de la subvención económica mensual.
La subvención económica mensual no puede ser inferior a una Remuneración Mínima cuando la persona en formación cumpla la jornada máxima prevista para cada modalidad formativa. Para el caso de jornadas formativas de duración inferior, el pago de la subvención es proporcional."

[30] "Artículo 2.- Jornada máxima en las prácticas preprofesionales de Derecho.
Los estudiantes de Derecho desarrollarán sus prácticas preprofesionales en un máximo de 6 horas diarias o 30 semanales. El incumplimiento de esta disposición se reputará como una desnaturalización de dicha modalidad formativa laboral, entendiéndose que existe una relación laboral común de conformidad con el Principio de Primacía de la Realidad y lo establecido en el numeral 6 del artículo 51 de la Ley 28518; sin perjuicio de la sanción pecuniaria que corresponda."

Lo antes señalado se complementa con lo dispuesto en el artículo 33 del Reglamento de la mencionada Ley[31], el cual señala que en caso la jornada laboral de los trabajadores dependientes de la empresa sea menor a la jornada establecida para las prácticas pre-profesionales, la subvención económica mensual del practicante no podrá ser inferior a una Remuneración Mínima Vital. Es decir, si por ejemplo un trabajador dependiente administrativo de la empresa (una secretaria) trabaja 20 horas diarias y recibe una Remuneración Mínima Vital, el practicante, aunque trabaje 21 horas diarias, tendrá que recibir una subvención de por lo menos una Remuneración Mínima Vital mensual.

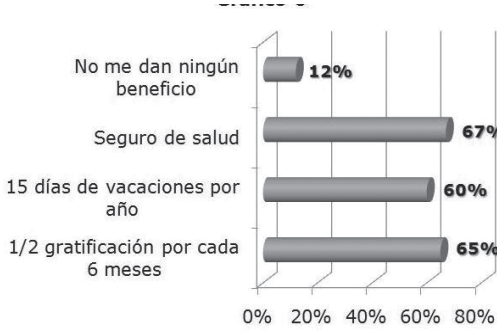
Cabe resaltar que de los gráficos obtenidos se desprende que existe un porcentaje de 8% el cual trabajará menos de 30 horas semanales y recibirá una subvención de una Remuneración Mínima Vital mensual[32].

E. Beneficios

Los resultados de la Encuesta demuestran que la mayoría de practicantes perciben beneficios adicionales a la remuneración. Entre estos se encuentran: 15 días de vacaciones, media remuneración por concepto de gratificación semestral y seguro de salud (todos ellos establecidos obligatoriamente a favor del practicante y por mandato de la Ley de Modalidades Formativas Laborales[33]).

No obstante, resulta revelador percatarnos que en no todos los casos se cumple con brindar estos beneficios. Por ejemplo, en relación a los 15 días de vacaciones anuales, sólo un 60% de los encuestados declaró gozar de este beneficio, pese a aparecer en el Convenio tal beneficio. Cabe resaltar también aquellos casos en que si bien se conceden los días de vacaciones, muchas veces estos le son otorgados a los practicantes como días de licencia para ausentarse de las prácticas y así poder prepararse para sus exámenes.

Por otro lado, en el caso de las gratificaciones semestrales, un 65% afirmó contar con este beneficio; mientras que en el caso del seguro de salud un 67% cuenta con él.



Como se aprecia de lo expuesto, sólo alrededor del 60% cuenta con los beneficios que por mandato legal debe gozar, quedando un amplio margen de practicantes que o bien no perciben algunos de los precitados, o bien no perciben ninguno (en efecto, el "Gráfico 6" arrojara que un 12% de los encuestados no goza de ninguno de los beneficios legales referidos).

El escenario es sumamente alarmante, pues estas muestras reflejan empíricamente que algo en el sistema no está funcionando bien, pues de otro modo no se entendería cómo es que se permite la vulneración de los derechos de los jóvenes estudiantes que sólo quieren aprender e insertarse en el mercado profesional. Sin duda la responsabilidad no es sólo del empleador, pues, creemos que la responsabilidad es compartida, y el cómplice se mantiene en silencio.

F. Jornada

Según los resultados de la Encuesta, en torno a la jornada de trabajo realmente laborada, se comprueba que el 47% de encuestados trabaja arriba de las 30 horas semanales incumpliendo fehacientemente lo dispuesto en el Decreto

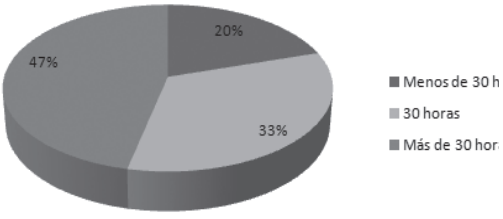
[31] "Artículo 33.- De la subvención económica.
No se podrá pactar una subvención menor a la establecida en la Ley o renunciar a su percepción. En caso la jornada y horario habitual de la empresa prevista para los trabajadores dependientes, sea menor a la jornada máxima prevista para cada modalidad formativa laboral, la subvención económica mensual no podrá ser inferior a una Remuneración Mínima Vital."

[32] Este 9% resulta de restar el 20% de practicantes que trabaja menos de 30 horas semanales con el 12% resultante de practicantes que obtienen menos de 550 soles mensuales; ese 8% trabajaría menos de 30 horas semanales y tendría una subvención de una Remuneración Mínima Vital Mensual.

[33] "Artículo 42.- De las obligaciones de la empresa.
Son obligaciones de la empresa:
Adoptar y cumplir los planes y programas que rijan la formación respectiva.
Proporcionar la dirección técnica y los medios necesarios para la formación laboral en la actividad materia del convenio.
Pagar puntualmente la subvención mensual convenida.
Otorgar el descanso semanal y feriados no laborables debidamente subvencionados.
Otorgar un descanso de quince (15) días debidamente subvencionado cuando la duración de la modalidad formativa sea superior a doce (12) meses.
Otorgar al beneficiario una subvención adicional equivalente a media subvención económica mensual cada seis meses de du

Supremo 003-2008-TR[34]. De este modo, tal como lo señala la norma antes mencionada, dicho porcentaje de practicantes debería estar inmerso en una relación laboral con sus empleadores, y por tanto percibir todos los beneficios que la Ley otorga al trabajador.

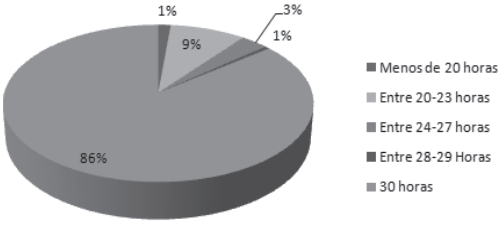
Gráfico 7



Asimismo, debemos advertir que la encuesta se realizó en época de universidad, por lo que no podemos determinar si las horas efectivas de trabajo del 53% restante de encuestados que practican respetando la jornada máxima, se verían afectadas en época de vacaciones.

Cabe señalar que esta información no concuerda con la información del Resumen Estadístico la cual señala que el 100% de los practicantes trabaja 30 horas o menos. Esta diferencia se debe a que la única fuente de la Facultad de Derecho para determinar las horas efectivas de práctica son los convenios de prácticas, los cuales no pueden ser aprobados por la Facultad y posteriormente por el Ministerio de Trabajo, si es que se indica que el practicante trabajará más horas de las establecidas en el Decreto Supremo 003-2008-TR.

Gráfico 8

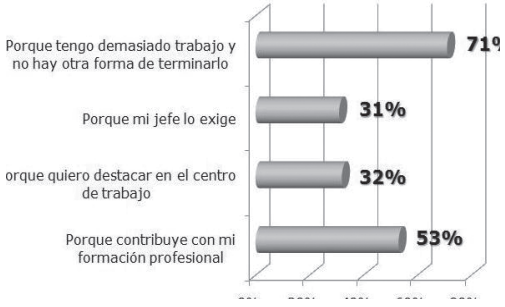


Ante la discrepancia de los resultados consignados entre la Encuesta y el Resumen Estadístico, consideramos que debe prevalecer la información de la primera dado que refleja la realidad y no se basa en un documento formal.

¿Cuál es la reacción de la Universidad ante esta realidad? Hasta este momento pareciera que ninguna. Si bien se han dado iniciativas como la comisión de prácticas del Claustro Pleno 2010, iniciativa que felicitamos, parece que todavía no se llega una medida realmente útil que modifique la realidad hasta ahora expuesta. Es claro que la simple suscripción de los convenios no es suficiente, la Universidad necesita ir más allá de la mera formalidad e identificarse con el rol que le compete. Consideramos que no es suficiente preocuparse porque el alumnado tenga la oportunidad de realizar prácticas pre-profesionales, sino que al mismo tiempo se garantice que en estos lugares se cumple con los requisitos mínimos que la Ley exige para un adecuado desarrollo de las mismas.

Así resulta revelador analizar cuáles son las razones por las cuales los practicantes llegan a invertir más de 30 horas semanales en sus prácticas pre profesionales[35].

Gráfico 9



Advertimos que el 71% de los encuestados practican más de 30 horas porque tienen demasiado trabajo y no hay otra forma de terminarlo. Es decir la mayoría de los practicantes tienen tantas responsabilidades y trabajo que no pueden terminarlo en 30 horas semanales y

ración continua de la modalidad formativa.
No cobrar suma alguna por la formación.
Cubrir los riesgos de enfermedad y accidentes a través de EsSalud o de un seguro privado con una cobertura equivalente a catorce (14) subvenciones mensuales en caso de enfermedad y treinta (30) por accidente.
Brindar las facilidades para que la persona en formación que desee se afilie facultativamente a un sistema pensionario.
Emitir, cuando corresponda, los informes que requiera el Centro de Formación Profesional en que cursa estudios el aprendiz, practicante, pasante o beneficiario.
Otorgar el respectivo certificado al término del período de la formación que precise las capacidades adquiridas y verificadas en el desempeño efectivo de las labores dentro de la empresa."

[34] "Artículo 2.- Jornada máxima en las prácticas preprofesionales de Derecho.
Los estudiantes de Derecho desarrollarán sus prácticas pre-profesionales en un máximo de 6 horas diarias o 30 semanales. El incumplimiento de esta disposición se reputará como una desnaturalización de dicha modalidad formativa laboral, entendiéndose que existe una relación laboral común de conformidad con el Principio de Primacía de la Realidad y lo establecido en el numeral 6 del artículo 51 de la Ley 28518; sin perjuicio de la sanción pecuniaria que corresponda."

[35] Al igual que en el "Gráfico 3", en el "Gráfico 9" podía marcar más de una variable.

por ello tienen que invertir más de 30 horas a la semana en sus prácticas.

Esto demuestra que la relación entre practicante y centro de trabajo no es meramente de aprendizaje, sino que estamos ante trabajo efectivo del practicante.

Ante este panorama, resulta necesario que las universidades realicen una labor de supervisión, para asegurar que los alumnos que practican no vean afectados sus estudios por las prácticas pre profesionales.

Esta labor activa empieza por reconocer que existen alumnos que sobrepasan el máximo de 30 horas semanales de prácticas, solo conociendo la realidad se podrá empezar a actuar para respaldar y acreditar el óptimo desarrollo de las practicas pre-profesionales.

Asimismo, resulta relevante que el 32% de los practicantes trabajan más de 30 horas porque quieren destacar en el centro de trabajo y porque sus jefes se lo exigen.

Nos damos cuenta de que el tiempo efectivo de la jornada de prácticas no solo es responsabilidad de los empleadores, sino que va de la mano con la responsabilidad de los propios practicantes. Es decir existe complicidad entre los centros de trabajo y los practicantes para no cumplir la norma, uno por exigirlo y el otro por silenciarlo.

Así las cosas no podemos afirmar que las universidades son las únicas que deben actuar para que el desarrollo de las prácticas no afecte el desempeño y el desenvolvimiento de la vida académica de los practicantes. Son varios los sujetos que forman parte de esta relación y son todos estos los que deben orientar sus acciones para que se cumpla el objetivo de la norma, para que el practicante no solo pueda aprender conocimientos y destrezas en las prácticas pre-profesionales, sino para que su formación académica sea la adecuada.

G. Condiciones de Trabajo

Se dice que el propósito de las modalidades formativas laborales, como en el caso de las prácticas pre-profesionales, es contribuir con la formación y el desarrollo del futuro profesional. Sin embargo, para que el practicante pueda cumplir adecuadamente con las labores encomendadas requiere de algo más que su simple intelecto y predisposición por aprender. En muchos casos, su labor también depende de la utilización de otras herramientas que le permitan hacer su trabajo de modo más célere y eficiente.

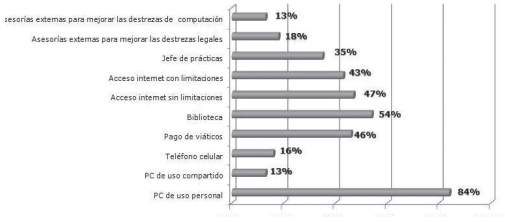
A dichas herramientas se les denomina "condiciones de trabajo", y al igual que en las relaciones laborales, son de gran utilidad para la ejecución de la prestación personal a cargo del deudor del trabajo, a tal punto que son prácticamente una necesidad de la empresa, quien en principio asume estos costos.

Siguiendo esa línea, y avocándonos al estudio del desarrollo de las prácticas en Derecho, consultamos a los encuestados cuáles eran los tipos de condiciones de trabajo y/o herramientas con las que contaban para cumplir con sus encargos. Estas fueron algunas de sus respuestas: el 84% afirmó contar con una computadora de uso personal, mientras que el 13% afirmó tener una de uso compartido.

Asimismo, y al ser una herramienta extremadamente necesaria, casi al igual que la anterior, se les consultó si es que contaban con internet. El 47% respondió que sí y que éste se encontraba libre de restricciones. En contraste, el 43% también respondió que sí pero que estaba sujeto a restricciones de uso. ¿Qué sucede con el 10% restante? ¿Cómo cumple su labor el porcentaje restante siendo el internet una herramienta fundamental en el ámbito laboral?

De otro lado, el 16% comentó recibir un celular de la empresa, un 46% afirmó contar con el pago de viáticos, y un 54% respondió que su centro de trabajo cuenta con una biblioteca propia. A estos pueden sumársele otros tipos de beneficios.

Gráfico 10



Parece que cierto sector de los empleadores se ha dado cuenta que quien mejores condiciones labores ofrezca se verá beneficiado con las mejores solicitudes de egresados y una consecuente mejora en su productividad; por ello han puesto en marcha planes de captación de interesados. Así, se entiende por qué el afán de algunas empresas por ofrecer capacitaciones adicionales para sus practicantes[36], pues entienden que al mantenerlos

[36] Por ejemplo, según los resultados de las Encuestas, el 17% relató recibir clases externas de asesoría para mejorar sus destrezas legales (redacción, oratoria y retórica, etc.); mientras que el 11% aseguró recibir asesorías para mejorar sus habilidades de computación e informática.

contentos y contribuir con su formación se aseguran mayores posibilidades para contar con personal capacitado que sepa atender sus intereses en un futuro.

No consideramos que estas prácticas sean criticables. Por el contrario, las avalamos y saludamos pues entendemos que toda forma parte de las reglas de mercado. Ello sin que se quite del foco los intereses que realmente valen la pena tutelar: el de la empresa que quiere fomentar el desarrollo profesional y generar mayor riqueza; y el del practicante que con este tipo de actitudes termina beneficiándose.

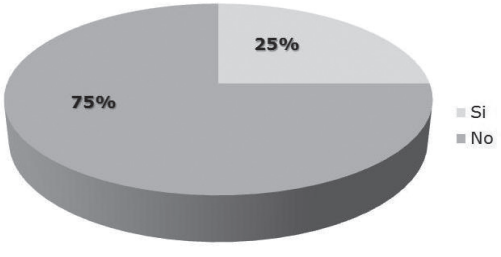
H. Rol de la universidad

Hasta el momento hemos expuesto las condiciones en que se vienen desempeñando las prácticas pre-profesionales en la carrera de Derecho, haciendo breves comentarios sobre la legislación aplicable y en algunos casos sobre el rol que juega el empleador en todo este asunto. Sin embargo, debemos recordar que la relación formativa laboral no es bilateral (empresa y practicante), sino que es trilateral, pues también involucra la participación de la Universidad.

En efecto, como relatamos en párrafos anteriores, la Universidad, o en sentido amplio, los Centros de Formación Profesional, cumplen un rol sumamente importante dentro del marco de la relación formativa, pues es ella quien se debe encargar de supervisar que en el transcurso de este tipo de convenios, no se lleguen a transgredir o menoscabar los derechos subjetivos de los jóvenes estudiantes ni mucho menos que una "mala práctica" vulnere su orientación y/o formación profesional. De ahí que propugnemos una exigencia hacia estas entidades, para que asuman un rol mucho más participativo y tuitivo.

No obstante, y casi como siempre, la realidad se termina desbordando. En primer lugar, porque una simple consulta a la opinión de los sujetos titulares de protección resulta determinante: el 75% considera que la universidad no cumple con ese rol activo tan anhelado. Y en segundo lugar, porque cuando se les consultó sobre el tipo de acciones que la Universidad toma para protegerlos, el 86% declaró no tener conocimiento alguno sobre las acciones realizadas por la Universidad para cumplir con tal finalidad.

Gráfico 11



Este hecho es alarmante, pues evidencia un desinterés de las universidades que si bien no llegarían a concretarse en una absoluta inacción, cuando menos puede inferirse que se encuentra en una gran indiferencia.

