



DERECHO
puc

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



DERECHO puc

SUMARIO

LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA REGIÓN ANDINA:
UNA VISIÓN COMPARATIVA *Francisco Eguiguren Praeli*

DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES AL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PERUANO. ANÁLISIS JURÍDICO POLÍTICO
COMPARATIVO *Juan Morales Godo*

TRANSFUGUISMO Y CRISIS POSTELECTORAL EN EL PROCESO DE
REINSTITUCIONALIZACIÓN DEMOCRÁTICA *César Delgado-Guembes*

PRINCIPIOS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN
LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA
Juan Carlos Moncada

BOLÍVAR Y SU PROPUESTA CONSTITUCIONAL DE 1826 *Juan Carlos
Morón Urbina*

LA LEGITIMACIÓN EN EL AMPARO LUEGO DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994: ¿UNA NUEVA DIMENSIÓN?
Jorge Alejandro Amaya

CARACTERIZACIÓN Y PROBLEMÁTICA DEL PRESIDENCIALISMO
IBEROAMERICANO *María de la Paz Sánchez Manzano*

PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN
POLÍTICO PERUANO PARA LA REINSTITUCIONALIZACIÓN
DEMOCRÁTICA *César Ochoa Cardich*

APUNTES SOBRE LAS LABORES DE PROTECCIÓN DE LOS
DIFERENTES DERECHOS FUNDAMENTALES A NIVEL MUNDIAL
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

REPENSANDO EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984 EN EL UMBRAL
DEL NUEVO MILENIO *Carlos Fernández Sessarego*

HEADING SOUTH BUT LOOKING NORTH: GLOBALIZATION AND LAW
REFORM IN LATIN AMERICA
DIRIGIÉNDOSE AL SUR PERO MIRANDO AL NORTE: GLOBALIZACIÓN
Y REFORMA DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA *Joseph R. Thome*

DERECHO

puc

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

Número 53

Diciembre 2000

Consejo Editorial

Editor General

ANÍBAL QUIROGA LEÓN, *Profesor Principal*

CÉSAR GUZMÁN BARRÓN, *Profesor Principal*

BALDO KRESALJA ROSELLÓ, *Profesor Principal*

JOSÉ CARLOS UGAZ SÁNCHEZ MORENO, *Profesor Asociado*

FRANCISCO AVENDAÑO ARANA, *Profesor Auxiliar*

ERIC FRANCO REGJO, *Representante Estudiantil*

MARIELLA TRUJILLO WÜRITTELE, *Secretaria, Adjunto de Docencia*

DERECHO-PUC

Cuidado de la edición: Carlota Casalino

Carátula: Edwin Núñez

Impresión: Tarea Gráfica Educativa

Copyright © 2001 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel.
Lima 100 - Perú. Telfs. 460-2291, anexo 220, y 460-0872

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

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

Derechos reservados

ISSN: 0251-3412

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

AUTORIDADES

ARMANDO ZOLEZZI MÖLLER, *Decano*
JAVIER NEVES MUJICA, *Jefe del Departamento Académico de Derecho*
(hasta junio del 2000)
FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI, *Jefe del Departamento Académico de*
Derecho (desde julio del 2000)
ELVIRA MÉNDEZ CHANG, *Directora de Estudios*
ENRIQUE FERRAND RUBINI, *Secretario Académico*

CONSEJO DE FACULTAD

ARMANDO ZOLEZZI MÖLLER, *Decano*
JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA
JAVIER NEVES MUJICA
RENÉ ORTIZ CABALLERO
CESAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA
ELVIRA MÉNDEZ CHANG
GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ
JOSÉ CARLOS UGAZ SANCHEZ-MORENO
MARIO FERRARI QUÍNE

TERCIO ESTUDIANTEL

ERIC FRANCO REGJO
LILIANA MAVILA RÍOS
MELISA GUEVARA PAREDES
GUSTAVO ZAMBRANO CHÁVEZ

DERECHO

puc

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

Número 53

Diciembre 2000

Contenido	V
Presentación	1
<hr/>	
Artículos	
Los Tribunales Constitucionales en la región andina: una visión comparativa	
<i>EGUIGUREN PRAELI, Francisco</i>	7
Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional peruano. Análisis jurídico-político comparativo	
<i>MORALES GODO, Juan</i>	65
Transfuguismo y crisis postelectoral en el proceso de reinstitucionalización democrática	
<i>DELGADO-GUEMBES, César</i>	89
Principios para la interpretación de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana	
<i>MONCADA ZAPATA, Juan Carlos</i>	133
Bolívar y su propuesta constitucional de 1826	
<i>MORÓN URBINA, Juan Carlos</i>	173
La legitimación en el amparo luego de la reforma constitucional argentina de 1994 ¿una nueva dimensión?	
<i>AMAYA, Jorge Alejandro</i>	245

Caracterización y problemática del presidencialismo iberoamericano	
<i>SÁNCHEZ MANZANO, María de la Paz</i>	267
Propuesta de reforma constitucional del régimen político peruano para la reinstitucionalización democrática	
<i>OCHOA CARDICH, César</i>	313
Apuntes sobre las labores de protección de los diferentes derechos fundamentales a nivel mundial	
<i>ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy</i>	345
Repensando el Código Civil peruano de 1984 en el umbral de un nuevo milenio	
<i>FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos</i>	373
Heading South But Looking North: Globalization and Law Reform In Latin America	423
Dirigiéndose al sur, pero mirando al norte: globalización y reforma del Derecho en América Latina	
<i>THOME, Joseph R.</i>	451
El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil	
<i>OSTERLING PARODI, Felipe</i> <i>CASTILLO FREYRE, Mario</i>	475
El proceso de codificación del Derecho privado en Perú y Argentina	
<i>ALTERINI, Atilio Aníbal</i> <i>SOTO, Carlos A.</i>	513
Efectos de la retroactividad en materia de ineficacia de los actos jurídicos	
<i>TABOADA CÓRDOVA, Lizardo</i>	531
La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales	
<i>ESPINOZA ESPINOZA, Juan</i>	549

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad <i>MONTERO AROCA, Juan</i>	583
Le nouveau Code de procédure civile français, vingt-cinq ans après El nuevo Código Procesal Civil francés, veinticinco años después <i>CADIET, Loïc</i>	669 693
Modelli Europei per un Processo Civile Uniforme Modelos europeos para un proceso civil uniforme <i>TARZIA, Giuseppe</i>	719 735
El arbitraje institucional en Iberoamérica <i>BERIZONCE, Roberto Omar</i>	753
Conciliación y arbitraje en el Perú - presente y futuro <i>QUIROGA LEÓN, Aníbal</i>	769
Un Derecho procesal para todos los tiempos... desde Carlos V al tercer milenio <i>MASCIOTRA, Mario</i>	799
Revisión de la cosa juzgada írrita <i>VALCARCE, Arodín</i>	815
Tratamiento jurídico del sistema de anotaciones en cuenta de valores <i>LONCHARICH LOZANO, Ivanna</i>	825
La defensa de la competencia en la Constitución argentina <i>BASTERRA, Marcela</i>	837
La formación del contrato en la Convención de Viena de 1980 <i>LEYVA SAAVEDRA, José</i> <i>PERALES VISCASILLAS, Pilar</i>	863
Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena <i>PRADO SALDARRIAGA, Víctor</i>	905

O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América 10
anos depois

PELLEGRINI GRINOVER, Ada 949

El Juez Penal y el control difuso: análisis a partir de dos leyes

YON RUESTA, Roger 961

Psicología del testigo y del testimonio

SOLÍS ESPINOZA, Alejandro 1013

Crónica de Claustro 1053

Abogados graduados con expediente con mención sobresaliente 1057

Abogados graduados con tesis con mención sobresaliente 1061

De los autores 1063

PROFESORES ORDINARIOS 2000

HONORARIOS

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

EMÉRITOS

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

PRINCIPALES

Miguel de Althaus Guarderas
César Fernández Arce
Carlos Montoya Anguerry
Javier Neves Mujica
Róger Rodríguez Iturri
Marcial Rubio Correa
Lorenzo Zolezzi Ibárcena
Armando Zolezzi Möller
Francisco Eguiguren Praeli
Jorge Avendaño Valdez
Juan Luis Avendaño Valdez

Enrique Bernales Ballesteros
Carlos Blancas Bustamante
Carlos Cárdenas Quirós
Javier de Belaunde López de Romaña
César Delgado Barreto
Víctor Ferro Delgado
Domingo García Belaunde
César Guzmán-Barrón Sobrevilla
Enrique Lastres Bérninzon
Humberto Medrano Cornejo
René Ortiz Caballero
Felipe Osterling Parodi
Mario Pasco Cosmópolis
Aníbal Quiroga León
Jorge Ramírez Díaz
Delia Revoredo Marsano
Guillermo Velaochaga Miranda
Fausto Viale Salazar

ASOCIADOS

Gorki Gonzales Mantilla
César Landa Arroyo
Elvira Méndez Chang
Fabián Novak Talavera
Alejandro Solís Espinoza
Francisco Ruiz de Castilla Ponce de León
Samuel Abad Yupanqui
Benjamín Aguilar Llanos
Walter Albán Peralta
Guillermo Boza Pró
Alfredo Bullard González
Jorge Danós Ordóñez
Mario Gastón Fernández Cruz
Hugo Forno Flórez
Rogelio Llerena Quevedo
Juan Monroy Gálvez

Víctor Prado Saldarriaga
 Ana Teresa Revilla Vergara
 Julio Salas Sánchez
 César San Martín Castro
 César Valega García
 Felipe Villavicencio Terreros
 Shoschana Zusman Tinman

AUXILIARES

Antonio Peña Jumpa
 Elizabeth Salmón Gárate
 Pierre Foy Valencia
 Fabricio Medrano García
 María del Carmen Arana Courrejolles
 Francisco Avendaño Arana
 Eduardo Benavides Torres
 Luis Alberto Bramont-Arias Torres
 Carmen Julia Cabello Matamala
 Mario Castillo Freyre
 Juan Carlos Cortés Carcelén
 Fernando García Granara
 Ricardo Herrera Vásquez
 Guillermo Lohmann Luca de Tena
 David Lovatón Palacios
 Juan Morales Godo
 César Ochoa Cardich
 Arsenio Oré Guardia
 Enrique Palacios Pareja
 Luis Pizarro Aranguren
 Jorge Toyama Miyagusuku
 Ana Velazco Lozada

Presentación

Una vez más la Facultad de Derecho pone a vuestra disposición el número 53 de su Revista «DERECHO PUC», correspondiente a su edición diciembre-2000, como órgano oficial de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y cuyo objetivo primordial es contribuir a la difusión de las principales labores de investigación de sus profesores. Como en anteriores oportunidades, contamos con la valiosa e importante colaboración de profesores extranjeros, así como de profesores de otras facultades de Derecho de nuestro país, y de jóvenes investigadores.

Creemos firmemente que de este modo seguimos cumpliendo nuestro objetivo de dar a conocer el nivel de nuestras investigaciones, a la par mantener nuestros vínculos con otras facultades de Derecho, nacionales y extranjeras, con las cuales es nuestro deseo seguir colaborando.

Estamos muy orgullosos de nuestra última edición N° 52, y no queríamos dejar de manifestarles nuestro especial agradecimiento por la grata acogida que ha tenido tanto en nuestro medio como en el extranjero. Ello se ha reflejado en la repetición del tiraje por parte del Fondo Editorial y en la Edición Especial que publicamos el pasado año, donde hemos difundido a través de nuestras páginas y con la colaboración del *American Law Institute* una edición dedicada a las **Normas Transnacionales del Proceso Civil**, en sus versiones en inglés, español y portugués, y que se viene difundiendo en el mundo hispano y luso hablante. A través de dicha edición especial hemos logrado ingresar a diferentes escuelas de Derecho tanto de América, como de Europa e incluso África.

Esta edición de la Revista «DERECHO PUC» que ponemos a su disposición ha sido elaborada con la colaboración de nuestro Consejo Editorial, integrado por los señores doctores César Guzmán-Barrón, Profesor Principal, José Carlos Ugaz Sánchez-Moreno, Profesor Asociado; y, Francisco Avendaño Arana, Profesor Auxiliar, conjuntamente con el representante estudiantil señor Eric Franco, a quienes los asiste como Secretaria del Consejo Editorial la señorita doctora Mariella Trujillo Württele, Asistente de Docencia en nuestra Facultad.

En esta oportunidad quisiéramos especialmente resaltar lo invalorable que es para nosotros el apoyo del Fondo Editorial de nuestra Universidad que nos permite llegar a ustedes con una edición que esperamos llene vuestras expectativas. Merecen nuestro agradecimiento cada uno de sus directivos y miembros, especialmente el Lcdo. Dante Antonioli, Secretario Ejecutivo del Fondo Editorial de nuestra Universidad, quien desde un inicio nos ha brindado apoyo tanto en la preparación de esta edición como en la difusión, nacional e internacional de nuestra revista.

Como en nuestras anteriores ediciones estamos poniendo a su disposición diversos textos en diferentes idiomas, tanto en su versión original como en su traducción al español, que ha sido realizada bajo nuestro directo cuidado.

Desde hace ya tres ediciones hemos optado por acudir a un tema central sobre el cual se desarrolle nuestra revista. En esta oportunidad, hemos recurrido a un tema multidisciplinario, como lo es la situación actual político-institucional de nuestro país, ello ha sido complementado con los trabajos que nos han remitido importantes constitucionalistas nacionales y extranjeros, que nos permiten conocer desde su perspectiva el desarrollo de los cambios que venimos enfrentando actualmente. El *Transfuguismo y crisis postelectoral en el proceso de reinstitucionalización democrática* es el trabajo que nos ofrece el Prof. César Delgado-Guembes; que se complementa luego con el trabajo titulado *Propuesta de reforma constitucional del régimen político peruano para la reinstitucionalización democrática* del Prof. César Ochoa Cardich. Merece especial mención, la colaboración que nos ha remitido el profesor Joseph Thome, de la Universidad de Wisconsin, y que se titula *Heading South But Looking North: Globalization and Law Reform In Latin America (Dirigiéndose al sur, pero mirando al norte: globalización y reforma del Derecho en América Latina)*.

Creemos que resultará sumamente importante en esta etapa de transición política, y de análisis de nuestras instituciones constitucionales, el estudio que realiza el profesor Francisco Eguiguren Praeli y que ha titulado *Los Tribunales Constitucionales en la región andina: una visión comparativa*. El profesor Juan Morales Godo ha colaborado con nosotros con el trabajo titulado *Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional Peruano. Análisis jurídico-político comparativo*. Ambos trabajos se complementan con el análisis que sobre esta misma institución constitucional realiza el Prof. Juan Carlos Moncada, quien nos ha enviado desde la Universidad de Antioquia, Colombia, su trabajo titulado : *Principios para la interpretación de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Desde la Universidad de Belgrano, Argentina, contamos con las colaboraciones de los profesores Jorge Alejandro Amaya con su trabajo *La legitimación en el amparo luego de la reforma constitucional argentina de 1994 ¿una nueva dimensión?*; y Marcela Basterra, quien nos ofrece un interesante estudio sobre *La defensa de la competencia en la Constitución argentina*. Contamos también con la colaboración del Prof. Eloy Espinosa-Saldaña, que nos ofrece en esta oportunidad *Apuntes sobre las labores de protección de los diferentes derechos fundamentales a nivel mundial*. Desde la perspectiva histórica del constitucionalismo americano, contamos con un importante trabajo del Prof. Juan Carlos Morón Urbina, que se titula *Bolívar y su propuesta constitucional de 1826*. Finalmente, ponemos a su disposición una importante colaboración de la joven profesora María Paz Sánchez Manzano, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz, Jerez de la Frontera, y que se titula *Caracterización y problemática del presidencialismo iberoamericano*.

En el campo del Derecho civil tanto desde la perspectiva patrimonial como desde el análisis de sus instituciones contamos con importantes trabajos como *El proceso de codificación del Derecho privado en Perú y Argentina* realizado en coautoría por el conocido Prof. argentino Atilio Aníbal Alterini y por el Prof. Carlos A. Soto, quien es asesor de la Comisión Parlamentaria que ha tenido a su cargo la reforma del Código Civil. Una vez más contamos con el apoyo y colaboración del Prof. Carlos Fernández Sessarego, que en esta oportunidad nos ofrece el trabajo titulado *Repensando el Código Civil peruano de 1984 en el umbral de un nuevo milenio*. El trabajo que el Prof. Lizardo Taboada

Córdoba nos ofrece en esta oportunidad se titula *Efectos de la retroactividad en materia de ineficacia de los actos jurídicos*. En el campo de la responsabilidad civil contamos con el trabajo del Prof. Juan Espinoza Espinoza que se titula *La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales*, allí se aborda desde ambas perspectivas del análisis de la responsabilidad un tema harto interesante en nuestros días. En esta misma área contamos con el trabajo conjunto de los profesores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre que se titula *El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil*.

La formación del contrato en la Convención de Viena de 1980, es un trabajo realizado de modo conjunto por el Prof. José Leyva Saavedra, docente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Prof. Pilar Perales Viscasillas, de la Universidad Carlos III de Madrid. El *Tratamiento jurídico del sistema de anotaciones en cuenta de Valores* es el trabajo que nos ofrece la Dra. Ivanna Loncharich Lozano, joven jurista especializada en el mercado de valores. Ambos trabajos corresponden al área del Derecho patrimonial.

Para nosotros es especialmente importante contar con el trabajo del Prof. Juan Montero Aroca denominado *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española y la oralidad*, que es tal vez el primer trabajo que se publica en nuestro país sobre la novísima legislación procesal civil española, y donde se realiza tanto un examen minucioso de la misma como una crítica a su reciente entrada en vigencia. *Le nouveau Code de procédure civile français, vingt-cinq ans après (El nuevo Código Procesal Civil francés, veinticinco años después)*, es la colaboración que nos ha enviado el Prof. Loïc Cadiet, desde la Universidad Panteón-La Sorbonne. *El arbitraje institucional en Iberoamérica*, es la ponencia que ofreció el Prof. Roberto Omar Berizonce en el desarrollo de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, donde el destacado procesalista Roberto Berizonce fue elegido como Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. En el mismo el Prof. Aníbal Quiroga León expuso la ponencia titulada *Conciliación y arbitraje en el Perú - presente y futuro*, y que también ponemos a vuestra disposición en esta edición. *Un Derecho procesal para todos los tiempos... desde Carlos V al tercer milenio* es el trabajo que nos ha remitido el Prof. Mario Masciotra desde Argentina; y desde la escuela italiana de Derecho procesal contamos con un importante aporte del

Prof. Giuseppe Tarzia que se titula *Modelli Europei per un Processo Civile Uniforme (Modelos europeos para un proceso civil uniforme)*, la traducción al español que usted podrá encontrar en las siguientes páginas ha sido realizada por el joven profesor de nuestra Facultad de Derecho Giovanni Priori. Finalmente también en el área, de suyo importante, del Derecho procesal contamos con la colaboración del Prof. Arodín Valcarce y que se titula *Revisión de la cosa juzgada irrita* y donde se nos alcanzan importantes precisiones sobre esta institución poco estudiada en nuestro medio.

El Derecho procesal penal y el Derecho penal son dos ramas del Derecho que han sido abordadas en esta oportunidad por investigadores de reconocido prestigio nacional e internacional. Así, contamos con *O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América 10 anos depois (El Código procesal penal modelo para Iberoamérica diez años después)*, de la destacada profesora Ada Pellegrini Grinover, del Brasil, cuya trayectoria y prestigio es incuestionable en el campo del Derecho procesal iberoamericano. El profesor Víctor Prado Saldarriaga, Magistrado de la Corte Superior de Justicia de Lima, nos ofrece un interesante trabajo titulado *Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena*; en esta misma materia encontramos el interesante desarrollo que realiza en su trabajo el Prof. Alejandro Solís Espinoza que se titula *Psicología del testigo y del testimonio*. Finalmente, contamos con la importante colaboración del Prof. Roger Yon Ruesta *El Juez Penal y el control difuso: análisis a partir de dos leyes*, donde se realiza un interesante análisis de este instrumento de control constitucional a partir de la perspectiva del Derecho penal.

En esta quinta edición que «DERECHO PUC» se realiza bajo nuestra dirección, no quisiéramos dejar de manifestar nuestro profundo agradecimiento a todas y cada una de las personas que de uno u otro modo han hecho realidad la misma, y a quienes vienen colaborando de modo desinteresado en este importante proyecto de la Facultad. Es por ello que creemos, con todo fundamento, que este esfuerzo y la colaboración de las personas que nos brindan su permanente apoyo está dando frutos importantes, y quisiéramos este año alcanzar la meta trazada de poner a vuestra disposición una edición anual de nuestra Revista.

En nombre del Consejo Editorial de «DERECHO PUC» desearía agradecer, finalmente, de modo especial al señor Decano de nuestra Facultad, Doctor Armando Zolezzi Möller, por la confianza dispensa-

da. A los señores doctores Javier Neves Mujica y Francisco Eguiguren Praeli, anterior y actual Jefe del Departamento Académico de Derecho, por su infatigable aliento. A la señora Magíster Carlota Casalino, por la calidad, entusiasmo y permanente disposición demostrados en el cuidado de la edición. A la señora Ana María Asmat, de la Secretaría Académica de la Facultad de Derecho, por su eficiente colaboración desde la primera edición que tuvimos a nuestro cargo. A nuestros colaboradores personales, señorita María Cristina Chiabra Valera y señor Gabriel Quispe-Correa Angulo, alumnos de nuestra Facultad, por su desinteresado aporte en las labores de edición de este número de nuestra Revista. Y, finalmente, a la señorita Beatriz Landauro, mi infatigable Secretaria personal, por la eficiencia de su colaboración, quien diariamente nos asiste con toda paciencia en el cuidado de la digitación de los trabajos y el orden del archivo de nuestra Revista.

San Miguel, diciembre del 2000

ANÍBAL QUIROGA LEÓN
Editor General
Profesor Principal

Los Tribunales Constitucionales en la región andina: una visión comparativa

Francisco Eguiguren Praeli

«Pero desde ahora conviene precisar que un tribunal constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos. Un Tribunal Supremo o, incluso, la cámara constitucional de un tribunal supremo, pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son Tribunales Constitucionales. En contrapartida, poco importa que éste o aquél Tribunal constitucional se denomine formalmente “Consejo”, “Tribunal” o, incluso, “tribunal supremo constitucional”, siempre que responda a la definición que acaba de esbozarse» Louis Favoreu¹.

América ha sido la cuna del control judicial de la constitucionalidad de las leyes pues, como se sabe, a poco de iniciado el siglo XIX se instauró esta práctica en los Estados Unidos de Norteamérica. De allí se extendió, desde mediados de dicho siglo, a diversos países de América Latina como México, Argentina, Brasil, Colombia y Venezuela. Lejos estaba para entonces el mundo europeo de adoptar alguna institución similar, en especial por su culto a la supremacía del parlamento y de la ley (entendida ésta como expresión legítima de la voluntad general) así como por su marcada desconfianza hacia los órganos judiciales. Es por

¹ Louis Favoreu: **Los Tribunales Constitucionales**; Editorial Ariel; Barcelona, España (1994); pp. 13-14.

ello que la creación de los tribunales constitucionales europeos recién se genera hacia 1920 y en el período de entreguerras, adquiriendo real desarrollo tras la culminación de la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, durante las últimas décadas también en diversos países de América Latina han empezado a instaurarse Tribunales o Cortes Constitucionales, sin abandonar (del todo) el sistema «difuso» o «americano» de jurisdicción constitucional, buscando recoger o (muchas veces) imitar la exitosa experiencia alcanzada en algunos países europeos, especialmente en Alemania, Italia y España. Este ha sido el camino seguido en los casos de Guatemala (en 1965 y 1985), Chile (1970 y 1980), Ecuador (1978), Perú (1979 y 1993), Colombia (1991) y Bolivia (1994).

En el presente trabajo nos proponemos realizar un somero análisis de las principales características de los distintos tribunales constitucionales existentes en los países de la región andina de Latinoamérica, es decir, en Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile. Nos interesa identificar sus rasgos comunes y sus diferentes particularidades, buscando también determinar cuáles son los principales problemas que los aquejan y ensayar algunas posibles recomendaciones para superarlos.

1. La adopción de tribunales constitucionales en América Latina

No puede descartarse que la adopción de los tribunales constitucionales en Latinoamérica se explique, en muchos casos, por la recepción de una suerte de «ola» portadora de experiencias europeas tenidas como exitosas, acogida con entusiasmo en ámbitos académicos y luego promovida hacia los sectores políticos de algunos de nuestros países. Sin embargo, creemos que lo decisivo para su incorporación en los regímenes políticos y constitucionales de la región ha sido la amplia crítica e insatisfacción frente al discreto papel cumplido por su Poder Judicial y la Corte Suprema en la defensa de la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos humanos, así como el acentuado escepticismo en que los tribunales ordinarios puedan asumir un rol más activo y resuelto en el control de los excesos del poder político.

Recordemos que este cuestionamiento al papel de los órganos judiciales ordinarios también estuvo presente anteriormente en la experiencia europea, considerándolo Mauro Cappelletti y Louis Favoreu como un

factor decisivo para la adopción de tribunales constitucionales, autónomos y ajenos al Poder Judicial, en diversos países de Europa continental luego de la segunda gran guerra. Sostiene así Cappelletti que:

«Los jueces de la Europa continental son habitualmente magistrados de “carrera”, poco aptos para cumplir una tarea de control de las leyes, tarea que es inevitablemente creadora y va mucho más lejos de la función tradicional de “meros intérpretes” y “fieles servidores” de las leyes. La interpretación misma de las normas constitucionales, y especialmente del núcleo central de éstas, que es la Declaración de los Derechos Fundamentales o “*Bill of Rights*”, suele ser muy distinta de la interpretación de las leyes ordinarias. Requiere una aproximación que se conjuga mal con la tradicional “debilidad y timidez” del juez según el modelo continental»².

Lo anterior, seguramente, explica porqué en países latinoamericanos donde su Corte Suprema posee algún prestigio o aceptación social, la creación de «órganos *ad-hoc*» como los tribunales constitucionales encuentra mayores resistencias o, incluso, no forma parte de la propuesta de la comunidad académica ni tiene prioridad en la agenda política de la reforma de sus sistemas judiciales. A ello habría que sumar, como un factor corriente y constante, el rechazo o la resistencia de las cortes supremas nacionales al establecimiento de tribunales constitucionales, fundamentalmente desde una posición de «defensa» de su tradicional condición de máximo tribunal jurisdiccional del país, asumiendo que la creación de un nuevo órgano, dotado de la elevada función de ejercer el control de la constitucionalidad, merma su autoridad y restringe sus atribuciones en este campo.

Pero la creación de tribunales constitucionales, encargados de ejercer el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, no sólo se justifica por la necesidad de asignar tal función a un órgano distinto al Poder Judicial. Resulta también una conclusión inevitable, dada la ingenuidad que supondría, a decir de Kelsen, depositar dicha función y encomendar su custodia al propio Parlamento, pues ello

2 Mauro Cappelletti: *Cours Constitutionnelles*; p. 463; citado por Louis Favoreu; *op. cit.*; p. 19.

supondría apostar y confiar en su capacidad de autocensura y moderación, algo difícil de esperar por tratarse de un órgano eminentemente político, el mismo que aprueba las leyes. Sostiene así Kelsen que:

«Garantía de la Constitución significa, entonces, garantía de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes [...].