Esta indiferencia consideramos que se plasma de distintas maneras, por ejemplo está la falta de promoción de campañas de información. Así un alumno que enfrenta su primera experiencia de práctica con preguntas como: "¿Cómo voy a una entrevista de trabajo?, ¿puedo reclamar si paso las 30 horas semanales?, ¿tengo derecho a permisos por exámenes?, ¿cómo manejo el tema de mi convenio?, ¿depende de mí tener un convenio?, ¿pueden imponerme un periodo de prueba?, ¿es mi derecho tener una subvención económica?, ¿tengo derecho a viáticos?, ¿tengo derecho a vacaciones?, ¿cómo es la metodología de trabajo?, ¿existe la posibilidad de rotar de áreas?, etc."

Otro ejemplo de esta indiferencia sería el tema de la currícula de la facultad. La mayoría de personas que practican se encuentra en el rango de edades de 21 y 23 años, esta etapa coincide con el cuarto y sexto ciclo de facultad aproximadamente. La currícula de la facultad exige llevar 7 cursos desde el segundo hasta el sexto ciclo. Siendo este el panorama, ¿cómo se espera que los alumnos cumplan con este ritmo tomando en cuenta que la mayoría de ellos practican más de 30 horas semanales? Simplemente no hay una respuesta. La solución empírica que se ha dado a este problema a lo largo del tiempo es: menos cursos por ciclo, menos horas de sueño y tomar más café. Lo cierto es que el rendimiento de los alumnos disminuye afectando sustancialmente su formación. No necesariamente esta afectación del rendimiento repercute en las notas del alumno, consideramos que la mayor afectación está en la disponibilidad y capacidad de comprensión de los cursos en general.

Desconocemos qué tipo de razones motivan a las universidades a incumplir con su labor: proteger a sus estudiantes. Quizás sea porque no consideren que este asunto les concierne, quizás consideren que este asunto es exclusivamente personal del practicante. Lo importante es que hoy por hoy no cumplen con su labor y los jóvenes estudiantes son quienes terminan afectados.

V. RECOMENDACIONES

Como se ve existe un desborde de la realidad. Si bien es cierto que la culpa no es exclusiva de ningún sujeto de esta relación trilateral que implica las prácticas pre-profesionales, como dijimos al inicio, nuestra esperanza está en las Universidades. Por ello creemos conveniente hacer las siguientes recomendaciones:

a) Elaborar informes de prácticas pre-profesionales al término de los convenios. Así, para que los estudiantes puedan elegir de manera óptima en qué lugar desean realizar sus prácticas pre-profesionales, se requiere que estos tengan información sobre la forma en la que se desarrollan las prácticas en determinados centros de trabajo y cuáles son sus políticas con sus practicantes. De esta manera los practicantes elegirán de manera informada en que lugares quieren practicar.

   Es imprescindible que los alumnos puedan tener acceso a información que revele que políticas tienen los centros de trabajo para con los practicantes. Esta información podría ser recabada a través de un formulario virtual en el cual se pregunte sobre los aspectos objetivos y subjetivos sobre cómo se llevaron a cabo las practicas. Consideramos que resulta imprescindible para elegir el lugar en donde se desea practicar tener conocimiento de cuantas horas efectivamente se practica es ese lugar, la flexibilidad que se da a los alumnos en época de exámenes, saber si es que se cumplieron con los beneficios que la ley otorga a los practicantes, si es que se da o no la remuneración por medio año de trabajo, si es que se les da o no el tiempo de vacaciones luego de un año de trabajo, etc.

   Asimismo, también consideramos importante que se conozca en que centros de trabajo se puede realizar una línea de carrera, para lo cual se debería de preguntar, a los alumnos que terminan pre-grado, si es que el lugar en el que estuvieron practicando fueron contratados al término de la carrera. Esta información resulta relevante para que los alumnos sepan cuantas son las probabilidades de que sean contratados en los lugares que practican luego de que terminen la carrera.

   Por último, dicho informe también debería tener por finalidad determinar cuál fue el clima laboral que existía en el centro de trabajo. La importancia de esta información radica en que el clima laboral está directamente relacionado con el buen desempeño del practicante dentro del centro de trabajo.

b) Realizar un ranking del clima laboral de los centros de trabajo. Este ranking podrá ser efectuado obteniendo información de encuestas a los alumnos que realizan prácticas pre-profesiones en esos centros de trabajo, como de los informes de prácticas mencionados en el numeral anterior. Así, el ranking deberá permitir medir el ambiente humano y físico en donde el alumno desarrolla su práctica pre-profesional, así como las percepciones experimentadas por los alumnos en dicho ambiente laboral.

   El mencionado ranking deberá ser publicado periódicamente siguiendo los formatos de los rankings de abogados (tales como los rankings realizados por Chambers & Partners o Latin Lawyer) en donde se muestren a las diez instituciones con mejores ambiente laborales según sus practicantes pre-profesionales. De este modo, consideramos que dicho ranking creará una competencia entre los empleadores por tener un mejor ambiente laboral que generará un beneficio colateral a los alumnos respecto a sus prácticas pre-profesionales.

c) Sincerar las normas de juego en la formación del estudiante, siempre ponderando de manera adecuada la libertad de cátedra de los docentes y el derecho a la educación de los alumnos. Como ya se ha señalado, esta convivencia entre dos mundos, las practicas pre-profesionales y la formación universitaria, suele llevar al alumno a un contexto caótico necesario por las imposiciones del mercado, por ello consideramos que la claridad y predictibilidad en la formación son aspectos base para el practicante pre-profesional.

   No es una realidad inusual los controles sorpresa, la desproporcionada asignación de lecturas, las prácticas dirigidas fuera de horario. Medidas como estás deben ser tomadas con el mayor cuidado puesto que la razonabilidad que pueda estimar el docente puede llegar al punto de transformarse en medidas anti pedagógicas para el alumno, en especial para el alumno que realiza prácticas pre-profesionales por sus especiales características.

   Es en estos casos de desproporción consideramos que la Facultad deberá cumplir con tutelar los derechos de los alumnos ponderando las medidas.

d) Buscar establecer bloques de horarios para facilitar la homogeneidad en los horarios del practicante. La Facultad debe de conciliar con los docentes para lograr un sistema viable con la vida del practicante. Es común que distintos profesores tiendan a elegir su horario acorde a sus tiempos, ello es totalmente comprensible puesto que un porcentaje considerable de los docentes, además de enseñar, trabajan fuera de la Universidad; sin embargo estas decisiones la mayor de las veces deja sin opción al estudiante. El efecto de la situación desfigura los horarios y, no pocas veces, genera fracturas dentro del día del practicante.

Estos quiebres, como en el caso de horarios partidos en donde se tiene que hacer un doble viaje a la Universidad, suele afectar en la propia predisposición del alumno al aprendizaje. No se trata de una falta de interés subjetivo, se trata de un desgaste físico y mental objetivo que limita la receptividad del alumno.

e) Sincerar la currícula de la Facultad. No se trata de una crítica contra la propia estructura diseñada para la formación del estudiante, sino de la falta de conexión de la misma con la realidad de los estudiantes de la facultad.

La currícula actual establece que el alumno debe llevar siete cursos por ciclo desde el 2° hasta el 6° ciclo de la facultad. Lo que sucede en la realidad, como se ha señalado, es que se deja de llevar cursos cuando se comienza a practicar lo que supone un inevitable retraso en el plan curricular establecido.

El "aplazamiento" de la fecha de término de los estudios universitarios, a pesar de ser un factor común entre los estudiantes de la facultad, no deja de modificar su plan de vida. Además, no se puede dejar de mencionar que cuando se lleva esta realidad al contexto en el que se desenvuelve el alumno (familiar, laboral, social) se llega a posibles malentendidos que pueden perjudicar al propio alumno.

f) Crear una dependencia dentro de la Facultad encargada de las prácticas pre-profesionales que tenga como objetivos principales: (i) hacer que la Facultad cumpla con las obligaciones relacionadas a los Centros Formativos de Aprendizaje exigidas por la Ley sobre Modalidades Formativas Laborales; y, (ii) implementar y promover las recomendación que hemos señalado en los numerales anteriores.

Así pues, dicha dependencia debe tener como principales funciones: (i) registrar de manera eficiente los convenios de prácticas pre-profesionales; (ii) centralizar la información proveniente de los informes de los practicantes; (iii) realizar el ranking de clima laboral de las empresas; (iv) hacer periódicamente un registro con los aspectos, características y condiciones negativos y positivos más importantes de las prácticas pre-profesionales llevadas a cabo en ciertas empresas; (v) asesorar permanentemente a los alumnos acerca de las de las practicas pre-profesionales en las empresas; (vi) efectuar constantemente campañas de difusión y charlas informativas en la Facultad con el objetivo de hacer llegar información a todos los alumnos; (vii) desarrollar relaciones y vínculos con las diversas empresas, teniendo una comunicación directa y constante con éstas; y (viii) manejar la bolsa laboral de las prácticas pre-profesionales.

Además, consideramos que la dependencia este integrada tanto por profesores como por estudiantes y, además, deberá tener permanentemente a servicio de los alumnos por lo menos a un psicólogo o un especialista en la gestión de recursos humanos. Lo antes señalado permitirá que dicha dependencia sea manejada con objetividad e imparcialidad velando así por los intereses de los alumnos. Asimismo, es importante que dicha dependencia sea accesible de manera física (debiendo estar ubicada en un ambiente asequible de la Facultad), así como virtualmente (permitiendo a los alumnos acceder en todo momento a la información brindada por dicha dependencia).

SANTIVÁÑEZ
ABOGADOS | desde 1964

Electricidad
Infraestructura
Telecomunicaciones
Petróleo
Minería
Gas

Ambiental
Competencia
Corporativo y Financiero
Tributario
Proyectos
Litigios

LIMA
Av. República de Panamá Nº 3030, piso 8,
Lima 27 - Perú
Tel. 51(1) 617 9000
Fax 51(1) 617 9010

PIURA
Los Tamarindos Nº 274, Urb. 4 de Enero
Piura - Perú
Tel: 51(73) 32 6994
Fax: 51(73) 31 3192

www.santivanez.com.pe



Panez & Faesa

Consultores y Asesores de Empresas S.A.



CECONSIL

Centro de Conciliación y Arbitraje

DEL *HOMO ECONOMICUS* AL *HOMO SAPIENS*[*]

Richard H. Thaler[** ***]

¿Sómos los seres humanos animales racionales? ¿Puede nuestro comportamiento ser medido y entendido en su totalidad? Si bien han pasado ya varios siglos desde la afirmación aristotélica de los hombres como animales racionales –siglos con muchos sucesos que parecerían sugerir lo contrario– la idea de hombre como animal racional ha sido durante mucho tiempo tomada como punto base de la Economía.

En este trabajo, Thaler hace diez predicciones sobre el futuro de la Economía. Futuro en el que, nos dice el autor, se hace cada vez más claro aquello que quizás siempre supimos: los hombres no somos completamente racionales, nuestra especie no es la del Homo Economicus. Así, los inmensos matices que mueven a los hombres a actuar, y que dirigen su comportamiento, deben servir para darnos cuenta que la raza humana es, más bien, la raza de los Homo Sapiens. Debemos aprender así a diferenciar la realidad de lo normativo.

[*] El presente artículo fue publicado originalmente bajo el título "From Homo Economicus to Homo Sapiens" en Journal of Economic Perspectives 14. 2000. La traducción fue realizada por Renzo Saavedra, abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y asociado de Payet, Rey, Cauvi Abogados.
Se han añadido notas del traductor para procurar esclarecer y/o enriquecer algunos pasajes del trabajo traducido o para incluir algunas referencias bibliográficas.

[**] Profesor de Economía y Ciencias del Comportamiento en la Escuela de Negocios de la Universidad de Chicago.

[***] El autor desea agradecer a Colin Camerer, Peter Diamond, George Loewenstein, Jesús Santos, Andrei Shleifer, Cass Sunstein y a todos los editores por sus útiles comentarios.

Responder a la petición de brindar un pronóstico es particularmente difícil para alguien como yo, que se especializa en los sesgos de otros individuos. Las investigaciones en la psicología sugieren que es altamente probable que ciertos sesgos logren filtrarse en mis predicciones acerca del futuro de la Economía (o de cualquier otra cuestión).

1. *Optimismo (y pensamiento deseoso)*. Todos tendemos a ser optimistas acerca del futuro. En el primer día de mi clase sobre toma de decisiones en el *Master in Business Administration* (MBA) en la Universidad de Chicago, cada uno de los estudiantes espera obtener una nota por encima del promedio; sin embargo, la mitad de ellos, inevitablemente, se decepcionaría. Este optimismo me inducirá a predecir que la Economía se convertirá más en lo que yo quiero que sea.

2. *Confianza excesiva*. En un fenómeno relacionado, los individuos creen que son mejores pronosticadores de lo que realmente son. Pregunte a las personas acerca de cuestiones de conocimiento general en las que se encuentren seguras por más del 90%; las respuestas correctas se encontrarán en el 70%. El exceso de confianza me inducirá a efectuar pronósticos más audaces de lo que deberían ser.

3. *El efecto del falso consenso*. Tendemos a pensar que los otros son justo como nosotros. Mi colega, George Wu, le efectuó dos preguntas a sus alumnos: ¿tienen un celular?, ¿qué porcentaje de la clase tiene celular? Aquellos que tenían un celular pensaron que el 65% de la clase tenía teléfonos móviles; mientras que aquellos que tenían teléfono fijo pensaron que sólo el 40% de la clase tenía un celular. (La respuesta correcta se encuentra aproximadamente a mitad de camino). El efecto del falso consenso me llevará a pensar que otros economistas estarán de acuerdo conmigo –a pesar de veinte años de evidencia en contrario.

4. *La maldición del conocimiento*. Una vez que sabemos algo, no nos es posible imaginarnos pensando de otra manera. Ello hace que sea difícil percatarnos de que lo que sabemos puede ser menos que obvio para otras personas que están menos informadas. La maldición del conocimiento me llevará a pensar que otros habrán leído los mismos artículos que yo y que han aprendido de ellos las mismas lecciones (lecciones que ahora tomo por sentado), cuando en realidad otros han estado ocupados leyendo material totalmente diferente, y nunca han siquiera oído acerca de los hallazgos que tanto han influenciado mi pensamiento.

Al hacer algunas predicciones sobre el futuro de la Economía, sería vergonzoso cometer (por escrito) todos los errores de los que paso advirtiendo por semanas a mis estudiantes. Sin embargo, las alternativas tampoco son muy atractivas. De manera racional, me percato de que el pronóstico que más probablemente sea el correcto es aquel que predice que la Economía apenas cambiará. (¿He mencionado al sesgo del *status quo*?). Aunque tal pronóstico tiene la virtud de la brevedad, no haría una lectura (o escritura) muy interesante. Entonces, con temor, haré seis audaces predicciones sobre cómo se desarrollará la Economía en el próximo par de décadas, predicciones que están garantizadas de contener todos los sesgos mencionados arriba, e incluso algunos otros. Ustedes han sido advertidos.

I. REVIRTIENDO UNA TENDENCIA DE LOS ÚLTIMOS CINCUENTA AÑOS, EL *HOMO ECONOMICUS* COMENZARÁ A PERDER COEFICIENTE INTELECTUAL

La Economía en la primera mitad del siglo XX fue mucho más una ciencia social. Escritores como Irving Fischer y John Maynard Keynes subrayaban factores psicológicos en sus explicaciones del comportamiento económico[I] (Loewenstein, 1992). Con la revolución matemática que inició su despegue en la década de 1940 gracias al influjo de John Hicks y Paul Samuelson, los agentes económicos empezaron a ser más explícitamente optimizadores. En la década de 1950, los economistas que iniciaron la formalización de los fundamentos microeconómicos del pensamiento de Keynes desarrollaron modelos más racionales; por ejemplo, comparare la simple función de consumo de Keynes[II] con la hipótesis del ciclo de la vida[III] y luego con la hipótesis de

[I] Nota del traductor: Estos aspectos también son subrayados en PARISI, Francesco y Vernon L. SMITH. "El Derecho y la Economía de los comportamientos irracionales: Una introducción". En: Ius et Veritas 35. 2007. pp. 16-27.

[II] Nota del traductor: Es aquella teoría que sostiene, en términos bastante sencillos, que a mayor ingreso de los agentes económicos existirá un incremento en el consumo. Vale decir, existiría una relación directa entre el nivel de ingreso y el nivel de consumo.

[III] Nota del traductor: Es una teoría desarrollada por Franco Modigliani (1918-2003) según la cual el comportamiento de ahorro de los sujetos se ve afectado por la etapa de la vida en la que nos encontremos. Para ello se asume que el objetivo del ahorro es mantener,

expectativas racionales de Muth[IV], Lucas y así sucesivamente. Eventualmente estos modelos vinieron a incluir agentes que los detractores llamaron "hiperracionales". La estética en el campo se volvió que si los agentes del Modelo A son más inteligentes que los agentes del Modelo B, entonces el Modelo A es mejor que el Modelo B. ¡El coeficiente intelectual del *Homo Economicus* se volvió limitado sólo por el coeficiente intelectual del economista teórico más inteligente!

Mi pronóstico es que se dará marcha atrás a esta tendencia en favor de una aproximación en la que el nivel de racionalidad conferido a los agentes dependa del contexto que este siendo estudiado. Para ilustrar como esto puede funcionar en la práctica, considere el juego "adivine el número", estudiado por primera vez por Rosemarie Nagel (1995). En este juego, se pide a los participantes adivinar un número entre 0 y 100, con el objetivo de que sus respuestas se acerquen lo más posible a dos terceras partes del promedio de de las predicciones. En un mundo en el que se considera que todas las personas son totalmente racionales, en el sentido que formarán sus expectativas acerca de las predicciones de otros en atención a tantos niveles de deducción como sean requeridos, el equilibrio en este juego es cero.

Sin embargo, en cualquier otro escenario adivinar cero no es una buena estrategia. Recientemente, tuve la oportunidad de jugar este juego con apuestas bastante altas (Thaler, 1997). A mi pedido, el *Financial Times* efectuó un concurso de "adivine el número" usando las reglas antes descritas y ofreció como premio dos pasajes en clase ejecutiva desde Londres a Estados Unidos (valorado en más de diez mil dólares americanos). Sólo se permitió adivinar números íntegros. Si bien muchos concursantes sí adivinarion cero o uno, la adivinanza más popular fue el 33 (el pronóstico correcto si es que todos los demás eligen un número al azar) y el 22 (el pronóstico correcto si es que todos los demás elegen el 33). La adivinanza promedio fue 18.91 y por ende el pronóstico ganador fue 13. Aunque ofrecer un modelo de cómo se juega "adivine el número" no es una tarea fácil, algunas lecciones son suficientemente claras. Un modelo apropiado tendría que permitir dos tipos de heterogeneidad en la sofisticación. Primero, los agentes difieren en el número de niveles de procesamiento que dedican al juego (33 es un nivel, 22 son dos niveles, y así sucesivamente.). Segundo, existe heterogeneidad en cuánto piensan los agentes sobre la conducta de otros agentes. Los agentes que adivinan cero son sofisticados en la primera dimensión e inocentes en la segunda. Muchos economistas caen en esta categoría (¡debido en parte al efecto del falso consenso y a la maldición del conocimiento!). Los modelos económicos sofisticados tendrán agentes que sean tanto más como menos sofisticados que los agentes que estamos acostumbrados a modelar. Yo predigo que este tipo de modelo será la norma en el futuro.

II. EL *HOMO ECONOMICUS* TENDRÁ UN APRENDIZAJE MÁS LENTO

La mayoría de los modelos económicos no tienen ninguna razón para introducir el aprendizaje porque se asume que los agentes resuelven el problema relevante correctamente al primer intento. Cuando el aprendizaje es introducido explícitamente, se toma como punto de partida que el *Homo Economicus* aprende rápidamente. Si, por casualidad el *Homo Economicus* comete un error, aprende rápidamente a corregirlo. Sin embargo, los alumnos a quienes he enseñado en el transcurso de los años, incluso en nuestras mejores universidades como Cornell, MIT y Chicago, son un tanto más lentos para lograr tal resultado. Incluso luego de escuchar lo que es, para mi no sesgada perspectiva, una explicación completamente clara, los alumnos continuan cometiendo de manera seguida un error al aplicar un concepto si es que el contexto se encuentra ligeramente disfrazado. Esta es la razón por la que poner una pregunta sobre la primera parte del curso en un examen que cubra la posterior parte del curso es considerado tan injusto por los estudiantes.

El problema con muchos modelos económicos de aprendizaje es que parecen aplicarse a ambiente muy estático. De hecho, tales modelos parecen ser directamente aplicables sólo a la situación en la que se encuentra Bill Murray en la película *Ground Hog Day*[1]. En esa película, Bill Murray es el meteorólogo de un canal de televisión que es

a lo largo de la vida, un mismo standard de vida. Dado que el nivel de ingreso se va incrementando a lo largo de los años hasta que se alcanza la madurez, para luego disminuir conforme nos acercamos a la vejez (hasta igualar el monto de la pensión de retiro). En conclusión, y dado el objetivo del ahorro, los jóvenes tienen una tendencia mayor hacia el ahorro, mientras que los ancianos tienden al no-ahorro.

IV Nota del traductor: Según el autor aludido (quien es considerado el padre de esta teoría), y partiendo de la premisa de que los agentes económicos aprenden de sus propios errores, las expectativas de los individuos respecto de sus propias elecciones coincidirán con las resultados que obtienen de las mismas. Vale decir, en caso los individuos perciban que sus elecciones tienen una tendencia hacia el error podrán corregirlo y efectuar cada vez mejores y más exactas predicciones. Con ello se eliminaría la posibilidad de errores sistemáticos, dejando sólo la posibilidad de errores aleatorios.

1 La idea de que los modelos económicos de aprendizaje son similares a esta película surgió de una conversación que tuve con Colin

enviado a reportar si la marmota ve su sombra el 2 de febrero[V]. El personaje de Murray termina reviviendo el mismo día una y otra vez. Aunque él es una persona de aprendizaje lento, la oportunidad de vivir el mismo día reiteradamente y de aprender de las consecuencias de sus acciones en cada oportunidad, crea un experimento controlado en el que es eventualmente capaz de aprender muchas cosas, desde cómo prevenir accidentes hasta cómo tocar el piano. Lamentablemente la vida no es como *Ground Hog Day*. ¡En la vida cada día es diferente y las decisiones más importantes de la vida, tales como elegir una carrera o un cónyuge, ofrecen sólo unas pocas oportunidades para aprender! Pronostico que los modelos económicos de aprendizaje serán más sofisticados,al hacer a sus agentes menos sofisticados y al darle mayor peso al rol que cumplen los factores ambientales, tales como la dificultad de la tarea y la frecuencia de la retroalimentación, en la determinación de la velocidad del aprendizaje. Esto significa que los modelos de ahorro para la jubilación (un problema difícil con pocas oportunidades de aprendizaje) deben ser muy diferentes de los modelos de frecuencia de compra de leche (más sencillo, con mayores oportunidades de aprendizaje).

III. LAS ESPECIES POPULANDO LOS MODELOS ECONÓMICOS SE VOLVERÁN MÁS HETEROGÉNEAS

Aunque uno pueda tener la equívoca impresión al leer manuales de Economía y artículos de revistas, la mayoría de los economistas se encuentran felices de admitir que conocen muchas personas cuyo razonamiento es muy defectuoso: sus cónyuges, hijos, estudiantes, colegas, decanos, rectores y así sucesivamente. Cuando son presionados a explicar por qué es razonable sustentar los modelos económicos exclusivamente en representaciones de agentes racionales, pensando al mismo tiempo que la mayoría de las personas con las que interaccionan son al menos ocasionalmente torpes, se suele ofrecer algún tipo de explicación sobre la evolución de los mercados. El argumento procede más o menos de la siguiente manera: Supongamos que existiecen algunos agentes que no fuesen del todo racionales. Me gusta denominarlos cuasi-racionales, entendiendo por tal a quienes se esfuerzan pero se encuentran sometidos al riesgo de errores sistemáticos. Una vez que estos cuasi-racionales comenzasen a interactuar con tipos racionales, los racionales le quitarían rápidamente todo su dinero, después de lo cual los cuasis o aprenderían o se volverían económicamente irrelevantes. Este argumento es rara vez escrito con detenimiento, y por una muy buena razón: ¡es falso!

Cuando los agentes racionales interactúan con agentes cuasi-racionales, no se puede esperar que los agentes racionales o bien tomen todo el dinero de los cuasis o bien fijen de manera unilateral los precios. En efecto, análisis cuidadosos de tales situaciones en los mercados financieros, como los de De Long, Schleifer, Summer y Waldmann (1990), muestran que es posible que los cuasis –denominados *noise traders*[VI] en los círculos financieros– terminen más ricos que sus contrapartes racionales (al inadvertidamente asumir mayores riesgos). Aunque los trabajos en los que se mezcla a los agentes racionales y a los cuasi-racionales se tornaron populares en la década pasada, aún se ve como una novedad tener algunos cuasis en el modelo. En los talleres, quienes presentan tales modelos aún se sienten en la necesidad de explicar por qué necesitan tener estos cuasis embarrando las cosas. Mi predicción es que en futuros seminarios quienes presenten esos modelos tendrán que explicar por qué usan un modelo *únicamente* con agentes racionales (a menos que la investigación se refiera a la historia del pensamiento económico). Después de todo, es precisamente el estudio de las interacciones de mercado entre diversos tipos de agentes lo que diferencia la Economía de otras de ciencias sociales. Psicólogos, sociólogos y antropólogos pueden ayudarnos a mejorar nuestras caracterizaciones del comportamiento económico, pero los economistas son los únicos

Camerer durante un instituto de verano de Economía Conductual de la Russell Sage Foundation. Es una apuesta segura decir que cada uno de nosotros piensa que es su idea.
Adenda del traductor: Si bien la traducción literal de la película es "El día de la marmota", el nombre con el llegó a nuestras carteleras, o bien con el que se comercializó, es distinto. En efecto, en algunas ocasiones se le conoce como "Hechizo del tiempo" o "Atrapado en el tiempo".

V Nota del traductor: Es un día festivo en Estados Unidos y en Canadá en el que, según una costumbre que se fundaría en una tradición alemana, se realiza una predicción acerca de la duración del invierno tomando como base el comportamiento de una una marmota al salir de su guarida. En efecto, si la marmota sale de su guarida y ve su sombra, se asustará, lo cual es sintoma de que el invierno aún tardará seis semanas más en dar paso a la primera. Por su parte, si la marmota no ve su sombra y por ello se anima a continuar su camino, ello significa que el invierno culminará antes de lo normal. Acaso la marmota más conocida, en gran parte por el rodaje de la película a la que se alude en el texto, sera Phil de Punxsutawney.

VI Nota del traductor: Se refiere a los agentes que operan en los mercados financieros y cuyas decisiones de inversión para adquirir, enajenar o mantener la titularidad sobre acciones resultan erráticas y/o irracionales. Debido a esta circunstancia se teoriza a partir del trabajo de BLACK, Fischer, "Noise", en Journal of Finance 41. 1986. pp. 529–543, que la presencia de tales agentes puede ocasionar que los precios de los acciones (y los niveles de riesgo anexos) existentes en el mercado resulten divergentes de los valores esperados, incluso si el resto de agentes fuesen totalmente racionales.

científicos sociales con las herramientas para analizar lo que sucede en contextos de mercado.

Nótese que no estoy pronosticando que el *Homo Economicus* desaparecerá de la investigación económica. Al menos dos de sus funciones deberían permanecer. Primero, muchos aspectos del modelo estándar de *Homo Economicus* son útiles como casos teóricos especiales, tal como se utiliza hoy en día la noción de competencia perfecta. Segundo, cuando unos pocos agentes económicos altamente capacitados pueden influenciar los mercados, como en los mercados financieros, pueden ser modelados de manera útil como siendo *Homo Economicus*, especialmente en modelos con agentes heterogéneos.

IV. LOS ECONOMISTAS ESTUDIARÁN LA COGNICIÓN HUMANA

Una manera de modelar la racionalidad acotada[VII] es la de reducir la capacidad de los agentes para procesar información; por ejemplo, en el caso del juego de los números antes discutido, asumiendo que los sujetos harán sólo dos pasos de inducción hacia atrás en lugar de infinitos pasos. Esta es una aproximación inicial sensible, pero podemos hacer más que tornar más tonto al *Homo Economicus*. Una agenda de investigación más interesante es intentar caracterizaciones más ricas de los agentes económicos a través de una mejor comprensión de la cognición humana. Esto, predigo, será un área importante de esfuerzo en las próximas dos décadas. Algunos ejemplos exitosos publicados en los últimos veinte años prueban que este tipo de investigación es tanto posible como útil.

El ejemplar más significativo es la "teoría prospectiva" de Daniel Kahneman y Amos Tversky (1979). Esta teoría positiva sobre la toma de decisiones bajo incertidumbre logra captar una gran cantidad de sabiduría psicológica en su "función de valor" en forma de "S". La función de valor muestra cambios en el bienestar material en el eje horizontal, en lugar de niveles como en la teoría de la utilidad esperada, porque los humanos (y otras especies) tienen una fuerte tendencia a adaptarse a su ambiente y a reaccionar sólo frente a los cambios percibidos. El eje vertical muestra la felicidad resultante de estos cambios. La forma en "S" muestra disminución en la sensibilidad marginal tanto para las ganancias como para las pérdidas, un descubrimiento fundamental en la psicología de la percepción (psicofísica). Finalmente, la función de pérdida es más empinada que la función de ganancia, una propiedad que ha llegado a ser conocida como aversión a la perdida. Las pérdidas duelen aproximadamente el doble de lo bien que nos hacen sentir las ganancias. Estos tres conceptos de la psicología tienen un enorme poder explicativo, habiendo sido empleados para explicar fenómenos tan disímiles como la reacción de los consumidores a los cambios de precio en el supermercado y el comportamiento en la oferta laboral de taxistas (próximamente en Camerer)[VIII].

Existe un gran número de emocionantes maneras en las que una mejor comprensión de la cognición humana nos podría ayudar a hacer mejor Economía[IX]. Aquí sugeriré dos. Primero, existe un problema con la teoría prospectiva que la psicología cognitiva nos podría ayudar a resolver; a saber, la teoría es incompleta. La teoría prospectiva nos dice que las elecciones dependen del enmarcado del problema pero no nos dice cómo crearán las personas espontáneamente sus propios marcos. Al estudiar directamente cómo las personas enfrentan los problemas de toma de decisiones, podremos aprender más acerca de este proceso de edición de problemas[2]. Segundo, si bien en los últimos años hemos brindado considerable atención a las implicancias de la racionalidad acotada, hemos usado menos tiempo estudiando el impacto de la limitación

VII Nota del traductor: El término inglés *bounded rationality* puede ser traducido a nuestro idioma sea como racionalidad limitada o bien como racionalidad acotada. En el texto se ha preferido la segunda opción porque, por un lado, nos parece que grafica, en mejor medida, el sentido que se pretende transmitir; y, por otro lado, porque el término *racionalidad limitada* (o *limited rationality*) fue empleado algunos años antes que racionalidad acotada (o *bounded rationality*), específicamente desde 1922, además de tener un contenido diverso.
Se atribuye al Premio Nobel de Economía del año 1978, Herbert A. Simon (1916-2001), el haber acuñado el término *bounded rationality* (1957), el cual propugna que los individuos no tienden a la maximización sino a la mera satisfacción de sus intereses. Tal construcción se opone al concepto neoclásico de un individuo racional, dado que presupone que los individuos, tanto por limitaciones de información como por limitaciones de carácter cognitivo, no pueden valorar todas las soluciones posibles y, por ende, adoptar la decisión que logra la maximización de su beneficio. Si bien Simon durante casi una década (1947-1957) empleó el término *limited rationality* luego lo abandonó para acuñar su propia locución.

VIII Nota del traductor: El trabajo fue publicado en el año 2001; los demás datos de la referencia bibliográfica se encuentran, siguiendo la estructura del artículo original, como un acápite autónomo.

IX Nota del traductor: Este aspecto es subrayado con total claridad por SUNSTEIN, Cass R. "Behavioral analysis of law". En: University of Chicago Law Review 64. 1997. pp. 1175 y ss., los cuales resumimos de manera breve en SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. "Behavioral Law and Economics: Una aproximación inicial". Enfoque Derecho. 18 de enero de 2010. http://www.enfoquederecho.com/?q=node/203 (visitado el 17/07/10 a las 16:13). Ahora disponible también, con las correspondiente referencias bibliográficas, en http://works.bepress.com/renzo_saavedra/1/

2 Una parte de lo que se sabe acerca de este problema ingresa en la categoría de *contabilidad mental*. Para un recuento actual de la literatura ver THALER (1999).

en los recuerdos. Un ejemplo simple es el *sesgo retrospectivo*: después del hecho, se considera que los eventos sucedidos habían sido predecibles. Por ejemplo, un año en mi clase les solicité a mis estudiantes en el primer día de clases (a finales de Enero) que hiciesen predicciones acerca del rendimieto futuro del mercado de valores para los próximos dos meses. Sus predicciones fueron hacia la baja: pensaron que era más probable que el mercado bajase en lugar de subir. Dos meses más tarde les pedí que intentaran recordar su pronóstico previo. Las recordaron tendiendo a la alza. No hace falta decir que en ese período de dos meses el mercado creció considerablemente.

Este fenómeno (vinculado con la maldición del conocimiento antes mencionada) es tanto fuerte como robusto, y tiene poderosas implicancias para la Economía. Considere, por ejemplo, el rol del sesgo retrospectivo en los problemas de agencia. Un principal con memoria sesgada (esto es, cualquier principal del mundo real) encontrará muy difícil diferenciar entre una mala decisión y un mal resultado, en tanto que, en retrospectiva, un desafortunado evento exógeno será pensado como habiendo sido predecible. La teoría de agencia con principales (así como agentes) distraídos sería un exitante campo de estudio[3].

V. LOS ECONOMISTAS DIFERENCIARÁN ENTRE TEORÍAS NORMATIVAS Y TEORÍAS DECRIPTIVAS

Los psicólogos diferencian entre dos tipos de teorías: normativas y descriptivas. Para ellos, las teorías normativas caracterizan la elección racional: los ejemplos incluirían los axiomas de la teoría de la utilidad esperada y la regla de Bayes[X]. Las teorías descriptivas intentan caracterizar las decisiones reales. La teoría prospectiva es un ejemplo de una teoría descriptiva. Los agentes que eligen de acuerdo a la teoría prospectiva violan axiomas fundamentales de la elección racional; por ejemplo, bajo determinadas circunstancias ellos elegirán la opción A sobre la B, inclusive cuando B domine a A, siempre y cuando el dominio no sea demasiado obvio.