No existe hipótesis de garantía de la regularidad en donde se pudiera, estar tentado a confiar la anulación de los actos irregulares al mismo órgano que los ha realizado. Y, ciertamente, en ningún caso este procedimiento estaría más contraindicado; puesto que la única forma en la que se podría ver, en una cierta medida, una garantía eficaz de la constitucionalidad –declaración de la irregularidad por un tercer órgano y obligación del órgano autor del acto irregular de anularlo– es aquel impracticable porque el Parlamento no puede, por su propia naturaleza, ser obligado de manera eficaz. Sería ingenuidad política contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional. El órgano legislativo se considera en la realidad como un libre creador del derecho y no como un órgano de aplicación del derecho vinculado a la Constitución, no obstante que lo está, teóricamente, bien que en una medida relativamente reducida.

No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él y, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales, esto es, a una jurisdicción o tribunal constitucional»³.

Quizás por ello resulta fácil de entender la relativa (y también frecuente) desconfianza o cierto desinterés hacia los tribunales constitucionales por parte de quienes conforman los órganos constituyentes o

3 Hans Kelsen: **La garantía jurisdiccional de la Constitución**; (traducción de Rolando Tamayo y Salmorán); en, *Anuario Jurídico*; Instituto de Investigaciones Jurídicas, N°1 – año 1974; Universidad Nacional Autónoma de México; pp. 474 y 490.

el Congreso, que son responsables de aprobar las reformas que permitan su creación. Esto puede explicarse por el significativo desconocimiento de muchos políticos acerca del exacto alcance e implicancias de esta nueva institución, pero -en mucho- más bien por el temor a otorgar a los tribunales constitucionales algunas competencias que conlleven -en lo esencial- precisamente el control del accionar legislativo del propio Congreso y de los actos gubernamentales.

Estas circunstancias fácticas y políticas, antes que elaboraciones abstractas o conceptuales predeterminadas, consideramos que explican el peculiar carácter «híbrido» del «modelo» adoptado en el sistema de jurisdicción constitucional instaurado en los países latinoamericanos que han establecido tribunales constitucionales, donde los «clásicos» sistemas «difuso» y «concentrado» conviven simultáneamente -a pesar que desde una visión teórica o «pura» pudiera calificárseles como «incompatibles». El resultado suele ser un sistema «mixto» o «dual», según cada caso, con un Poder Judicial o una Corte Suprema, de un lado, y un Tribunal o Corte Constitucional, del otro, que ejercen simultáneamente determinadas competencias y separadas atribuciones jurisdiccionales en materia constitucional.

De todos modos, por encima de cualquier objeción a la «pureza» teórica del sistema resultante o a las deficiencias en el funcionamiento práctico de la jurisdicción constitucional surgida en los países latinoamericanos que han adoptado tribunales constitucionales, tenemos la convicción de que la instauración de dichos tribunales ha sido -en la gran mayoría de casos- expresión de una sincera y genuina esperanza de que su accionar contribuya a fortalecer la vigencia del Estado de Derecho, la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales. Por ello se impone analizarlos desde una perspectiva constructiva y optimista, que cree en su importancia y aporta a su desarrollo y consolidación.

2. La opción por un sistema de tipo «mixto» o «dual» de jurisdicción constitucional

Se suele aludir en el derecho constitucional comparado a la existencia de tres «modelos» originarios o clásicos de jurisdicción constitucio-

nal⁴ o de justicia constitucional, con relación al control de la constitucionalidad de las leyes. Se trata de los denominados sistemas «americano» o «difuso», «europeo» o «concentrado», y «político». Nos interesa detenernos en los dos primeros, por su naturaleza más estrictamente jurisdiccional.

Sostiene Domingo García Belaunde que fue Calamandrei, en una monografía de los años cincuenta, quien formuló una clasificación del control jurisdiccional de la constitucionalidad que se ha hecho clásica y que luego ha sido desarrollada por Fix Zamudio y Cappelletti, contemplando dos modelos: uno «judicial» y otro «autónomo». Al primero corresponde un carácter difuso, incidental, especial y declarativo; mientras que el segundo se define por su naturaleza concentrada, principal, especial y constitutiva⁵. Tales características corresponden, respectivamente, a los denominados sistemas o modelos «difuso» o «americano» y «concentrado» o «europeo». Veamos:

El sistema «difuso» o modelo «americano», es aquel donde el control de la Constitución es ejercido por todos los jueces y tribunales judiciales del país; se le conoce también como «sistema de revisión judicial» («*judicial review*») y surgió en los Estados Unidos de América del Norte a partir del precedente establecido por el juez Marshall y la

4 Entendemos por jurisdicción constitucional (o justicia constitucional) al conjunto de procesos y mecanismos procesales o judiciales establecidos para asegurar y garantizar la supremacía y vigencia de la Constitución, a través de la intervención de un órgano jurisdiccional, tanto con respecto al control de la constitucionalidad de las leyes y normas jurídicas como de la protección y defensa de los derechos constitucionales. Obviamente esta definición resulta mucha más extensa que la considerada en la clásica clasificación de los sistemas de jurisdicción constitucional como «difuso», «concentrado» o «político»; construida esencialmente frente a la modalidad de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes. Por lo demás, siguiendo a García Belaunde, parece previsible que cada vez más la noción de jurisdicción constitucional —como producto de su evolución y enriquecimiento conceptual— vaya siendo reemplazada por la nueva disciplina del Derecho Procesal Constitucional, dentro de la cual quedará contenida.

5 Cf. Domingo García Belaunde: «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo»; en, **La Ley**, año LXII, N° 197; Buenos Aires, viernes 16 de octubre de 1998; p. 1. Este interesante trabajo se encuentra también publicado en «La justicia constitucional a finales del siglo XX»; **Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional**, año VII, N° 6; Palestra editores: Huancayo, Perú (1998); pp. 139-154.

Suprema Corte en el caso *Marbury vs. Madison* en 1803. Tiene como fundamento la supremacía de la Constitución, cuya vigencia efectiva impone a todo juez, en cualquier tipo de proceso judicial, el deber de preferir la norma constitucional y dejar de aplicar (en el caso específico) cualquier ley o disposición que la vulnere o contradiga; estas normas son consideradas nulas por inconstitucionales y, como tales, deben ser dejadas de lado para la solución del caso particular objeto de juzgamiento. No obstante, la ley continuará formalmente vigente, pues la decisión judicial se restringe a un caso preciso y a las partes involucradas en él, sin tener alcance general o efecto *erga omnes*.

El sistema «difuso» conlleva una suerte de control «incidental», pues se efectúa en el marco de un proceso judicial que no tiene como objeto principal analizar la constitucionalidad de una norma. Sin embargo, el control de la constitucionalidad de la norma se genera ante la necesidad de dilucidar si una ley necesaria de aplicar para resolver el caso, resulta constitucional o no; en caso negativo, se declara su inconstitucionalidad, se inaplica la norma en dicho caso pero el juez o tribunal no la anulan, ni ésta pierde vigencia general.

El sistema «concentrado» o «europeo» (también conocido como modelo austríaco) en cambio, está inspirado en la creación teórica de Hans Kelsen; supone que el control de la constitucionalidad de las leyes y actos gubernamentales reside exclusivamente en un órgano *ad-hoc* y autónomo, el Tribunal (o Corte) Constitucional, especialmente creado para estos efectos. Es un control «principal» y abstracto de la constitucionalidad de una ley o norma, pues el caso se motiva en una acción judicial directa y exclusivamente encaminada a este propósito (en vez de suscitarse en el marco de un proceso judicial cualquiera, dirigido a otro propósito central) por lo que la resolución que establece la inconstitucionalidad tiene carácter constitutivo, acarrea la anulación (para el futuro) y la derogación de la norma, siendo los efectos de su sentencia generales o *erga omnes*.

Conforme señala Brewer-Carías, el sistema «difuso» norteamericano ejerció notoria influencia en Latinoamérica desde mediados del siglo XIX y hasta más de la mitad del XX. Así anota que fue adoptado, de una u otra forma, en Argentina (1860), México (1857), Venezuela (1858), Brasil (1890), República Dominicana (1844), Colombia (1850). Sin embargo, precisa que la tendencia predominante en América latina ha sido la evolución hacia el establecimiento de un «sistema mixto»,

agregando posteriormente al control difuso el sistema concentrado radicado, en unos casos, en la Corte Suprema o, en otros, en Tribunales Constitucionales; funcionando ambos simultáneamente, o adoptando –en el caso de algunos países– desde el principio dicho modelo mixto⁶.

García Belaunde, por su parte, introduce una muy interesante distinción al interior de estos modelos «derivados», diferenciando el modelo «mixto» de otro que denomina «dual» o «paralelo». Afirma que si bien ambos surgen por la incorporación del modelo concentrado o europeo en países que ya tenían adoptado (y mantienen) el sistema americano o difuso, el sistema mixto se genera cuando se produce una mezcla de elementos constitutivos de los dos modelos clásicos, que dan lugar a un «tercero» que no es lo que son los dos anteriores pero tampoco algo enteramente autóctono y original. «En cambio, el modelo dual o paralelo es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Y esto, que no es frecuente, tiene su partida de nacimiento en la Constitución peruana de 1979, reiterada en la vigente Carta de 1993 [...]. Lo mixto supone una mixtura, una mezcla de dos o más elementos, que en el caso peruano no sólo no se mezclan sino que tampoco originan un *tertium* que sea distinto a sus dos fuentes de origen»⁷.

A la luz de las observaciones y criterios esbozados por Brewer Carías y García Belaunde, conviene echar una mirada a la naturaleza de los sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes actualmente existentes en los países latinoamericanos que han incorporado tribunales constitucionales, manteniendo la experiencia anterior del control difuso a cargo del órgano judicial ordinario. Tenemos así que:

6 Cf. Allan Brewer-Carías: «La Justicia Constitucional en América Latina»; en, **Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio** (Memorias del Congreso Internacional); Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura; (Bogotá, Dic. 1996); p. 470. Este trabajo está también publicado en el colectivo **La Justicia Constitucional en Iberoamérica**; Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores); Dykinson (España), Ediciones Jurídicas (Perú), Editorial Jurídica Venezolana y Edit. Jurídica E. Esteva (Uruguay); Madrid (1997); p. 123.

7 Domingo García Belaunde: **La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo**; *op. cit.* ; p. 2.

- En Ecuador, tras la reforma constitucional de 1998 a la Carta de 1978, se establece en el Art. 274° un control concreto e incidental por cualquier juez y en cualquier proceso judicial, donde (de oficio o a petición de parte) se puede declarar la inconstitucionalidad de una norma contraria a la Constitución, sin perjuicio de fallar sobre el asunto principal controvertido; la declaración de inconstitucionalidad se limita al caso específico. La decisión de la Corte Suprema o el tribunal de última instancia que declara la inaplicación de la norma inconstitucional, origina un informe ante el Tribunal Constitucional para que éste resuelva sobre la inconstitucionalidad con carácter general y obligatorio. Por su parte, según el Art. 276°, el Tribunal Constitucional es competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad dirigidas contra leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas y actos administrativos de cualquier autoridad pública. Se trata, en opinión de García Belaunde, de un sistema dual o paralelo, aunque estimamos que las recientes reformas introducidas tienden a establecer ciertas relaciones entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en este campo.
- En Chile, el Art. 80° de la Constitución de 1980 faculta a la Corte Suprema a ejercer el control incidental de la constitucionalidad de las leyes, declarando —cuando corresponda— su inaplicación al caso concreto. A su vez, el Art. 82° de la Carta Política confiere al Tribunal Constitucional atribuciones para ejercer el control previo de la constitucionalidad de las leyes orgánicas y de las leyes interpretativas de la Constitución antes de su promulgación, de los proyectos de ley durante su tramitación, de los tratados sometidos para aprobación del Congreso y de los decretos con fuerza de ley. En consecuencia, el control de inaplicación, para el caso específico, está «concentrado» en la Corte Suprema, mientras que el Tribunal Constitucional efectúa un control preventivo más cercano al papel de filtro político del accionar legislativo. Ello lleva a García Belaunde a catalogarlo como un sistema que, a pesar de contar con semejanzas al modelo dual o paralelo (dado que la Corte y el Tribunal no entrecruzan sus respectivas competencias) corresponde mejor a una suerte de sistema (político) *sui generis*, de influencia francesa, pues sostiene que el Tribunal Constitucional tendría una función más política que jurisdiccional⁸.

8 *Ibidem*: p. 3.

- En Colombia, el Art. 241° de la Constitución de 1991 reserva para la Corte Constitucional la resolución de las acciones de inconstitucionalidad promovidas por los ciudadanos contra las leyes y decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno; asimismo determinar la constitucionalidad de los decretos legislativos, de las leyes estatutarias (orgánicas) y de los proyectos de ley objetados por el Gobierno. A su vez, el Art. 4° de la propia Constitución dispone: «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales»; esta norma consagra el control difuso por cualquier juez o tribunal. Y en el Art. 237° inciso 2, se encarga al Consejo de Estado conocer de la nulidad de los decretos gubernamentales sin fuerza de ley acusados de inconstitucionalidad. Se inscribiría dentro del sistema mixto, aunque la labor de la Corte Constitucional viene plasmando un sistema «real» que tiende a orientarse hacia formas de control concentrado de la constitucionalidad de las normas legales.
- En el Perú, la Constitución de 1993 (siguiendo el esquema planteado en la Carta de 1979) establece el control difuso en el segundo párrafo de su Art. 138° cuando dispone: «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior». Y en el Art. 202°, inciso 1, hace competente al Tribunal Constitucional para conocer y resolver, en instancia única, las acciones de inconstitucionalidad promovidas contra leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. Aquí se configuraría un sistema dual o paralelo, pues los modelos difuso y concentrado coexisten de forma simultánea pero separada.
- En Bolivia, la Constitución de 1967, en el artículo 228°, garantiza la supremacía de la Constitución e impone a los jueces, tribunales y autoridades aplicarla con preferencia a las leyes. A su vez, tras la sustancial reforma constitucional de 1994, en el inciso 1 del Art. 120° de la Carta se encarga al Tribunal Constitucional realizar el control abstracto —en única instancia— de la constitucionalidad de las leyes, decretos y resoluciones judiciales; así como también es competente para resolver, con carácter obligatorio, el recurso indi-

recto o incidental de inconstitucionalidad que se promueva en cualquier proceso judicial, para determinar si la norma a aplicar para decidir el caso es o no compatible con la Constitución. Estaríamos ante un sistema formalmente mixto, pero con indudable tendencia hacia un modelo concentrado, que es –al parecer– lo que se quiso instaurar con la reforma constitucional.

Sin perjuicio de la utilidad conceptual y didáctica de esta caracterización, creemos oportuno precisar (recordando lo dicho al inicio de este punto) que la clasificación de los sistemas de jurisdicción constitucional en los modelos «difuso o americano» y «concentrado o europeo», así como en sus variables derivadas «mixta» y «dual o paralela», ha sido construida esencialmente con base al control de la constitucionalidad de las leyes y normas. Ello hace que actualmente tal clasificación resulte insuficiente, en primer lugar, por las múltiples variaciones producidas en los países generadores de los modelos originarios y en otros que los han adoptado, así como por las peculiaridades de las incontables fórmulas derivadas (mixtas o duales) surgidas; pero, sobre todo, por el hecho trascendental de que la jurisdicción constitucional y los tribunales ya no sólo se ocupan del control de la constitucionalidad de las leyes o normas, sino que también –y muchas veces con mayor frecuencia y relevancia– ejercen la protección y la custodia de la vigencia de los derechos constitucionales.

Desde hace ya varios años, Favoreu advertía como una tendencia en los principales tribunales constitucionales europeos el desplazamiento de su actuación preferente del control de la constitucionalidad de las leyes al control de su aplicación. Así, sostiene, los tribunales constitucionales alemán, español e italiano se convierten –cada vez más– en una suerte de «supertribunales de casación» o de última instancia para la protección de los derechos fundamentales, ya sea a través de los recursos de amparo por la violación de derechos constitucionales, por la alegación de vulneraciones al debido proceso en resoluciones judiciales, o por el análisis de «cuestiones de inconstitucionalidad» promovidas en el marco de procesos judiciales ordinarios⁹. En similar dirección apuntaba Jean Rivero cuando, en su ponencia de conclusión del coloquio realizado en Aix (en Provence) en 1981, señalaba como la gran revolu-

9 Cf. Louis Favoreu: *op. cit.*; p. 41.

ción del Derecho público europeo contemporáneo la irrupción y consolidación del tema de los derechos fundamentales y su protección como aspecto crucial en el quehacer de los tribunales constitucionales¹⁰.

Por ello encontramos muy sugerente y atractiva la propuesta que formula Rubio Llorente, quien prefiere distinguir actualmente dos grandes modelos en la jurisdicción constitucional –en atención al eje central de su finalidad o interés– un modelo que se propone asegurar la constitucionalidad de la ley (en especial para preservar el control de la división de poderes) y otro que procura garantizar la vigencia de los derechos constitucionales. Aunque obviamente este autor reconoce la vinculación e interdependencia entre ambos aspectos, como componentes de la jurisdicción constitucional, afirma la tendencia prevaleciente en la actualidad hacia el modelo centrado en la vigencia de los derechos. Así, buscando explicar y fundamentar la causa de este fenómeno, sostiene que «el hecho que el control de la constitucionalidad de la ley es, en sí mismo, simplemente instrumental; el aseguramiento de la constitucionalidad de las leyes no persigue otra finalidad que garantizar la vigencia de los derechos y que, en consecuencia, la razón de ser de la tendencia es inherente a la idea misma de jurisdicción constitucional»¹¹.

3. Principales características y atribuciones de los Tribunales Constitucionales de la región andina.

3.1 Origen, naturaleza, ubicación y marco regulatorio

Los tribunales y cortes constitucionales de Chile, Ecuador y Perú están concebidos en sus respectivos ordenamientos constitucionales como órganos autónomos, distintos y separados del Poder Judicial. En cam-

10 Cf. Jean Rivero: «A modo de síntesis»; en, **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid, España (1984); p. 664.

11 Francisco Rubio Llorente: «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa»; en, **La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma**; AA. VV. (Gastón Gómez B.; editor); Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales; Cuadernos de Análisis Jurídico 41; Santiago de Chile (1999); p. 53.

bio, la Corte Constitucional de Colombia forma parte de la denominada «rama judicial», integrada también por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y jueces ordinarios y la Justicia penal militar. A su vez, el Tribunal Constitucional de Bolivia está definido por la Constitución como un órgano que integra el Poder Judicial, conjuntamente con la Corte Suprema, el Consejo de la Judicatura, las Cortes superiores de distrito, los tribunales y jueces.

Si bien la existencia autónoma y separada del tribunal constitucional, con respecto al Poder Judicial, resulta una exigencia totalmente justificada tanto desde una perspectiva conceptual como de su funcionamiento práctico, la inclusión formal de la Corte Constitucional colombiana dentro de la rama judicial y del Tribunal Constitucional de Bolivia como parte del Poder Judicial, viene demostrando hasta el momento, a partir de su actuación jurisdiccional y administrativa, no ser un obstáculo para su autonomía e independencia orgánica y funcional.

En Chile, la Constitución de 1833 no contemplaba forma alguna de control constitucional de las normas; es más, conforme anota Gómez Bernales, la Corte Suprema rechazó expresamente que los tribunales pudieran decidir sobre la constitucionalidad o inaplicación de las leyes, sosteniendo que el deber del juez era aplicarlas y no juzgarlas¹². Fue la Constitución de 1925 la que introdujo, en el inciso 2 del Art. 86°, el control judicial por la Corte Suprema de la constitucionalidad de las leyes, mediante el denominado «recurso de inaplicación», a ser promovido en cualquier proceso e instancia, para que se declare inaplicable en el caso concreto la norma descalificada por inconstitucional.

El Tribunal Constitucional chileno fue instituido mediante la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 17.284 del 23 de enero de 1970, que adicionó los incisos a), b) y c) del Art. 78°. Dicho Tribunal Constitucional estaba integrado por cinco miembros, tres de ellos designados por el Presidente de la República en acuerdo con el Senado y los dos restantes por la Corte Suprema de entre sus miembros. Dentro de sus atribuciones más importantes destacaba la resolución de las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a aprobación

12 Cf. Gastón Gómez Bernales: «La Justicia Constitucional en Chile»; en, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 1997; *op. cit.*; p. 122.

del Congreso; así como el control de la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley. Este Tribunal fue disuelto tras el golpe de estado de 1973.

La Constitución chilena de 1980 restableció el Tribunal Constitucional, ocupándose de él en sus artículos 81° al 83°, algunas de cuyas normas fueron modificadas dentro de la Ley de reforma constitucional N° 18.825 del 17 de agosto de 1989. Su organización, atribuciones y funcionamiento han sido desarrolladas en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional N° 17.997, del 12 de mayo de 1981. El sistema chileno de jurisdicción constitucional combina así un control preventivo de constitucionalidad, a cargo del TC, con respecto a las leyes orgánicas e interpretativas de la Constitución, antes de su promulgación, así como de proyectos de ley en trámite parlamentario; con un control *a posteriori* de la constitucionalidad de las leyes vigentes, ejercido exclusivamente por la Corte Suprema a través del recurso de inaplicación, cuyas resoluciones tienen efecto sólo para el caso concreto y las partes involucradas.

En el Ecuador, sostiene Salgado Pesantes, el intento de adoptar un sistema de jurisdicción constitucional se inicia con la Constitución de 1945 y el establecimiento de un Tribunal de Garantías Constitucionales que, aunque tomaba como referente al de la República española de 1931, asumía algunas competencias propias de un tribunal de sus características y otras ajenas, en parte por sustituir en sus funciones al Consejo de Estado¹³. Dicho TGC, en materia de control de constitucionalidad, debía formular observaciones sobre las normas jurídicas (distintas a las leyes) que fueran inconstitucionales o ilegales; en cambio, tratándose de las leyes, el TGC sólo podía suspenderlas y remitirlas al Congreso para que éste adopte la decisión definitiva sobre su constitucionalidad y vigencia. Agrega este autor que al tribunal correspondía también el control de los proyectos de ley o decreto, que luego fue dejado de lado. La vigencia de dicha Constitución y del TGC fueron realmente efímeras, al quedar sin efecto por la Constitución de 1946.

13 Cf. Hernán Salgado Pesantes: «La Justicia Constitucional en Ecuador»; en, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 1997; *op. cit.*; pp. 157-159. Igualmente su trabajo, «La Jurisdicción Constitucional en el Ecuador»; en: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*; *op. cit.*; pp. 577-578.

La Constitución del Ecuador de 1978 restableció la existencia del Tribunal Constitucional y lo regula en sus artículos 275° al 279°; el desarrollo de su organización, atribuciones y funcionamiento se encuentra normado en la «Ley del Control Constitucional», aprobada por el Congreso el 18 de junio de 1997. En el artículo 3° de dicha ley se define al Tribunal Constitucional «como órgano supremo de control constitucional», afirmando su carácter independiente frente a las otras funciones y órganos del Estado, así como su autonomía administrativa y presupuestaria.

En el sistema ecuatoriano actual conviven el control incidental de inaplicación, a cargo de cualquier juez y de las salas de la Corte Suprema y Tribunales de última instancia, con el control general a cargo del Tribunal Constitucional, aunque –según sostiene Salgado Pesantes– se pretendía avanzar hacia un sistema concentrado a pesar de las incongruencias y resistencias políticas. Cabe considerar como un retroceso la reforma introducida en 1992, que dispuso que las resoluciones del TC que consideraban inconstitucional una ley sólo suspendían su vigencia y debían ser remitidas a la nueva Sala Constitucional de la Corte Suprema, para que ésta (cumpliendo el papel que antes desempeñaba el Congreso) emita una decisión definitiva y de alcance general en la materia. Luego, una positiva reforma aprobada en 1996 (confirmada con la Ley de Control Constitucional de 1997 y la reforma constitucional de 1998) ha dispuesto que las resoluciones del Tribunal Constitucional acerca de leyes, decretos-leyes, decretos, ordenanzas y actos administrativos hallados inconstitucionales adquieren carácter definitivo, inapelable, con efectos generales pero no retroactivos. Con la reforma también se ha conferido al TC el control previo de los proyectos de ley, cuya constitucionalidad haya sido objetada por el Presidente de la República durante su trámite de formación.

Por su parte, el Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú fue instituido por la Constitución de 1979. Aunque sus atribuciones proyectadas durante el debate constituyente fueron inicialmente bastante amplias y ambiciosas, finalmente la Carta aprobada sólo lo hizo competente para conocer (en instancia única y con efectos generales) del control directo y principal de la constitucionalidad de las leyes mediante la acción de inconstitucionalidad; así como de la casación (con efectos de reenvío y no de última instancia) de las resoluciones judiciales denegatorias de las acciones de hábeas corpus y amparo. El Poder Judicial

conservaba el control difuso de la constitucionalidad de las leyes. El TGC ejerció sus funciones entre 1983 y 1992, siendo clausurado y suprimido por el autogolpe de estado del presidente Fujimori del 5 de abril de dicho año. Su actuación, en general, resultó discreta, sufriendo incluso un progresivo decaimiento¹⁴.

Este mismo modelo «dual o paralelo», se ha mantenido en la actual Constitución de 1993, que volvió a instituir un Tribunal Constitucional, a pesar que en las propuestas iniciales de la mayoría oficialista en el congreso constituyente tal posibilidad aparecía expresamente descartada. De conformidad con el artículo 201° de la Carta, el Tribunal Constitucional es el «órgano de control de la Constitución»; es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. El Poder Judicial sigue ejerciendo el control difuso de la constitucionalidad de las normas y el TC conoce de las acciones de inconstitucionalidad

14 Para analizar el desarrollo y funcionamiento de la jurisdicción constitucional en el Perú, pueden revisarse el colectivo **Sobre la Jurisdicción Constitucional** (Aníbal Quiroga León, compilador), Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial (Lima, 1990); donde se publican trabajos de Domingo García Belaunde, Francisco Eguiguren Praeli, Marcial Rubio Correa, Samuel Abad Yupanqui y Aníbal Quiroga León, sobre diversos temas de esta materia. Asimismo, Francisco Eguiguren Praeli: «El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad»; en, **Lecturas sobre temas constitucionales** 7; Comisión Andina de Juristas (Lima, oct. 1991); pp. 15-59. César Landa Arroyo: «Del tribunal de garantías al tribunal constitucional»; en **Pensamiento Constitucional** N° 2; revista de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica (1995); pp. 73-114. Ernesto Blume Fortini: «El tribunal constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución»; en: **Pensamiento Constitucional** N° 3 (1996); pp. 293-337. Samuel Abad Yupanqui: «La jurisdicción constitucional en el Perú: antecedentes, balance y perspectivas»; en, **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano** 1996; CIEDLA – Fundación Konrad Adenauer (Buenos Aires, 1996) pp. 107-161. Domingo García Belaunde: «La Jurisdicción Constitucional en Perú»; en: **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**; *op. cit.*, pp. 827-854. Samuel Abad Yupanqui: «La justicia constitucional en Perú»; en: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional** 1997; *op. cit.*, pp. 303-324. Francisco Eguiguren Praeli: «Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: la evolución del modelo y los nuevos problemas»; en: **Pensamiento Constitucional** N° 5 (1998) pp. 115-133. Enrique Bernaldes Ballesteros: **El Tribunal Constitucional Peruano**; CIEDLA, Fundación K. Adenauer (1999). César Landa Arroyo: **Tribunal Constitucional y Estado Democrático**; Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial; Lima (1999).

contra leyes y normas de rango legal, con efectos generales y derogatorios, precisándose (en la ley orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435, del 10 de enero de 1995) que el órgano judicial no podrá inaplicar las leyes cuya inconstitucionalidad haya sido desestimada por el Tribunal Constitucional. Las acciones de hábeas corpus y amparo, así como las nuevas de hábeas data y de cumplimiento, son de competencia compartida de ambos órganos, y si bien el TC sólo conoce las acciones denegadas ante el Poder Judicial, esta vez su sentencia es la última instancia y pone fin al proceso. La acción popular contra los decretos de carácter general y reglamentos contrarios a la Constitución o la ley, sigue siendo de competencia exclusiva del Poder judicial.