No desearía llamar a estas elecciones racionales, sin embargo en tanto que las personas sí las eligen en la vida real, en situaciones de apuestas altas, resulta importante que los economistas desarrollen modelos que predigan tal comportamiento. Tradicionalmente los economistas han empleado una teoría para cumplir propósitos tanto normativos como descriptivos. La teoría de la utilidad esperada y la teoría del ahorro a lo largo del ciclo de la vida son modelos racionales (normativos) que los economistas han empleado también como modelos descriptivos. En ocasiones los economistas han propuesto explícitamente teorías descriptivas, tal como la teoría de la firma de William Baumol (1967) en la que los gerentes maximizan las ventas sujetas a una presión de beneficio. Sin embargo, dichas teorías descriptivas no han ganado gran aceptación. Parte de la resistencia a tales teorías ha estado basada, creo yo, en una equívoca comprensión de los asuntos antes planteados, respecto de la manera en que la competencia forzará cambios en el comportamiento cuasi-racional. Por ejemplo, Baumol a menudo escuchó la crítica de que las firmas que maximizasen las ventas inevitablemente perderían participación en el mercado frente a aquellas firmas competidoras que estuviesen intentando maximizar beneficios. La naturaleza contradictoria de esta crítica –que maximizar ventas ocasionaría una menor participación en el mercado– pareció no molestar (u ocurrírsele) a sus adherentes. Existe, desde luego, un perfecto equilibrio en el que algunas firmas se encuentran dispuestas a aceptar menores beneficios para así poder ser más grandes, y tales firmas adquieren la cuota de mercado de sus competidoras que buscan maximizar sus beneficios, no viceversa. De manera similar, si el dueño de un equipo de baseball elige comprar una victoria en la Serie Mundial a costa de los beneficios, los propietarios maximizadores de beneficios otros equipos pueden hacer muy poco, excepto convertirse en perdedores más ricos.

Un punto adicional acerca de las teorías descriptivas: ellas se encuentran, por necesidad, conducidas por datos empíricos. La hipótesis de maximización de ventas de Baumol le fue sugerida

[3] Para un inteligente ejemplo de como luciría la Economía con agentes económicos distraídos, ver MULLAINATHON (1999).

[X] Nota del traductor: La regla de Bayes se refiere a aquella teoría planteada por Thomas Bayes (1702-1761) según la cual se puede determinar la probabilidad de las causas de un evento en atención a los efectos que se observan en la realidad. En términos más bien sencillos puede decirse que este teorema señala que habiendo ocurrido el evento B (por ejemplo, un accidente entre dos automóviles) se podrá determinar las probabilidades del evento A (por ejemplo, que estuviese lloviendo).
Imaginemos el siguiente ejemplo, digamos que el pronóstico climático preve un 50% de lluvias, 30% de nevadas y 20% de niebla. Atendiendo a tales condiciones se sabe que existe un riesgo de 20% de accidentes automovilísticos en caso hubiese lluvia, un 10% si nevase y, por último, un 5% si se presentase niebla. Asumamos luego que existe un accidente pero que no sabemos cual fue el estado del clima.

La regla o teorema de Bayes sostiene que: $P(Ai / B) = \frac{P(Ai) * P(B / Ai)}{\Sigma P(Ai) * P(B / Ai)}$

Donde "P" es la probabilidad de un evento, "Ai" es el evento *a priori* (en este caso, el clima), "B" es el evento dependiente (en este caso, el accidente). En tal sentido, gracias a la regla de Bayes se puede determinar que existía una probabilidad del 71.4% de que lloviese, una probabilidad de 21.4% de que nevase y, por último, una probabilidad de 7.1% de que existiese niebla.

por sus conversaciones con gerentes. La teoría prospectiva de Kahneman y Tversky se derivó de la evaluación de cientos de elecciones entre pares de apuestas. Algunos economistas parecen sentir que la teoría conducida en atención a datos es, de alguna manera, no-científica. Por supuesto que lo correcto es justamente lo contrario. Copérnico observó el movimiento de los planetas antes de elaborar su teoría: los planetas orbitan el Sol. Lo que hace buena a una teoría descriptiva es pruebas empíricas; por ejemplo, la predicción de que Plutón seria descubierto antes de que los telescopios fueran lo suficientemente buenos como para poder observarlo. Entonces, esta predicción lleva a un pronóstico auxiliar: más teóricos le prestarán atención a los datos empíricos.

VI. EL *HOMO ECONOMICUS* SE VOLVERÁ EMOCIONAL

Los pronósticos que he efectuado hasta el momento, aunque cargados de los sesgos que he identificado más temprano, resultan todavía en alguna medida conservadores, en el sentido de que actualmente se están realizando muchos buenos trabajos que ya están yendo en las direcciones que sugiero serán a las se dirija este campo. Entonces, parece adecuado ofrecer una predicción ligeramente más valerosa: el *Homo Economicus* será más emocional, con lo que quiero decir que los economistas dedicarán más atención al estudio de las emociones.

Para tener una idea de lo que el estudio de las emociones implica, remito a los lectores al reciente artículo de Jon Elster (1998). Aunque Elster no define de manera explícita las emociones, sí ofrece un listado de estados que él dice ser inequívocamente emociones, entre los que se encuentran: el enfado, el odio, la culpa, la vergüenza, el orgullo, el gusto, el arrepentimiento, la alegría, la tristeza, la envidia, la malicia, la indignación, los celos, el desprecio, el asco, el miedo, y, ah sí, el amor. Elster diferencia esta lista de otros "factores viscerales" (un término más general, ver Loewenstein, 1996) como el dolor, el hambre y la somnolencia, en que los primeros son activados por creencias. Muchas de estas emociones se encuentran a menudo acompañadas por estados de excitación fisiológica, como el miedo.

¿Cómo pueden incorporarse las emociones al análisis económico? El juego del ultimátum ofrece un ejemplo simple. En el juego del ultimátum se le entrega una suma de dinero, digamos US$ 10, a un jugador, denominado Proponente, quien efectúa una oferta de una parte del dinero, X, al otro jugador, denominado Contestador. El Contestador puede o bien aceptar la oferta, en cuyo caso el Contestador recibe la suma X mientras que el Proponente obtiene US$ 10 - X; o bien rechazar la oferta, en cuyo caso ambos jugadores no obtienen nada. Los resultados experimentales revelaron que las ofertas muy bajas (menos del 20% del total) son a menudo rechazadas. Hablando en términos muy generales, uno podría decir que los Contestadores reaccionan emocionalmente a ofertas muy bajas. Podríamos ser incluso más específicos y decir que reaccionan con indignación)[XI]. Lo que es seguro es que los Contestadores no actúan para maximizar sus propios ingresos, en tanto que rechazan ofertas en las que recibirían una pequeña porción de dinero y en lugar de ello reciben cero [and take zero instead]. El modelo de justicia *[fairness]* de Mattew Rabin (1993), que es un intento para explicar tal conducta (en especial, la resistencia a las ofertas injustas *[unfair offers]*, está parcialmente basado en las emociones.

Rechazar una oferta positiva en el juego del ultimátum manifiesta rencor; daña a ambas partes. Lamentablemente, tal comportamiento resulta más común de lo que la teorización económica nos llevaría a esperar. Sólo necesito decir la palabra "divorcio" para traer a la mente muchos ejemplos muy familiares. El rencor no está limitado a los ex cónyuges. La predicción del teorema de Coase acerca de que la asignación de recursos resulta independiente de los derechos de propiedad depende de la voluntad de las partes para hacer una demanda para recontratar. Sin embargo, la re-contratación requiere una interacción que puede ser complicada por el rencor. En un reciente estudio sobre este asunto, Ward Farnsworth (1999) entrevistó a los abogados de más de veinte casos de molestias por razón de vecindad, en los que se

[XI] Nota del traductor: Tal afirmación, si bien para algunos podría parecer infundada, o al menos de difícil comprobación, se ve ratificada por uno de los hallazgos de la neuroeconomía. En efecto, se realizó el juego del ultimátum mientras se monitoreaba el funcionamiento neuronal de los participantes y se descubrió que la ínsula anterior bilateral de los jugadores que reciben una oferta injusta es activada (es esta misma área del cerebro la que se activa cuando percibimos un olor desagradable, sentimos dolor, etc.). Ante tamaña constatación se teoriza que el área del cerebro que se activa al realizar alguna función no sólo se encuentra relacionada con el proceso de toma de decisiones sino que, en los hechos, podría influir en la decisión misma.
Al respecto nos permitimos remitir a CHORVAT, Terrence, McCABE, Kevin y Vernon SMITH. "Law and neuroeconomics". En: George Mason University: Law and Economics Working paper series. Disponible en http://ssrn.com/abstract=501063, pp. 21-22 (consultado el 28 de abril de 2010); y, en nuestro medio, a SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. "Neuroeconomía y Derecho: ¿Un mapa de la geografía cerebral o la clave para la última caja negra?". En: Enfoque Derecho. 1 de mayo de 2010. www.enfoquederecho.com/?q=node/334 (visitado el 17/07/10 a las 16:33), ahora disponible, con las correspondiente referencias bibliográficas, en http://works.bepress.com/renzo_saavedra/15/

buscaba el remedio de la *injunction*[XII] y este era otorgado o denegado luego de un litigio completo frente al juez. En ninguno de los casos las partes intentaron siquiera llegar a un acuerdo al margen de la vía judicial.

VII. CONCLUSIÓN

Mis predicciones pueden ser resumidas de manera muy sencilla: estoy pronosticando que el *Homo Economicus* evolucionará en el *Homo Sapiens*. Esta predicción no debe ser extravagante. Parece lógico que basar modelos económicos descriptivos en concepciones más realistas de agentes económicos es algo destinado a aumentar el poder explicativo de estos modelos. Aun así, un economista conservador puede (emocionalmente) burlarse diciendo: "*Si esta fuese una mejor manera de hacer Economía, ¡ya estaríamos haciéndolo de esa forma!*" ¿Por qué no son todas mis predicciones ya verdad? ¿Y por qué debo esperar que las cosas cambien?

Una razón por la que la Economía no inició de esa manera es porque los modelos conductuales son más difíciles que los modelos tradicionales. Construir modelos de agentes racionales y sin emociones es más sencillo que construir modelos de seres humanos emocionales y cuasi-racionales. Sin embargo, cada generación de científicos construye sobre el trabajo de la generación anterior. Teoremas que eran muy difíciles de probar hace veinte años hoy se encuentran en los conjuntos de problemas que les son planteados a los estudiantes de grado. Al volverse los economistas más sofisticados, su habilidad para incorporar los hallazgos de otras disciplinas, como la psicología, mejora. Simultáneamente, podemos esperar que los nuevos académicos de otras disciplinas puedan por la Economía aquello que los psicólogos cognitivos, como Kahneman y Tversky, han hecho ya: ofrecernos útiles hallazgos y teorías que sean relativamente sencillas de incorporar a modelos económicos.

Cerraré con un pronóstico muy seguro. Si algunas de mis predicciones acerca del futuro de la Economía se hacen realidad, serán los jóvenes economistas los que habrán hecho el trabajo. (Los economistas viejos, como yo, no pueden aprender nuevos trucos mejor que los perros)[XIII]. Algunos de estos jóvenes economistas ya están en el horizonte. Otros les seguirán.

VIII. REFERENCIAS

BAUMOL, William. "Business behavior, value and growth". Nueva York: Harcourt Brace. 1967.

CAMERER, Colin. "Prospect theory in the wild". En: "Aa. Vv., Choices, values, frame". (Edición a cargo de Daniel Kahneman y Amos Tversky). Nueva York: Cambridge University Press. (Próximamente).

DE LONG, J. Bradford; SHLEIFER, Andrei; SUMMER, Lawrence H. y Robert J. WALDMANN. "Noise trader risk in financial markets". En: Journal of Political Economy. Vol. XCVIII. Núm. 4. 1990. pp. 703-748.

ELSTER, Jon. "Emotions and economic theory". En: Journal of Economic Literature. Vol. XXXVI. Núm. 1. 1998. pp. 47-74.

FARNSWORTH, Ward. "Do parties to nuisance cases bargain after judgment? A glimpse of the Cathedral". En: University of Chicago Law Review. Vol. LXVI. Núm. 2. 1999. pp. 373-436.

KAHNEMAN, Daniel y Amos TVERSKY. "Prospect theory: An analysis of decision under risk". En: Econometrica. Vol. 47. Núm. 2. 1979. pp. 263-291.

LOEWENSTEIN, George. "The rise and fall of psychological explanations in the Economics of intertemporal choice". En: ·Aa. Vv., Choice over time" (Edición a cargo de George Loewenstein y Jon Elster). Nueva York: Rusell Sage Foundation. 1992. pp 3-34.

LOEWENSTEIN, George. "Out of control: Visceral influences on behavior". En: Organizational Behavior and Human Decision Processes. Vol. LXV. Núm. 3. 1996. pp. 272-292.

MULLAINATHON, Sendhil. "A memory based model of bounded rationality". En: MIT Economics Department: Working paper. Núm. 01-28. 1999. pp. 1-42[XIV].

NAGEL, Rosemarie. "Unraveling in guessing games: An experimental study". En: American Economic Review. Vol. LXXXV. Núm. 5. 1995. pp. 1313-1326.

RABIN, Mattew. "Incorporating fairness into game theory and economics". En: American Economic Review. Vol. LXXXIII. Núm. 5. 1993. pp. 1281-1302.

THALER, Richard H. "Giving markets a human dimension". En: Financial Times. (Sección Mastering Finance 6). 16 de junio de 1997.

THALER, Richard H. "Mental accounting matters". En: Journal of Behavioral Decision-making. Vol. XII. Núm. 3. 1999. pp. 183-206.

[XII] Nota del traductor: En el sistema estadounidense una *injunction* es un mandato judicial por el que se ordena realizar un determinado comportamiento o bien una abstención. Sobre la amplitud y manifestaciones de tal remedio nos permitimos remitir a la consulta de los ensayos de EASTON, Robert E. "The dual role of the structural injunction". En: Yale Law Journal 99. 1990. pp. 1983 y ss.; y, WISDOM, John Minor. "Review: Rethinking injunctions". En: Yale Law Journal 89. 1980. pp. 825 y ss.

[XIII] Nota del traductor: El comentario que efectúa el autor se basa en la frase "no puedes enseñarle nuevos trucos a un perro viejo" (*you can't teach an old dog new tricks*).

[XIV] Nota del traductor: El texto citado fue publicado, con posterioridad a la redacción del presente artículo, en Quarterly Journal of Economics. Vol. CXVII. Núm. 3. 2002. pp. 735-774.

APUNTALANDO HACIA UN NORTE JURÍDICO: LA IMPORTANCIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI*

Entrevista a Manuel Atienza Rodríguez**

En tiempos de tensión entre la globalización y el regionalismo, es necesario tener un norte claro respecto a los temas que rodean el quehacer jurídico. La ética, la justicia y la argumentación son algunos elementos que estructuran un paradigma jurídico contemporáneo, "post positivista" o "neo constitucional", el cual afirma concebir una respuesta correcta con el objeto de solucionar adecuadamente las controversias intersubjetivas que puedan presentarse.

Aprovechando la visita del profesor Manuel Atienza por la distinción de Doctor Honoris Causa conferida por la Pontificia Universidad Católica del Perú, THEMIS-Revista de Derecho tuvo la oportunidad de conversar sobre los desafíos de la Filosofía del Derecho en la actualidad dentro del esquema del Estado Constitucional.

* La presente entrevista fue realizada por Patricio Ato del Avellanal y Juan Luis Balarezo, miembros de THEMIS.

** Catedrático del Departamento de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante. Miembro y Vicepresidente del Comité Ejecutivo de la Asociación Mundial de Filosofía Jurídica y Social. Director de la revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Doctor Honoris Causa por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. ¿Cómo decidió dedicarse a la Filosofía del Derecho? ¿Cuáles fueron sus motivaciones primarias y cómo las contempla hoy en día?

Yo, en principio, no pensaba estudiar Derecho. Probablemente le pase a mucha gente porque el Derecho es algo que exige bastante madurez. Normalmente una persona muy joven realmente no sabe lo que es el Derecho. Creo que empecé a estudiar en la universidad cuando tenía diecisiete años. Creo que a algunos les acaba por gustar lo que es el Derecho, pero diría que es bien difícil que alguien pueda tener una vocación por el Derecho cuando empieza sus estudios si ocurre como pasa en España que se empieza a una edad muy joven. En Estados Unidos, por ejemplo, se empieza a una edad más tardía; bueno, puede cambiar.

Mis intereses en aquella época eran más bien filosóficos e incluso periodísticos. He querido estudiar periodismo y, de hecho, luego lo estudié. En cierto modo diría que estaba un poco predeterminado a ocuparme de la Filosofía del Derecho –de lo que por otro lado estoy muy contento. Realmente creo que nunca me he arrepentido y creo que es una buena combinación de lo que es, diríamos, la importancia práctica que tiene el Derecho y el análisis teórico.

2. ¿Qué papel juega la Filosofía del Derecho en la globalización? Es decir, en un contexto en el cual los sistemas jurídicos se acercan más entre ellos, ¿de qué nos serviría la Filosofía del Derecho?

Yo diría que tendría que jugar un papel fundamental pero no sé si lo terminará de jugar o no. Pero para intentar entender el fenómeno de la globalización y el Derecho y poder manejarse en un contexto en donde juegan diversos sistemas jurídicos, lo más importante que el jurista tendría que tener es una formación precisamente en los aspectos generales del Derecho, que es de lo que se ocupa la Teoría del Derecho. O sea que, lo que importa no son tanto los contenidos porque los contenidos, como sabemos, están cambiando incesantemente, sino las estructuras más generales, las técnicas de argumentación, etc. Y también por lo que hace más a los contenidos, diríamos los grandes principios del Derecho.

3. ¿Qué opina usted sobre la postulación de una manera global de concebir el Derecho?

Soy completamente escéptico respecto al llamado Proceso de Boloña[1]; particularmente, tal como se ha producido en España. En mi opinión, va a producir un descenso en la calidad de los estudios jurídicos, sobre todo del pregrado. Probablemente la "salvación" tendría que venir de los posgrados. No sé si va a ocurrir. En realidad es un proceso que está lleno de contradicciones: por un lado, se supone que efectivamente el objetivo es volver más homogéneos los estudios de Derecho, pero lo que se ha hecho en España es que se cambiaron todos los planes de estudio de cada una de las facultades de Derecho; que no hay ningún elemento común, o sea que cada una de las facultades ha podido hacer sus planes de estudio sin ningún límite ni exigencia de que tenga que haber algunos mínimos comunes y el resultado que hoy tenemos es que los planes de estudios de las diversas facultades de Derecho en España son más heterogéneos de lo que lo eran antes, lo cual es una medida discutible, de cara a lo que hoy presuntamente tendríamos que conseguir.

El Derecho es una disciplina distinta a otras disciplinas. Imaginemos la Matemática o la Biología. Naturalmente, si uno estudia Matemática en España, pues es lo mismo que si lo estuviese estudiando en Alemania o en Rusia o en los Estados Unidos. El Derecho, no. Hay una famosa clasificación tradicional: "el Derecho es una ciencia de cada pueblo"[2]. Hoy en buena medida lo sigue siendo. Naturalmente, hay algunos elementos comunes de lo que se llama el Derecho Transnacional, pero todavía sigue pivotando fuertemente sobre un fenómeno que es nacional. O sea que si uno estudia el Derecho Civil español, pues es muy distinto del Derecho Civil del *Common Law* en Inglaterra y lo mismo con el Derecho Penal.

Entonces, yo creo que efectivamente no se tuvieron en cuenta estas circunstancias que son fundamentales. Bueno, en algunos países sí que lo tuvieron en cuenta: Alemania no está dentro del proceso de Boloña. Por lo que sé, tampoco está Francia, ni Inglaterra, ni creo que Polonia. Italia estuvo pero dio marcha atrás. En mi opinión esto del Proceso de Boloña, por lo que se refiere a Derecho, es más que nada un programa publicitario. Creo que incluso los rectores y muchas autoridades universitarias en España han perdido de vista sencillamente lo que son objetivos sustantivos y lo único que les interesa es una cuestión de *marketing*.

[1] Para mayor información sobre el Proceso de Boloña, revisar http://www.queesbolonia.es/

[2] Autores como Hegel (Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Ditzingen: Reclam, 1986) y Savigny (System des heutigen römischen Rechts, I, & 7, Scientia Verlag, Aalen, 1981 Bd. 1, p. 14) postulan esta idea del Derecho.

4. Teniendo en cuenta el debate sobre los distintos paradigmas jurídicos, ¿hasta qué punto es posible alcanzar la justicia por medio del Derecho?

Bueno, ese es el reto que tiene un jurista. Ese debe ser el lema, el Principio que tiene que orientar, por ejemplo, la labor de un juez. Nuestros derechos, los derechos del Estado Constitucional, tienen una serie de características importantes: tenemos una Constitución densa en Principios y en Derechos Fundamentales. La Constitución es norma obligatoria, esto da a los jueces una gran maniobrabilidad para lograr esto y yo diría que casi siempre es posible lograrlo. Una solución justa sin infringir el Derecho positivo. Probablemente haya algunos casos residuales en los que no.

El trabajo del jurista y del juez es éste y por eso no es lo mismo discutir un problema desde el punto de vista jurídico o argumentarlo, que desde un punto de vista moral. Algunos diríamos que no tendría este límite. Por eso también diríamos que los jueces tienen que ser conscientes de que ellos tienen ciertos límites, que no se trata sencillamente de lograr la justicia de cualquier manera. No puede ser de cualquier manera. Tiene que ser a través del Derecho porque, precisamente, el que sea a través del Derecho, es la forma de satisfacer valores muy importantes que son los que de manera concisa solemos llamar los del Estado de Derecho, *rule of law*, etc.

5. Según su visión del Derecho, ¿cabría hablar dentro de la resolución de controversias de una única respuesta correcta en el marco de los Derechos del Estado Constitucional?

La única respuesta correcta, efectivamente, es lo que uno debe pretender. Así es, por ejemplo, como lo ven algunos autores como Alexy[3], que me parece que tiene razón. En cierto modo también Dworkin[4], dado que ve las cosas de una manera muy parecida. Es una idea regulativa, diríamos, en sentido kantiano[5]. Bueno, se puede lograr casi siempre. Por ejemplo, si se trata de aplicar una ley de inmigración, una cuestión que se está discutiendo en los diarios: Estados Unidos tipifica como delito sencillamente el haber ingresado de manera ilegal. Por cierto, en España y en Europa tenemos normas parecidas de expulsión de los extranjeros. El juez que tenga que aplicar esa norma, pues difícilmente podrá conseguir una solución justa de acuerdo con el Derecho porque el Derecho en ese caso es sencillamente injusto, pero diría que estas son más bien cuestiones excepcionales. Entonces, teniendo en cuenta esta amplitud que hoy tienen los sistemas jurídicos del Estado Constitucional, diría que casi siempre es posible esa respuesta correcta.

6. La doctrina alemana sobre la "*Verhältnismässigkeit*"[6] es la que señala al Principio de Proporcionalidad como instrumento idóneo para la ponderación de derechos, dado que esta objetiva el análisis. ¿Cuán conveniente resulta que un juez pueda evitar la ponderación tomando como premisa esta misma en sentido estricto?

La ponderación se supone que es el procedimiento argumentativo que tiene que manejar un juez cuando no tiene a su disposición reglas específicas, sino que tiene Principios. A propósito entonces de la ponderación, digamos de la proporcionalidad, donde aparece esta famosa doctrina de Alexy que muchos Tribunales Constitucionales y Supremos siguen, sobre todo en Latinoamérica[7]; lo que viene a decir Alexy es algo relativamente trivial. Decir que tiene razón porque en el fondo la idea de proporcionalidad, lo que quiere decir, es que los beneficios que se obtienen, los beneficios para los Derechos Fundamentales por la adopción de una medida, no tienen que ser superiores al coste. Por esto también en términos de sacrificio de otros derechos. Entonces, naturalmente, esta es una idea elemental de justicia.

Ahora, en la doctrina de Alexy hay también una especie de propósito de matematizar esa idea. Entonces, él formula lo que llama la "fórmula del peso"[8] y piensa que se puede llevar a cabo un cálculo. Creo que este es un uso metafórico y equívoco de la matemática, que realmente no aporta nada en términos de rigor, y tiene riesgos de hacer pensar a la gente y a los juristas que basta con seguir una fórmula para que la solución esté justificada. Y no, me parece que hay que tener

3 ALEXY, Robert. "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica". En: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho 5. 1988. pp. 139-151.

4 DWORKIN, Ronald. "Los Derechos en serio". Barcelona: Ariel. 1989.

5 KANT, Immanuel. "Crítica del juicio". Madrid: Espasa-Calpe. 2007.

6 Sobre el Principio de Proporcionalidad en la doctrina alemana, revisar: HIRSCHBERG, Lothar. "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit". Göttingen: Schwarz. 1981.

7 ALEXY, Robert. Op cit. Loc cit.

8 ALEXY, Robert. "On Balancing and Subsumption. A structural comparison" En: Ratio Juris 10. 2003. pp. 433-449.

en cuenta el peso abstracto de los Principios. Debemos ver esas ideas de Alexy, haciendo abstracción del caso concreto: ¿hasta qué punto me parece que la vida es muy importante? ¿Debemos darle mucho peso o no? ¿O menos peso que la libertad? Y luego, en el caso concreto, dadas estas circunstancias, en este caso: ¿tiene la vida más importancia o menos que, imaginemos, la autonomía? Y luego, lo que viene a decir Alexy: ¿hasta qué punto estamos seguros, si vamos a tomar esta medida, se va a producir la satisfacción de tal interés o de tal bien?

Bueno, esto está bien, pero debemos tomarlo de manera instrumental y pragmática. Y no pensar que verdaderamente hemos descubierto una especie de fórmula, de piedra filosofal, que resuelva las cuestiones. Creo que es muy importante insistir en que la ponderación no es un procedimiento arbitrario. Es un procedimiento racional en el sentido de que, efectivamente, hay criterios de racionalidad para controlarla; pero por cierto, no son los criterios de la racionalidad matemática. Son criterios más débiles.

7. ¿En qué medida las directrices deben verse como únicos mandatos de optimización?

Esto es una cuestión teórica que tiene también que ver con la manera de entender los principios hoy en día. Por ejemplo, por parte de Alexy, tiene que ver con lo que hablamos sobre la ponderación. Alexy dice que todos los principios son mandatos de optimización[9]. Son normas que dicen: "debes de hacer esto en la medida de las posibilidades que te ofrecen las normas y las posibilidades fácticas que tienen". Otros, en un artículo que escribí con un colega de Alicante, Juan Ruiz Manero, sostienen que hay dos tipos de Principios[10], unos Principios podemos verlos en términos de mandatos de optimización. Por ejemplo, la Constitución española se refiere al Principio de que todos los españoles deberían de disfrutar de una vivienda digna. Bueno, esto parece que es distinto a cuando hablábamos del Principio de Igualdad ante la Ley, porque una vivienda digna quiere decir que el Estado debe de implementar políticas económicas para lograr eso. Mientras que el Principio de Igualdad ante la Ley parece que tiene otra naturaleza y que si a uno le tratan de alguna manera contraria al Principio, pues puede establecer una reclamación, plantear algún recurso de amparo. Eso es un poco de lo que hay en el trasfondo.

Entonces, Alexy ve todos los Principios de la misma manera: como mandatos de optimización. Lo que se discute es si es preferible hacer una articulación y decir: "algunos Principios tienen esa estructura, pero otros Principios quizás tienen una estructura diferente". De nuevo también, esta distinción luego desde el punto de vista práctico puede ser más o menos relevante por lo siguiente: como suele ocurrir en las teorías, Alexy parte de que todos los Principios son iguales. Sí, pero luego cuando uno observa cómo entiende él la ponderación, en realidad, está introduciendo la distinción entre los diversos tipos de Principios a través de lo que él llama el "peso abstracto de los principios"[11]. O sea que si tú dices: "todos los Principios son mandatos de optimización", sí, pero luego, para referirnos a los dos anteriores, el Principio de Igualdad ante la Ley tiene un mayor peso abstracto. Bueno, pues eso es aproximadamente lo mismo que quiere decirse cuando, del otro lado, se dice: "distingamos estos dos tipos de Principios".

8. ¿Por qué sería menester en la actualidad seguir la visión de autores como Robert Alexy o Ronald Dworkin, los cuales proclaman al Derecho como una práctica social?

Primero, mi consejo a cualquier jurista o cualquier estudiante de Derecho es que no considere que uno deba seguir tal o cual doctrina. Yo invitaría más bien a ser pragmatista instrumental y más bien diría tomar aquello que le resulte conveniente o útil de cada una de las teorías que se ofrece en el mercado de las ideas. A veces lo que ocurre es que si uno ha prestado juramento a tal doctrina, entonces se siente obligado a seguir a esa doctrina en todos sus elementos cuando alguno de ellos lo pueden llevar a cosas absurdas o cosas indeseables para él. Así que yo diría que debemos ver las doctrinas, las teorías del Derecho, como lo que son: como artefactos que están bien en la medida en que nos permitan satisfacer los objetivos a partir de cada caso.

Ahora, en el debate contemporáneo, una de las grandes discusiones se cifra entre los autores positivistas y los no positivistas o, podríamos decir, los "*post positivistas*". Esto lo menciono para indicar que no ser positivista no sería decir volver a la idea del Derecho Natural. Aunque aquí también dependería de qué es lo que uno entiende por Derecho Natural. Tampoco habría que empeñarse mucho por ser "*anti iusnaturalista*"

[9] ALEXY, Robert. "Teoría de los Derechos Fundamentales". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 161

[10] ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. "Sobre Principios y Reglas" En: "Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho". 10. 1991. pp. 101-120.

[11] ALEXY, Robert. Op cit.

o por sustancializar los términos. Depende de cómo lo entendamos. Creo que la gran diferencia entre los autores positivistas de hoy en día y los "*post positivistas*" es que los primeros tienden a ver el Derecho únicamente como sistema, como un conjunto de normas o algo que está ahí. Entonces, el jurista teórico lo que tiene que hacer es dar cuenta de esto. Y lo que viene a decir Alexy, Dworkin y otra serie de autores, creo que siempre ha estado, por cierto, en la misma tradición que viene de muy lejos. Por ejemplo, sin ir muy lejos, los realistas tenían una idea parecida de esto: es que el Derecho es más bien una actividad práctica, diríamos, es una empresa y debemos fijarnos sobre todo en los fines de satisfacer esta empresa y que entonces, en el sistema jurídico, las normas son materiales, los materiales que hay que manejar para esto.

En ese sentido diríamos que es un punto de vista más funcional, más dinámico, del Derecho y creo que en ese sentido es preferible. Pero, por ejemplo, si uno dice: "la visón más adecuada del Derecho sería la "*post positivista*" o "*neoconstitucionalista*", tampoco quiere decir eso, por lo tanto, que nos olvidemos de todos los positivistas de la tradición positivista, porque en esa han elaborado y se siguen elaborando, por cierto, muchas distinciones, análisis conceptuales que son de gran interés.

9. ¿Cómo creería usted que se puede superar al positivismo jurídico sin tener que recurrir al mismo como medio de reafirmación en una nueva visión del Derecho?

Yo escribí hace algunos pocos años con un colega de Alicante, Juan Ruiz Manero, un artículo que titulamos: "Dejemos atrás al Positivismo jurídico"[12] y lo que ahí sostuvimos fundamentalmente es que no es tanto que los positivistas cometan algún tipo de error teórico –generalmente, las teorías positivistas más elaboradas como la de Hart no lo cometen[13]– sino que la visión positivista del Derecho no permitía dar cuenta de cuestiones muy importantes y no le suministraba al jurista práctico los instrumentos adecuados para poder enfrentarse a los problemas y poder manejarse en el Derecho adecuadamente, desde un punto de vista más pragmático.

10. Nuestra universidad lidera un proyecto de normas de conducta profesional del abogado, que incluye parámetros de comportamiento frente a su cliente y a la sociedad. En el contexto de la regulación profesional, ¿se puede hablar de una ética objetiva y exigible moralmente?

Una ética tendría ser moralmente exigible sino algo no marcharía bien. Hoy está, digamos, muy en boga ocuparse de los problemas de las éticas profesionales, de la ética aplicada, en el campo del Derecho: la ética judicial, la ética de los abogados. En parte, es por darse cuenta de que únicamente con instrumentos jurídicos, digamos, con el Derecho Positivo no se pueden resolver todos los problemas. Por ejemplo, la idea de lo que significa ser un buen juez o ser un buen abogado no es sencillamente el no transgredir las normas jurídicas, sino que hay algo más –podemos decir el "*juez excelente*", el "*abogado excelente*"– sencillamente el que no comete delitos y no es susceptible de que se vayan contra él por una cuestión de responsabilidad civil o algo por el estilo, sino que muestra una excelencia que es aquello a lo que apuntan los códigos profesionales. Entonces, en ese sentido, es una cuestión importante.

En el caso de los abogados, un problema es cuáles son los límites que puede manejar el abogado cuando trata de defender los intereses de un cliente. Por cierto, naturalmente, un abogado tendrá que defender esos intereses a diferencia del punto de vista del juez, que a él le pedimos independencia. Al abogado no le puedes pedir independencia, pero si le puedes pedir que defienda los intereses dentro de ciertos límites. Algunas cosas no debería poder hacerlas como por ejemplo el problema del conflicto de intereses, entre otros.

[12] ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. "Dejemos atrás al Positivismo Jurídico". En: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho 27. 2007. pp. 7-28.

[13] HART, Herbert. "Positivism and the Separation of Law and Morals". En: Harvard Law Review 71. 1958. pp. 593-629.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: ELEMENTOS BÁSICOS PARA UNA APLICACIÓN A PAÍSES EN DESARROLLO[*]

Entrevista a Barbara Luppi[**] y Francesco Parisi[***]

El objetivo de un sistema de responsabilidad extracontractual es la distribución eficiente del riesgo. Sin embargo, en la implementación de este sistema existen diversos elementos a tomar en cuenta como, por ejemplo, las diferencias económicas entre países desarrollados y en vías de desarrollo.

La presente entrevista, además de introducir interesantes planteamientos respecto a la aplicación de los sistemas de responsabilidad extracontractual en países en vías de desarrollo, nos muestra los nuevos retos que se presentan en la actualidad sobre la materia.

[*] La presente entrevista fue realizada por Jorge Luis Morelli, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS. La traducción estuvo a cargo de Enrique del Castillo, miembro de THEMIS. Las preguntas fueron elaboradas por la comisión de Contenido.

[**] Doctor en Economía por la Universidad de Bologna y por la London School of Economics. Profesora de Economía Política en la Universidad de Modena y Reggio Emilia. Ha sido profesora visitante de la Escuela de Economía Eitan Berglas de la Universidad de Tel Aviv, Israel y en la Universidad de Minnesota.