En Colombia, la Corte Constitucional fue introducida por la Constitución de 1991, que lo regula en los arts. 239° a 245°. Con anterioridad, como explica Eduardo Cifuentes, fue la reforma constitucional de 1910 la que introdujo propiamente un sistema de jurisdicción constitucional en Colombia, encargando a la Corte Suprema conocer de las objeciones del Presidente de la República a la constitucionalidad de los proyectos de ley, así como de las acciones de inconstitucionalidad contra las leyes y decretos con fuerza de ley promovidas por cualquier ciudadano; al lado de este control concentrado, a cargo de la Corte Suprema, se estableció el control difuso, que mandaba preferir –en todo proceso– la norma constitucional frente a cualquier ley o norma inferior que la contravenga¹⁵.

La reforma constitucional de 1945, hizo competente al Consejo de Estado (máxima autoridad judicial en lo contencioso-administrativo) para las acciones de nulidad en contra de decretos gubernamentales sin fuerza de ley. La reforma constitucional de 1968 estableció una Sala Constitucional en la Corte Suprema, que debía preparar los proyectos de resolución en asuntos de control de constitucionalidad para la decisión que debía adoptar la Corte en pleno. También incorporó el control automático por la Corte Suprema de los decretos dictados por el Gobierno durante los estados de excepción.

Con la creación de la Corte Constitucional, ésta asumió competencias de control de la constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley que anteriormente concentraba la Corte Suprema; a ello se su-

15 Cf. Eduardo Cifuentes Muñoz: «La Jurisdicción Constitucional en Colombia»; en, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*; pp. 473-474.

man algunas nuevas atribuciones, dentro de las que cabe destacar el control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de leyes estatutarias (orgánicas) y la revisión de las sentencias en acciones de tutela dispuestas por el órgano judicial en materia de protección de derechos constitucionales. El sistema de jurisdicción constitucional previsto en la Carta Política de 1991, está desarrollado en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (de 1996) cuyo capítulo IV se ocupa del tema, en los arts. 43° al 49°. Cabe agregar el Decreto presidencial N° 2067 de 1991 (4-9-1991) que reguló la tramitación de los procesos judiciales ante la Corte Constitucional; así como el Acuerdo 5 de 1992 de la propia Corte que aprueba su Reglamento y el Acuerdo 1 de 1994 (del 17-2-94) que le introduce algunas modificaciones.

En Bolivia, el Tribunal Constitucional fue establecido en el marco de la reforma constitucional de 1994, siendo el más reciente en Latinoamérica, pues inició la atención de causas en junio de 1999. Según la Constitución de 1967, en su Art. 127° inc. 5, la Corte Suprema era competente para «conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones». Con la reforma de 1994, quedó establecido que «el control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional» (Art. 116°, inc. IV); la Ley N° 1836 (del 1° de abril de 1998) regula y desarrolla todo lo referente a las competencias, procedimientos, organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional de Bolivia cuenta con amplias y variadas competencias, en materia del control de la constitucionalidad de las normas (tanto en vía directa como incidental), la protección de los derechos fundamentales, la absolución de consultas y el control de la regularidad constitucional de diversos actos y decisiones de distintas autoridades estatales. Si bien la reforma de 1994 pareciera que buscaba adoptar un sistema concentrado de control de constitucionalidad a través del Tribunal Constitucional, subsiste en la Carta Política el artículo 228° (que no fue objeto de reforma) y que tras afirmar la supremacía de la Constitución, manda a todos los tribunales, jueces y autoridades aplicarla con preferencia sobre las leyes, lo que conduce obviamente a la posibilidad del control judicial difuso.

3.2 Composición de los Tribunales Constitucionales, designación y estatuto de sus magistrados

El Tribunal Constitucional de Chile es un órgano especial, autónomo e independiente. Como recuerda el profesor Humberto Nogueira¹⁶, el primer TC creado en 1970 estaba integrado por cinco miembros: dos de ellos eran designados por la Corte Suprema de entre sus ministros, en una sola votación en la que cada magistrado tenía un solo voto, lo que determinaba que los elegidos correspondían a las dos primeras mayorías relativas de la Corte; los tres miembros restantes eran designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, debiendo uno de ellos haber desempeñado cátedra universitaria en Derecho público como profesor titular.

Por su parte, el Tribunal Constitucional establecido en el artículo 80° de la Constitución de 1980, se compone de siete miembros, que reciben la denominación de ministros; su mandato es de ocho años, renovándose parcialmente cada cuatro años, siendo admisible la reelección. El Tribunal designa cinco abogados integrantes que, en orden de precedencia, son llamados en casos de ausencia del ministro titular. Al igual que los magistrados del Poder Judicial, los ministros del Tribunal sólo pueden ser aprehendidos por mandato del tribunal competente, salvo en caso de flagrante delito, supuesto en el que serán puestos inmediatamente a disposición del órgano judicial.

De los siete ministros del Tribunal Constitucional, tres son elegidos por la Corte Suprema de entre sus miembros, en votaciones secretas y sucesivas para cada uno, lo que justifica la crítica expuesta por Gastón Gómez en el sentido que una misma mayoría de la Corte puede imponer la designación de los tres ministros¹⁷. Los restantes cuatro miembros son abogados, dos de ellos designados por el Consejo de Seguridad Nacional, uno por el Presidente de la República y el otro por el Senado, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes. Dichos abogados deben contar con quince años de titulados, haber ejercido funciones en la actividad profesional, universitaria o pública y no padecer los impedimentos fijados para ser juez. En el caso de los

16 Cf. Humberto Nogueira Alcalá: «La Jurisdicción Constitucional en Chile»; en, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*; *op. cit.*; p. 544.

17 Cf. Gastón Gómez Bernal: *op. cit.*; p. 129.

designados por el Presidente de la República y por el Senado, se les exige como requisito adicional haberse desempeñado como abogados integrantes de la Corte Suprema, cuando menos por tres años consecutivos.

Coincidimos plenamente con Nogueira Alcalá en la crítica a la actual composición y forma de designación de los miembros del Tribunal Constitucional chileno. De un lado, por la inconveniencia de que los ministros designados por la Corte Suprema pertenezcan simultáneamente a ésta y al TC, tanto por el menoscabo que conlleva a la efectiva autonomía y separación entre ambos órganos, como porque la experiencia comparada aconseja que los magistrados del Tribunal no provengan de la carrera judicial. De otro lado, por la injustificada potestad del Consejo de Seguridad Nacional de intervenir en la conformación del TC; finalmente, porque tampoco aparece razonable que dos de los abogados designados tengan que haber sido previamente integrantes de la Corte Suprema cuando menos por tres años consecutivos¹⁸.

En el Ecuador, la Constitución de 1978 previó originalmente que el Tribunal Constitucional estuviera compuesto por once miembros; posteriormente, las reformas de 1983 y 1996 redujeron su número a nueve vocales, con sus respectivos suplentes, siendo designados por el Congreso de la manera siguiente: dos, elegidos de ternas enviadas por el Presidente de la República; dos, elegidos de ternas enviadas por la Corte Suprema, de personas ajenas a su seno; dos elegidos por el Congreso, que no pueden ser legisladores; uno, de la terna enviada por los alcaldes municipales y prefectos provinciales; uno, de la terna enviada por las centrales de trabajadores y organizaciones campesinas e indígenas; y, uno, de la terna remitida por las cámaras de la producción. Como señala Salgado Pesantes¹⁹, resulta extraño dentro de la experiencia comparada que en la integración de un tribunal constitucional se adopten criterios de representación propios de la defensa de intereses gremiales (organizaciones laborales y productivas) lo que estima poco funcional tratándose de la misión propia del máximo órgano jurisdiccional.

18 Cf. Humberto Nogueira Alcalá: *op. cit.*; pp. 544-545.

19 Cf. Hernán Salgado Pesantes: «La Jurisdicción Constitucional en el Ecuador»; en, *La jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*; *op. cit.*; p. 579.

El mandato de los vocales del Tribunal Constitucional era originalmente de dos años, extendiéndose a cuatro con la reforma de 1992, con la posibilidad de reelección. Lo corto que sigue siendo este período de mandato, puede conspirar contra la estabilidad e independencia del Tribunal, prestándose más bien al mayor riesgo de manipulación política y partidista de las designaciones. Para ser elegido como Vocal del TC se requiere reunir los mismos requisitos que para ser ministro de la Corte Suprema, es decir: ser ecuatoriano por nacimiento y estar hábil en el goce y ejercicio de sus derechos ciudadanos, ser abogado, tener más de cuarenticinco años y un ejercicio profesional con probidad notoria de la abogacía, judicatura o cátedra universitaria en materia jurídica por no menos de quince años. Aunque anteriormente los Vocales del TC gozaban de las mismas inmunidades que los parlamentarios, ahora este privilegio se limita a la inviolabilidad e irresponsabilidad por sus votos y opiniones.

En el Perú, el Tribunal de Garantías Constitucionales anteriormente existente estuvo conformado por nueve miembros; designados en número de tres respectivamente por el Poder Ejecutivo, el Congreso y la Corte Suprema. Sin embargo, el Tribunal Constitucional instaurado con la Constitución de 1993 está integrado por siete magistrados, todos ellos designados por el Congreso unicameral con el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros. La función de magistrado del TC es a dedicación exclusiva, excepto el ejercicio de la docencia universitaria. Su mandato es de cinco años y no pueden ser inmediatamente reelegidos.

No se contempla, ni en la Constitución ni en la ley orgánica del TC, la existencia de magistrados suplentes, a pesar que a raíz de la experiencia del TGC tal exigencia resultaba bastante atendible. En efecto, se recuerda que en varios casos del anterior TGC no pudo adoptar sentencia al no reunir los votos exigidos para pronunciarse en acciones de inconstitucionalidad (seis de sus nueve miembros) en parte por vacantes o impedimentos de magistrados que no fueron reemplazados con celeridad. El actual TC, que requiere los votos favorables de seis de sus siete miembros para declarar inconstitucional una ley, afrontó un caso donde cuatro magistrados se abstuvieron de votar imposibilitando la decisión, sin que exista mecanismo (por falta de suplentes) para completar la conformación del tribunal; luego el Congreso destituyó a tres magistrados, sin que se haya designado a los reemplazantes

a pesar que han transcurrido tres años, lo que impide que el Tribunal pueda ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes y determinar que funcione en forma irregular.

Los magistrados del TC peruano gozan del privilegio de antejuicio político ante el Congreso (al igual que algunos otros altos funcionarios) como requisito a cumplirse previamente para su eventual juzgamiento por los delitos de función o infracciones de la Constitución en que incurran. Además disfrutan de inmunidad (similar a los congresistas) para los casos de detención o juzgamiento por delitos comunes, correspondiendo al propio Tribunal Constitucional decidir si autoriza o no el levantamiento de dicha inmunidad. Para ser designado magistrado se requiere ser peruano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de cuarenticinco años; haber sido magistrado de la Corte Suprema o Superior o Fiscal Supremo o Superior por diez años o haber ejercido la abogacía o cátedra universitaria en disciplina jurídica por más de quince años.

Con respecto a la Corte Constitucional de Colombia, el Art. 239° de la Constitución establece que está integrada por un número impar de magistrados fijado por la ley, procurando que posean diferentes especialidades jurídicas; actualmente su número es de nueve, por decisión de la Ley N° 5 de 1992. Los magistrados son designados por el Senado de nueve ternas que le presentan el Presidente de la República (3), la Corte Suprema (3) y el Consejo de Estado (3); se elige un miembro de cada terna, según dispone el Art. 44° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996.

Se exigen iguales requisitos para los cargos de magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema y del Consejo de Estado (Art. 232° de la Constitución): ser colombiano por nacimiento y ciudadano en ejercicio, ser abogado; no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; haber ejercido durante diez años cargos en la rama judicial o el Ministerio Público, o la profesión de abogado o cátedra universitaria en disciplina jurídica. No es un requisito para acceder a estos cargos pertenecer a la carrera judicial. No pueden designarse como magistrados de la Corte Constitucional a quienes durante el año precedente a la elección hayan ejercido los cargos de ministro, magistrado de la Corte Suprema o del Consejo de Estado; tampoco el gobierno podrá ofrecer empleo a los magistrados de la Corte durante el ejercicio de sus funcio-

nes ni en el año siguiente a su cese en el cargo. Estas restricciones e impedimentos parecen positivas para contribuir a la mayor independencia del magistrado de la Corte.

Cada magistrado ejerce el cargo por un período personal de ocho años, sin que proceda la reelección. Goza de inamovilidad en la función en tanto observe buena conducta, tenga rendimiento satisfactorio y no haya llegado a la edad de retiro forzoso de 75 años (Art. 233° de la Constitución). Los magistrados de la Corte Constitucional gozan de un estatuto personal (similar al de otros altos funcionarios públicos) por el cual los hechos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones (aunque ya hayan cesado en éstas) serán juzgadas y sancionadas por el Senado (Art. 174° de la Constitución). Tratándose de delitos de función o de indignidad por mala conducta, la única sanción que puede imponer el Senado es la destitución del cargo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; en cambio, ante delitos que tengan otras penas, se proseguirá su enjuiciamiento criminal ante la Corte Suprema. Si la acusación es por delitos comunes, el Senado se limitará a decidir si autoriza la formación de causa penal, lo que en caso afirmativo acarreará que el acusado sea puesto a disposición de la Corte Suprema para su juzgamiento.

Finalmente, el Tribunal Constitucional de Bolivia está integrado por cinco magistrados, designados por el Congreso (reunión de las Cámaras de Diputados y Senadores) con el voto favorable de dos tercios de los parlamentarios presentes; conjuntamente a ellos se nombran también a los magistrados suplentes. El Ministerio de Justicia, las Facultades de Derecho y los Colegios de Abogados pueden presentar nóminas de candidatos ante el Congreso. Los miembros del TC eligen a su Presidente, con el voto de dos tercios de sus integrantes. Los magistrados suplentes perciben el 50% de la remuneración de los titulares y acceden a la titularidad sólo en caso de suspensión de aquéllos (por acusación en juicio de responsabilidad o sentencia penal condenatoria ejecutoriada por delito común) supuesto en el que perciben el íntegro del sueldo; sin embargo, en caso de producirse el cese o la vacancia de un magistrado titular, su cargo no será asumido por el suplente sino que el Congreso deberá elegir a un nuevo miembro del Tribunal.

Para ser magistrado del TC se requiere cumplir los requisitos siguientes: ser boliviano por nacimiento, haber cumplido los deberes militares, contar con 35 años cumplidos, estar inscrito en el Registro

Electoral; tener título de abogado y haber ejercido por un período de diez años, con idoneidad, la judicatura, la profesión de abogado o la cátedra universitaria; no haber sido condenado a pena corporal (salvo rehabilitación del Congreso y no estar incurso en las incompatibilidades establecidas para el cargo. En tal sentido, la condición de magistrado titular o suplente del TC es incompatible con: el ejercicio de cargos públicos o privados, administrativos o sindicales, remunerados o no; con el desempeño de cargos directivos en partidos políticos, asociaciones, fundaciones, colegios profesionales o empresas mercantiles; y con el ejercicio libre de la abogacía. Su función sólo es compatible con el desempeño de la cátedra universitaria.

Cada magistrado tiene un mandato personal de diez años improrrogables, pudiendo ser reelecto luego de transcurrido un tiempo similar al período ejercido en el cargo. Los magistrados del TC tienen la misma prerrogativa del Juicio de Responsabilidad que sus homólogos de la Corte Suprema, proceso de juzgamiento que se realiza ante el Congreso por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, carecen de inmunidad para los delitos comunes.

Encontramos cuestionable el reducido número de magistrados que conforman el Tribunal Constitucional boliviano, sobre todo por lo amplio de las competencias de dicho órgano. Igualmente resulta contraproducente el tratamiento que la Ley del Tribunal Constitucional otorga a los magistrados suplentes pues, a pesar de estar sujetos a las mismas incompatibilidades (laborales u ocupacionales) que los titulares, perciben la mitad de la remuneración y no acceden a la titularidad del cargo ante el cese del titular, a menos que el Congreso los designe como tales. Asimismo se observa como una carencia la ausencia de inmunidad para el enjuiciamiento ante delitos comunes de los magistrados, a diferencia de lo que sucede con sus colegas de la mayoría de tribunales constitucionales.

3.3 La organización de la corte o tribunal constitucional

El Tribunal Constitucional de Chile actúa en una sola sala y requiere para su funcionamiento un quórum de la totalidad de sus miembros; en caso de ausencia de un ministro titular, será reemplazado por el abogado integrante de la lista confeccionada para estos efectos, siguiendo el orden de precedencia establecido en ella. Las decisiones del TC

se adoptan por mayoría simple, teniendo el Presidente voto dirimente en caso de empate. El Presidente del Tribunal es elegido por sus miembros, para un período de dos años que sólo puede ser objeto de reelección para el período inmediato siguiente. El TC elabora una lista de precedencia para acceder al cargo de Presidente; sus funciones se refieren a la conducción administrativa de la institución, el establecimiento del orden para la atención de las causas, presidir y conducir las sesiones y audiencias, disponer la culminación del debate y el paso a votación.

El Tribunal Constitucional del Ecuador actúa en una sala plenaria, contando con un Presidente y un Vicepresidente electos por sus miembros para un período de dos años, con posibilidad de reelección. El Presidente representa al Tribunal, coordina y dirige sus sesiones y audiencias, nombra y remueve al personal y funcionarios del Tribunal, puede nombrar comisiones de asesoría para que ilustren a los magistrados en materias técnicas, dirige la gestión administrativa, establece el orden del día y el reparto de las causas entre los Vocales, y presenta anualmente el informe escrito ante el Congreso sobre la labor desarrollada por la institución.

En la Corte Constitucional de Colombia, las decisiones se adoptan por Sala Plena, con la totalidad de sus miembros, salvo cuando se trata de las sentencias en los procesos de tutela, encomendados a «Salas de Revisión» y de decidir la admisión de causas a trámite, que se realiza por el magistrado sustanciador designado por reparto. El reglamento de la Corte contempla la existencia de nueve Salas de Revisión de Tutela, cada una de ellas presidida por uno de sus nueve magistrados y completada por otros dos, en orden alfabético; de modo que cada magistrado integra simultáneamente tres salas de revisión, una de las cuales preside. Existe una Comisión de Selección de acciones de tutela, compuesta por dos magistrados por el turno de un mes, que califican y determinan cuáles de los procesos llegados a la Corte serán sometidos al conocimiento de ésta.

Para la adopción de sentencias en la Corte Constitucional, se requiere que la parte resolutive del fallo sea aprobada por la mayoría de los magistrados, mientras que los fundamentos de la sentencia pueden serlo sólo por la mayoría de los asistentes. La Corte elige a un Presidente y un Vicepresidente, correspondiendo al primero presidir las sesiones de Sala Plena, ser el nexo de comunicación entre la Corte y otros órganos del Estado y la sociedad, así como ejercer la dirección de

la administración y el funcionamiento institucional. El Vicepresidente reemplaza al Presidente en caso de ausencia. El mandato de ambos tiene una duración de un año.

En cuanto al Tribunal Constitucional del Perú, sólo actúa y resuelve en reunión plenaria de sus siete miembros; se ha cuestionado que no tenga previsto en su ley orgánica la conformación de salas para la decisión (con mayor celeridad) de las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data o de cumplimiento llegadas en recurso extraordinario tras su desestimación en sede judicial. El quórum original establecido para el funcionamiento del TC es de seis miembros, adoptando decisión por mayoría simple, salvo cuando se trata de la admisión de acciones de inconstitucionalidad o de la sentencia que declara inconstitucional una norma de rango legal, supuestos en los que se exigen seis votos conformes. Actualmente, tras la arbitraria destitución por el Congreso de tres magistrados, el quórum se rebajó a cuatro, pero no para las acciones de inconstitucionalidad, no siendo posible que el Tribunal pueda conocer de estas acciones ni de los conflictos de competencia. El Tribunal cuenta con un Presidente y un Vicepresidente, elegidos en votación secreta por sus miembros para un período de dos años.

El Tribunal Constitucional de Bolivia adopta decisiones en Sala Plena conformada por la totalidad de sus cinco miembros. Existe una Comisión de Admisión integrada por tres magistrados, que desempeñarán esta función en forma rotativa y obligatoria, sin que ninguno lo haga por más de dos veces consecutivas por turno. El Tribunal elige a su Presidente, disponiendo la ley de reforma constitucional que para ser elegido se requería alcanzar el voto favorable de dos tercios de los magistrados, cifra verdaderamente alta en especial atendiendo al reducido número de integrantes del TC. La vigente Ley N° 1836, del 19 de marzo de 1998, ha dispuesto –más acertadamente– que su elección se hará por la mayoría de votos de sus magistrados, en votación oral y nominal; el mandato del Presidente es de cinco años, pudiendo ser reelegido.

El Presidente dirige y representa al Tribunal Constitucional, vela por el correcto desempeño de las funciones institucionales, ejerce las potestades disciplinarias sobre el personal, salvo las que competen al Consejo de la Judicatura, y adopta las resoluciones administrativas que no son potestad del Pleno. Las resoluciones que adopta el TC son de tres tipos: sentencias, cuando resuelven sobre demandas y recursos;

declaraciones constitucionales, cuando absuelven las consultas; y autos, cuando se pronuncian sobre la admisión, rechazo, desistimiento o caducidad de la acción. Complementando lo dispuesto por la Constitución y la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional, este órgano ha aprobado (por Acuerdo 03/99, del 2 de febrero de 1999) el Reglamento de Procedimientos Constitucionales, que norma y regula su actuación en el conocimiento y trámite de las acciones y materias de su competencia.

3.4 Principales competencias y atribuciones

El Tribunal Constitucional del Ecuador, tras las reformas constitucionales de 1996 y 1998, así como de la Ley de Control Constitucional de junio de 1997, es competente para conocer de las materias siguientes:

- Resolver las demandas de inconstitucionalidad, por razones de fondo o forma, que se promuevan contra leyes orgánicas u ordinarias, decretos-leyes, decretos, reglamentos u ordenanzas, emitidas por órganos del Estado; así como suspender total o parcialmente sus efectos.
- Resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos dictados por cualquier autoridad pública, acarreado la declaratoria de su inconstitucionalidad la revocatoria del acto.
- Resolver sobre las resoluciones que deniegan las acciones de hábeas corpus, hábeas data y amparo; así como las apelaciones o consultas generadas en las acciones de amparo.
- Dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya formulado el Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.
- Emitir dictamen sobre la constitucionalidad de tratados y convenios internacionales, antes de su aprobación por el Congreso.
- Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones asignadas por la Constitución.
- Conocer de los informes que le presenten las Salas de la Corte Suprema o los Tribunales de última instancia con respecto a las sentencias que hayan dictado declarando la inconstitucionalidad, a ser remitidos dentro de los treinta días de ejecutoriadas. El Tribunal

Constitucional resolverá, con carácter de obligatoriedad general, sobre la inaplicabilidad de un precepto legal si fuere contrario a la Constitución, aunque esta resolución no tendrá efecto sobre el fallo dictado en el proceso judicial.

Con respecto al Tribunal Constitucional de Chile, de conformidad con el artículo 82° de la Constitución, es competente para ejercer las funciones siguientes:

- a) Control de la constitucionalidad de normas:
 - Realizar obligatoriamente el control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de leyes orgánicas y de leyes interpretativas de la Constitución.
 - Resolver, con carácter previo a la aprobación de las normas, sobre las cuestiones de inconstitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.
 - Conocer sobre las cuestiones que se promuevan respecto de la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley, luego de promulgados.
- b) Control facultativo (a instancia de determinadas autoridades) de la potestad normativa y reglamentaria ejercida por el Gobierno:
 - Pronunciarse sobre la constitucionalidad de la convocatoria a plebiscito por el Presidente de la República, sin perjuicio de las atribuciones del Tribunal Calificador de Elecciones en la materia.
 - Resolver sobre los reclamos que se presenten por la negativa del Presidente a promulgar una ley, cuando promulgue un texto distinto o dicte un decreto inconstitucional.
 - Resolver sobre los decretos gubernamentales que la Contraloría haya considerado inconstitucionales.
 - Resolver sobre los decretos supremos reglamentarios dictados infringiendo la reserva legal material establecida a favor del legislador.
- c) Declarar la inconstitucionalidad de organizaciones, movimientos o partidos políticos.
- d) Emitir informe ante el Senado cuando éste debe resolver sobre la declaración de impedimento o inhabilidad del Presidente de la República; así como pronunciarse sobre las causales de impedimento, incompatibilidades y cesación en el cargo de los parlamentarios; y

resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afectan a las personas designadas para el cargo de Ministro de Estado, para permanecer en dicho cargo o para desempeñar simultáneamente otras funciones.

El número de competencias del Tribunal Constitucional Peruano resulta, en comparación con el de otros órganos similares, bastante reducido. Así, le corresponde conocer de:

- Acciones de inconstitucionalidad (de carácter directo y abstracto) que se interpongan contra leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados internacionales, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; cuando por razones de forma o de fondo vulneran la Constitución.
- Resolver, en última y definitiva instancia, las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento; cuando hayan sido previamente desestimadas en el Poder Judicial.
- Resolver los conflictos de competencia o atribuciones que se susciten entre los órganos de gobierno territorial del Estado: Gobierno Central con gobiernos locales o regionales, o estos últimos entre sí; como de los que se generen entre los poderes del Estado entre sí o de éstos con los órganos constitucionales autónomos (Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Ministerio Público, Contraloría, etc.) o de éstos entre sí.

La Corte Constitucional de Colombia, según dispone el Art. 241° de la Constitución, es competente para conocer de los asuntos siguientes:

- a) En cuanto al control de la constitucionalidad de los procesos de reforma constitucional, de referéndum y reforma legislativa:
 - Demandas de inconstitucionalidad promovidas por los ciudadanos contra los actos de reforma de la Constitución, cualquiera que sea su origen, exclusivamente por vicios de procedimiento en su formación.
 - Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referéndum o asamblea constituyente para reformar la Constitución, pero sólo por vicios de procedimiento en su formación.