[***] Doctor en Derecho por la Universidad de Berkeley y doctor en Economía por la George Mason University. Profesor de Derecho en la Universidad de Minnesota y profesor de Economía en la Universidad de Bologna. Editor de la International Review of Law and Economics, Supreme Court Economic Review, Journal of Public Choice, American Journal of Comparative Law y la Review of Law and Economics. Fue director del Center of Law and Economics de la George Mason University.

1. En países en vías de desarrollo, como el Perú, no es posible aún alcanzar un sistema de responsabilidad extracontractual que cumpla con sus funciones básicas. Por ello, en nuestro país hay muchas personas que piensan que el sistema no logra compensar a las víctimas y no ayuda a distribuir eficientemente los riesgos.

En su opinión, ¿cuáles son las funciones básicas de un sistema de responsabilidad extracontractual?; en ese sentido, ¿cree que hay una función básica que deba ser cumplida primero, para luego enfocarse en las demás? ¿Qué le recomendaría a los países en vías de desarrollo para lograr un sistema de responsabilidad extracontractual eficiente?

BARBARA LUPPI: Básicamente, la parte principal del sistema de responsabilidad extracontractual es la división del riesgo. Así, el sistema de responsabilidad extracontractual asigna la responsabilidad de un agente económico y escoge la regla para compartir la carga de los daños en la economía. Si tuviera que indicar la función principal del sistema de responsabilidad extracontractual, sería que éste tiene que inducir a una eficiente distribución del riesgo en la economía. Por supuesto, esto es importante porque trata de reducir la ineficiencia que surge de las actividades de alto riesgo. Así, básicamente, si yo puedo realizar una actividad riesgosa sin ser penalizado por ello, entonces, no tendré que soportar ningún costo y podré apropiarme de todo el beneficio.

De esta manera, un sistema de responsabilidad extracontractual funciona bien si puede inducir una eficiente colocación de riesgos. Las actividades riesgosas pueden ser valiosas para la economía, así, por ejemplo, se busca distribuir eficientemente los costos de la contaminación entre consumidores y productores. El sistema de responsabilidad extracontractual está diseñado para inducir la eficiencia en la distribución de riesgos; esta sería su función principal.

Acerca de qué tipo de sistema de responsabilidad extracontractual puede ser diseñado aquí, tomando en cuenta a un país en vías de desarrollo, la respuesta es complicada. He trabajado en un próximo artículo, también junto al profesor Francesco Parisi, acerca de la contaminación en los países en vías de desarrollo, y examinamos cómo funciona el sistema de responsabilidad extracontractual en India. Básicamente, nos dimos cuenta de que, respecto a la contaminación, el gobierno indio aplica una regla según la cual el gobierno es responsable por los daños derivados de la contaminación causada por agentes económicos privados. En un nivel local, encajando el ejemplo en el Perú, sería como si la Municipalidad de Lima pudiera ser responsable de la contaminación causada por empresas pequeñas trabajando en Lima. Así, básicamente, si eres una víctima de contaminación en el área de Lima, entonces podrías pedirle a tu gobierno que pague los daños y luego el gobierno podría demandar a la empresa contaminadora en un segundo momento. Lo que descubrimos fue que, en los países en vías de desarrollo, esto podría incrementar la eficiencia, porque en el caso en que un número de agentes económicos que tienen pocos bienes y son básicamente insolventes fueran demandados por daños causados por la contaminación, ellos no pagarían, porque no tienen suficiente dinero. Con sólo imponer este tipo de regla, las municipalidades locales tienen un incentivo para inducir suficiente esfuerzo para prevenir la contaminación. Tiene un impacto positivo. Sin embargo, cuando el gobierno tenga que elegir qué agencias municipales deben monitorear este sistema, encontramos que éstas no podrían monitorear a los grandes agentes porque eso sería ineficiente. Imaginemos el caso de una compañía internacional que contaminara un área, incluso cuando el Estado debe responder por sus daños, y no puede demandarse al agente individual, es posible demandar a la compañía internacional y recibir un reembolso. Las compañías internacionales tienen amplios recursos y pueden pagar, pero este no es el caso para los agentes económicos que son básicamente insolventes. Es cierto que el ejemplo indio no es el mismo que el peruano, pero nos dimos cuenta de que esto es cierto para un cierto número de situaciones, como costos procesales que dependen de la duración de las decisiones de la corte y otros factores que podrían generar un ineficiente funcionamiento del sistema legal.

Considerando otros factores externos o para-legales como la corrupción...

Bueno, soy un economista. Y para los economistas, la corrupción puede ser eficiente. Tenemos esta visión porque descontextualizamos la idea de los problemas morales. Sobornar a un político puede ser eficiente si es posible alinear sus metas a las tuyas. Los economistas están muy alejados de la lógica de la ley, por lo que siempre vemos a la corrupción como una forma de compartir beneficios, es sólo un montón de dinero. Soy un poco escéptica porque siento que nos falta algo de la imagen. La parte interesante de trabajar con el Análisis Económico del Derecho es que las dos disciplinas tratan de juntarse y encontrar un lenguaje común. Pero, cuando intentas alcanzar una descripción de tu modelo, por ejemplo, introduciendo un valor negativo asociado con la corrupción, entonces es difícil hacerlo. En todo caso, terminarás haciendo algo altamente criticable porque estarás modelando el ambiente de una forma más ajustada a tu idea del mundo y no a una idea moral objetiva del mundo.

FRANCESCO PARISI: La primera pregunta que se debe hacer aquí es hasta qué punto son distintos los países en vías de desarrollo de los países desarrollados con respecto a las normas de responsabilidad extracontractual. Las diferencias no son obvias, por lo que la pregunta es ¿existe alguna verdadera diferencia? Sabemos que la responsabilidad extracontractual tiene muchas metas. Ha sido establecido por la doctrina del Análisis Económico del Derecho que no todas pueden ser logradas a la vez, por lo que siempre va a haber un sacrifico. Sólo para mencionar algunos, tenemos los *care incentives* para los causantes de los daños y las víctimas.

Estos son sólo cuatro de muchos otros objetivos de un sistema de responsabilidad extracontractual. Además de incentivos, la responsabilidad extracontractual es costosa y sus normas alternativas también impulsan un costo diferente en el sistema judicial y legal.

Adicionalmente, nos encontramos frente a la aversión al riesgo en la cual podríamos decir que yace una diferencia entre estos países. La normativa de la responsabilidad extracontractual traslada los incentivos. Esto lo hace al trasladar el riesgo de una parte a otra. Veamos.

Lo que ocurre es que cuando se trata de partes adversas al riesgo, trasladar el riesgo de una a otra no es una suma cero: en la transferencia, una parte puede soportar el riesgo mejor que la otra. Así, nos encontramos ante el usual paradigma del *cheapest cost avoider,* quien, en el caso de la aversión al riesgo, será aquél que mejor pueda soportar el riesgo con respecto a la aversión al riesgo. Ahora bien, esto puede tener distintas implicancias. Por ejemplo, compartir pérdidas puede ser también un posible objetivo competitivo de un sistema de responsabilidad extracontractual. El problema con esto es que compartir la pérdida entre las partes usualmente socava los incentivos de tomar precauciones completas por uno u otro, y crea un seguro parcial para una de las partes contra la otra, y el seguro causa problemas.

Existe una vieja idea de Hugo Grocio, que señala: "en lugar de buscar al culpable, mejor miremos las necesidad de las víctimas de recibir una compensación". Este autor identifica al principio de compensación como opuesto al principio de culpa. Ello no significa necesariamente la preferencia de la responsabilidad objetiva sobre la subjetiva, porque lo que ocurre es que en el sistema de la culpa se deja la pérdida donde se produjo, a menos que haya una razón para trasladarla, como la negligencia. Grocio señala que si se empieza tomando en cuenta la necesidad de compensar a las víctimas, entonces se buscará siempre compensarlas, a menos que exista alguna razón por la cual no hacerlo, como, por ejemplo, la culpa de la víctima. Así, lo que plantea es una especie de *strict liability* con una defensa de negligencia contributiva. Pero, ¿qué ocurre si ambas partes actuaron con culpa? Las soluciones posibles –responsabilidad o irresponsabilidad– son igualmente arbitrarias. ¿Por qué se querría dejar toda la pérdida en un lado u otro? Tenemos una forma de repartir la pérdida entre las partes negligentes porque ellas comparten la negligencia, repartimos la pérdida entre las partes basándonos en la negligencia, pero no existe una no-negligencia comparativa o una *strict liability* comparativa.

Ante esta situación, Calabresi plantea la "causalidad comparativa"; es decir, el caso en el que se reparte la pérdida no en base a la negligencia, sino en el costo de contribución a la pérdida. Así, incluso si ninguna parte incurrió en culpa, aún se podrá difundir la pérdida entre ellos, basándonos en el costo de su contribución a la pérdida originada. Hay dos artículos que yo publiqué, uno en 2007 y otro en 2006, sobre este tema. Uno de ellos es "Comparative Causation", publicado en el American Law and Economics Review en 2007 y el otro es "Compensation Principle from Grocio to Calabresi" en el Maryland Law Review. Otro artículo, "Environmental Policy and Environmental Torts for Developing Countries". En ellos desarrollo el tema de India y otros países que han cambiado su principio de "contamina y paga", por uno de "contamina sobre ciertos pagos". La idea es que el gobierno pague y recolecte de los verdaderos contaminantes. Pero, ¿cuáles son los incentivos creados cuando igualas las pérdidas de los gobiernos locales y luego obligas a lo gobiernos locales a recolectar de los verdaderos contaminantes? Los incentivos para monitorear a los contaminadores desde el gobierno local.

2. ¿Cuál considera que sea el rol que deba conseguir el seguro en un sistema de responsabilidad extracontractual? ¿Es este rol diferente en los países en vías de desarrollo?

LUPPI: Las empresas de seguro privado tienen un rol que puede ser análogo a la regla de la responsabilidad, con la diferencia que éstos lo hacen en el mercado. Cuando compras un seguro, estás tratando de encontrar tu regla de balance óptimo, alcanzando tu idea de distribución de riesgo óptimo. Si eres completamente adverso al riesgo, comprarás una cobertura completa; si no eres para nada adverso al riesgo, no comprarás cobertura y todo lo que quede en medio será encontrado en un complejo contrato de seguro.

El mercado de seguros tiene un rol importante en los países desarrollados porque los mercados son mucho más avanzados. Puedes encontrar contratos mucho más complejos en Europa o Estados Unidos en los que los sujetos están asegurados contra cualquier contingencia posible.

Además, en dichos países el mercado de seguros tiene básicamente un rol más importante, porque la gente puede pagarlos.

PARISI: Si puedes distribuir la pérdida a través de la responsabilidad extracontractual, entonces puedes poner un menor peso en el seguro. Pero los países en vías de desarrollo pueden tener agentes con menores presupuestos, por lo cual se estaría lidiando, por un lado, con la aversión al riesgo, que es muy alta, y, por el otro, con la solvencia. Y aquí hay que hacer un sacrificio. Presupuestos pequeños implican mayor aversión al riesgo, lo que lleva a una mayor precaución. Presupuestos pequeños también implican que para grandes pérdidas, habrá insolvencia y, por ello, una incapacidad para pagar los daños, lo que significa menores incentivos para tomar precauciones. Es así que se terminan generando distorsiones: demasiadas precauciones para pequeñas pérdidas y muy pocas precauciones para grandes pérdidas, exactamente la situación opuesta a lo que se busca. Por ello, en estos casos el seguro puede servir como una interfase para transferir incentivos a los verdaderos pagadores. No es una respuesta fácil, pero definitivamente el rol del seguro en los países en vías de desarrollo está presente, aunque tal vez tenga un papel muy distinto al que tiene en los países desarrollados.

3. Muchos autores consideran que la regla objetiva debe ser usada en la responsabilidad extracontractual en lugar de la subjetiva. En su opinión, ¿cuál acercamiento es más adecuado a los propósitos de esta disciplina?

LUPPI: Creo que tenemos que elegir un estándar endógeno de cuidado que refleje las características de la población, lo que significa que, en cierto modo, la consistencia debe fijar las reglas subjetivas. Esto no significa que la regla deba estar fijada sobre la base de un solo individuo, dejando las consideraciones del resto de la población de lado. En nuestro artículo "Overconfidence", proponemos un nivel de debido cuidado estándar endógeno, donde puedas fijar el nivel óptimo de cuidado sobre la base del exceso de confianza promedio que es transmitido en la población. Así, no considero que un individuo pueda procesar información como el ser humano promedio lo haría, pero lo que sí puedo tomar en consideración es que la persona promedio tiene exceso de confianza y, así, puedo estimar cuán excesiva es esta. De esta manera, cuando el individuo deba enfrentarse a la decisión de una corte, debería poder evaluarla sobre la base de la persona promedio, no en la consideración de las características individuales. De otro modo, todos tendrían un incentivo para copiar el exceso de confianza mayor que el promedio. Hay un gran artículo sobre el tema del estándar endógeno desarrollado por el profesor Gómez de Barcelona desde un punto de vista distinto.

PARISI: Si nos referimos a la culpa objetiva como opuesta a la culpa subjetiva, como en el caso de si un individuo discapacitado debe ser evaluado respecto al estándar de la persona promedio, en contraste con el discapacitado promedio, entonces, desde un punto de vista económico, es preferible una visión subjetiva, en tanto el costo de la prevención sea distinto de individuo a individuo. La prevención de una persona mayor puede ser más costosa que la prevención realizada por una persona joven. Por otro lado, siempre hay un límite a la medida hasta la que se quiera subjetivizar. Así, si una persona es descuidada, ¿debería estar sujeto al estándar de las personas descuidadas o lo estaríamos forzando a no ser descuidado y ser una persona promedio? Así, hasta la medida en que las características subjetivas son exógenas, éstas no pueden ser tocadas, por lo cuál sería preferible una culpa objetiva. Porque, si eres descuidado, y puedes probarte a ti mismo que no lo eres, entonces se prefiere el criterio objetivo.

El artículo que presentamos ahora, "Over-confindence in Tort Law" se enfrenta exactamente con este problema: hasta qué medida se quiere tratar a todos como racionales, incluso cuando el 97% de la gente piensa que son mejores conductores que el promedio, siendo ello una imposibilidad matemática. Es por ello que surge la pregunta: ¿queremos obligar a la gente a convertirse en realistas o queremos a la gente por lo que son, con sus propias limitaciones y trabajar con la ley para mitigar ese problema? Lo que sugerimos fue que la mejor manera de lidiar con este problema era olvidar el exceso de confianza. Así, si una persona piensa que es un mejor conductor y causa un accidente por ello, no hay problema, no es responsable. Y la razón de ello radica en que se puede transferir la carga a las víctimas. De esta manera, las víctimas sabrán que los conductores tienen un exceso de confianza y se alejarán cuando vean que uno se acerca demasiado.

4. En el artículo que coescribió, "Optimal Remedies for Bilateral Contracts", usted argumenta que los contratos bilaterales pueden ser preferibles sobre distintos contratos unilaterales debido a una serie de incentivos enfrentados en cada caso por las partes. ¿Cuál es la relación entre promesas recíprocas en contratos bilaterales y la diferencia que tienen con dos promesas unilaterales? ¿Qué incentivos harían que un contrato bilateral sea preferible? En todo caso, ¿en qué se diferencian los remedios aplicables a cada tipo de contrato o cuáles son las diferencias que deberían tener?

LUPPI: Siempre se puede elaborar un contrato bilateral como la suma de dos contratos unilaterales.

Ambos producirán los mismos incentivos sólo en un caso: básicamente, cuando el valor de los dos cumplimientos sea independiente.

Si hacemos promesas recíprocas pero el valor de cada promesa es independiente, entonces tener dos contratos unilaterales o un contrato bilateral tiene el mismo resultado. A esta situación la llamamos el caso de la independencia. Éste es definido por la relación entre el valor de las promesas recíprocas cuando estos valores sean independientes.

Ahora bien, en el caso de los contratos bilaterales, existen cumplimientos interdependientes. Si elaboro un contrato bilateral, es mucho más sencillo llegar a la eficiencia porque cada vez que celebre el contrato, debo tomar en consideración el hecho de que mi incumplimiento afectará tu anterior valor y yo internalizaré esta externalidad porque estoy uniendo el valor de ambas prestaciones en un solo contrato bilateral. Por el contrario, si elaboro el contrato como la suma de dos contratos unilaterales, no internalizaré la externalidad que he impuesto a la otra parte; por ello, terminaré haciendo un menor esfuerzo del que es óptimo. La contraprestación tiene un valor que está unido al de mi prestación. Si no recibo la contraprestación, el valor de mi prestación se ve reducido y se generan costos organizacionales o de reputación.

PARISI: Las promesas bilaterales funcionan mejor cuando el valor de las prestaciones es interdependiente. Así, por ejemplo, si somos dos coautores, yo tengo que escribir los primeros cinco capítulos del libro, y mi coautor tiene que escribir los últimos cinco. El valor de los primeros cinco capítulos depende de si es que los otros cinco existen y cuán buenos son. Así, en este caso, el valor de las prestaciones es interdependiente. Pongamos, por ejemplo, al organizador de un concierto y un cantante. Yo prometo organizar el concierto para ti si tú prometes venir a cantar. El planeamiento del concierto no tiene valor si es que no te presentas y mi canto no tiene valor si no hay concierto organizado. Es así que, en este tipo de situaciones, un contrato con obligaciones bilaterales es preferible sobre un contrato con obligaciones unilaterales.

El contrato bilateral, tomando en cuenta los remedios que tiene, es superior. La principal razón para ello es que al hacer un mayor esfuerzo, se aumenta la probabilidad de obtener un buen resultado e internalizar parte de ese beneficio. Además, el contrato bilateral tiene ciertos remedios legales que le son aplicables, como la excepción de incumplimiento, la cual señala que si hay un incumplimiento unilateral, la parte que no ha incumplido puede incumplir su prestación; y la regla de preclusión, que dice que si ambas partes han incumplido, ninguna puede recibir la prestación de la otra. Así, si incumples un contrato, no puedes demandar a la otra parte porque el demandante no puede haber incurrido en culpa. Estas reglas se aplican únicamente a las promesas bilaterales. No se pueden aplicar a las promesas unilaterales, porque en ese caso ya se está cumpliendo una de las prestaciones y por ello no puede haber un incumplimiento bilateral.

Dichos remedios, por sí mismos, crean distorsiones y el artículo señala por qué. La excepción de incumplimiento presenta una segunda amenaza: la primera es la amenaza de los daños; y, la otra, es la amenaza de eliminar el beneficio de la contraprestación de la otra parte. Esto crea una amenaza excesiva, y la preclusión también crea una distorsión.

Lo que demostramos es que, si bien en teoría estos remedios crean distorsiones, ellos sirven para corregir otros problemas de la vida diaria. Estos problemas son la insolvencia, los errores judiciales y los costos legales. Esto también tiene implicancias comprobables en los países en vías de desarrollo, en situaciones en las que las partes tienen presupuestos pequeños o hay más posibilidades de que sean insolventes. En estos casos se usa al cumplimiento como un rehén, como una ventaja, y por ello, si una de las partes es insolvente, la única forma de celebrar un contrato es utilizando un acuerdo bilateral.

5. En su opinión, ¿cuándo es eficiente para ambas partes incumplir un contrato bilateral? ¿Cómo los remedios óptimos en este tipo de contratos ayudan a reducir los costos de transacción?

LUPPI: Siempre será eficiente incumplir cuando puedes disponer de otro modo tu prestación a un mayor precio. Supongamos que prometo venderte mi auto y tú puedes pagarme diez mil dólares; entonces, firmamos un contrato y luego yo encuentro un comprador que me ofrece veinte mil dólares. ¿Qué debería cumplir?, ¿pago los daños que te cause y le vendo el bien a la otra persona? En nuestro sistema, nosotros no elaboramos el incumplimiento de manera explícita, porque asumimos que el contrato fue un contrato eficiente. Hay que tener en cuenta que existe esta idea de que sólo se celebran contratos que son eficientes, sin embargo, sólo es posible hacer esta suposición cuando el valor de mi cumplimiento es cierto. Pero, supongamos que celebras un contrato en el que el valor de tu cumplimiento es incierto; entonces es posible que hayas celebrado el contrato con una persona que lo valora menos; además, luego descubres que tu cumplimiento vale más que el precio que han acordado y eso es eficiente para el incumplimiento.

Si miras a las prácticas comerciales, por ejemplo, en Italia tenemos a grandes productores de zapatos y

hay un número de estos empresarios en Rusia, y los empresarios rusos tienen una mala reputación respecto a su habilidad de pagar. La práctica comercial impone a los compradores rusos a pagar la mitad de los bienes antes de la producción, y la segunda parte antes de la entrega; ellos deben cumplir antes de recibir los bienes, de otro modo, ningún productor italiano de zapatos contrataría con ellos.

PARISI: En una situación en la que el valor del cumplimiento es estrictamente interdependiente, si sabes que el organizador del concierto no lo va a organizar, entonces tú no te preparas para actuar. De igual modo, si sabes que el cantante no va a aparecer, no organizas el concierto. Los sistemas legales lidian con este problema a través la regla de la mitigación. Si sabes que va a haber un incumplimiento, tienes el deber de mitigar tus pérdidas. Así que si te has enterado que el cantante viajó a Hawai o no va a regresar para el concierto, entonces sería mejor que no continúes organizándolo. Haces lo que sea mejor para mitigar la pérdida. Creo que es una regla que se aplica tanto a contratos bilaterales como unilaterales y no hay nada peculiar en los contratos bilaterales que no pueda remitirse a este problema.

6. Los costos de transacción involucrados en la negociación *ex ante* pueden convertirse en un incentivo que haga que las partes involucradas en el contrato opten por una renegociación *ex post*. ¿Cuándo considera que cada alternativa es más eficiente? Considerando que la aversión al riesgo es un factor importante en la negociación del contrato, ¿cuáles cree que pueden ser los riesgos involucrados en cada elección?

LUPPI: Responderé con un ejemplo. Supongamos que tengo un contrato en el que el valor del cumplimiento es cierto, de modo que podríamos tener un incumplimiento eficiente. Para poder evaluar la eficiencia del incumplimiento, debería tomar en cuenta los costos de transacción que enfrentaré después de mi incumplimiento. Digo esto porque cuando estás tomando una elección eficiente, tu elección *ex ante* y *ex post* deben coincidir.

Así, básicamente, si eres un agente económico perfectamente racional, entonces tienes que considerar tu costo de transacción *ex ante* de la negociación, de modo que puedas tomar una decisión de incumplimiento eficiente y que puedas responder por qué es una decisión eficiente, considerando que el nivel de cuidado que has tomado en la etapa cero es eficiente. En la economía nos gusta ser consistentes, así que lo que hagas *ex ante* debería "alimentar" a lo que harás *ex post*. Si fallas en hacerlo, entonces has tomado una decisión ineficiente. Incluso existen una serie de modelos de conducta que siempre fracasan al intentar tomar una decisión eficiente en elecciones intertemporales. Así, la persona que soy ahora no será la misma mañana, lo cual es una forma distinta de ver el mismo tema.

PARISI: Puedo ver el sacrificio. Con la aversión al riesgo, tú quieres decir *ex ante* más que lo contrario. Así, creo que la aversión al riesgo inclina la balanza lejos de la renegociación hacia especificaciones *ex ante*. Esto es algo que estoy pensando por primera vez. No creo que la aversión al riesgo pueda tener una influencia sobre el balance entre especificaciones *ex ante* y renegociación *ex post*. Así, básicamente, la negociación del contrato cumple una función de aversión al riesgo.

7. ¿Se puede decir que los países de América Latina, especialmente el Perú, aún son percibidos por el Primer Mundo como una zona legal o contractualmente inestable? ¿El hecho de que algunos de estos países, como el Perú, hayan logrado una decente, si no óptima, defensa contra la crisis internacional (en términos de balance entre la ley y la economía) tiene algo que ver con la forma como el mercado peruano atrae agentes económicos?

LUPPI: Creo que América Latina sufre mucho a causa de la inestabilidad política. Creo que existe la idea de que algunos de los países de América del Sur han tomado políticas económicas más razonables, sin embargo, podría apostar que una persona promedio en Italia cree que vives en un país inestable, probablemente por culpa de la ignorancia común.

Esto ha aumentado la percepción del riesgo. Italia tiene una historia de inversiones privadas en el mercado y nosotros tenemos un mercado financiero bastante pequeño en Europa, alrededor del 1% del total de transacciones del mundo. Los italianos son vistos como gente que invierte en bonos públicos o bonos del gobierno, lo que significa que hay una mayor aversión al riesgo. Son conocidos por ser buenos ahorradores que invierten en casas o bonos del gobierno. Después de la decisión de ingresar a la Unión Europea y adoptar el euro como moneda, el pago interestatal por los bonos cayó, por lo que se terminó invirtiendo en bonos para actividades más pequeñas. Se ha empezado a invertir un poco más en mercados financieros y bonos de otros países, como Argentina, pero, a pesar de ello, esas inversiones se han realizado sin ningún conocimiento financiero sobre eventos de riesgo.

PARISI: En lo que respecta a las transacciones

comerciales, no creo que los sistemas legales tengan mucho que ver con la confianza en los países en vías de desarrollo. En cuanto al nivel de corrupción, éste es independiente de los sistemas legales. Pueden existir altos o bajos niveles de corrupción en sistemas del *Civil Law* tanto como en sistemas del *Common Law*. Creo que hay un factor mucho más importante que la tradición legal misma y, por supuesto, el nivel de riqueza y la incertidumbre del nivel de insolvencia. Si hay una correlación, en sí misma, entre el origen legal y la corrupción, entonces esa es otra historia. Lo que tenemos aquí realmente es la situación de la corrupción más que el origen legal, aunque, puede llegar a confundirse este tema por creer que podría haber una correlación entre la tradición legal y la corrupción resultante.

8. Finalmente, ¿cuál es su impresión general sobre el Derecho Civil peruano y cómo considera que el Análisis Económico del Derecho puede contribuir con él?

PARISI: El rol del Análisis Económico del Derecho aquí es tan importante como en Italia u otro sistema legal orientado por la tradición. Tengo grandes esperanzas sobre el rol del Análisis Económico del Derecho en Italia hasta el punto de que por los últimos ocho años he tenido una asignatura conjunta sobre este tema en universidades italianas, primero en Milán y ahora en Boloña. Por ello, tengo las mismas expectativas positivas sobre el Perú. En este momento todo apunta en esa dirección.

ASTUCIA, IRRACIONALIDAD E ILUMINACIÓN

Reseña por Freddy Escobar Rozas[*]

Me es difícil leer un solo libro a la vez. Por eso, usted encontrará en estas páginas una breve referencia de los tres libros que estoy terminando de leer: "Cunning", "Predictably Irrational: The Forces That Shape Our Decisions" y "The Roads to Modernity: The British, French and American Enlightenments". Espero que sean de su interés.

[*] Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Univerisdad Católica del Perú. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard. Socio de Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados.

Don Herzog
"CUNNING"

"*Cunning*" (Princeton University Press, 2006), escrito por Don Herzog (A.B., Cornell University; A.M. y Ph.D., Harvard University), es un libro maravilloso por varias razones. Primero, porque trata sobre la astucia; cualidad que seguramente todos quisiéramos poseer. Segundo, porque, a través de un discurso argumentativo que constantemente sorprende, demuestra que muchas veces el astuto es ese al que creemos sorprendido, engañado y hasta humillado por quien se considera listo (¿realmente Penélope fue astuta? ¿no fueron más bien sus pretendientes, que tuvieron comida, alojamiento y esclavas gratis, los astutos?). Tercero, porque emplea de manera armónica un conjunto de herramientas multidisciplinarias (Psicología conductual, Filosofía moral, Economía, etc.) para explicar el comportamiento de los individuos en general y el de los astutos en particular. Y, cuarto, porque, en lugar de juzgar y condenar, simplemente intenta comprender.

El estilo de Herzog es fascinante: se sirve de personajes históricos reales (Machiavello, Benedicto XIII, Hobbes) y ficticios (Homero, Satán); viaja por el pasado y el presente como si no existiesen barreras temporales de por medio; mezcla sabios, artistas, vendedores de autos y asesinos para descubrir en ellos los mismos lados oscuros y claros; y regala frases que resumen de manera sencilla reflexiones que pueden llegar a ser bastante densas ("*An estranger may cheat on you, but only an intimate may betray you.*").

Si usted está interesado en el litigio o en la negociación, este libro le puede servir como paradigma de la argumentación, pues sus páginas están llenas de recursos destinados a relativizar (a veces con drama, a veces con comedia) conceptos, tendencias y actitudes que usualmente consideramos correctas.

Dan Ariely
"PREDICTABLY IRRATIONAL: THE FORCES THAT SHAPE OUR DECISIONS"

"*Predictably Irrational: The Forces That Shape Our Decisions*" (HarperCollins, 2009), escrito por Dan Ariely (B.A., Tel Aviv University; M.A y Ph.D., University of North Carolina; Ph.D. Duke University), es un libro desafiante, impredecible e hilarante. Sus páginas están dedicadas exclusivamente a demostrar que en muchos casos las personas se comportan de manera irracional. Para ello, Ariely y su equipo de colaboradores (entre los que se encuentra el reconocido economista George Loewenstein) realizan diversos experimentos relacionados con situaciones de la vida ordinaria. En todas esas situaciones, Ariely detecta la existencia de variables que, a pesar de parecer poco significativas, generan cambios en las decisiones de las personas. Esos cambios no coinciden con el resultado que predice la teoría económica tradicional.

Los experimentos efectuados por Ariely y sus colaboradores son, en mi opinión, convincentes. Hace varias semanas reproduje algunos de esos experimentos y encontré las mismas tendencias irracionales que Ariely analiza (para mayor información, usted puede visitar mi *blog* "Contra la Corriente" y seleccionar el post "El Alto Costo del Costo Cero - Sthanam Sthanam Dasa Gunam"[1]).

A diferencia de otros libros sobre *Behavioral Economics* (por ejemplo, "*Nudge*", Yale University Press, 2008, de Cass Sunstein y Richard Thaler), el libro de Ariely no sugiere la implementación de política regulatoria alguna que tenga por objeto influir en las decisiones de las personas. Su ambición es más modesta: que cada uno se dé cuenta de los errores que comete y trate, si quiere, de evitarlos.

El libro muestra a un académico lucido y con dominio absoluto de herramientas sofisticadas; pero también muestra a un hombre sencillo, ocurrente y optimista. Esto hace que mi admiración por Ariely sea doble (profesional y personal); pues no es fácil sonreír a la vida después de haber sufrido quemaduras de tercer grado en el setenta por ciento del cuerpo y estar internado durante tres años en un hospital usando máscaras y vendas en todo el cuerpo.

Si usted está interesado en la estructuración o negociación de contratos, o simplemente en la mejor administración de los recursos humanos, este libro le puede servir como guía para no cometer ciertos errores en el proceso de toma de decisiones.

Gertrude Himmelfarb
"THE ROADS TO MODERNITY: THE BRITISH, FRENCH AND AMERICAN ENLIGHTENMENTS"

"*The Roads to Modernity: The British, French and American Enlightenments*" (Vintage Books, 2004), escrito por Gertrude Himmelfarb (B.A., Cambridge University; Ph.D. University of Chicago), es un libro denso, pero bello, pues gira en torno a la

[1] ESCOBAR ROZAS, Freddy. "El Alto Costo del Costo Cero (Sthanam Sthanam Dasa Gunam)". Publicado el 27 de mayo de 2010. http://www.enfoquederecho.com/?q=node/360 (visitado el 21/07/10 a las 11:30).

iluminación y, por ende, en torno a la filosofía pura, la filosofía moral y la filosofía política. Lo que diferencia a este libro de otros que tratan el origen y desarrollo de la iluminación; es el análisis comparativo que contiene respecto de los procesos llevados a cabo en Francia, Inglaterra y Estados Unidos. A pesar de tener conexiones innegables (rechazo al orden promovido por la autoridad divina), los referidos procesos difieren notablemente entre sí. El proceso francés, abstracto y dialéctico, gira en torno a la razón. Los procesos británico y norteamericano, en cambio, giran en torno a la virtud social y a la libertad política, respectivamente. No prescinden de la razón; simplemente la usan para determinar qué es lo mejor para el grupo social, por lo que, a diferencia del proceso francés, estos últimos procesos no consideran que la razón constituya un fin en sí mismo.

¿Por qué estos procesos difieren entre sí? Himmelfarb ensaya una tesis que encuentro razonable: la diferencia del contexto social. Francia se encontraba dominada por el poder monolítico de la Iglesia Católica, por lo que necesitaba un discurso subversivo y destructor que posibilite el proceso de reforma. Inglaterra, en cambio, no estaba socialmente dominada por el poder monolítico de una sola iglesia, por lo que, en lugar de un discurso subversivo, necesitaba un discurso conciliador de las diferentes tendencias aceptadas en el núcleo social. Por esta razón, mientras los pensadores franceses consideraron que sólo la razón podía desmontar una estructura religiosa sólida y poderosa, los pensadores ingleses consideraron que sólo el bien común podía armonizar las diversas estructuras religiosas alojadas en el seno social.

El diferente enfoque de estos procesos de iluminación tiene, en mi opinión, relación directa con el modo de concebir el rol y el funcionamiento del *Civil Law* (que se basa en conceptos abstractos que operan en función de razonamientos lógicos y formales) y el *Common Law* (que se basa en políticas específicas que buscan maximizar el bienestar social). Si usted está interesado en descubrir las bases filosóficas de los dos grandes sistemas legales occidentales, este libro le puede servir para iluminar algunos de sus aspectos fundacionales.

Ugo Mattei y Laura Nader

EL SAQUEO: RÉGIMEN DE LEGALIDAD Y TRANSFORMACIONES GLOBALES*

Reseña por Rómulo Morales Hervias**

El libro que comentaré se publicó en el 2008 en la lengua inglesa[1] y fue escrito por Laura Nader[2] y Ugo Mattei[3]. He leído la versión italiana y estoy convencido de la existencia de varias verdades ocultadas intencionalmente por quienes ostentan el poder político y económico. A continuación indicaré algunas ideas centrales del libro.

* "Il saccheggio: Regime di legalità e trasformazioni globali". Milan: Bruno Mondadori. 2010. Traducción del inglés de Anna Maria Poli.

** Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad di Roma "Tor Vergata". Diplomado en Derecho Romano y en Derecho de los Consumidores y de la Responsabilidad Civil por la Universidad di Roma "La Sapienza". Doctorando en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de las facultades de Derecho de la PUCP y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 MATTEI, Ugo y Laura NADER. "Plunder: When the rule of law is illegal". Oxford: Blackwell Publishing. 2008.

2 Profesora de antropología jurídica por la Universidad de California (Berkeley).

3 Profesor de Derecho Civil por la Universidad de Turín y de Derecho Internacional Comparado por la Universidad de California (Hastings). Es Coordinador Académico de la Internacional University College.