- Constitucionalidad de referéndum sobre leyes y de consultas populares y plebiscitos de nivel nacional, en este último caso sólo por vicios de procedimiento en la convocatoria y realización.
- b) En cuanto al control de constitucionalidad de las normas:
 - Demandas de inconstitucionalidad promovidos por los ciudadanos contra leyes y decretos con fuerza de ley (facultades extraordinarias y plan nacional de inversiones públicas) dictados por el Gobierno, sea por razones de contenido como de vicios de procedimiento en su formación.
 - Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos dictados por el Gobierno en los casos de estado de guerra exterior, de conmoción interior o de estado de emergencia.
- c) En cuanto al control preventivo de la constitucionalidad de proyectos de normas:
 - Resolver acerca de los proyectos de ley cuya constitucionalidad haya sido objetada por el Gobierno y cuando el Congreso haya resuelto insistir en su contenido²⁰; así como de los proyectos de leyes estatutarios²¹, por razones de contenido y de procedimiento.
 - Decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y las leyes que los aprueban, antes de su ratificación por el Gobierno. Cuando algunas normas de los tratados sean declaradas inexecutable por la Corte, el Presidente sólo podrá ratificarlos con reserva de tales normas.
- d) En cuanto a la protección de los derechos constitucionales, la Corte podrá revisar las resoluciones judiciales dictadas en los procesos de

20 En tal supuesto, el proyecto se remite a la Corte para que efectúe el análisis de su constitucionalidad y resuelva dentro de los seis días siguientes. Si la Corte confirma la constitucionalidad de la norma, el Presidente tiene que promulgarla; si la cuestiona, el proyecto se archiva; si el proyecto es encontrado parcialmente inconstitucional por la Corte, volverá a la cámara de origen para que ésta introduzca los ajustes necesarios, remitiéndose luego nuevamente para su revisión definitiva.

21 Las leyes estatutarias, a diferencia de las leyes ordinarias, deben aprobarse con el voto de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, y tramitarse dentro de una misma legislatura. Están reservadas a regular las materias siguientes: derechos y deberes fundamentales de las personas, así como los recursos destinados a su protección; administración de justicia; organización y régimen de los partidos políticos, estatuto de la oposición y funciones electorales; instituciones y mecanismos de participación ciudadana; estados de excepción.

tutela. Todas las sentencias judiciales finales de acciones de tutela, sean o no impugnadas, se elevarán necesariamente ante la Corte Constitucional para que ésta determine discrecionalmente cuáles selecciona para su revisión.

El Tribunal Constitucional de Bolivia cuenta con una amplia gama de competencias y atribuciones, correspondiéndole (según los arts. 120° de la Constitución y 7° de la Ley N° 1836 del TC) conocer de:

- a) En instancia única, de los recursos directos o abstractos de inconstitucionalidad promovidos contra leyes, decretos, así como de resoluciones de carácter general no vinculadas a procesos judiciales o administrativos.
- b) Recursos indirectos o incidentales de inconstitucionalidad contra leyes, decretos y resoluciones generales, promovidos en el marco de un proceso judicial o administrativo.
- c) Recursos de inconstitucionalidad contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones de cualquier naturaleza creados, suprimidos o modificados en contravención de la Constitución, a ser promovido por el afectado.
- d) Consultas acerca de la constitucionalidad de tratados y convenios internacionales, suscritos con otros Estados u organismos internacionales, antes de su aprobación.
- e) Impugnaciones del Poder Ejecutivo de las resoluciones camarales, prefecturales o municipales contrarias a la Constitución.
- f) Recursos directos de nulidad contra los actos o resoluciones de quienes usurpan funciones o jurisdicción que no les competen ni emanan de la ley.
- g) Recursos contra resoluciones del Poder Legislativo o de una de sus Cámaras que afectan derechos o garantías de cualquier persona.
- h) Revisión de las resoluciones judiciales recaídas en las acciones de amparo y de hábeas corpus.
- i) Conflictos de competencia y controversias que se susciten entre los Poderes Públicos, la Corte Nacional Electoral, los departamentos y los municipios.
- j) Las consultas formuladas por el Presidente de la República, los Presidentes del Congreso o de la Corte Suprema, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, de decretos o resoluciones; siendo la de-

cisión del Tribunal obligatoria para el órgano que formula la consulta.

- k) Demandas contra los procedimientos de reforma constitucional que no observen el trámite o requisitos establecidos en la Constitución.

3.5 El control de constitucionalidad de las normas

El Tribunal Constitucional de Chile, su principal función de control de la constitucionalidad de normas está referida a la revisión obligatoria que, con carácter previo, debe realizar de los proyectos de leyes orgánicas y de leyes interpretativas de algún precepto de la Constitución aprobados por el Congreso, antes de su promulgación por el Presidente de la República. Para este efecto, el Presidente de la Cámara parlamentaria donde se origina el proyecto, dentro de los cinco días posteriores a que quedó agotado el trámite parlamentario, remitirá el proyecto aprobado al Tribunal Constitucional. Si durante la tramitación de proyectos de ley se suscita alguna objeción de su constitucionalidad o de algunos de sus artículos, se remitirá también las actas de las sesiones donde se debatió este aspecto.

Realizada la revisión del proyecto por el TC, éste se pronunciará acerca de su constitucionalidad. Si lo declara constitucional, comunicará esta decisión al Presidente de la Cámara de origen. Cuando se haya suscitado controversia en el debate parlamentario sobre la constitucionalidad de algún precepto del proyecto, el Tribunal deberá emitir resolución fundamentada respecto del carácter constitucional o inconstitucional de la norma. Una vez declarada por el TC la conformidad constitucional de un proyecto o norma, el punto ya no podrá ser nuevamente planteado. En cambio, cuando la resolución del Tribunal estime inconstitucional algún precepto, el Congreso remitirá al Presidente de la República el proyecto para su promulgación excluyendo tales preceptos.

El TC chileno ejerce también control facultativo de la constitucionalidad de los proyectos de ley, de reforma constitucional o de tratados sometidos a aprobación del Congreso, siempre que se haya suscitado durante la tramitación alguna objeción de su constitucionalidad, pero antes de la promulgación por el Presidente de la República. El requerimiento sólo podrá presentarse ante el Tribunal por el Presidente de la República, el Presidente de una Cámara del Congreso o

por la cuarta parte de los parlamentarios en ejercicio de una Cámara. El Tribunal comunicará al Presidente de la República el requerimiento recibido, para que se abstenga (durante diez días prorrogables) de promulgar la norma o la parte impugnada de ésta hasta que el punto sea resuelto; pondrá el asunto en conocimiento de los órganos interesados, quienes dispondrán de cinco días para formular sus observaciones. Vencido este término, resolverá sobre el tema controvertido, comunicando su sentencia a las instancias recurrentes y, en su caso, al Presidente de la República y a la Corte Suprema para los fines pertinentes.

Con respecto al control de la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley dictados por el Presidente de la República, por delegación del parlamento, éste sólo será previo si la objeción fue planteada por la Contraloría y el Presidente decide someter la controversia ante el Tribunal Constitucional; el control será posterior, en cambio, si dentro de los treinta días ulteriores a la vigencia de los decretos son objetados ante el TC por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus integrantes. En el caso de los decretos que invaden la reserva legal material establecida en la Constitución para el legislador, sólo pueden ser objetados por las Cámaras del Congreso.

Conviene resaltar que los ciudadanos no tienen ninguna participación ante el Tribunal Constitucional chileno, sea con iniciativa o durante el proceso instaurado, en los diversos mecanismos de control de constitucionalidad de las normas. Asimismo debe recordarse que el control concreto acerca de la constitucionalidad de normas legales vigentes, es ejercido de forma exclusiva y «concentrada» por la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad. Si la Corte estima inconstitucional la ley objetada o un precepto de ésta, su sentencia se remitirá al tribunal inferior para que inaplique la norma en el caso concreto, conservando su vigencia y obligatoriedad general²².

En el caso de Ecuador, el Tribunal Constitucional conoce de las acciones de inconstitucionalidad que se promueva contra leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos u ordenanzas, tanto por razones de forma

22 Para apreciar las características de este procedimiento y la actuación de la Corte Suprema, puede verse el ya citado trabajo de Gastón Gómez, pp. 146-156. Igualmente su trabajo: **El recurso de inaplicabilidad**; Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales; serie Informes de Investigación N° 4, Año 1; Santiago de Chile; Nov. 1999.

como de fondo. Están legitimados para interponer esta acción el Presidente de la República, el Congreso (previa resolución mayoritaria de sus miembros), la Corte Suprema (por acuerdo del Pleno), mil ciudadanos, y también cualquier persona, aunque en este último caso sólo previo informe de la Defensoría del Pueblo acerca de su procedencia. Es curioso que no se reconozca legitimación a un número determinado de congresistas, sino exclusivamente a una mayoría parlamentaria. El Tribunal tendrá tres días para calificar la demanda y, de admitirla, correrá traslado por quince días al órgano que expidió la norma cuestionada, a fin de que la conteste. A pedido de parte, el TC podrá citar a una audiencia pública para que las partes realicen una exposición oral de treinta minutos cada una.

La resolución del Tribunal deberá dictarse dentro de los treinta días hábiles siguientes al vencimiento del plazo de contestación de la demanda o de la celebración de la audiencia. La sentencia del TC declarando la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, acarreará el cese de su vigencia desde la publicación de la resolución en el diario oficial. Dicha sentencia no afectará las relaciones jurídicas surgidas al amparo de la norma ni antes de su declaración de inconstitucionalidad. Cabe recordar que hasta antes de la reforma constitucional de 1996, la sentencias del TC que declaraban inconstitucional una norma sólo suspendían temporalmente su vigencia, estando sujetas a la decisión definitiva, de alcance general, que adopte el Congreso (en una primera etapa) o la Sala Constitucional de la Corte Suprema (en una etapa más reciente). En la actualidad, la declaración de inconstitucionalidad de una ley o norma por el TC tiene efecto general, es definitiva e irrecurrible.

El Tribunal también es competente para ejercer el control previo de la constitucionalidad de una ley aprobada por el Congreso que sea objetada por el Presidente de la República. En tal supuesto, y siempre que lo aprueben la mayoría de congresistas o el pleno de la comisión legislativa dentro de los diez días de recibida la objeción, se remitirá el proyecto de ley al Tribunal, quien deberá resolver en un término similar de diez días. Si la objeción de inconstitucionalidad es desestimada por el TC, ordenará la publicación de la ley en el registro oficial. Asimismo, conviene reiterar que cuando una Sala de la Corte Suprema o tribunal de última instancia declaren la inconstitucionalidad de una norma, remitirán un informe al Tribunal Constitucional (dentro de los

treinta días de ejecutoriada la sentencia) para que éste resuelva con carácter obligatorio y general sobre la inaplicabilidad futura del precepto legal considerado inconstitucional, aunque su decisión no afectará lo resuelto en el caso concreto por el órgano judicial.

Con respecto al Tribunal Constitucional del Perú, conoce de las acciones de inconstitucionalidad que se interpongan contra leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general u ordenanzas municipales. Están legitimados para interponer esta acción: el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, el veinticinco por ciento de los congresistas, cinco mil ciudadanos (salvo cuando se impugnen ordenanzas municipales, donde se exigirá el 1% de ciudadanos del ámbito territorial, siempre que no excedan de cinco mil); también pueden hacerlo los Presidentes de la Región (con acuerdo del Consejo Regional) y los alcaldes (con acuerdo del Concejo Municipal) pero en asuntos de su competencia; finalmente le compete a los Colegios Profesionales, en asuntos de su especialidad²³.

La acción de inconstitucionalidad debe promoverse dentro de los seis meses de vigencia de la norma. El TC requiere del voto favorable de seis de sus siete magistrados para declarar su inadmisibilidad; igual votación se requiere para adoptrar la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad. De la demanda se corre traslado por treinta días a la autoridad que dictó la norma. En caso de no alcanzarse el número de votos exigidos, y a pesar que pudiera existir una mayoría absoluta de cuatro o cinco magistrados favorables a la declaratoria de inconstitucionalidad, el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional manda a éste dictar sentencia desestimando la acción y declarando la constitucionalidad de la norma, la misma que no podrá ser objetada en un nuevo proceso. Esta exigencia de seis de siete votos conformes, fue introducida por el Congreso con la clara intención de limitar severa-

23 Merece ser destacada como una positiva novedad introducida por la Constitución de 1993, con respecto a la Carta de 1979, la ampliación de la legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad, reduciendo de cincuenta mil a cinco mil el número de ciudadanos requeridos y otorgando esta potestad también a los Colegios Profesionales; contemplado así alguna forma de participación ciudadana y popular en el control (de carácter abstracto y efecto general) de la constitucionalidad de las normas de rango legal.

mente la viabilidad de la declaratoria de inconstitucionalidad; supedita, de manera cuestionable e irracional, la voluntad de la mayoría del Tribunal a una minoría de dos magistrados, siendo una exigencia sin precedentes en el derecho comparado.

La sentencia del Tribunal que declara inconstitucional una norma tiene alcance general y conlleva su derogación a partir del día siguiente de la publicación del fallo en el diario oficial. La sentencia no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal (en tanto resulte más benigna); cuando la inconstitucionalidad se refiere a una norma tributaria, el Tribunal podrá determinar si los efectos del fallo son retroactivos. La declaratoria de inconstitucionalidad de una ley constituye cosa juzgada pero no permite revivir procesos judiciales fenecidos donde se aplicó la norma derogada; por su derogación tampoco recobran vigencia las normas que ella pudo haber derogado. Cabe indicar que los jueces no podrán declarar inaplicable por inconstitucional, en un caso concreto, una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal (Art. 39° de la LOTC). Además, la primera de las Disposiciones Generales de la Ley Orgánica del TC, establece que los jueces y tribunales judiciales deberán interpretar y aplicar las leyes y normas según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que de ellos haga el Tribunal Constitucional en sus resoluciones de todo tipo de procesos.

La Corte Constitucional de Colombia, ejerce el control de la constitucionalidad de las normas por diversos procedimientos: a) acción de inconstitucionalidad (control abstracto); b) excepción de inconstitucionalidad (control concreto); c) control previo o preventivo, con respecto a los proyectos de leyes estatutarias y a la revisión de las objeciones presidenciales a la constitucionalidad de proyectos de ley; d) control de oficio de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban, así como de los decretos legislativos dictados por el Gobierno en los estados de excepción²⁴.

La acción de inconstitucionalidad es una acción popular que puede ser interpuesta por cualquier ciudadano contra leyes y decretos con fuerza de ley. La Corte ha establecido que no puede ser promovida por personas jurídicas (sentencia C-003 de 1993) pero sí por los funciona-

24 Cf. Eduardo Cifuentes Muñoz: «La justicia constitucional en Colombia»; en, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 1997; pp. 74-80.

rios públicos en su condición de ciudadanos, así como por el Defensor del Pueblo (Auto 011 de 1995)²⁵. Se trata de un control abstracto, porque la constitucionalidad de la norma se efectúa sin estar referida a ningún caso de aplicación concreta, por lo que la sentencia de la Corte tiene carácter general y efecto *erga omnes*. El procedimiento establecido para la acción de inconstitucionalidad (previsto en el Decreto N° 2067 de 1991) se aplica también, complementaria y supletoriamente, a la tramitación de los restantes procesos especiales de control de constitucionalidad de normas, en lo que no esté expresamente regulado para éstos.

Si bien la demanda de inconstitucionalidad debe contener diversos requisitos, y el Art. 6° del Decreto N° 2067 de 1991 prevé los supuestos de omisión o transgresión de éstos que ameritan la necesidad de subsanación o el rechazo de la acción respectivamente, la Corte ha interpretado que -por el carácter popular y público de esta acción- los mismos deben apreciarse sin demasiada rigurosidad formal. La demanda se remite al magistrado sustanciador, quien deberá pronunciarse sobre su admisión en el término de diez días. Admitida la acción, se correrá traslado de la demanda al Procurador General de la Nación por treinta días; el auto admisorio mandará también que se publique la lista de las normas acusadas de inconstitucionalidad, para que durante el plazo de diez días cualquier ciudadano pueda impugnarlas o defenderlas. Vencido el término del traslado, el magistrado sustanciador deberá elaborar y presentar al Pleno de la Corte (en el término de treinta días) su ponencia con la propuesta de sentencia; la Corte deberá resolver dentro de los sesenta días siguientes.

Las sentencias que emite la Corte en materia del control constitucional de las normas tienen carácter de cosa juzgada, conforme lo dispone el Art. 243° de la Constitución Política. Agrega dicho precepto que «ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución». Las sentencias se adoptan por mayoría de los votos de los magistrados que conforman la Corte, mientras que los fundamentos del fallo pueden aprobarse con el voto favorable de la mayoría de los asistentes.

25 *Ibidem*, p. 77.

Cabe anotar que el Decreto N° 2067 de 1991 (dictado por el Gobierno en virtud de una habilitación de la propia Constitución) establecía en su Art. 21°, segundo párrafo, que «los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materia penal, policiva y disciplinaria, y en el caso previsto en el artículo 149° de la Constitución» (actos emitidos irregularmente por miembros del Congreso). Sin embargo, la Corte declaró inconstitucional dicha norma (sentencia C-133 de 1993) por considerar que la potestad conferida al Gobierno, en una disposición transitoria de la Constitución, se limitaba a autorizarlo para regular los juicios y actuaciones ante la Corte pero no a determinar los efectos de su sentencia, aspecto que concernía únicamente al propio tribunal constitucional.

Es así que actualmente en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley N° 270 de 1996) el artículo 45° establece que «las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241° de la Constitución Política, tienen efecto hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario». Conforme precisa el magistrado de la Corte Eduardo Cifuentes²⁶, por regla general la Corte confiere a sus fallos efectos hacia el futuro, salvo cuando se trata de impedir la consolidación de actos arbitrarios, supuesto en el cual ha conferido a la sentencia efectos retroactivos. Agrega el artículo 48° inciso 1° de la referida Ley Estatutaria, que las sentencias de la Corte recaídas en procesos de control constitucional de normas legales (por acción, control previo o revisión de oficio) tendrán alcance *erga omnes* y obligatoriedad de cumplimiento sólo en su parte resolutive, mientras que la parte de motivación constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y la aplicación de las normas de derecho.

El Tribunal Constitucional de Bolivia, controla la constitucionalidad de las leyes, decretos y resoluciones generales, tanto con carácter abstracto, a través del recurso directo de inconstitucionalidad, como de manera específica, mediante el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad en un proceso judicial o administrativo. También lo hace en forma previa o preventiva por medio de las consultas sobre la constitucionalidad de tratados y convenios internacionales como de proyectos de ley.

26 *Ibidem*: pp. 79-80.

El recurso directo de inconstitucionalidad, dirigido al control abstracto de leyes, decretos y resoluciones de carácter general, puede ser interpuesto por el Presidente de la República, cualquier senador o diputado, el Fiscal General de la Nación y el Defensor del Pueblo; están excluidos de esta potestad los ciudadanos, las organizaciones sociales y el propio Poder Judicial. La demanda se somete a la Comisión de Admisión que, de admitirla, corre traslado al órgano que dictó la norma por un plazo de quince días; verificado dicho término, el Tribunal Constitucional tiene treinta días para dictar sentencia, que se adopta con el voto de la mayoría de sus miembros. La sentencia que declara inconstitucional la norma cuestionada acarrea su derogación, mientras que si la inconstitucionalidad es parcial sólo deroga los artículos afectados; el Tribunal puede también resolver la inconstitucionalidad de otras normas conexas a la demandada, con similares efectos derogatorios. En cambio, si el TC estima como constitucional la norma objetada, ésta ya no podrá ser nuevamente impugnada.

El recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad puede ser promovido en cualquier proceso judicial o administrativo, sea a petición de parte o de oficio, por una sola vez y en cualquier instancia del proceso (salvo en la fase de ejecución de sentencia) cuando la decisión a adoptarse en éste depende de la aplicación de una norma cuya constitucionalidad debe ser previamente esclarecida. Interpuesto el recurso, la autoridad que conoce del proceso correrá traslado a la otra parte por tres días; con respuesta o sin ella, y en igual plazo, expedirá resolución rechazando el incidente (si resulta manifiestamente infundado) o admitiéndolo. En ambos casos el asunto se eleva al Tribunal Constitucional, aunque en el primero se eleva (de oficio) en consulta la resolución denegatoria; ello no paraliza el proceso principal, que podrá continuar hasta el estado de pronunciar sentencia. Tras su revisión por la Comisión de Admisión, el TC debe resolver el caso dentro de los treinta días, siendo su decisión obligatoria para la resolución del caso concreto por el órgano judicial²⁷.

27 El Art. 65° de la Ley del Tribunal Constitucional N°1836 (del 19 de marzo de 1998) atribuye expresamente a la sentencia en el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad los mismos efectos derogatorios de la norma cuestionada contemplados en el Art. 58° de la misma ley, referido a la sentencia del recurso directo de inconstitucionalidad. Tal asimilación resulta seriamente errada e impertinente, pues

Debemos reiterar que si bien el Art. 228° de la Constitución (que no fue incluido en la reforma de 1994) establece la supremacía de la norma constitucional y manda a todo tribunal, juez y autoridad aplicarla con preferencia sobre cualquier ley; dicha norma parece haber quedado algo «descolgada» desde el momento en que la Ley del Tribunal Constitucional encomienda a éste la resolución de los recursos indirectos o incidentales de inconstitucionalidad que se susciten en cualquier proceso judicial. Coincidimos con Fernández Segado²⁸ en que pueden generarse ciertos conflictos acerca de los alcances de este precepto que, de no dársele una interpretación adecuada y sistemática, acarrearían confusión en cuanto a las competencias del Poder Judicial y el TC en materia del control de la constitucionalidad de las normas. Consideramos que la potestad de ejercer el «control difuso» por el órgano judicial ordinario, emanada del Art. 228° de la Constitución, ya no supondría un proceso autónomo, paralelo o separado; quedando más bien sujeto al sistema de control incidental que atribuye al Tribunal Constitucional la apreciación y decisión definitiva sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma.

3.6 La protección de los derechos constitucionales

En el Ecuador, la protección de los derechos constitucionales se realiza mediante las acciones de hábeas corpus, amparo y hábeas data; que, de ser denegadas en sede judicial, pueden ser recurridas ante el Tribunal Constitucional. El hábeas corpus procede para proteger la libertad personal frente a las detenciones arbitrarias, teniendo en el Ecuador la particularidad que se presenta y resuelve ante el Alcalde Municipal, quien mandará la exhibición del detenido, analizará el fundamento de la detención y dispondrá, si corresponde, su inmediata libertad y la destitución del funcionario infractor. El hábeas corpus también proce-

es bien sabido que en el proceso de control abstracto la sentencia tiene efectos generales y acarrea la derogación de la norma inconstitucional, mientras que en el recurso incidental sólo inaplica y no deroga la norma cuya inconstitucionalidad se declara, y que sus alcances se extienden únicamente a las partes del proceso concreto.

28 Cf. Francisco Fernández Segado: «La Jurisdicción Constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia de 1994»; en, **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**; p. 369.

de cuando la detención se motiva en la acción u omisión judicial; si se verifica que el detenido está privado de la libertad sin mediar auto de sobreseimiento, de apertura de plenario o de sentencia dentro de los términos temporales previstos en la ley, el alcalde dispondrá su liberación.

El amparo está previsto para la protección de los derechos reconocidos en la Constitución y los pactos internacionales de derechos humanos, frente a los actos u omisiones de autoridades públicas que hayan causado, causen o puedan causarles un daño inminente e irreparable. La acción podrá ser interpuesta por el afectado, su apoderado o el Defensor del Pueblo; en casos de defensa del medio ambiente, la podrá promover cualquier persona natural o jurídica. Se substanciará ante el juez civil aunque, en casos de emergencia, podrá presentarse ante juez o tribunal en día no hábil y fuera de horario. Dentro de las veinticuatro horas de recibida la acción, el juez citará a audiencia pública, a efectuarse dentro de las veinticuatro horas siguientes. El juez podrá disponer la suspensión provisional del acto lesivo reclamado y la sentencia se dictará dentro de las cuarentiocho horas posteriores a la audiencia.

Si la sentencia declara fundada la acción, se ejecutará inmediatamente y dispondrá la suspensión definitiva del acto cuestionado. Esta sentencia favorable al actor será elevada en consulta ante el Tribunal, al igual que si se produce la apelación de una sentencia denegatoria de la acción. El proceso será revisado por una sala del Tribunal Constitucional, que deberá dictar sentencia dentro de los diez días siguientes. La sentencia será de obligatorio cumplimiento por la autoridad, pudiendo emplearse el uso de la fuerza pública para asegurar su ejecución y el de la medida de suspensión. No podrá promoverse una nueva acción de amparo sobre la misma materia o motivo.

Con respecto al hábeas data, podrá ser interpuesto por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para conocer la información que sobre sí mismas o sus bienes consta en entidades públicas o personas privadas, así como para saber el uso que se ha dado o se piensa dar a tal información. No será admisible esta acción cuando vulnere el sigilo profesional, pueda obstruir la acción de la justicia o se refiera a documentos reservados por razones de seguridad nacional; tampoco podrá solicitarse la eliminación de la información que, por mandato legal, deba mantenerse archivada en registros públicos o privados. Fuera de estos casos, el interesado puede solicitar también la rectificación,

eliminación o prohibición de difusión a terceros de ciertos datos. El juez citará a audiencia, que se verificará dentro de los ocho días, debiendo dictar sentencia dentro de los dos días posteriores a ella. La sentencia denegatoria de la acción podrá ser apelada, dentro de los ocho días, ante el Tribunal Constitucional.

En Colombia, la acción de tutela es el proceso esencial para la protección de los derechos constitucionales. El artículo 86° de la Constitución define a la acción de Tutela como el procedimiento preferente y sumario por el cual cualquier persona (o quien actúa en su nombre) reclama ante los jueces, en todo momento y lugar, la inmediata protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos sean objeto de vulneración o amenaza por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Dicha norma remite a la ley la determinación de los casos en que también resulte procedente la acción de tutela contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La acción de tutela tiene carácter subsidiario, y no alternativo, pues su ejercicio se justifica sólo cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable²⁹. Señala el referido Art. 86° de la Constitución que en ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la interposición de una acción de tutela y su resolución. La protección contendrá un mandato para que el emplazado actúe o se abstenga de hacerlo, según corresponda, siendo el fallo de inmediato cumplimiento, pudiendo ser impugnado. En todo caso, la sentencia judicial final de tutela se remitirá a la Corte Constitucional para su revisión, contando la Corte con una Sala de Selección de Tutelas que determinará cuáles de las acciones recibidas serán escogidas

29 La jurisprudencia de la Corte ha establecido, con acierto, que la existencia de un proceso judicial o recurso disponible para la defensa del derecho, no descarta automáticamente la aplicación de la tutela, por lo que el juez debe evaluar –en el caso concreto– la efectividad de la vía ordinaria, si resulta realmente protectiva, idónea y eficaz; en caso negativo, deberá admitirse el uso de la tutela. También la Corte, en la sentencia T-225, ha establecido los alcances del «perjuicio irremediable» que hace factible el empleo de la tutela para la protección transitoria de un derecho, requiriéndose que el peligro de daño se presente como inminente, urgente, grave e impostergradable (Cf. Cifuentes Eduardo: *La justicia constitucional en Colombia*; *op. cit.*, p. 81).

para su revisión; cualquier magistrado titular de la Corte o el Defensor del Pueblo pueden insistir en que se someta a revisión una tutela no acogida por la Sala de Selección, lo que originará su reexamen y una nueva decisión de la Sala, esta vez si definitiva e irrecurrible.

El procedimiento a que se sujeta la acción de Tutela está normado en el Decreto N° 2591 de 1991, complementado con el Acuerdo 5 de 1992 y algunas pequeñas reformas por normas ulteriores. Conocen de las acciones de Tutela, en primera instancia, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar de afectación del derecho, cuya resolución deberá expedirse dentro de los diez días de interpuesta; podrá disponerse la suspensión provisional del acto reclamado. El fallo es apelable, dentro de los tres días, ante el superior jerárquico, quien cuenta con veinte días para dictar sentencia. Posteriormente, como ya se dijo, la causa se remite en revisión ante la Corte Constitucional, quien cuenta con tres meses para resolver, teniendo su sentencia efectos sólo para el caso concreto, sin perjuicio de su incidencia en la doctrina y jurisprudencia general de este tribunal.

Cabe precisar que siendo procedente la acción de Tutela contra actos u omisiones de autoridad pública que vulneran derechos constitucionales, debemos entender como tales a los servidores públicos y a toda persona que ejerza potestades y competencias estatales; ello incluye a las decisiones del Congreso o de sus comisiones que no tengan carácter normativo. Mención especial merecen las sentencias judiciales, contra las que la ley permitía la Tutela; sin embargo, la Corte consideró inconstitucional tal disposición, por estimar que vulneraba la cosa juzgada y la autonomía funcional del órgano judicial (Sentencia C-593 de 1992). La Corte admite excepcionalmente la Tutela contra sentencias en casos donde las autoridades judiciales incurran en las llamadas «vías de hecho», es decir, una actuación o abstención clara y manifiestamente arbitraria que vulnera derechos fundamentales de las partes y configura una extralimitación judicial³⁰.

Con respecto a los particulares contra quienes procede interponer una acción de Tutela, la ley la habilita frente a entidades prestadoras de servicios públicos, organizaciones privadas ante las que el solicitante está en situación de subordinación o indefensión, instituciones ante las que se haya ejercido infructuosamente la acción de hábeas data, medios

30 *Ibidem*: p. 83.

de comunicación social que no atiendan la exigencia de rectificación de informaciones inexactas; contra quienes violen la prohibición de esclavitud, servidumbre o trata de seres humanos; contra particulares que afecten la vida o integridad de personas que se encuentren ante ellos en situación de subordinación o indefensión; y contra el particular que actúe en ejercicio de funciones públicas³¹.

El Tribunal Constitucional del Perú es competente para conocer, en última y definitiva instancia, del recurso extraordinario que se interponga en las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento que hayan sido denegadas en sede judicial. Dicho recurso sólo puede ser planteado dentro de los quince días posteriores a la notificación de la resolución judicial que deniega la acción, teniendo derecho a promoverlo el demandante más no así el demandado. Las acciones de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden contra el hecho u omisión de autoridades, funcionarios o personas particulares que amenazan o vulneran un derecho constitucional. Su diferencia reside en los derechos específicos que cada una de ellas protegen:

- El hábeas corpus protege la libertad personal y los derechos conexos con ésta, tales como la seguridad personal, integridad, libertad de tránsito, derechos del detenido a no ser incomunicado ni maltratado, a ser asistido por un defensor, etc.).
- El hábeas data cautela el derecho a solicitar y obtener libremente la información de carácter general de que disponen las entidades públicas, con la sola obligación de pagar el costo que suponga la atención del pedido; así como del derecho a impedir que los servicios informáticos –públicos o privados- suministren informaciones que vulneren la intimidad personal o familiar.
- La acción de amparo resguarda todos los demás derechos constitucionales, no siendo procedente contra normas legales ni ante las resoluciones judiciales emanadas de un proceso regular.

En general, la acción de hábeas corpus se interpone ante cualquier juez penal, sin importar el turno; mientras que son competentes para conocer de las acciones de amparo y hábeas data son los jueces civiles, de acuerdo al turno respectivo. Sin embargo, en Lima (la capital de la

31 *Ibidem*: p. 84.

república) se han creado juzgados y una sala superior (de segunda instancia) especializados de Derecho público, que concentran todas las acciones de garantía que allí se interpongan. Las leyes N° 23506 y N° 25398 regulan los procesos de hábeas corpus y amparo, mientras que la Ley N° 28301 los procedimientos de hábeas data y de cumplimiento; la Ley N° 26435, norma orgánica del Tribunal Constitucional, regula la tramitación de todas estas acciones ante dicho Tribunal. El proceso ante el Poder Judicial tiene dos instancias, luego de lo cual procede el recurso extraordinario ante el TC.

Al conocer de las resoluciones judiciales denegatorias de las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el fondo y la forma del asunto. Cuando estime que ha existido un vicio de forma en la resolución recurrida, declara su nulidad y manda que se reponga al estado en que se cometió el error, devolviéndola a la instancia judicial pertinente para que subsane tal deficiencia. El TC debe dictar sentencia en el término de diez días, tratándose de acciones de hábeas corpus; siendo de veinte días el término para la resolución de las acciones restantes. Ante el Tribunal no se pueden ofrecer nuevas pruebas ni alegares hechos nuevos. La sentencia del TC pone fin al proceso y agota la jurisdicción nacional interna, pudiendo recurrirse luego ante la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos.

Es importante anotar que, de conformidad con la Cuarta de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución Peruana de 1993, «las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». Asimismo, que según la última parte del Art. 200° de la referida Carta Política, incluso durante la vigencia de los regímenes de excepción (estados de emergencia o de sitio) los jueces deberán admitir las acciones de hábeas corpus y amparo que se interpongan con relación a derechos suspendidos o restringidos, efectuando el control de la causalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la afectación ocasionada en el caso concreto.

En Bolivia, la protección de los derechos constitucionales se realiza a través de las acciones (denominadas recursos) de hábeas corpus y amparo, previstos en los artículos 18° y 19°, respectivamente, de la Constitución. Estas acciones se tramitan ante el Poder Judicial, pero el

fallo final será necesariamente elevado de oficio en revisión al Tribunal Constitucional.

El hábeas corpus puede interponerlo «toda persona que creyera estar indebida o ilegalmente perseguida, detenida, procesada o presa»; en tal supuesto, la persona afectada o cualquiera en su nombre, podrán demandar que se cumplan las formalidades legales acudiendo ante la Corte Superior de Distrito o un Juez de Partido a su elección (en las capitales de departamento) y en las provincias ante el Juez de Partido o (donde no lo hubiere) ante el Juez Instructor. La autoridad judicial señalará inmediatamente día y hora para la audiencia pública, que se verificará dentro de las veinticuatro horas, debiendo presentarse al accionante y concurrir la autoridad demandada, sin que ésta pueda excusarse ni desobedecer el requerimiento. Se dictará sentencia en la misma audiencia, disponiendo la libertad del demandante, su puesta a disposición de la autoridad competente o la subsanación de las irregularidades, según corresponda; la sentencia se ejecutará en el acto, sin perjuicio de su elevación en consulta ante el TC dentro de las veinticuatro horas.

Es importante precisar que las autoridades o personas particulares que se resistan a las resoluciones judiciales dictadas en los procesos de hábeas corpus, serán sometidos al juez penal para su juzgamiento por delito de atentado contra las garantías constitucionales. Cuando la sentencia declare fundada la demanda, incluso si hubieran cesado la detención o persecución ilegales o arbitrarias, el juez impondrá a la autoridad demandada el pago de daños y perjuicios, procediendo a determinar su monto; podrá disponer la retención de haberes o el embargo de bienes para asegurar el cumplimiento de la reparación. Ya en el Tribunal Constitucional, la Comisión de Admisión procederá dentro de las cuarentiocho horas al sorteo del expediente y el magistrado designado, en un término similar, formulará su pronunciamiento. El TC deberá, dentro de los cinco días posteriores al sorteo, resolver confirmando o revocando la sentencia objeto de revisión. Cuando la sentencia judicial hubiera desestimado la acción y el Tribunal la revoque, dispondrá la inmediata libertad del detenido o su sometimiento a la autoridad competente, notificando al juez para la ejecución de la orden y para que determine los daños y perjuicios.

En cuanto al amparo, se define como un proceso sumarísimo que procede «contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir

o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidas por la Constitución y las leyes». Se requiere para su procedencia que no exista otro medio o recurso legal idóneo o efectivo para la protección del derecho reclamado. Se interpone ante la Corte Superior de Distrito, en las capitales de departamento, y ante el Juez de Partido, en las provincias; sea por el afectado o su representante, pudiendo promoverlo de oficio el Ministerio Público cuando no pueda hacerlo la persona afectada. La autoridad judicial, de oficio o a pedido del actor, podrá disponer la adopción de medidas cautelares tendientes a proteger el derecho afectado o la eficacia del proceso.

Se citará a audiencia pública, donde la autoridad o persona particular emplazadas deberán presentar la información dentro de las cuarentiocho horas, procediéndose inmediatamente después a dictar sentencia. La sentencia que declara fundada la acción, de comprobarse la vulneración reclamada, se ejecutará inmediatamente, sin perjuicio de su elevación en revisión ante el TC dentro de las veinticuatro horas. El magistrado del Tribunal Constitucional que reciba el expediente por sorteo, emitirá su pronunciamiento dentro de los cinco días; el TC dictará sentencia dentro de los diez días siguientes al sorteo, confirmando o revocando la sentencia sujeta a revisión. Serán de aplicación las normas referidas a la fijación de daños y perjuicios y a la responsabilidad penal de las autoridades o particulares autores de la vulneración, así como la sanción a quienes se resistan a cumplir los mandatos judiciales dictados en el amparo.

4. Las resoluciones de los Tribunales Constitucionales y su relación con la Corte Suprema o el Poder Judicial

Con motivo del control de constitucionalidad de las leyes y normas realizado por los órganos judiciales ordinarios, de modo incidental o para el caso concreto (control «difuso») en cualquier tipo de procesos, se entabla una relación con los tribunales constitucionales en la medida que se dispone en determinados ordenamientos jurídicos que las resoluciones de aquéllos serán sometidos a la revisión o decisión final de éstos. Esta es la situación imperante en Ecuador y Bolivia, cuyos tribunales constitucionales asumen la voz definitiva en cuanto al eventual carácter inconstitucional de una ley o norma inaplicada por el órgano

judicial, buscando crear una mayor certeza y estabilidad frente a los riesgos de dispersión o contradicciones susceptibles de producirse en el marco de sistemas difusos. El Tribunal Constitucional ejerce así un control que tiende a resultar más «concentrado» o «unificador», a pesar que su resolución limita sus efectos al caso concreto.

Conviene recalcar que esta revisión, de oficio o por apelación, que realiza el Tribunal o Corte Constitucional no es equiparable a la llamada «cuestión de inconstitucionalidad», aunque puede producir algunos efectos prácticos similares. Y es que en el caso que comentamos, los órganos judiciales emiten una resolución sobre la constitucionalidad de la norma involucrada en la controversia concreta –que será objeto de confirmación o revocación por el TC- en vez de remitir la «cuestión» en consulta ante el Tribunal Constitucional. No queremos soslayar que resulta peculiar (y hasta contradictorio) el camino seguido en el Ecuador, puesto que la inaplicación de la norma inconstitucional en el caso concreto, dispuesta por la sala de la Corte Suprema o el tribunal de última instancia, quedará firme a pesar que se impone remitir un informe ulterior al Tribunal Constitucional, para que éste emita una decisión, de carácter general y obligatorio, al respecto. Sin embargo, la declaración del TC no afectará lo resuelto por el órgano judicial en el caso particular.

Mención especial merece también el caso peruano donde, por tratarse de un sistema «dual o paralelo», las resoluciones del Poder Judicial o la Corte Suprema (limitadas a la inaplicación de la norma inconstitucional al caso concreto) no son objeto de remisión o revisión ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, la Ley Orgánica del TC dispone expresamente que los jueces y tribunales ordinarios no podrán inaplicar (ejerciendo el control «difuso») las normas cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional, criterio que resulta razonable para guardar la coherencia y unidad del sistema. Demás está reiterar que en los casos de Colombia y Chile tampoco existe remisión al Tribunal o Corte Constitucional de las sentencias judiciales que disponen la inaplicación de una ley o norma por considerarla inconstitucional.

Los procesos constitucionales de protección de los derechos fundamentales son un campo donde, con la única excepción del caso de Chile, se relacionan y participan conjuntamente los órganos judiciales ordinarios y los tribunales constitucionales. Esto sucede con las accio-

nes de tutela en Colombia; de hábeas corpus, amparo y hábeas data, en Perú y Ecuador; y de hábeas corpus y amparo en Bolivia. Aquí los jueces o tribunales actúan como instancia inicial (en una o dos instancias) correspondiendo al TC la decisión definitiva, lo cual parece razonable por ser este órgano a quien corresponde el desarrollo de una doctrina y jurisprudencia que tiendan a la mejor protección de los derechos y a la interpretación de sus alcances.

Actualmente lo más corriente es excluir a la Corte Suprema de participación en esta materia, para evitar eventuales roces o discrepancia de criterios entre ésta y el Tribunal Constitucional. Es por ello que en el caso peruano, la Corte Suprema sólo interviene como segunda instancia cuando las acciones de hábeas corpus o de amparo han sido interpuestas contra una resolución judicial. Por último, coincidimos con el profesor Humberto Nogueira cuando sostiene la conveniencia de que, a través de una futura reforma, el Tribunal Constitucional de Chile asuma también competencia para conocer —en última instancia— de los procesos destinados a la protección de los derechos fundamentales, tal como sucede con el conjunto de tribunales constitucionales³².

5. Apreciación de conjunto y reflexiones finales

Diversos países latinoamericanos, bajo la influencia de la experiencia de los Estados Unidos de América del Norte, fueron acogiendo tempranamente —desde mediados del siglo XIX— el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes mediante el denominado «sistema difuso» o «americano». En Europa, en cambio, este proceso resulta bastante posterior, pues los tribunales constitucionales —a través de los cuales este control se hace efectivo— surgieron recién durante el período de entreguerras y luego de la culminación de la Segunda Guerra Mundial.

No obstante, en épocas más recientes, países latinoamericanos como Guatemala, Chile, Ecuador, Perú, Colombia y Bolivia han incorporado a sus regímenes políticos y jurídicos tribunales constitucionales, dando

32 Cf. Humberto Nogueira Alcalá: «Reflexiones sobre las competencias de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en materia de control de constitucionalidad»; en, *Corte Suprema y Tribunal Constitucional: competencias y relaciones*; Revista *Jus et Praxis*; año IV, N° 1 (1998); Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile); pp. 307-308.

lugar a sistemas de jurisdicción constitucional de carácter «mixto» o de tipo «dual o paralelo», dado que coexisten en un mismo ordenamiento jurídico el control «difuso» a cargo del Poder Judicial y el «concentrado» en el Tribunal o Corte Constitucional, en unos casos mezclándose y en otros simplemente como sistemas yuxtapuestos. Sin duda que estos sistemas «mixtos» o «duales» expresan una «creatividad» que trasciende la mera incorporación mecánica de los modelos «clásicos» de control «difuso» o «concentrado»; revisten, además, especial interés de estudio por las peculiaridades que le son propias en cada caso nacional.

Como señaláramos al empezar este trabajo, consideramos que esta instauración de sistemas «mixtos» o «duales» de jurisdicción constitucional, antes que producto de creaciones teóricas o de modelos preconcebidos, ha estado fuertemente condicionada por la vigencia previa del sistema de control difuso a cargo de jueces y tribunales ordinarios, en países latinoamericanos donde se decidió posteriormente incorporar un Tribunal Constitucional. Pero también, en mucho, parece ocasionada por la resistencia de las Cortes Supremas nacionales a perder o ceder todas o algunas de sus atribuciones en este campo a manos de los nuevos tribunales constitucionales. A su vez, respondería al propio recelo de los órganos políticos de otorgar a estos tribunales constitucionales amplias competencias exclusivas y excluyentes, no sólo porque irían en «desmedro» del Poder Judicial sino también, por el temor de que lleguen a ostentar un poder demasiado importante o independiente frente al parlamento y el gobierno.

Para hacer aún más complejo el cuadro que recoge el conjunto de modalidades adoptadas por los sistemas de jurisdicción constitucional en los países latinoamericanos, en algunos casos se ha optado por combinar ciertos elementos de los sistemas «difuso» y «concentrado», no sólo sin adoptar de manera integral o «pura» ninguno de ambos sino –incluso– a veces sin establecer un Tribunal Constitucional. Se trata de aquellos países que cuentan con un sistema «difuso», a cargo de todos los tribunales judiciales ordinarios y con decisión limitada al caso concreto, que además acogen el principio del *stare decisis* y confieren a la Corte Suprema (en forma «concentrada») el monopolio de la potestad de declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de las leyes, siendo su decisión obligatoria para todos los tribunales y jueces ordinarios³³.

33 Cf. Francisco Fernández Segado: «El control de la constitucionalidad en

Pero si algo debe recalcarse, es que esta adopción de sistemas jurisdiccionales de control y defensa de la Constitución estuvo marcada – en la experiencia de muchos países latinoamericanos – más como un fenómeno de tipo formal que real, es decir, sin que alcanzara efectiva vigencia en la realidad por la debilidad o sumisión de los órganos judiciales a los poderes políticos de turno. La ulterior incorporación de los Tribunales Constitucionales en ciertos países, expresa tanto este descontento y decepción frente al discreto o nulo papel cumplido por los órganos judiciales ordinarios en este campo, como la expectativa de que por esta vía pueda avanzarse en la afirmación del Estado de Derecho, la supremacía constitucional y los derechos fundamentales.

Las características y competencias de estos Tribunales Constitucionales latinoamericanos presentan pues, en cada país, muchos elementos comunes pero también diversos rasgos particulares, sin duda resultado de sus experiencias históricas y políticas específicas. Puede afirmarse que los Tribunales y Cortes Constitucionales de Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia gozan de significativa autonomía orgánica, funcional y jurisdiccional frente al Poder Judicial y la Corte Suprema, a pesar que los tribunales boliviano y colombiano integren formalmente también el poder o rama judicial, respectivamente. La dependencia relativa del Tribunal Constitucional de Chile con respecto a la Corte Suprema –a pesar de lo separado de sus competencias y atribuciones– resulta, más bien, bastante señalada.

En cuanto a la composición de los tribunales constitucionales, una de las más serias recomendaciones formuladas por los estudiosos de la jurisdicción constitucional, tanto desde el punto de vista teórico como de la experiencia concreta, es que estos órganos no deben estar (preferentemente) conformados por magistrados llegados desde la carrera judicial. Se estima, creemos que con fundamento, que la naturaleza de las funciones que ejercen dichos tribunales requiere de sus magistrados criterios especiales de interpretación constitucional y de comprensión del fenómeno político, cualidades que no suelen ser muy comunes ni difundidas entre quienes provienen de la judicatura ordinaria, sobre

Iberoamérica: sus rasgos generales y su génesis en el pasado siglo»; en, **Pensamiento Constitucional** N° 3; revista de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú; (1996); pp. 231-264. Véase también el trabajo de Allan Brewer Carías ya citado anteriormente.

todo por el predominio de un apego al positivismo formalista y a la subordinación reverencial hacia la ley y al poder político imperante.

Partiendo de este criterio, ciertamente el caso más delicado sería el de la composición del Tribunal Constitucional chileno, pues tres de sus siete miembros provienen de la designación de la Corte Suprema y otros dos más deben haberse desempeñado (por varios años) como abogados integrantes de dicha corte; lo cual suele incidir en el razonamiento del tribunal y, sobre todo, conspira contra su autonomía real con respecto a la Corte Suprema. El caso ecuatoriano está en una situación intermedia, pues aunque sus nueve miembros son elegidos por el Congreso, provienen de ternas propuestas por los distintos Poderes Públicos y por organizaciones sociales, siendo muy peculiar el incluir miembros designados por entes gremiales de los ámbitos laboral, social y productivo. Los miembros de los tribunales constitucionales de Perú y Bolivia son íntegra y exclusivamente elegidos por el Congreso, lo que torna al criterio para la selección de los magistrados mucho más dependiente de la correlación de fuerzas políticas y los acuerdos parlamentarios. En cambio, aunque todos los magistrados de la Corte Constitucional Colombiana son elegidos por el Senado, el hecho que los candidatos provengan de ternas propuestas por el Gobierno, la Corte Suprema y el Consejo de Estado, reduce el margen de discrecionalidad de la decisión parlamentaria y puede asegurar mayor pluralismo político en los nombramientos.

Una característica de la mayoría de los tribunales constitucionales andinos, es el reducido número de sus magistrados en especial si lo comparamos con los tribunales europeos. Así, el tribunal de Bolivia tiene sólo cinco miembros, el peruano y el chileno siete, mientras que el ecuatoriano y el colombiano cuentan con nueve magistrados. El tema es apremiante en Bolivia, dado su amplia gama de competencias; siendo cuestionable que en el caso del tribunal peruano (a pesar de su experiencia y de las altas mayorías exigidas para ciertas decisiones) no se contemple la existencia de magistrados suplentes. También luce reducida la duración del mandato personal de los magistrados en Ecuador, lo que puede afectar el desarrollo institucional del tribunal y su estabilidad, exponiéndolo más a la injerencia política en los nombramientos. Ello contrasta con el período mucho más extenso previsto en los tribunales de Bolivia y Colombia, de diez y ocho años, respectivamente, sin posibilidad de reelección inmediata.

En cuanto a su organización, los cinco tribunales constitucionales andinos tienen como regla el actuar en una única Sala (o en Plenaria) lo cual en algunos casos –como el de Bolivia- parece estar determinado por el reducido número de sus miembros. Una excepción importante, digna de ser tomada como ejemplo, es el de la Corte Constitucional de Colombia, donde para la revisión de los casos de acción de Tutela se han establecido nueve salas, cada una presidida por uno de los magistrados e integradas por otros dos, de modo que cada magistrado forma parte de tres Salas de Tutela. Este criterio de organización pensamos que podría acogerse, sin mayores dificultades prácticas, en los tribunales constitucionales del Perú y Ecuador (que cuentan con siete y nueve miembros, respectivamente) para efectos de la revisión de los procesos constitucionales destinados a la protección de los derechos fundamentales.

Las resoluciones en estos tribunales constitucionales se adoptan por la mayoría de votos de sus miembros, en algunos casos por mayoría simple y en otros ésta debe ser absoluta (más de la mitad de votos favorables). Un caso particularmente cuestionable es el del Tribunal Constitucional del Perú, que para declarar la inconstitucionalidad de una ley o norma de rango legal requiere del voto favorable de seis de sus siete miembros; en caso de no alcanzarlos, y a pesar que una mayoría absoluta haya determinado la inconstitucionalidad del precepto objetado, la ley orgánica del tribunal manda desestimar la acción y confirmar la constitucionalidad de la norma, no pudiendo ésta ser nuevamente recurrida ante el TC ni inaplicada en sede judicial. Estamos ante un claro caso donde el Congreso Peruano, al normar el ejercicio de las atribuciones del Tribunal, optó deliberadamente –a pesar de las múltiples críticas que recibió acerca de lo pernicioso de dicha decisión- por un sistema destinado a dificultar la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de leyes o normas dictadas por el propio Congreso o el Gobierno.

Las competencias y atribuciones de estos tribunales constitucionales resultan, en general, bastante amplias, excediendo las que en los modelos clásicos suelen corresponder a estos órganos. Comprenden –en la mayoría de casos- el control de constitucionalidad de leyes y normas, abarcando muchas veces tanto el control preventivo como el a posteriori y el consultivo; la revisión de resoluciones judiciales recaídas en procesos de protección de los derechos constitucionales; y la resolución de

conflictos de competencias entre los órganos estatales. En el lugar más disminuido se encontraría nuevamente el Tribunal Constitucional chileno, pues aunque el número de sus competencias puede considerarse amplio, el control de constitucionalidad de las leyes que ejerce es esencialmente preventivo, careciendo además de toda intervención en cuanto a la protección de los derechos fundamentales.

Mención especial merecen las atribuciones de tribunales constitucionales como los de Bolivia y Ecuador referidas al control de los actos normativos y administrativos dictados por un amplio número de órganos y autoridades gubernamentales. También las competencias de los tribunales de Colombia y Chile respecto al control de convocatorias a referéndum y consultas populares o procesos de reforma constitucional; debiendo agregarse en el caso chileno el control de la adecuación constitucional de partidos y movimientos políticos, así como la dilucidación de impedimentos o inhabilidades aplicables al Presidente de la República, los congresistas o quienes deben ser nombrados como ministros. Sería pertinente determinar lo positivo o contraproducente que pueden resultar muchas de estas amplias y variadas competencias atribuidas a ciertos tribunales constitucionales, sobre todo en cuanto a la incidencia que puedan tener en el cumplimiento de las funciones que les son inherentes y más relevantes.

El control de la constitucionalidad de las leyes y normas generales presenta un carácter bastante completo e integral en la Corte de Colombia, así como en los tribunales de Bolivia y Ecuador, que ejercen simultáneamente (con diversos matices y alcances particulares) control preventivo, a posteriori y consultivo de las normas de rango legal. Cabe destacar, como un caso singular en la región, la potestad de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala de disponer la suspensión provisional (con carácter general) de la vigencia de la norma acusada de inconstitucional sometida a su conocimiento.

En materia del control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de ley, todos estos tribunales constitucionales, a excepción del peruano, poseen diversas atribuciones en este campo, rasgo que es preponderante en la función del TC de Chile. Nuevamente los cuatro tribunales, a excepción del peruano, realizan también el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales, antes de su aprobación por el Congreso o de su ratificación por el Presidente (esto último en el caso de Colombia). Si bien el TC del

Perú puede ejercer el control de los tratados (a través de la acción de inconstitucionalidad) sólo cabe realizarlo a posteriori, es decir, luego de que hayan sido aprobados y ratificados. Ello resulta paradójico y contraproducente, por los efectos para las relaciones internacionales que acarrearía una eventual declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado ya aprobado y ratificado por el Estado.

Los casos de los tribunales constitucionales de Perú y Chile se presentan como los más limitados, en comparación con los restantes tribunales de la región, en cuanto a su potestad de ejercer el control de la constitucionalidad de las normas legales. El TC peruano sólo realiza un control *a posteriori* de las normas con rango legal vigentes en un proceso que, como ya hemos anotado, muestra en su regulación actual demasiadas restricciones para un efectivo y eficaz control y declaración de inconstitucionalidad. El TC chileno, por su parte, está casi limitado al control preventivo obligatorio de la constitucionalidad de los proyectos de leyes orgánicas y leyes interpretativas de la Constitución, así como al control preventivo facultativo de los proyectos de ley durante su tramitación parlamentaria, cuando su eventual inconstitucionalidad sea objeto de consulta u objeción. Obviamente se impone una revisión y ampliación de las competencias de ambos Tribunales en este campo, con mayor razón en el caso del TC chileno.

En cuanto a la legitimación para interponer la acción directa de inconstitucionalidad, dirigida al control abstracto de las leyes y normas de carácter general, destaca nítidamente el caso colombiano donde existe una antigua tradición de reconocer una acción popular -de carácter público- que habilita a cualquier persona a recurrir ante la Corte Constitucional con este propósito. Contrariamente, el tribunal constitucional chileno no puede ser objeto de ninguna acción por parte de los ciudadanos, sea individualmente o en forma grupal, ni de organizaciones sociales. También en Ecuador se contempla la posibilidad de que una sola persona promueva esta acción, siempre que su pedido sea respaldado por tres abogados o por el Defensor del Pueblo, respectivamente. En el Ecuador pueden interponer esta acción mil ciudadanos, mientras que en el Perú se requieren cinco mil, siendo factible que en el caso peruano lo hagan también los Colegios Profesionales, en asuntos de su competencia.