En la introducción a la edición italiana, el profesor Mattei asevera que el derecho ha sido y es utilizado para administrar, sancionar y sobre todo justificar la conquista y el saqueo occidental. Este continuo e ininterrumpido saqueo provoca la desigualdad global. Los autores –nos dice Mattei- describen en el tiempo y en el espacio el régimen de legalidad como estructura institucional y proyecto cultural profundo que naturaliza la disparidad económica haciéndola resistente e inmutable. El régimen de legalidad constituye un proyecto político y cultural de tutela de la acumulación privada. Los autores demuestran que el régimen de la legalidad es un proyecto de dominación del más fuerte en relación al más débil, una verdadera y propia ley del más fuerte, donde, mediante diversas estrategias culturales y profesionales, radica profundamente la superioridad del primero y la inferioridad del segundo. Un proyecto de dominación constituye una poderosa construcción de hegemonía, persuadiendo a las víctimas de la benevolencia de los saqueadores. Los autores elaboran una crítica del régimen de la legalidad desde una visión histórica-antropológica. La tesis fundamental del libro es la estructural compenetración del régimen de la legalidad con el saqueo.

Es necesario señalar dos definiciones que son importantes para los autores del libro. Me refiero al saqueo y al régimen de legalidad.

El saqueo es la inicua repartición de los recursos comunes garantizada por el derecho a favor de los fuertes y en contra de los débiles. La noción de saqueo incluye una serie de prácticas diversas como desde la captura de los esclavos hasta la extracción de oro y otros recursos lejanos en las "tierras de nadie", prácticas que desde mucho tiempo fueron consideradas ilegales por las leyes internas e internacionales. Se trata de un robo, es decir, de una actividad decididamente censurable desde un punto de vista moral, ya que la búsqueda de ganancias no tiene en cuenta los intereses, los derechos y las necesidades de los otros seres humanos o grupos más débiles.

El régimen de legalidad tiene dos significados que no hacen formalmente referencia al saqueo. En el primer significado, el régimen de la legalidad se refiere a la protección de los derechos de propiedad de las intervenciones estatales y a la garantía de las obligaciones contractuales. Este es el significado invocado por los hombres de negocios occidentales que quieren invertir en el exterior. El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional consideran que las escasas inversiones efectuadas por países ricos en los países pobres se justifican por la falta de un régimen de legalidad. El segundo significado se refiere a la tradición política liberal según la cual la sociedad deberá ser gobernada por la ley y no por la voluntad de un ser humano. En efecto, la ley es impersonal, abstracta y justa porque viene aplicada indistintamente a todos los miembros de la sociedad. El régimen de la legalidad es el nervio de una ideal economía del mercado.

El régimen de legalidad ha sido exportado mediante tres modelos. El primer modelo es aquél de la instauración de un dominio de tipo colonial o imperialista mediante la imposición del derecho mediante el uso de la fuerza armada. Dos ejemplos claros son la imposición de Napoleón del Código Civil francés en Bélgica al inicio del siglo XIX y del General MacArthur de una serie de reformas jurídicas basadas en el modelo norteamericano en Japón al finalizar la segunda guerra mundial. Un segundo modelo es una forma de imposición "condicional", en el sentido que la aceptación un sistema de leyes extranjeras no se hace totalmente libre. Los países interesados son persuadidos de adoptar las estructuras jurídicas correspondientes a los estándares occidentales bajo sanción de ser excluidos de los mercados internacionales. Este modelo es seguido por los ex países socialistas y los países en vías de desarrollo por recomendaciones del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional. El tercer modelo consiste en la difusión mediante el prestigio. Un complejo fenómeno de admiración institucional lleva a la recepción de un sistema jurídico. Según este modelo, el proceso de modernización requiere complejas técnicas jurídicas y estructuras institucionales las cuales son importadas voluntariamente por admiración. Todos los países en el desarrollo de su sistema jurídico han "importado" el derecho occidental reconociendo su propia "inferioridad" jurídica. Turquía en la época de Atatürk, Etiopía en el tiempo de Hailé Selassié y el Japón en la restauración Meiji son ejemplos modernos.

De lo señalado, el saqueo y el régimen de la legalidad se relacionan. Los autores afirman que el régimen de legalidad, interno e internacional, es utilizado para justificar el saqueo y los abusos sobre los más débiles. Así por ejemplo, la lucha moderna para obtener el control de las áreas ricas de petróleo en Asia Central y en Irak es camuflada por la necesidad de exportar la democracia y el régimen de la legalidad. El régimen de legalidad disimula su conexión con el saqueo. Esta relación es inevitablemente hipócrita y por ello constituye un deber civil clarificar las relaciones entre el saqueo y el régimen de legalidad para reconstruir una civilidad del derecho y para sostener de un modo más radical y revolucionario la necesidad de abandonar el actual modelo de "desarrollo".

Los autores aseveran que la retórica del régimen de la legalidad impide a muchos comprender que, en la estructura del desarrollo capitalista, los ricos son ricos porque los pobres son pobres, y en este punto, para el bien de nuestro planeta, sería necesaria una radical redistribución de los recursos y un drástico cambio de la estructura

institucional que hace posible el funcionamiento de este modelo de "desarrollo" suicida. Los ricos y los pobres tienen estilos de consumo insostenibles y que están llevando a nuestro planeta a la destrucción. En un mundo con pocos recursos, hay un límite a la acumulación privada que debe ser respetado y quien es rico no puede serlo más allá de aquél límite. Los recursos en este planeta son escasos pero sería más que suficiente para garantizar a todos una vida digna si la ley obligase a los ricos respetar aquellos límites.

Finalmente, el Derecho y la Economía se unen para justificar la relación entre saqueo y el régimen de la legalidad. El Derecho debe ser avalorativo, eficiente y debe desarrollar una función de estímulo en lugar de control de las transacciones. El Derecho debe ser un *market friendly*, o limitarse a proteger los derechos de propiedad, la libertad del contrato y las empresas.

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.

EDICIÓN DE DISCOS COMPACTOS DE DERECHO REGULATORIO

Luego del éxito obtenido con los discos compactos de Los 25 mejores artículos de Análisis Económico del Derecho y Los 25 mejores artículos de Derecho Reales & Garantías, THEMIS lanzó al mercado la selección de Los 25 mejores artículos de Derecho Regulatorio publicados en **THEMIS-Revista de Derecho**, compilados por los doctores Jorge Danós Ordóñez y Juan Carlos Morón Urbina.

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 Claudia Isabel Lazarte Abarca (Directora), Mariano Peró Mayandía (Director), Guillermo Arribas Irazola, Sebastián León Saavedra, Jorge Luis Morelli Ferreyros, Rodrigo Rabines Matta y Gloria Zubizarreta Rondón.

Miembros honorarios de la Asociación Civil THEMIS

Luis Abramovich Ackerman • Carmen María Accinelli Obando • Luis Enrique Adrianzén Trint Ursula Afán Castillo • Edgar Aguirre Ramos • Guillermo Francisco Alarcón Zubiaurr • 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 • Cristina Arizmendi Bellido-Tagle • Arturo Arróspide Villarán • Patricio Ato del Avellanal Carrera • Carolina Awapara Penalillo • Álvaro Ayllón Bondy • Cecilia Azerrad Urrutia • Inés Baca de la Piedra • Juan Luis Balarezo Revilla • Fabiola Baquerizo Micheline • Alonso Barreda Ayllón • Jorge Gonzalo Barrionuevo Alba • Ana Cristina Barrionuevo Luna • Manuel Barrios Arbulú • María Rebeca Barrón Rodríguez • Sebastián Basombrío Dughi • Ariana Bassino Balta • Jack Batievsky Spack • Pamela Battifora del Pozo • Andrés Bayly Letts • Carmen Luisa Bedoya Eyzaguirre • María del Carmen Bedoya Valdez • Alberto de Belaunde de Cárdenas • Javier de Belaunde de Cárdenas • Maria Lucía Bellido Bertie • Úrsula Ben-Hammou Novoa • Francisca Benavides Roose • Ximena Benavides Reverditto • Carla Bengoa Rojas • Licy Benzaquén Gonzalo • Fernando Berckemeyer Olaechea Gonzalo Bernal Neumann • Gabriela Bernales Wuan • Luis de Bernardis Llosa • Maria Cecilia Blume Cillóniz • Iván Blume Moore • Gonzalo Bonifaz Tweddle • Costanza Borea Rieckhof • Lorena Borgo Hannach • Beatríz Boza Dibós • Guillermo Bracamonte Hinostroza • 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 Olaechea • Fernando Cantuarias Salaverry • Federico de Cárdenas Romero • Christian Armando Carvajal Valenzuela • Diego Carrión Álvarez-Calderón • Carlos Casabonne Stoehssel • 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 Carolina Chipollini Román • 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 Cotera Solano • Juan Carlos Crisanto Vargas Pablo Cueto Saco • Vera Czichowsky Hinterseer • Jorge Dajes Fleishman • Joanna Dawson Pendavis • Chantal Deleplanque Sánchez • 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 Olaechea • Juan Antonio Egüez Toledo • Inés Elías Dupuy • Ricardo Elías Puelles Alessandra Espino Beltrán • Walter Esquivel Valera • Enrique Felices Saavedra • Enrique Ferrand Rubini • Arturo Ferrari Carrasco • Cristina Ferraro Delgado • Verónica Ferrero Díaz • Pamela Ferro Cornejo • Fernando de la Flor Koechlin • 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 Belaunde • 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 Marianyi Mariella del Carmen Hernández Valencia • Fernando Hesse Alfageme • María José Higueras 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 María de la Jara Plaza • 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

Claudia Isabel Lazarte Abarca • Elsa Marina Lazarte Zabarburú • Denise Ledgard Antúnez de Mayolo • Sebastián León Saavedra • Nicolás Lerner Von Mallinckrodt • Eliana Gisella Lesem Guerra Julián Li Díaz • Alejandro Lira Peschiera • Francisco Lira Miró Quesada • Isabel Lira Miró Quesada Beatriz Llanos Cabanillas • Mónica Llosa Gastañeta • Alejandra Llosa Parró • 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 • Kiana Maggiolo Cook Alejandro Manayalle Chirinos • María Teresa Marroquín Manrique • Mercedes Martínez Meza • Juan José Martínez Ortíz • Úrsula Martínez García • Giuseppe Marzullo Carranza • Verónica Maseda Beaumont • Paola Massa Belaunde • Giorgio Massari Figari • Fernando del Mastro Puccio • 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 Panez Miguel Morachimo Rodríguez • Elva Morán Rodríguez • Andrea Morelli Ferreyros • Jorge Luis Morelli Ferreyros • Pablo Mori Bregante • Vasco Mujica Roggero • Ítalo Muñoz Bazán • Milagros Muñoz Bazán • Jaime Mur Campoverde • Manuel Núñez Farfán • Mónica Núñez Salas • Mariana Negri Mendiola • Manuel Noya Sarmiento • Raúl Ñato Zevallos • Cecilia O'Neill De la Fuente Diego Ocampo Acuña • Lucía Olavarría Salinas • Pilar Olavide Galdós • Pia Gabriela Olea Ubillús • Pilar Oliva Rocca • Antonio Olórtegui Marky • Bernando Ortega Malatesta • Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea • Andrés Osterling Letts • Giselle Pacheco Guillén • Rodrigo Padilla Philipps • Alvaro Palao Carrera • Xavier 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 Nevon • Diego Pérez Terry • Mariela Pérez-Costa Piscoya • Luz María Pérez-Garland Gamio • Alejandro Peschiera Bonifaz • Renato Piazzón Falcone • Noé Fernando Nicolás Piérola Castro • Antonio Pinilla Cisneros • Pilar Pizarro Bustamante Alfredo Polo Gálvez • Milagros de Pomar Saettone • Vladimir Popov • Andrea Portaro Pancorbo José Miguel Porto Urrutia • Diego Portocarrero Koechlin • Stefany Porudominsky Rotstain • Patricia Pow-Sang Tejada • Rafael Prado Bringas • Manuel Fabricio Privat Colla • Luis Guillermo Puelles Olivera • Rafael Puiggros Aramburú • Flavia Queirolo-Nicolini Pflucker • 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 • Eduardo de Rivero Santana • Carla Rizo-Patrón Labarthe • André Robilliard Escobal • Marco Patricio Rodríguez Terry • Víctor Rodríguez Macedo • Diana Roig Trelancia • 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 • Luis Andrés Schrader Mindreau • Christian Schroeder Romero Michel Seiner Pellny • Karen Sheppard Castillo • Estefanía Shulca Romero • Hugo Hernando Sifuentes Domenack • Cynthya Siles Estabridis • Juliana Silva Cabrera • Gerardo Solís Vissher Sebastián Soltau Salazar • Sara Sotelo Aguilar • Eduardo José Sotelo Castañeda • Martín Sotero Garzón • Ernesto Soto Chávez • Gilda Spallarosa Lecca • Brenda Sparrow Alcázar • Patrick Stennig Lavalle • 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-Mendívil • 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 • Álvaro del Valle Roeder • Óscar Daniel del Valle Salinas • Cristina Van Zuiden Pancorvo • Luis Ernesto Vargas Loayza • Nelly Vásquez Jiménez • Delia Vásquez Llerena Robinson Vásquez Montes • Nicolás Vassallo Burneo • Javier de la Vega Gómez • 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 Vidurrizaga 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 • Gloria Zubizarreta Rondón • 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:

Guillermo Arribas Irazola, Teresa Arruda Alvim Wambier, Tábata Arteta Pinto, Dante Ludwig Apolín Meza, Manuel Atienza Rodríguez, Patricio Ato del Avellanal Carrera, Juan Luis Avendaño Valdez, Juan Luis Balarezo Revilla, Javier de Belaunde López de Romaña, Roberto O. Berizonce, Eduardo Campodonico Figueroa, Juan Manuel Casalino Franciskovic, Michael S. Dodge, Francisco Eguiguren Praeli, Freddy Escobar Rozas, Víctor García Toma, Jorge Lazarte Molina, Francesco P. Luiso, Barbara Luppi, Chiara Marinelli Tagliavento, Juan Monroy Gálvez, Rómulo Morales Hervias, Jorge Luis Morelli Ferreyros, Fabio Núñez del Prado Chaves, Enrique Palacios Pareja, Francesco Parisi, Luis Pásara, Mariano Peró Mayandía, Jorge W. Peyrano, Rafael Prado Bringas, Giovanni Priori Posada, Joan Picó i Junoy, Richard A. Posner, Cindy Quispe Valencia, Rodrigo Rabines Matta, Aldo Reggiardo Denegri, Mario Reggiardo Saavedra, Renzo Saavedra Velazco, Gadwyn Sánchez Yaringaño, Adrián Simons Pino, Omar Sumaria Benavente, Richard H. Thaler, Walter Vásquez Rebaza, Alfredo Villavicencio Ríos y Aldo Zela Villegas.

Arenerito Express A S.R.L.; Barrios, Fuentes Abogados; CESONSIL - Centro de Conciliación y Arbitraje; Dedo Medio; Duany & Kresalja Estudio de Abogados; Barreda Moller; Estudio Ghersi Abogados; Estudio Olaechea; García Sayán Abogados, Goethe Institut; Gonzáles & Asociados Abogados Consultores Laborales; GPI Valores; Hernández & Cía. Abogados; Idiomas Católica; Inchcape Shipping Services; Industria Textil Piura; Jorge Avendaño - Forsyth & Arbe Abogados; Lazo, de Romaña & Gagliuffi Abogados; Lumen S.A.C.; Maestría de Derecho Ambiental de la PUCP; Maestría de Derecho Constitucional de la PUCP; Maestría de Derecho Procesal de la PUCP; Miranda & Amado Abogados; Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados; Nature's Sunshine Products; Notaría Antonio del Pozo; Panez, Chacaliaza & Asociados; Panez & Faesa Consultores y Asesores de Empresas; Rebaza, Alcázar & de las Casas Abogados Financieros; Rodrigo, Elías & Medrano Abogados; Roger Yon & Asociados; Santiváñez Abogados; Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA); Southern Peru Copper Corporation; The Tag Line y Vega & Asociados Abogados.

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.

Guillermo Francisco Alarcón Zubiaurr, Cristina Arizmendi Bellido-Tagle, Patricio Ato del Avellanal Carrera, Juan Luis Balarezo Revilla, Alonso Barreda Ayllón, María del Carmen Bedoya Valdez, Alberto de Belaunde de Cárdenas, Carla Bengoa Rojas, Gabriela Bernales Wuan, Carolina Chipollini Román, Chantal Deleplanque Sánchez, José María de la Jara Plaza, Claudia Isabel Lazarte Abarca, Sebastián León Saavedra, Francisco Lira Miró Quesada, Alejandra Llosa Parró, Kiana Maggiolo Cook, María Teresa Marroquín Manrique, Andrea Morelli Ferreyros, Jorge Luis Morelli Ferreyros, Manuel Núñez Farfán, Diego Ocampo Acuña, Pia Gabriela Olea Ubillús, Pilar Oliva Rocca, Xavier Palao Carrera, Manuel Fabricio Privat Colla, Flavia Queirolo-Nicolini Pflucker, Diana Roig Trelancia, Sebastian Salazar Jeanneau, Luis Andrés Schrader Mindreau y Gloria Zubizarreta Rondón.

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.

Se termino de imprimir en:

Kinko's
IMPRESORES S.A.C.

☎ (511) - 3366699
www.printing.com.pe
ventaskinkos@gmail.com
Av. Venezuela 2344 - Lima 1
Diciembre 2010

THĒMIS

desde 1965

ISSN: 1810-9934