Digamos que lo tradicional en la legitimación reconocida para interponer la acción de inconstitucionalidad, es concederla al Presidente

de la República, y a un número determinado de congresistas, salvo en el caso de Guatemala donde ambos están excluidos de esta potestad; siendo peculiar el caso de Bolivia donde basta que la acción sea promovida por un senador o diputado, lo que crea el riesgo de un exceso de politización en el uso de este recurso. El Defensor del Pueblo cuenta con legitimación ante todos los Tribunales Constitucionales, salvo en el caso de Chile.

Los Tribunales de Bolivia y Ecuador conocen, en apelación o revisión, de las sentencias judiciales de inaplicación dictadas en procesos donde se realiza un control concreto o incidental de la constitucionalidad de ciertas normas. Esta remisión para la decisión final del Tribunal Constitucional, resulta muy positiva pues tiende a generar una suerte de control más unificado y «concentrado», que reduzca los riesgos de dispersión o sentencias judiciales contradictorias susceptible de generarse en el marco del control difuso. No obstante, resulta insuficiente la solución prevista en el sistema del Ecuador, pues aunque las sentencias de inaplicación dictadas por salas de la Corte Suprema o tribunales de última instancia judicial se remitan en informe al TC, para que éste confirme la inconstitucionalidad e inaplicación general y obligatoria de la norma, su decisión no tiene efecto alguno para el caso concreto ya resuelto por el órgano judicial.

En todo caso, consideramos preferible y recomendable que se adopte la institución de la «cuestión de inconstitucionalidad», a ser planteada ante los tribunales constitucionales (allí donde éstos existen) cuando se presente la necesidad de dilucidar la constitucionalidad de una norma en cualquier tipo de proceso judicial. Con ello no sólo se gana en certeza y estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, sino que se evitan eventuales conflictos de interpretación o enfrentamientos entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema o los restantes jueces y tribunales judiciales ordinarios.

La competencia para ejercer la protección de los derechos fundamentales, a través de procesos o garantías constitucionales especiales, es otra característica de la mayoría de tribunales constitucionales de América Latina, excepto el de Chile, función que comparten con el Poder Judicial aunque asumiendo el TC la última instancia de decisión. Mientras que los Tribunales del Perú y Ecuador conocen de las acciones de hábeas corpus, amparo y hábeas data (debiendo agregar en el caso peruano también la acción de cumplimiento, que no es propia-

mente una vía de protección de derechos), en Bolivia el TC revisa las resoluciones judiciales de hábeas corpus y amparo, y en Colombia esta competencia sólo se refiere al amparo, denominado Tutela en el ordenamiento colombiano.

A diferencia del caso peruano, donde el Tribunal Constitucional sólo conoce (mediante el recurso extraordinario) de las acciones de hábeas corpus, amparo y hábeas data que hayan sido denegadas o desestimadas en sede judicial, los tribunales y cortes constitucionales de Ecuador, Colombia y Bolivia reciben necesariamente, en apelación o revisión, todas las decisiones judiciales recaídas en los procesos de garantías para la protección de derechos que les han sido encomendados. Cabe puntualizar, como rasgos particulares, que en el Ecuador el hábeas corpus no se presenta ante los tribunales judiciales, sino ante el alcalde municipal. Y que en Colombia, la Corte Constitucional cuenta con una Sala de Selección de Tutelas, que determina cuáles del conjunto de acciones recibidas serán sujetas a revisión y decisión de la Corte.

En definitiva, más allá de sus semejanzas y particularidades, la vida de cada uno de estos Tribunales Constitucionales y el impacto de su labor vienen siendo bastante distintos. Sin duda que ello suele estar influenciado por la solidez o inestabilidad institucional de los sistemas jurídicos y políticos nacionales donde ejercen sus funciones; pero también habría que agregar, como un factor muy importante y —a veces— decisivo, la composición de este órgano y la actuación asumida por sus miembros. Es grande la responsabilidad de las instituciones que designan a los magistrados de los tribunales o cortes constitucionales: de ellas depende escoger a personas con solvencia jurídica y moral, con independencia política y entereza, que seguramente estarán mejor preparadas para ejercer esta función con acierto y eficacia; u optar por colocar a personas sin demasiados merecimientos propios, en base a consideraciones de funcionalidad política o de conveniencia a sus intereses particulares.

La labor que vienen cumpliendo los Tribunales Constitucionales del área andina, depende —en muy alta medida— de la actuación de sus magistrados. Los aportes de la jurisprudencia y doctrina emanadas de la Corte Constitucional de Colombia, tanto en la resolución de las acciones de inconstitucionalidad como de tutela, sin duda que ofrecen una positiva contribución no sólo para su país sino para los otros Tribunales Constitucionales. El joven Tribunal Constitucional de Bolivia

viene dando pasos importantes de consolidación y legitimación en el difícil sistema político de su país.

En cambio, la experiencia del Tribunal Constitucional del Perú parece estar signada por el infortunio pues, a las propias limitaciones de su actuación, se ha sumado la acción del régimen autoritario del Presidente Fujimori que en dos ocasiones ha destruido dicha institución. En el primer caso, clausurándolo luego del autogolpe de estado de abril de 1992; y luego –por segunda vez– cuando tras su reinstauración con la Carta de 1993, la mayoría parlamentaria oficialista decidió arbitrariamente la destitución de tres de los magistrados del TC, en clara represalia política por su pronunciamiento jurisdiccional en contra de una nueva e inconstitucional postulación para la reelección presidencial inmediata. Ello ha determinado que este diezmado Tribunal Constitucional peruano, carezca en la actualidad de solvencia, significación y legitimidad.

Creemos por ello que la experiencia de los Tribunales Constitucionales en la región andina resulta, en general, positiva y abierta a nuevas y mayores posibilidades de desarrollo y consolidación. La necesidad de redefinir el Tribunal Constitucional de Chile y de «refundar» el TC del Perú, son pasos que se imponen perentoriamente. Es evidente que el fortalecimiento y eficacia de estos tribunales está ligado, y depende mucho, del grado de consolidación institucional del régimen democrático en sus respectivos países.

Pero también resulta claro –estamos convencidos de ello– que muchas veces lo determinante para avanzar será el efectivo y firme compromiso concreto con la institucionalidad democrática y la vigencia de los derechos humanos, como rasgos que definan la actuación de dichos tribunales constitucionales y sus magistrados. De ello seguramente dependerá grandemente el futuro de los aún incipientes Tribunales Constitucionales latinoamericanos. Y es por eso que en dicha convicción, y en ese compromiso, depositamos toda nuestra expectativa y fe democrática.

Lima, julio del 2000.

Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional peruano. Análisis jurídico-político comparativo.

Juan Morales Godo

«El constitucionalismo es probablemente el mayor resultado conseguido por la civilización moderna y poco o nada del resto de esa civilización es concebible sin aquél. Bajo él, por primera vez en la historia humana, se ha conseguido para el hombre corriente un cierto grado de libertad y bienestar».

Friedrich

1. Aspectos políticos que rodearon la Constitución de 1979

1.1 Retorno a la democracia en el Perú y América Latina

Las décadas de los años sesenta y setenta estuvieron marcadas, en América Latina, por la presencia y hegemonía de gobiernos militares. El militarismo cobró fuerza en muchos países latinoamericanos, ante el fracaso de los débiles e incipientes gobiernos elegidos por el voto popular en los años sesenta. Esta época no era mas que la repetición de una constante en la vida independiente de los países del sur de América¹.

El Perú no fue ajeno a ello. En 1968, se instauró un gobierno militar que derrocó al entonces Presidente de la República, don Fernando Belaunde Terry. Bajo la dirección del General Juan Velasco Alvarado, el

1 En esas décadas se produjo una ola de golpes de Estado en América del Sur, encabezadas por militares. Argentina tuvo golpes militares en 1967 y 1974; Chile y Paraguay en 1973; Perú en 1968.

Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas, tuvo dos etapas marcadas que concluyeron con la convocatoria a elecciones, primero para la conformación de una Asamblea Constituyente (1978), y luego para el Gobierno que asumiría la dirección del país (1980).

La primera etapa de este Gobierno militar, la dirigió el General Juan Velasco Alvarado, hasta el año 1975, quien fue derrocado por el General Francisco Morales Bermúdez, que estuvo en el poder hasta 1980, cuando fue elegido democráticamente Presidente Constitucional de la República, nuevamente, el arquitecto Fernando Belaunde Terry.

La primera etapa se caracterizó por las profundas transformaciones que se hicieron a la estructura de la sociedad peruana, que generó nuevas relaciones de poder. Esta etapa trajo consigo el «ocaso del poder oligárquico»², instaurado en el Perú desde su independencia. Se intentó modelar una nueva sociedad.

Las primeras medidas adoptadas por el Gobierno militar fueron sorprendentes, tanto para el poder económico establecido, como para todos aquellos que pensaron que se trataba de un gobierno militar más, de otro golpe de Estado a los que nuestra vida republicana estuvo acostumbrada. Las medidas que se dictaron sucesivamente, fueron revelando que se trataba de un proyecto político inédito, de una clara tendencia socialista.

En los siete años de gobierno, bajo la dirección del General Juan Velasco Alvarado, se propició el avance de las fuerzas populares, aun cuando en una clara relación vertical con preponderancia del Estado. En esta etapa, el Estado generó una concentración de poder, por la gran participación en la economía nacional, que si bien lo distinguía muy claramente del Estado oligárquico anterior, se vio entrampado en sus propias reformas. Una de las últimas medidas radicales, fue la intervención de los medios de comunicación masiva por parte del Estado, con la finalidad de entregarlos a la sociedad organizada, llámese sindicatos, comunidades campesinas, colegios profesionales, universidades, etc. Sin embargo, el modelo no se cumplió a cabalidad, porque los directores de los medios de comunicación masiva fueron designados por el Gobierno y no por las organizaciones de base.

2 Henry Pease García. *El ocaso del Poder Oligárquico*. DESCO. Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, Lima, 1977.

En 1975, el General Velasco, deteriorado en su salud, y ante la situación económica que comenzaba a presentar fisuras graves, fue derrocado por el General Francisco Morales Bermúdez, quien se encargó de ir desarmando las reformas efectuadas por el anterior gobernante.

A fines de la década del setenta y comienzos del ochenta, en América Latina, van tomando fuerza, las posiciones democráticas que claman porque se establezcan gobiernos basados en el voto popular y que se constituyan verdaderos Estados de derecho, luego de que las distintas experiencias militares fueron fracasando en su intento de resolver los problemas económicos del Estado³. En el Perú, esta tendencia toma fuerza, y es así como se convoca a elecciones en 1978, para una Asamblea Constituyente, encargada de la redacción de una nueva Constitución del Estado.

Los Constituyentes de 1978, imbuidos de una clara posición democrática, se abocan a la redacción de la Constitución, siendo firmes en lo que significa un Estado de derecho, fijando reglas de sometimiento a la Constitución de todos los poderes del Estado, con un claro sistema de control de la constitucionalidad de las leyes.

Con la experiencia del pasado tanto del Perú, como de América Latina, la Constitución de 1979, fue enfática en la defensa de los derechos fundamentales de la persona, del sometimiento de las Fuerzas Armadas a la Constitución, en la defensa misma de la Constitución, y en el control difuso y concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Se trató de garantizar que la Constitución fuese una norma con permanencia en el tiempo.

Es necesario precisar que las constituciones no se convierten, por arte de magia, en la panacea para la solución de todos los males de una sociedad. De la desconfianza hacia el juzgador heredada de Europa, se pasó a la desconfianza del legislador, dada la hiperabundancia de leyes con resultados pocos eficaces. Entonces se recurre a la Constitución como el instrumento que puede propiciar el gran cambio en la sociedad, pero ésta será lírica si no tiene una traducción en la realidad. Se cree que todos los males se curarán con la Constitución, en ese sentido, si la sociedad tiene problemas hay que cambiar la Constitución. De

3 El retorno a la democracia eligiendo poderes constituyentes se produjo en el Perú en 1979, Brasil en 1988, Ecuador en 1978, Chile en 1980.

esta forma, la Constitución se desvaloriza, peor aún, cuando se cambia para fomentar proyectos individuales o de grupo⁴.

1.2 Razones por las que se optó por un Tribunal Constitucional

En el caso peruano, las razones que tuvieron los constituyentes para optar por un Tribunal Constitucional, para el control de la constitucionalidad de las leyes, las podemos resumir en las siguientes:

A) La marcada dependencia del poder judicial hacia el poder político y económico y el escaso desarrollo jurisprudencial en materia de control de la constitucionalidad.

Esta es una apreciación histórica irrefutable, y uno de los principales argumentos por los cuales se optó por la creación de un Tribunal autónomo e independiente. En efecto, existía, como existe hasta la actualidad, desconfianza en el sistema judicial común, el que se presenta como ineficaz para la solución de los problemas que se ponen a su consideración. Esta ineficacia ha sido más notoria cuando se ha tratado de conflictos vinculados al tema de los Derechos Humanos, en los que generalmente, se encuentran de por medios actuaciones de los gobernantes de turno. Ha sido notoria la dependencia hacia el poder político y, no en menos ocasiones, hacia el poder económico, lo que ha producido una jurisprudencia, francamente, pobrísima. Los jueces, más preocupados en la conservación de su cargo, o en el próximo ascenso, fueron genuflexos ante el poder, con honrosas excepciones que la historia conserva⁵.

4 Sobre estos aspectos leer el interesante ensayo de Domingo García Belaunde, «Procesos Constitucionales en América Latina», publicado en **Desafíos Constitucionales Contemporáneos**. Pucp, Lima, 1996.

5 Javier de Belaunde. «Problemas de la Justicia Ordinaria y Tribunal Constitucional». p. 128. El mismo autor relata, que el constituyente Javier Valle Riestra «trajo a colación en el debate constitucional aquel problema que se suscitó en la Corte Suprema cuando el Presidente Billinghurst fue derrocado y hubo un magistrado que para enervar el pronunciamiento de la Corte Suprema en torno al golpe de Estado preguntó: ¿Quién paga la quincena?. Esta situación (quizás históricamente algo caricaturesca) fue recordada en la Constituyente e indudablemente expresa cuán relevante fue el tema de la independencia del Poder Judicial y la tradición (salvo honrosísimas y muy destacables excepciones) de una cierta obsecuencia al poder, particularmente vinculada a la conflictividad constitucional». p. 128.

B) De no considerarse un tribunal independiente del poder judicial y someter el control a este poder, ¿quién controlaría los actos inconstitucionales del poder judicial?

Este es un argumento que estuvo presente, inclusive, cuando se trató de la conformación del Tribunal Constitucional. Se cuestionaba que miembros del poder judicial formaran parte del Tribunal Constitucional, por considerar que no estarían propensos a examinar las resoluciones judiciales que transgredían la Constitución⁶.

C) La interpretación del derecho por parte del juez es distinta a la del magistrado constitucional. El primero generalmente es exegético, formalista y pegado a la ley. En cambio, la Constitución debe ser interpretada atendiendo a los principios y al desarrollo de las instituciones.

Nuestro punto de vista es que la interpretación en todos los campos del Derecho, no puede ser meramente exegética, con mayor razón en el campo constitucional. Sin embargo, en la justicia común, es cierto que los jueces tienen un apego a la norma en su sentido literal, limitando las interpretaciones. Muchas veces, dando prioridad a los aspectos formales, ritualizando el proceso, que lejos de ser un instrumento, un medio, se convierte en una finalidad en sí mismo. Javier De Belaunde⁷, señalaba que «el poder judicial expidiendo resoluciones, muchas veces no resuelve los conflictos que se presentan en la vida real. Busca «vías de evitamiento». El razonamiento judicial se vincula con frecuencia a un interés formalista de preservar la coherencia del ordenamiento jurídico como si fuera algo autónomo a la vida social. Así, el ciudadano común y corriente percibe que la interpretación judicial no prioriza debidamente el interés por solucionar el problema real. Este razonamiento no se orienta a resolver el conflicto. La prioridad, frecuentemente está puesta en cuestiones que terminan por eludir el problema de fondo. De este modo, la gente siente que su problema no fue procesado razonablemente».

Este es un grave defecto de la justicia común, provocado por el sistema mismo, en una clara desconfianza hacia el juzgador, creemos, en parte,

Referencias a las críticas formuladas en la Asamblea Constituyente también las hace Francisco Eguiguren, en *El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad*. p. 17.

6 Domingo García Belaunde. *El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate*. pp. 136-137.

7 Javier de Belaunde. *Op. cit.* p. 128.

por el desconocimiento de los principios que regulan el proceso. La novísima ciencia procesal no ha penetrado en las aulas universitarias, que todavía continúan en la etapa del procedimentalismo, creyendo que Derecho procesal es asunto de plazos, etapas, rigores formales, etc.

Creemos que el mal es interno, porque los jueces prefieren apegarse a la norma en su sentido literal, por temor a ser denunciados por prevaricato⁸, o ser quejados ante el órgano de control. Los encargados de ejercer el control, a su vez, son también pegados al sentido literal de la norma y aplican sanciones en base a dicho criterio.

En estos términos es difícil suponer que el poder judicial va a ejercer un verdadero control de la constitucionalidad de las leyes, toda vez que la interpretación constitucional se despliega más allá del mero sentido literal de la norma.

Es evidente que, en este tema, también cuenta la preparación profesional del juez que, en base a la producción y las estadísticas, deja mucho que desear.

D) El *status* del magistrado constitucional es diferente, ya que es elegido por un período determinado. No hace carrera ni está pegado al cargo.

Esta situación genera mayor independencia del magistrado constitucional. Actuará con mayor libertad, en conciencia que sus decisiones no comprometen su futuro en el Tribunal. La Constitución de 1993 ha incidido, indirectamente, en este tema, al eliminar la renovación por tercios de los miembros del Tribunal Constitucional.

Como se observa, la opción de un Tribunal Constitucional, se basó en un cuestionamiento del poder judicial⁹. A estas alturas, habría que preguntarse si estas observaciones, ¿no las podríamos hacer al mismo Tribunal Constitucional, con las honrosas excepciones de los tres magistrados cesados en sus cargos por el Congreso Nacional de la República?.

8 Recordemos que la Jueza Dra. Antonia Saquicuray, cuando prefirió aplicar la Constitución a la denominada ley de amnistía, en el caso de la masacre de los Barrios Altos, fue amenazada prácticamente por la Fiscal de la Nación, Dra. Blanca Nélida Colán, de ser denunciada por prevaricato.

9 Sobre el diagnóstico y realidad del Poder Judicial encontramos importantes conclusiones en los trabajos de Luis Pásara, en «Jueces, Justicia y Poder en el Perú», Lima 1982; también en *Memorias de un Juez*, Lima 1978; y recientemente en la publicación del Ministerio de Justicia «nuevas Perspectivas para la reforma integral de la Administración de Justicia en el Perú», Lima 1994.

2. Análisis jurídico-político comparativo del Tribunal de Garantías constitucionales de 1979 y el Tribunal Constitucional de 1993.

2.1 Autonomía e independencia

La Constitución de 1979 crea el órgano encargado del control de la Constitucionalidad de las leyes, al que denomina Tribunal de Garantías Constitucionales, en demostración clara de la influencia del modelo español. Fue un órgano al que se le dotó de plena autonomía e independencia, aún cuando no se mencionan estas cualidades en la Carta suprema¹⁰.

En el pensamiento de los constituyentes estaba la creación de un ente independiente de los demás poderes del Estado, que procure el equilibrio indispensable en el ejercicio del poder que se les había conferido. Los poderes legislativo y ejecutivo son los que crean las normas en mayor proporción y trascendencia, por lo que tiene que ser otro organismo el que controle la coherencia de dichas normas con la Constitución. El organismo natural que debe encargarse de esta labor debería ser el poder judicial, en los mismos términos al sistema jurídico norteamericano. Sin embargo, ante la desconfianza en dicho poder del Estado, se opta por la creación de un ente jurisdiccional, autónomo e independiente de los demás poderes del Estado, siguiendo el modelo europeo (Austriaco).

El T.G.C. surge dentro de esta concepción y, por ende, se le dota de independencia para el ejercicio de sus funciones, tal como se reconoce expresamente en su Ley Orgánica, Ley N° 23385 Art.1°. En efecto, el indicado numeral ratifica la condición de ser el órgano de control de la Constitución, remarcando que es independiente de los demás órganos constitucionales, encontrándose sometido sólo a la Constitución y a su ley orgánica. No está sujeto a órgano ni a poder alguno.

Es independiente porque no existe órgano superior a él, y porque sus miembros no están sujetos a mandato imperativo. No responden

10 Marcial Rubio y Enrique Bernalles, *Constitución y Sociedad Política* p. 212. Los Constitucionalistas peruanos hacen hincapié en el hecho de que la Constitución no menciona que el Tribunal de Garantías Constitucionales es independiente, como si lo hace en reiteradas oportunidades respecto del Poder Judicial (Art. 233° inc.2 y 242° inc.1).

por sus votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo. De esta forma, quiso dotarse a los magistrados del T.G.C. de total independencia en el ejercicio de sus funciones, sin que exista vínculo alguno con los organismos que los han designado como tales.

Tampoco pueden ser denunciados ni detenidos durante su mandato, salvo los casos de flagrante delito y de acusación constitucional. Con ello se le brindaba la protección necesaria para el ejercicio libre e independiente de sus funciones.

Sin embargo, la independencia y autonomía no son cuestiones sólo de normas, sino de realidades. Lo cierto es que los miembros del T.G.C. no dieron muestras, salvo honrosas excepciones, de independencia respecto de los otros poderes del Estado; quizás por el sistema de nombramiento que se había diseñado (tres miembros eran elegidos por el Poder Legislativo, tres por el Poder Ejecutivo y tres por el Poder Judicial), como por la misma actitud personal de los magistrados, con lo que se reproducía lo que ocurría con el Poder Judicial.

La falta de independencia trajo consigo una postrísima producción jurisprudencial, en lo que se refiere a las demandas de inconstitucionalidad de leyes, percibiéndose una disposición a no declarar la inconstitucionalidad de las leyes, para no perturbar la acción política de los partidos gobernantes de turno. Recordemos que tanto en el gobierno del Arquitecto Fernando Belaunde Terry (1980-1985), como en el gobierno de Alan García Pérez (1985-1990), se dio la circunstancia de que los partidos gobernantes (Partido Acción Popular y Apra, respectivamente), tenían mayoría parlamentaria, de tal suerte que tenían y ejercían el poder a través de los poderes legislativo y ejecutivo. Siendo así, los representantes al T.G.C. eran designados por ambos poderes, que lo ejercían los partidos gobernantes. En tal sentido, resultaban siendo mayoría en el Tribunal los nombrados por los partidos Acción Popular y Apra, respectivamente, a través del control que ejercían de los Poderes Legislativo y Ejecutivo (seis de nueve miembros).

La experiencia del T.G.C. nos demostró la relación que existe entre la falta de independencia de los magistrados con el sistema de nombramiento de los mismos, como ya lo había advertido Héctor Cornejo Chávez, en el debate de la Asamblea Constituyente de 1978-1979, cuando señalaba: «Si las facultades de este Tribunal han de ser de tal naturaleza que lo coloquen como un organismo censor, primero del Parlamento, pues tratará de declarar la eventual inconstitucionalidad

de la ley, va a ser un organismo que estará vigilando nada menos que al Parlamento, o la inconstitucionalidad o ilegalidad de los decretos supremos u otras normas legales de menor jerarquía provenientes del Poder Ejecutivo, entonces estará controlando al Poder Ejecutivo. [...] Pero, entonces, yo le digo que no es conveniente que en ese organismo tengan demasiada presencia y por lo tanto gravitación los poderes pretendidamente controlados, el Parlamento o el Gobierno, porque sino no van a controlar nada. Sí, más bien, tuviesen gravitación personalidades o representantes de entidades muy respetables desde el punto de vista de su jerarquía y de su función y de que puedan permanecer al margen de todo lo político para poder controlar en forma imparcial y severa»¹¹.

La Constitución de 1993, cambia de denominación, pero también opta por la creación de un Tribunal Constitucional, luego de que estuvo a punto de imponerse el criterio de crear una Sala especial dentro de la Corte Suprema de la República que se encargue del control de la constitucionalidad de las leyes. Esta vez, remarca en la propia Constitución (Art. 201°), que es el órgano de control de la Constitución, y es autónomo e independiente.

Esta autonomía e independencia de los demás órganos constitucionales es resaltada nuevamente por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 26435, Art. 1°. Asimismo, el Art. 13° del mismo cuerpo de leyes, señala que los magistrados no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucciones de ninguna autoridad, con lo que reafirman la independencia respecto del poder del Estado que los ha designado, como de cualquier otra autoridad. Gozan de inviolabilidad e inmunidad. No pueden ser detenidos ni procesados sin autorización del pleno del Tribunal, salvo flagrante delito. Antes era con acusación constitucional, ahora es con autorización del propio Tribunal en pleno.

Desde el punto de vista doctrinario esta posición es impecable, pero repetimos, la independencia no es cuestión de normas ni de declaraciones, sino de realidades. En la conformación del Tribunal Constitucional ha resultado sintomático el afán de contar con determinados miembros como magistrados, por parte del grupo mayoritario del Poder Legislativo, que es el mismo grupo que controlaba el Poder Ejecutivo.

11 Héctor Cornejo Chávez. Diario de los Debates. Comisión Principal de la Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979. T. III. p. 357.

El forcejeo en el nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional nos dio pautas para estar alertas respecto al desempeño de los magistrados.

2.2 Composición y forma de designación

Como ya se puede advertir, existe una relación gravitante entre la independencia del Tribunal Constitucional y la composición y forma de designación de los magistrados integrantes de dicho órgano. La experiencia del T.G.C. nos lo demostró, y los hechos ocurridos con motivo de la conformación del Tribunal Constitucional lo ratifica.

La Constitución de 1979, fijó en nueve, el número de miembros integrantes del T.G.C., tres designados por el Congreso, tres por el Poder Ejecutivo y tres por la Corte Suprema de Justicia. A dichos miembros se les extiende el título de Magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales (Art. 5º Ley Orgánica del T.G.C., Ley N° 23385).

El debate en la Comisión de Constitución de la Asamblea Constituyente de 1978-1979, fue amplio y ardoroso. El conocido y hoy retirado de la vida política, Dr. Héctor Cornejo Chávez, proponía la presencia de juristas que debían ser extraídos de las Facultades de Derecho de las Universidades, del ejercicio profesional, así como del poder judicial, toda vez que, como hemos hecho referencia líneas arriba, no concordaba con la idea de que en la designación participasen el poder legislativo y el ejecutivo. Proponía que tres fuesen designados por las Universidades, tres por los Colegios de Abogados, tres por el Poder Judicial, uno por el Poder Legislativo y uno por el Ejecutivo, lo que hacía un total de once miembros.

Finalmente, se impuso la propuesta del Dr. Mario Polar, que en concordancia con el Dr. Javier Valle Riestra, señalaba la conveniencia de que los miembros sean elegidos por el Congreso y el Poder Ejecutivo, ya que éstos eran elegidos por el pueblo, por lo que eran los llamados a representar indirectamente la voluntad popular, lo que otorga legitimidad a la designación¹². El acuerdo final fue que los miembros

12 Mario Polar Ugarteche. Diario de Debates. Comisión Principal de la Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979. Tomo III. p. 358.

serían nueve, tres designaba el Congreso, tres el Poder Ejecutivo y tres la Corte Suprema de Justicia de la República.

Reconocidos juristas peruanos han señalado la ligazón que existió entre la falta de independencia de los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales y el sistema de nombramiento diseñado por la Constitución de 1979. Javier de Belaunde, señalaba el inconveniente que había ya previsto Cornejo Chávez en el debate en la Asamblea Constituyente, de la injerencia del poder político (Poder Legislativo y Ejecutivo) en la designación de los magistrados del T.G.C., e insistía en la misma idea de Cornejo de dar injerencia en la designación a organizaciones intermedias de la sociedad, como las universidades y los Colegios de Abogados¹³. A ello agregaba la inconveniencia de la renovación por tercio, que si bien teóricamente resultaba positiva, para nuestra realidad complicaba el tema de la independencia de los magistrados frente a los poderes del Estado. La necesidad de una ratificación y permanencia en el cargo, traía consigo la pérdida de la independencia.

Por su parte Marcial Rubio y Enrique Bernal, cuestionan la fórmula adoptada por la Constitución de 1979, señalando que «anecdótico puede ser el silencio frente a su independencia, pero es claro que, conformado por tercios elegidos por cada poder, difícilmente podrá enfrentárseles en los casos más arduos de defensa constitucional que, precisamente, son los actos arbitrarios de la autoridad y las normas inconstitucionales»¹⁴

García Belaunde, no fue del mismo parecer. El consideraba que era inevitable la injerencia de los poderes del Estado en la designación de los magistrados del Tribunal, con excepción del Poder Judicial que consideró no debía intervenir. La filosofía de esta posición la resume de la siguiente manera: «Es que si el Tribunal Constitucional no es elegido por el voto público, para que sea representativo y democrático, entonces debe ser elegido por aquellos que han sido elegidos por el voto político». Agrega el referido jurista peruano que «el 90% del funcionamiento del Tribunal reposa sobre hábeas corpus y amparos y son esos los denegatorios, no todos, sino solamente los que son denegados, y son denegados ¿por quién?, por la Corte Suprema. En consecuencia,

13 Javier de Belaunde. «En torno al funcionamiento del Tribunal». En *El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate*. p. 129.

14 Marcial Rubio y Enrique. *Op. cit.*, p. 212

hay una relación directa de causalidad entre lo que decide la Corte y lo que decide el Tribunal, por eso es que creo que por encima de algunos razonamientos teóricos que pueden ser muy refinados, la práctica nos dice que hay una dependencia causal entre ambos, por eso es que yo pienso que el Poder Judicial no debería intervenir en el nombramiento de magistrados del Tribunal»¹⁵.

Nos inclinamos por considerar la conveniencia de la no intervención de ninguno de los poderes del Estado en la designación de los magistrados del Tribunal, en base a lo observado en la actuación, tanto del T.G.C., como del T.C. En efecto, el comportamiento de los magistrados estuvo ligado a los grupos políticos que tuvieron participación en la designación, con honrosas excepciones. Si bien concordamos con García Belaunde en lo que se refiere al poder judicial, no participamos de su parecer respecto de los otros poderes del Estado, porque las causas que resuelve el poder judicial están referidas fundamentalmente a transgresiones por parte del Estado (especialmente del poder ejecutivo).

La Constitución de 1993, diseña la conformación del Tribunal Constitucional con siete miembros (magistrados), todos elegidos por el Congreso de la República, aún cuando es necesario el voto mayoritario que represente dos tercios del número legal de sus miembros, esto es, ochenta votos. La opción del constituyente de 1993, está revestida de legitimidad por cuanto es un órgano elegido democráticamente el que selecciona y designa a los magistrados; sin embargo, el antecedente del T.G.C. nos hace dudar de dicha opción. Abad, señala al respecto: «si bien no estamos en desacuerdo con este modo de designación, tampoco podemos dejar de tomar en cuenta que los sistemas que otorgan una activa participación al Congreso corren el riesgo de politizar -en el sentido partidario del término- la designación de los magistrados. Lo cual es mucho más probable en países con regímenes autoritarios, a los que no les entusiasma el control constitucional»¹⁶.

La conformación del Tribunal Constitucional nos demuestra la inconveniencia de la participación del Congreso en la designación de los

15 Domingo García Belaunde, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate*, p. 137.

16 Samuel Abad. «La Jurisdicción Constitucional en la Carta Peruana de 1993. Antecedentes, Balance y perspectiva». En *Una mirada a los Tribunales Constitucionales*, p. 213.

magistrados. Claramente se ha vislumbrado el afán de ejercer, de alguna manera, un control en el ejercicio de las funciones del Tribunal, tratando de imponer candidatos a como de lugar.

La actuación del Tribunal Constitucional estuvo marcada por la pugna entre los magistrados que pretendieron ejercer las funciones jurídico-políticas con independencia del grupo que hegemonizaba el poder político, con aquellos manifiestamente proclives al gobierno de turno, hasta que ocurrió la defenestración de los primeros, por decisión, a todas luces arbitraria, del Congreso de la República.

Lo que sí es un hecho positivo, dentro del marco de la normatividad, es haber eliminado la renovación por tercios, y el haber fijado un período en el ejercicio de las funciones, sin posibilidad de reelección, lo que elimina aquellas circunstancias que, de alguna manera, puedan perturbar la independencia de los magistrados.

2.3 Competencia

Con relación a la competencia del Tribunal Constitucional, han habido variaciones importantes respecto del T.G.C. En efecto, la Constitución de 1979, Art. 298°, señalaba como competencia del T.G.C. lo siguiente:

- 1) Declarar a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo, y
- 2) Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de hábeas corpus y la acción de amparo, agotada la vía judicial.

Por su parte, la Constitución de 1993, señala como competencia del Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Dos modificaciones sustanciales: por un lado, se le agrega competencia al Tribunal Constitucional para que conozca los conflictos de competencia o atribuciones, con lo que se determinan las tres funciones básicas de un Tribunal Constitucional (control normativo, tutela de derechos y conflictos de competencia). Algunos autores, como Abad, sostienen que pudo habersele otorgado otras atribuciones como el control preventivo de los tratados internacionales o el proceso de inconstitucionalidad por omisión. Considera, asimismo, que pudo adoptarse la fórmula española que prevé la concesión de competencias adicionales vía ley¹⁷.

La otra modificación consiste en que ya no conoce de las acciones de garantía denegatorias, vía casación, luego de agotada la vía judicial. Se convierte el Tribunal Constitucional en última instancia para las acciones de garantía, sea que se inicien ante el Juez Civil o Penal de Primera Instancia o que se inicien en la Corte Superior. En ambos casos, las acciones de garantía sólo tienen dos instancias, de tal suerte que acudirán vía recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional, quien se convierte en tercera y última instancia para los casos en los que se haya denegado la acción de garantía.

Significa ello que las acciones de garantía iniciadas ante el Juez Civil o Penal, serán conocidas en segunda instancia por la Corte Superior, y contra la resolución denegatoria que expida ésta, podrá interponerse el recurso extraordinario para acudir directamente al Tribunal Constitucional, prescindiendo de la Corte Suprema.

En los casos en que la Corte Superior actúa como Primera Instancia, la Corte Suprema actuará como Segunda Instancia, y contra la resolución denegatoria que expida ésta, se podrá acudir vía Recurso Extraordinario ante el Tribunal Constitucional.

Recordemos que, antes de la Constitución de 1993 y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, las acciones de garantía culminaban en la Corte Suprema (tres instancias), y vía casación, en los casos que se denegaba la acción de garantía, se acudía al Tribunal de Garantías Constitucionales. Recordemos que en el período comprendido entre el 05 de abril de 1992 hasta la convocatoria a elecciones, el Presidente Fujimori dictó una serie de normas, entre las cuales figura el Decreto Ley N° 25721, que otorgaba competencia al desactivado Tribunal de

17 Samuel Abad. *Op. cit.* p. 215

Garantías Constitucionales para conocer en casación de las resoluciones de las acciones de amparo en que el Estado es demandado.

Con relación a la acción de inconstitucionalidad, si bien en la carta del 93 no se mencionan las normas contra las cuales se puede interponer demanda de inconstitucionalidad, como sí lo señala la Constitución del 79, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 26435, se encarga de precisar los alcances, en el Art. 20°. En efecto, en el numeral antes mencionado se señala taxativamente que las normas que pueden ser impugnadas de inconstitucionales ante el Tribunal son:

- a) Las leyes
- b) Los decretos legislativos
- c) Los decretos de urgencia
- d) Los tratados internacionales
- e) Los reglamentos del Congreso
- f) Las normas regionales de carácter general, y
- g) las ordenanzas municipales

Encontramos una mejora sustancial en cuanto a la competencia del Tribunal Constitucional, al haberse incorporado el conflicto de competencia y atribuciones, que eran temas principales de los Tribunales Constitucionales europeos. De la misma forma, en lo que se refiere a las acciones de garantía, aún cuando desde nuestro punto de vista el Tribunal debería ser competente para estas acciones sólo por la vía de casación, y no convertirse en una tercera instancia. Vía casación sustituiría a la Corte Suprema. La Casación podría regularse considerando sólo los errores *in procedendo* y los errores *in iudicando*, como materia de pronunciamiento.

Debe tenerse presente que, en cuanto a las acciones de garantía, la Constitución de 1993 incorpora el hábeas data y la acción de cumplimiento que también son competencia del Tribunal Constitucional como tercera y última instancia, en los mismos términos que la acción de amparo.

2.4 Legitimación

La legitimación es la aptitud del sujeto de derecho para intervenir directamente, o por medio de representante, en un proceso determinado,

como demandante o como demandado. Se tiene legitimación procesal cuando se ejerce por sí mismo sus derechos en un proceso, y ello ocurre cuando se tiene capacidad procesal que coincide, generalmente, con la capacidad de ejercicio que señala la ley civil, o cuando se actúa como apoderado debidamente premunido de representación. Se tiene legitimación *ad causam*, cuando se forma parte de la relación jurídica que motiva la discrepancia, o cuando se trata de intereses difusos en los que la ley concede legitimidad a determinadas entidades y/o personas.

Hemos comenzado tratando de definir la legitimación, porque fue un tema debatido en la Comisión Principal de la Constitución de la Asamblea Constituyente de 1978-1979, toda vez que la propuesta de su uso la planteó el señor Valle Riestra, optándose por el lenguaje directo que figura en la Constitución de 1979¹⁸.

Tratándose de la acción de inconstitucionalidad, la Constitución de 1979 concedía legitimidad a:

- a) El Presidente de la República
- b) La Corte Suprema de la República
- c) El Fiscal de la Nación
- d) Sesenta Diputados
- e) Veinte Senadores, y
- f) Cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

Esta disposición fue criticada por cuanto era una relación de autoridades limitada y, por otro lado, era una verdadera traba para los ciudadanos recurrir al Tribunal de Garantías Constitucionales el hecho de tener que reunir cincuenta mil firmas de ciudadanos. El acceso se tornó difícil, poco practicable, cuando en realidad uno de los argumentos en favor del control jurisdiccional concentrado es el fácil acceso.

Por ello es que, desde 1983 hasta 1992, sólo se presentaron quince acciones de inconstitucionalidad¹⁹.

La Constitución de 1993, amplía el espectro de la legitimidad y, a su vez, disminuye sustancialmente el requisito de firmas para que los

18 Javier Valle Riestra. Diario de Debates de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente de 1978-1979. T.III. pp. 410-411

19 Samuel Abad. *Op. cit.* p. 194.

ciudadanos puedan recurrir directamente al Tribunal Constitucional. En efecto, conforme lo señala el Art. 203° de la Constitución, están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

- a) El Presidente de la República,
- b) El Fiscal de la Nación,
- c) El Defensor del Pueblo,
- d) El 25% del número legal de congresistas (treinta)
- e) Cinco mil ciudadanos, y si se trata de una ordenanza municipal el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial.
- f) Los presidentes de Región y los alcaldes provinciales, en materias de su competencia.
- g) Los Colegios Profesionales, en materias de su especialidad.

Como se puede observar, se concede legitimidad a los Presidentes de las regiones y los alcaldes provinciales, en materias de su competencia, así como a los Colegios profesionales, en materias de su especialidad. Encontramos acertada la ampliación, porque las personas jurídicas de Derecho público estatal (Gobiernos regionales y municipalidades provinciales), pueden verse afectadas por disposiciones legales relativas a asuntos de su competencia. De la misma forma, los Colegios Profesionales (personas jurídicas de derecho público no estatal) pueden y deben estar en la capacidad de defender asuntos en las materias que les compete y que sean contrarias a la Constitución. Es una sana apertura para facilitar el acceso al Tribunal Constitucional.

Finalmente, debemos resaltar la importante disminución en el requisito de las firmas que se exigen a los ciudadanos para acudir al Tribunal Constitucional vía acción de inconstitucionalidad de la ley. De cincuenta mil firmas, que antes se exigían, se ha disminuido a sólo cinco mil firmas.

Sin embargo, la Corte Suprema de la República no está legitimada para recurrir al Tribunal Constitucional para que se declare la inconstitucionalidad de una ley o norma equivalente, como sí lo estaba en la Constitución de 1979. No nos parece acertada esta determinación por cuanto se corta la vía incidental que, de alguna manera, estaba presente en Carta de 1979.

Bien sabemos que no ha sido tradición del poder judicial dar cuenta al Congreso de la República de los vacíos o defectos de la legislación,

conforme lo faculta el Art. X del Título Preliminar del Código Civil de 1984. De la misma forma, no se conoce ninguna demanda planteada por la Corte Suprema ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, ello no es motivo para que se haya eliminado tal facultad a dicho organismo judicial. Era el camino a través del cual los jueces podrían haber planteado la inconstitucionalidad de las leyes, a fin de que lo resuelto por el Tribunal tenga efectos *erga omnes*.

2.5 Número de votos que hacen resolución

Este ha sido uno de los problemas que ha presentado la justicia jurisdiccional en el Perú. Se considera que al señalar seis, como el número de votos necesarios para emitir sentencia en un proceso de inconstitucionalidad, se está provocando la inoperatividad del Tribunal Constitucional, si tenemos en consideración que el número de magistrados es de siete.

La Constitución de 1979, diseñó el TGC con una conformación de nueve miembros, señalando que el *quorum* era de seis miembros. Las decisiones se tomaban por acuerdo de cinco de sus miembros, pero si se trataba de una acción de inconstitucionalidad, seis votos conformes formaban sentencia. Se requería de las 2/3 partes de los magistrados del Tribunal para que se declare la inconstitucionalidad de una ley. Si bien, no se ajusta a lo que observamos en otros Tribunales, donde se forma sentencia con mayoría simple, sin embargo, no podemos considerar ese número como impracticable. Pero, señalar seis votos conformes de siete, es prácticamente como exigir unanimidad, lo que torna extraordinariamente difícil la declaración de inconstitucionalidad de una ley y, consecuentemente, fácilmente controlable la función principal del Tribunal, por parte del poder político encargado de la designación de los magistrados. Le sería suficiente contar con dos adeptos al régimen para neutralizar la función de control del poder que debe ejercer el Tribunal. Esta realidad la hemos vivido y, por ello, el forcejeo que se produjo al interior del Congreso en el momento que había que elegir a los miembros del Tribunal. En todo caso, la actuación del Tribunal Constitucional no hace sino confirmar lo expresado anteriormente. Sin embargo, se impone una pronta modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en este aspecto, debiendo adoptarse lo que ya es común en el Derecho Comparado, esto es, decisión por mayoría simple que, en nuestro caso, serían cuatro votos conformes.

En consecuencia, tal como lo legisla la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, si el *quorum* es de seis miembros, las decisiones se adoptan por acuerdo de la mayoría simple (cuatro), pero para los asuntos de declaración de inconstitucionalidad de una ley se requiere del voto conforme de seis. Para la primera situación nos estamos refiriendo a las sentencias que emita el Tribunal Constitucional en las acciones de garantía que, como hemos visto, se convierte en tercera instancia, a través del recurso extraordinario que se interpondría, en algunos casos contra las sentencias emitidas por las salas civiles de las Cortes Superiores y, en otros casos, contra las sentencias que emita la Corte Suprema de la República en los asuntos donde interviene como segunda instancia.

2.6 Sede del Tribunal

Tanto la Constitución de 1979, como la Constitución de 1993, señalan como sede del Tribunal, la ciudad de Arequipa. Este fue un tema debatido en la Asamblea Constituyente de 1979; se arribó a la solución antes indicada, como consecuencia del planteamiento hecho respecto a la creación de un Congreso económico, idea del Partido Aprista Peruano, que tendría como sede la ciudad de Trujillo, y para compensar al sur del país, y dada la tradición jurídica que ha hecho gala la ciudad de Arequipa, se le sindicó como sede del Tribunal de Garantías Constitucionales. Sin embargo, el Congreso económico no fue aprobado por la Asamblea Constituyente, permaneciendo la idea de que Arequipa sea la sede del TGC.

¿Cuáles han sido las consecuencias de tal designación?. ¿Ha resultado operativo?. La respuesta, a estas alturas, es que más bien ha resultado un obstáculo para el acceso al Tribunal. Si se tiene en consideración que el mayor número de las acciones de garantías constitucionales se inician en la ciudad de Lima, y si la mayor parte de los legitimados para interponer demandas de inconstitucionalidad de las leyes tienen sus domicilios legales en la ciudad de Lima, el gesto de otorgar la sede a la ciudad de Arequipa, no es nada operativo. Creemos que una sana decisión es que Lima sea la sede del Tribunal.

La razón fundamental radica en el hecho de que el TGC no actúa de oficio, sino a instancia de parte; siendo así, el acceso no debe presentar dificultades.

2.7 Alcances de la sentencia del Tribunal

A) Efectos en el tiempo de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma.

Tanto la Constitución de 1979 (Art. 300°), como la de 1993 (Art. 204°), señalan que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma, en todo o en parte, no tiene efectos retroactivos. Significa ello que sus efectos se producen hacia el futuro. Todos los actos jurídicos realizados con anterioridad a la sentencia son válidos. El argumento de la seguridad jurídica fue esgrimido por el constituyente Javier Valle Riestra. Era una forma de evitar el caos que provocaría si al derogarse por inconstitucional una ley se dejara sin efecto todos los actos anteriores verificados mientras estuvo vigente²⁰.

Ésta es considerada como una de las diferencias entre el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, con el sistema concentrado. En el primero, la sentencia retrotrae sus efectos declarando la nulidad del acto del Estado que es materia del proceso. La sentencia produce efectos en forma retroactiva. En cambio, en el sistema concentrado, sea éste a cargo del Poder Judicial o de un Tribunal Especial, como es el caso nuestro, la sentencia rige los actos hacia el futuro. De esta manera, estamos frente a una situación de anulabilidad, que significa que el acto del Estado «aún irregular o inconstitucional, una vez producido por una institución pública, debe considerarse como un acto del Estado y, como tal, válido y efectivo hasta que el órgano que lo produjo lo derogue o revoque o hasta que se decida su anulación por otro órgano del Estado con los poderes constitucionales correspondientes»²¹.

La garantía que brinda la Constitución es la anulabilidad del acto del Estado considerado inconstitucional. El sistema concentrado tiene la particularidad de que la invalidez o la nulidad del acto legislativo con validez *erga omnes* ha sido reservado exclusivamente a un solo órgano constitucional que, en nuestro caso, es el Tribunal Constitucional. Los Tribunales ordinarios no tiene facultades para declarar la

20 Javier Valle Riestra. Diario de Debates. T.III. pp. 413-414

21 Allan Brewer-Carias. **El Control Concentrado de la Constitucionalidad de las Leyes**. p. 19.

inconstitucionalidad de las leyes, lo que está reservado al Tribunal Especial que puede anular el acto²². Esta anulación que la hace el Tribunal Constitucional no tiene efectos retroactivos. Sus efectos son hacia el futuro, y son *erga omnes*.

B) Derogación de la norma declarada inconstitucional

Entre la Constitución de 1979 y la de 1993 hay una variación importante en lo que se refiere a la derogación de la norma declarada inconstitucional.

La Constitución de 1979 señalaba que el Tribunal comunicaba al Presidente del Congreso, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma. El Congreso, por el mérito de dicha sentencia, debía aprobar una ley derogando la norma inconstitucional.

Si transcurrido cuarenticinco días no se promulgaba la ley derogatoria, se entendía que la norma quedaba derogada, debiendo publicarse la sentencia respectiva en el diario oficial.

Podemos afirmar que el efecto inmediato no era la derogatoria de la ley, sino la conminación que se hacía al Congreso para que expida la ley derogatoria correspondiente. El efecto mediato, si era la derogatoria, ya que si el Congreso no lo hacía, se consideraba derogada la ley. Más bien, en los casos de inconstitucionalidad que no sean de leyes, la sentencia se publica en el diario oficial y al día siguiente quedaba sin efecto la norma.

La Constitución de 1993 otorga un solo efecto directo a la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley o de cualquier otra norma con igual jerarquía. La sentencia se publica en el diario oficial y desde el día siguiente

3. Perspectivas de la justicia constitucional en el Perú

No cabe la menor duda de la intrínseca vinculación que existe entre la vigencia de un real sistema de gobierno democrático, y el necesario control del ejercicio del poder, así como el reconocimiento, vigencia y respeto de los derechos fundamentales del ser humano. La vigencia de

22 Allan Brewer-Carias. *Op. cit.* p. 21.

la democracia no es sólo un asunto formal, sino de contenido que se traduce en el respeto a las instituciones básicas de una sociedad y, por otro lado, en el caso peruano, en un proceso de aprendizaje de la cultura democrática que debe partir de las relaciones sociales más primarias, de la vida cotidiana, esto es, de la cultura de la libertad, relaciones igualitarias, tolerancia, diálogo.

Es indudable que el camino no es corto, porque nuestra sociedad presenta características de cultura autoritaria desde sus raíces. Por ello, la responsabilidad de la clase dirigente de promover la cultura democrática y los valores que ella encierra, promoción que indudablemente debe ir acompañada con el ejemplo. La democracia es una forma de vida, con una pléyade de valores que se despliegan en la conducta de los hombres, no una mera declaración, menos una simple formalidad.

Frente a esta realidad, tenemos hoy un sistema de justicia constitucional diseñado, fundamentalmente, en la Constitución de 1993 y en las leyes que regulan las acciones de garantías constitucionales, muchas de ellas reguladas y modificadas durante el período comprendido entre el 05 de abril de 1992, hasta el retorno a la Democracia con la elección del Congreso Constituyente Democrático (fines de 1992), donde claramente se nota el afán de desnaturalizar las acciones de garantía a fin de que pierdan eficacia.

Hemos analizado, en forma comparativa, los dos Tribunales diseñados por las Constituciones de 1979 y 1993, y si bien observamos una serie de modificaciones importantes en lo que se refiere al Tribunal Constitucional, nos quedan tres preocupaciones un tanto desalentadoras, que si bien han sido opciones de los Constituyentes del 93, guardan estrecha relación con aspectos de orden político:

- a) El sistema de nombramiento de los magistrados del Tribunal. Los hechos han demostrado que la independencia en el actuar de los magistrados está relacionado con el sistema de nombramiento. El haber determinado que el Congreso sea el encargado de la selección y designación de los magistrados del Tribunal, no soluciona el problema que se reflejó claramente con el Tribunal de Garantías Constitucionales, donde los magistrados con claras tendencias políticas carecían en su mayoría de la independencia necesaria para el ejercicio de sus funciones que implican, fundamentalmente, el control de los actos de los que ejercen el poder.

- b) El número de votos necesarios para formar resolución que declare la inconstitucionalidad de las leyes. De un Tribunal conformado por siete miembros se exigen 06 votos conformes para que se expida resolución. Prácticamente casi unanimidad, que va a resultar una barrera infranqueable para lograr que se produzca una sentencia. Esto favorece al poder que no es proclive al control, y si el poder es el que elige a los miembros del Tribunal, bastaría con dos miembros incondicionales para impedir que se produzca resolución que declare la inconstitucionalidad.
- c) La sede del Tribunal. Hemos indicado que la sede del Tribunal creó problemas para el acceso por parte de los ciudadanos, máxime cuando en un porcentaje que alcanza casi el 80% de los procesos que llegaban al Tribunal provenían de Lima; sin embargo, el número de causas tanto en lo que se refiere a las pretensiones de inconstitucionalidad de leyes, como en las demandas de amparo y hábeas corpus, no guardan relación con el volumen total existente en el Poder Judicial.

Sin embargo, el diseño global es mejor que el propuesto por la Constitución de 1979. En efecto, se mantiene el control mixto de la constitucionalidad, a través del Tribunal Constitucional que conoce, vía acción, las demandas de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, con la facultad de derogar la norma inconstitucional con la sola publicación de la sentencia en el diario Oficial y, a través del Poder Judicial el control difuso, aún cuando limitado a la no aplicación de la norma inconstitucional al caso concreto y con efectos exclusivo a dicha causa. En ambos casos, lo que se espera es una conducta independiente de los magistrados que asuman el papel de contralor de la Constitución.

De otro lado, vemos con optimismo que la legitimación procesal para intervenir en los procesos en los que se pretende la declaración de inconstitucionalidad de una norma, se haya extendido a otras instituciones intermedias como los Colegios Profesionales, los presidentes de las Regiones y los Alcaldes Provinciales. Asimismo, que la competencia del Tribunal comprenda ahora los conflictos de competencia o de atribuciones de los organismos del Estado.

En lo que se refiere a las garantías constitucionales, creemos que habría sido más adecuado, establecer un proceso con solo dos instancias en el fuero común y que el Tribunal Constitucional actúe como

Tribunal de Casación, acompañándose a estas medidas el establecimiento de Salas y Juzgados Constitucionales en las Cortes Superiores respectivas. El establecimiento de tres instancias va en contra de lo que modernamente se aconseja para la administración de justicia, de la que no es ajena la justicia constitucional. Suficiente garantía es la doble instancia, más la posibilidad de acudir a otro órgano, en este caso el Tribunal Constitucional, en casación, donde sólo se revisarán las sentencias en lo que se refiere a los errores *in iudicando* e *in procedendo*, esto es, en la correcta aplicación de las normas sustanciales constitucionales y las garantías del debido proceso.

Es preciso señalar que en la Corte Superior del Lima se ha creado una Sala Constitucional, encargada de resolver de todas las sentencias que resuelven los Juzgados en asuntos de acciones de garantías. Esta medida es acertada y debe hacerse extensiva a los demás Distritos Judiciales a fin de propender a la especialización de los magistrados en materia constitucional.

Sin embargo, la regulación de las acciones de garantía, en especial las acciones de hábeas corpus y amparo deben ser revisadas, poniendo atención en los diversos dispositivos, que las desnaturalizaron sustancialmente, así como en lo que se refiere a las medidas cautelares.

Finalmente, de nada valdría todos los esfuerzos doctrinarios, guiados por el afán de mejorar el sistema de la justicia constitucional en el Perú, si no se respeta la Constitución en todas sus dimensiones, a efectos de que las instituciones, como sería el Tribunal Constitucional, despliegue todas sus atribuciones libremente.

Transfuguismo y crisis postelectoral en el proceso de reinstitucionalización democrática

César Delgado-Guembes

«La palabra tráfuga es un adjetivo que están utilizando algunos sectores de la prensa para quienes nos sentimos con la libertad de poder adoptar con valentía una opción que nos parece mucho más eficiente que otra. Por ejemplo, mantenerme en Perú Posible era ser cómplice de una serie de actitudes como la de la “marcha de los cuatro suyos” y era totalmente relegado dialogar. Era totalmente frustrante, porque lo que más hubiera deseado era seguir en el partido. Yo renuncio a Perú Posible porque no quiero ser cómplice de la muerte de un ciudadano y se había abierto una brecha entre los soldados de Perú Posible, representantes en el gobierno y la estructura partidaria; y me retiro como independiente y opto por una invitación del Presidente de la República para Perú 2000. Yo hago política social, sin demagogia».

Alberto Kouri, Revista Gente, Ed. N° 1342, 13 setiembre 2000

En los a veces espinosos senderos que comunican la ciudad de la política y el edificio del derecho, las transiciones de la hegemonía autoritaria a la pluralidad de la democracia opacan las normalidades de la dogmática constitucional con ambigüedades impredecibles por la racionalidad formal de la normatividad. La crisis del 14 de setiembre llevó al presidente Fujimori a anunciar, dos días después, el adelanto y aceleración de la agenda de fortalecimiento institucional y democrático, y con ello a romper una vez más la regularidad constitucional prevista en el documento de 1993.

Era la segunda vez que lo hacía, aunque en esta oportunidad en un sentido inverso. Para apartarse prematuramente, y para ceder su lugar a un nuevo mandatario y gobierno, antes del vencimiento del período de cinco años de fresco estreno. En 1992 había gobernado poco menos de dos años y supo generar las condiciones para la aprobación de la colectividad, luego de crear condiciones de ingobernabilidad, merced seguramente a una estrategia sicosocial eficientemente diseñada y ejecutada que presentó al Congreso opositor como la fuente del desorden y la causa del desgobierno.

En el año 2000, a menos de dos meses de su tercer período constitucional, consciente de la desaprobación popular y con una percepción clara del sentido de la falta de respaldo de la comunidad internacional, optó por abdicar de su pretensión de gobernar por el período completo. La situación había explotado en tal grado que la ingobernabilidad interna escapó de su capacidad de control: descomposición del régimen político, insubordinación manifiesta de las fuerzas armadas, incapacidad del Congreso de superar y corregir la ilegitimidad, rechazo generalizado del autoritarismo en la colectividad nacional, riesgo de golpe de Estado y presión y exigencia internacional de democratización.

La dinámica de desarrollos políticos extraordinarios como los de fines del invierno de setiembre del 2000, requiere se distingan los momentos o etapas en su evolución. Pueden ser parte de un proceso más o menos largo y lento, o pueden ser ellos mismos un evento súbito y repentino. En la caída de los regímenes autoritarios se produce, en primer lugar, el episodio de la fisura. Es un suceso más o menos dramático que deja expuestas las contradicciones de un proceso de hegemonización política en desintegración, deterioro o en descomposición, que puede tener un período de incubación incierto, pero que siempre resulta de una acumulación de antagonismos que llegan a un punto de no sutura intolerable por los principales sujetos de la coyuntura en el país.

En el caso de la crisis del 2000 el momento de la ruptura puede fijarse poco antes de la fecha de las elecciones del 9 de abril, cuando el electorado inventa a su candidato de oposición para enfrentarlo a la candidatura de Fujimori. El símbolo en que se convirtió el fujimorismo como imagen de una época se desdibujó. Se hizo manifiesta su discontinuidad. El sucesivo reprocesamiento de la realidad a través de los símbolos, discursos y mensajes se agotó. La multiplicidad de una realidad más amplia que no llegó a incorporarse en la ideología del mesianismo y de la eficacia llevó el proyecto al estancamiento.

En segundo lugar, a la ruptura sigue la crisis, que es el período incierto más agudo, a partir del cual se descompone el equilibrio hegemónico del régimen y se recomponen los escenarios, se rediseñan los discursos, y quedan sin efecto las articulaciones previas ya agotadas, quebrantadas y descompuestas. La crisis es el momento de la emergencia de nuevas reglas, sujetos, posiciones y discursos. Las diferencias son reprocesadas y se fijan nuevos ejes de equivalencia. No hay un núcleo hegemónico claro, sino por el contrario luchas por encontrar alianzas y articulaciones que definan una nueva correlación y fuerza hegemónica en un escenario por venir. El momento de la crisis es un momento sumamente inasible e indeterminable (volátil, es la expresión que más frecuentemente se usa). Lo sólido ha desaparecido de la topografía política. Pero en medio de la volatilidad y fugacidad de su duración, la crisis es también el momento en el que se deben fijar algunos acuerdos o tomar algunas decisiones centrales. Entre esos acuerdos, por ejemplo, que forman hitos en el marco de la crisis propiamente dicha, se cuentan la conducción de la transición por el jefe de Estado que aparece como uno de los ejes de la ruptura; la recomposición de la Mesa Directiva del Congreso, y la reestructuración del Consejo de ministros con un gabinete plural

El tránsito al reequilibrio es la siguiente etapa, y comprende el desinvolvemento de los actores a partir de los acuerdos básicos adoptados. En la transición deben llevarse a efecto los acuerdos y las decisiones en las que concluye la crisis, a la vez que se producen los actos preparativos y constitutivos de los competidores en la fundación de la nueva normalidad y legitimidad. Es el proceso de cura y de regeneración propiamente dicho, cuando el deseo de democracia y de institucionalidad es preparado para su reinauguración. El cuerpo político no está sano pero sí en proceso de restablecimiento.

A sólo pocas semanas de haberse producido la crisis, cuando es impredecible el camino que tomará la transición en el mediano plazo, en este trabajo se enfoca algunos de los elementos presentes en el momento o período de la crisis, que si bien es en el que menor claridad procesal se tiene, en el que el momento tensional es mucho más alto y en el que la indecidibilidad es mucho más intensa, se trata también de un momento emergente, el momento probablemente más rico en diagnósticos, alternativas, imaginarios y proyectos, a la vez que de una etapa en la que tienden a consolidarse convicciones y consensos mínimos

muy fuertes y determinantes. Adelantamos pues a título preliminar algunos criterios y elementos de juicio para evaluar y criticar los hechos y los aspectos jurídicos que aparecieron en mayor o menor grado vinculados al surgimiento, clímax y sucesiva declinación de la crisis, a la que posteriormente sucedió la transición, el retorno a la normalidad constitucional, la legitimidad política y el reequilibrio democrático.

I . Antecedentes y naturaleza de la crisis

El 14 de setiembre del 2000 el Perú fue conmocionado por la revelación de un acto de corrupción funcional que comprometería al asesor presidencial Vladimiro Montesinos, y a uno de los parlamentarios tráns-fugas, el congresista Alberto Kouri Bumachar de Perú Posible, que trocó su lealtad política en favor de Perú 2000 por quince mil dólares y la expectativa de beneficios pecuniarios adicionales destinados a compensarlo por los gastos en que incurrió en su campaña electoral (alrededor de sesenta mil dólares). Un hecho singular de dos personas públicas, grabado en las propias instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, ocurrido el 5 de mayo del mismo año, cuando ya se conocía que Perú 2000 no había alcanzado mayoría absoluta en el Congreso, se convirtió quizá en el único y singular suceso más importante que precipitó la caída del régimen del presidente Fujimori.

La historia recordará ese 14 de setiembre del 2000 como la fecha en que se marca la caída del régimen de Fujimori. Ciertamente no se trata de una fecha mágica. Los regímenes caen luego de una sucesión de acontecimientos que los debilitan. Fujimori no debió caer sino concluir normalmente su período constitucional en julio del año 2000. La tozudez, autosuficiencia, falta de visión, desconocimiento de la naturaleza humana, la natural inclinación a la corrupción cuando se carece de control interno y externo, además por cierto de la adulonería y de la infatuación de su círculo, todos ellos y algunos factores más, son elementos propiciatorios del debilitamiento. El 14 de setiembre por eso debe verse solamente como un suceso más que se enlaza a una cadena de actos de socavamiento de la legitimidad.

La fisura final y caída del régimen de Fujimori tuvo, sólo en el año 2000, entre otros, sus principales hitos en :

- (1) la no obtención de votos suficientes en la primera vuelta el 9 de abril para alcanzar la presidencia, ni mayoría absoluta en el congreso;

- (2) la ilegitimidad de origen que introdujo el desconocimiento y retraimiento de Alejandro Toledo en la segunda vuelta del 28 de mayo, con el argumento de que el régimen se valía de articulaciones fraudulentas y manipulatorias de la conciencia ciudadana y de la voluntad electoral;
- (3) el mensaje recibido en la Asamblea de Windsor, en Canadá, a inicios de junio, que originó el compromiso de iniciar un franco proceso de redemocratización nacional, bajo supervisión de la OEA;
- (4) el reconocimiento del foro extraparlamentario de la Mesa de Diálogo, a cargo de un embajador designado por la OEA responsable de facilitar la conciliación y entendimiento a la vez que de supervisar el proceso de reinstitucionalización democrática, con presencia de observadores de la OEA y de actores de la sociedad civil no elegidos al congreso;
- (5) la marcha de los cuatro suyos protagonizada por Alejandro Toledo los días 26, 27 y 28 de julio, que en base al ejercicio del derecho de insurgencia buscó originalmente impedir la juramentación del Presidente de la República;
- (6) el descenso progresivo de la aprobación y descontento de la población con el régimen, principalmente por las medidas económicas dictadas por el Ministerio de Economía que afectaban tanto a empresarios nacionales como a trabajadores en distintos estratos sociales;
- (7) el papel simbólico que cumplieron «el muro de la vergüenza» y la ceremonia del «lavado de la bandera», dos actos llevados a cabo en lugares públicos que permitían expresar el repudio por la ilegitimidad de la doble reelección presidencial y el transfuguismo parlamentario que facilitó la fabricación de la mayoría parlamentaria y del gobierno;
- (8) la *gaffe* presidencial del 21 de agosto del 2000, en el caso del tráfico de armas de Jordania a las FARC de Colombia, en el que el afán por el protagonismo del presidente Fujimori, unido a las estrategias del poder negro de Vladimiro Montesinos, llevó al ridículo internacional al gobernante peruano, al detectarse la participación de militares peruanos en ejercicio como receptores de los cuarenta mil fusiles en un contrato que suponía el Perú como destino final;
- (9) el levantamiento institucionalista del comandante Ollanta Humala y su hermano Antauro Humala el día 30 de octubre del 2000,

exigiendo la renuncia del Presidente de la República y de la cúpula militar, bajo el argumento de que el suyo era un gobierno ilegítimo y por lo tanto la jefatura de las fuerzas armadas estaba en manos de un impostor; y,

- (10) la comunicación del gobierno suizo del 2 de noviembre del 2000 sobre tres cuentas en bancos de la confederación, a nombre del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos, por el monto de cuarentiocho millones de dólares, que provendrían del lavado de dinero (narcotráfico, chantajes, extorsiones, comisiones por venta de armas, etc.).

Se trata de un caso bastante claro de ruptura de la moral política. No hay violación clara de un imperativo constitucional. Por el contrario. El uso técnicamente adecuado del principio de la mayoría acomodó la voluntad apropiatoria del poder a las leyes. Es un caso claro y flagrante, por eso, de inmoralidad política no censurado expresamente por la Ley fundamental. Es un hecho políticamente incorrecto en la concepción dominante repudiar mediante la lógica y elementos de la transacción dineraria para adoptar una posición política favorable frente al gobierno. No se admite sino que se rechaza la negociación del favorecimiento u oposición al gobierno por un monto de dinero. La posición política, de este modo, es percibida como una cuestión de principios mínimos que no deben ni pueden ser objeto de compra. La comunidad está de acuerdo en que no es virtuoso apoyar o cuestionar al gobierno «por un plato de lentejas», más allá de que el plato venga presentado en vajilla de plata, barro o porcelana, o si consiste en cien mil o en quince mil dólares, o en el alquiler de un camión para realizar «obras de bien social».

Son dos aspectos en un mismo hecho trascendental en la historia política y constitucional del Perú. El primero, la oferta y venta de la adhesión de un representante a fin de asegurarle mayoría a un grupo político, como un acto que causa repudio moral en la conciencia pública. El segundo, la denuncia de Fernando Olivera, Luis Iberico y Susana Higushi y la exigencia de investigación y sanción para los responsables. Son ambos aspectos de naturaleza pública, referidos a la conciencia ética necesaria para el desempeño de cargos públicos.

La revelación del quiste moral al interior del régimen de Fujimori habría de mostrar, a pocos días de la denuncia de los parlamentarios del

Frente Independiente Moralizador - FIM, que el Perú estaba sujeto a una legitimidad dual. La fuga de Montesinos, favorecida y encubierta por el Presidente de la República y el presidente del consejo de ministros puso de manifiesto el entramado de la complicidad en el gobierno y en la generación del quiste moral en el poder. De igual forma, la propia fuga del sábado 23 de setiembre dejó claro que los más altos mandos de las Fuerzas Armadas reconocían a Montesinos como jefe con mando efectivo sobre ellas y como enlace válido con el jefe del poder ejecutivo. El Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas protegió de tal manera a Montesinos que la detención que llevó a cabo un general de brigada, un coronel y un capitán quedó sin efecto por orden expresa del general de división Villanueva Ruesta, Jefe del Comando Conjunto.

La dualidad, en efecto, dejó ver de un lado la legitimidad legal en base al voto popular, y la legitimidad efectiva del poder militar que se sustentaba en las armas y en la maquinaria de control y manipulación sicosocial como dependencia del Servicio de Inteligencia. A sólo pocos días de la declaración de la crisis quedó constancia que el Perú contaba con un presidente cautivo del poder militar, a la vez que a un grupo militar poderoso que no podría ejercitar su dominio sin contar con la figura de su representante formal que habilite y articule su poder de modo efectivo ante la comunidad nacional e internacional. Se confirmó que Vladimiro Montesinos era el eje efectivo del poder, con capacidad para influenciar decisivamente tanto en el Presidente de la República como para dominar a los altos mandos militares.

Si bien es cierto que los hechos y situación políticos referidos tienen un carácter eminentemente coyuntural, la magnitud de sus efectos es tal que, primero, permitió conocer la articulación efectiva del poder militar en la estructura constitucional en tal manera que pudo entenderse cómo se constituyó una fuerza hegemónica paralela a la que confiere el régimen electoral, respecto de la cual, además, el sistema representativo y la opinión pública resultan incapaces de controlar y sancionar. Y, en segundo lugar, precipitó al gobierno en una crisis insalvable a solamente mes y medio de haberse iniciado, cuando muchos daban por descontado que el presidente Fujimori tenía ya asegurados cinco años más de mandato ininterrumpido.

Esta crisis exigía una salida. Había lesionado no solamente la reputación privada de la persona y de la familia de Alberto Kouri, o la de Vladimiro Montesinos, sino que dejaba al descubierto la ilegitimidad

del gobierno en el poder ejecutivo y la ilegitimidad de la mayoría parlamentaria y por tanto la condición espuria de la investidura del gabinete Salas; ponía al descubierto, una vez más, mediante el soborno y la corrupción, el recurso a métodos mafiosos y de prácticas hamponescas en el manejo de la política nacional; explicitaba la participación expresa e innegable del Servicio de Inteligencia Nacional; quedaba comprometida por lo tanto la intervención directa de personal de las Fuerzas Armadas como agentes y cómplices de la corrupción política; y, con ello mismo, se proclamó el quebrantamiento definitivo del fujimorato.

II. Transfuguismo y no imperatividad del mandato

2.1. Casuística del transfuguismo

El transfuguismo es un síntoma importante en la configuración de la ruptura iniciada el 14 de setiembre porque reveló la precariedad política y moral en la que quedó el régimen de Fujimori. Esta precariedad minó de modo explosivo el régimen en dos áreas principalmente. En primer lugar el parlamento; porque quedó claro que la mayoría de Perú 2000 era una mayoría hechiza y, por lo menos en un caso comprada, en otros dos chantajeada y en uno tercero intentada de chantajear¹, a espaldas de las reglas y de las propuestas con las que se postuló al voto del electorado. Y en segundo lugar al gobierno, porque los votos de investidura que recibió el gabinete Salas contaron con una mayoría igualmente fraguada. La denuncia de la compra de un tráfuga llevó al país a una severa crisis de gobernabilidad. Una de las mayores crisis políticas en los últimos setenta años.

El transfuguismo es pues un síntoma importante y, además, decisivo, de la ilegitimidad del gobierno de Fujimori. Dejó en el más grande

1 Compra en el caso del congresista Kouri; los dos chantajes serían los de la congresista Ruby Rodríguez y el congresista Juan Mendoza del Solar; y el intento de chantaje el del congresista Jorge Chávez Sibina, ex alcalde de la ciudad de Iquitos (quien recibiera ofertas del general Villanueva Ruesta, Jefe del Comando Conjunto de las fuerzas armadas para que se pase a Perú 2000 a cambio de solucionarle problemas judiciales pendientes). Ver, sobre el último caso, por ejemplo, el diario *Liberación*, en su edición del sábado 7 de octubre del 2000, p. 8; o *La República*, de la misma fecha, p. 2.

descrédito a su principal hombre de confianza y asesor, Vladimiro Montesinos y reveló que estaba capturado y era presa de una fuerza indispensible del poder, enquistada en su entorno; a la vez que desungió a su gabinete de la virtud de la confianza popular que no pudo nacer del voto de investidura de una mayoría que carecía de capacidad democrática y moral para otorgarla. De igual manera la elección de la mesa directiva del Congreso, y por lo tanto la de la propia presidencia del Congreso y de sus comisiones, estaba, por la misma razón, viciada de nulidad. Presidente de la República, Gabinete, y Presidencia del Congreso, tres piezas clave del poder en el Perú quedaron exentos de virtud política. El misil responsable de tal devastación en el antes monolítico poder del régimen de Fujimori se llamó «compra de tráfugas».

Es una convicción más o menos aceptada que los regímenes que no cuentan con respaldo en una mayoría parlamentaria propia o compuesta por una alianza a este efecto, simplemente, no duran. Nuestra historia reciente recuerda el mal fin de los períodos 1963-1968, y 1990-1992, debido a la heterogeneidad o división de mayorías en ambos órganos del Estado. El período 2000-2005 debió poner a prueba dicha convicción. La historia no se cumplió, primero, porque hubo congresistas electos por grupos distintos a Perú 2000 que aceptaron apoyar al presidente Fujimori, y porque se generó un mayúsculo escándalo nacional a raíz de la revelación de la participación del jefe del espionaje y asesor presidencial en la compra de la lealtad del congresista Alberto Kouri Bumachar.

La historia del escándalo del tráfuga Kouri, por lo tanto, tiene como antecedente inmediato la marea de fugas anterior al inicio del régimen del año 2000, y su corolario es la contramarea de fugas de los congresistas que abandonan Perú 2000. En la marea que va de mayo a julio del 2000 se ubicaron doce congresistas: Alberto Kouri Bumachar, Edilberto Canales Pillaca, Antonio Palomo Orefife y Mario Gonzales Inga, de Perú Posible; Eduardo Farah Hayn, Jorge Polack Merel y Enrique Mendoza del Solar, de Solidaridad Nacional; Luis Cáceres Velásquez, y Roger Cáceres Pérez, del FREPAP; José Luis Elías Ávalos, de Avancemos; Gregorio Ticona Gómez, de Somos Perú; y Rudy Rodríguez Aguilar, del Partido Aprista. Todos ellos pasaron a Perú 2000. En otro grupo se ubican siete congresistas, que no se pasan a Perú 2000, pero dejan las agrupaciones con las que salen elegidos. Son los congresistas César Acuña Peralta y José Luna Gálvez, de Solidaridad

Nacional; José Villena Vela², Carlos Burgos Montenegro, Italo Marsano Chumbez, y Daniel Nuñez Castillo³, de Perú Posible; y Waldo Ríos Salcedo, del Frente Independiente Moralizador, que abandonaron sus grupos de origen y asumieron la condición de independientes. Son diecinueve congresistas tránsfugas hasta julio del 2000.

Y en la repentina y turbulenta contramarea del 14 al 27 de setiembre se presentan los casos de Eduardo Farah Hayn, Cecilia Martínez del Solar, Luis Ormeño Malone, Fernán Altuve-Febres Lores, Jorge Polack Merel, Moisés Wolfenson Woloch, Gregorio Ticona Gómez, y Mario Gonzales Inga, que dejan Perú 2000. De estos ocho congresistas, hay cuatro a los que se designó como retránsfugas, porque abandonaron Perú 2000 luego de haber llegado a dicha agrupación como tránsfugas de otra. Son los congresistas Farah Hayn, y Polack Merel (ex Solidaridad Nacional), Ticona Gómez (ex Somos Perú), y Gonzales Inga (ex Perú Posible)⁴.

Dos casos posteriores, ajenos al escándalo del 14 de setiembre aunque consecuencia de los que lo sucedieron, fueron la renuncia de los congresistas Francisco Tudela y Carlos Blanco Oropeza. Francisco Tudela re-

2 En entrevista que le hiciera la revista *Gente* al congresista Villena Vela, así como a César Dulanto Gaviño y Rosa Guzmán Ganoza, militantes que fueron expulsados por Luis Solari, refirieron que ellos habían renunciado junto con otros miembros de *Perú Posible* por el sesgo que toma Alejandro Toledo, después de la primera vuelta, rodeándose de personas a las que denominan «los golondrinos», que son el periodista Gustavo Gorriti, Carlos Bruce, y Alvaro Vargas Llosa, quienes copan el espacio de decisiones estratégicas partidarias; desplazando a los militantes y fundadores del grupo; y por la alianza que realiza con partidos políticos y líderes de la oposición con ideas contrarias a las originales, que tenían como mensaje central que *Perú Posible* no era ni antigobierno ni antiposición. Edición N° 1342, del 13 de setiembre del 2000, pp. 24-26

3 De acuerdo a la referencia que hace el congresista Villena Vela, el congresista Daniel Núñez envía una carta a Alejandro Toledo el día 16 de julio, alertándolo sobre la insatisfacción de las bases de *Perú Posible* por el papel que asumían «los golondrinos» y sobre los efectos de la «marcha de los cuatro suyos». *Loc. cit.*

4 Sobre los retránsfugas es sobre los que peor concepto guarda la opinión pública. El psicólogo Leopoldo Chiappo afirmaba que «es difícil creer que un hombre adulto pueda tener tales vacilaciones. Yo no confiaría en un tránsfuga que regresa. Ellos pueden renunciar por vergüenza o por disimulo. Si es por vergüenza, es porque los están emparentando con los vendidos. Pero si es por disimulo, entonces es porque así se quedarán con el dinero y con la honorabilidad disfrazada. Son tránsfugas y de nuevo tránsfugas. Son super tránsfugas». Ver la edición del 24 de setiembre del diario *Libertación*, p. 10

nuncia a la primera vicepresidencia de la República y a Perú 2000 con ocasión del retorno de Vladimiro Montesinos al territorio nacional el día 23 de octubre, así como por las declaraciones que emite Alberto Bustamante Belaunde, Ministro de Justicia, en el sentido de condicionar las reformas constitucionales sobre recorte del período de mandato presidencial y parlamentario a la aprobación de leyes de amnistía para personal militar y policial responsable de acciones vinculadas al control de la subversión terrorista y el narcotráfico⁵. Y el congresista Blanco Oropesa renunció a Perú 2000, a la vez que a la presidencia de la Comisión de Presupuesto, el día 3 de noviembre, como consecuencia de la revelación de la existencia de las tres cuentas bancarias de Vladimiro Montesinos en el sistema bancario suizo⁶. Lo relevante de ambas renunciaciones es el papel de liderazgo y representativo que uno y otro congresistas tenían en Perú 2000. No se trata de congresistas sobre los que caiga sospecha alguna de falta ética en su comportamiento parlamentario o político. Todo lo contrario. Puede por eso verse en sus renunciaciones actos de reivindicación de principios en cuyo nombre se apartan de su grupo. Lo hacen en

5 En su carta al Presidente de la República, Francisco Tudela decía que «resulta imposible para mí compartir un condicionamiento que, aun presentado como una secuencia o “plan de trabajo”, genera condiciones adversas de negociación para la necesaria reconciliación nacional, además de introducir más incertidumbres en una crisis que ya afecta muy seriamente la estabilidad política y económica del Perú [...]. Es también imposible para mí admitir las pretensiones políticas contenidas en el comunicado emitido el día de ayer por los ministerios de Defensa e Interior, sin la firma de sus ministros. No puedo dejar de ver una trágica vinculación entre ambos eventos, así como una relación con la llegada, esta madrugada, del doctor Vladimiro Montesinos, quien ofendió a la conciencia moral del Perú provocando el acortamiento del mandato presidencial».

6 En la carta que Carlos Blanco le dirige a la Presidenta del Congreso el 3 de noviembre dice, en referencia al descubrimiento de las cuentas de Vladimiro Montesinos en la banca suiza, que «aún cuando creo que todavía no se ha alcanzado la consecución de esos objetivos [los de las políticas de crecimiento y desarrollo económico del Perú] no puedo dejar de sentirme profundamente consternado, por llamarlo de alguna manera, ante las serias y graves denuncias que se han formulado en contra de quien ha estado ligado cercanamente al manejo político del gobierno y del país [se refiere a Vladimiro Montesinos]. Al tomar conocimiento en las últimas horas de esos graves hechos, que ya no son de naturaleza aislada, si no que –al parecer– forman parte de una acción permanente y constante, que linda ya con lo delincencial, me resulta insostenible seguir manteniendo sólo una actitud de cuestionamiento y discrepancia al interior de nuestra agrupación».

nombre de sus conciencias. El hecho objetivo del apartamiento de Perú 2000 estuvo motivado, según sus propias declaraciones, en su discrepancia frontal con la corrupción que se había instalado en el manejo del país a través del papel protagonista y decisivo en una esfera importante de la vida pública por Vladimiro Montesinos.

Entre los veintitrés congresistas que hacen abandono de las agrupaciones por las que salen elegidos, cabe, de igual manera, distinguir situaciones distintas⁷. Una situación positiva del transfuguismo fue, por ejemplo, la renuncia de la congresista Cecilia Martínez del Solar viuda de Franco a Perú 2000 cuando por desavenencias con su grupo respecto al impropio y contemplativo tratamiento del congresista Alberto Kouri, se autoexcluyó. Otra podría ser igualmente la del caso especial del congresista Juan Carlos Mendoza del Solar⁸, quien anuncia su retiro de las filas de Perú 2000 el 27 de setiembre, luego de calificar como un error haber dejado Solidaridad Nacional, de anunciar el intento de conformación de un grupo parlamentario favorable a Vladimiro Montesinos como consecuencia de una maniobra presuntamente militar y a cargo de personal del Servicio de Inteligencia del Ejército, con el propósito de desestabilizar el gobierno y crear condiciones favorables para un golpe de estado en el plazo de veinte días que haría viable el retorno de Montesinos del extranjero⁹.

7 El ingenio popular encontró el modo de diferenciar algunos subtipos dentro del transfuguismo. *La República* del 27 de setiembre señalaba, por ejemplo, que «las lecciones que el Congreso les entrega a los peruanos no tienen parangón. A los opositores que se cambiaron de bancada antes de 28 de julio los llamaron “tránsfugas”. A los que votaban con el oficialismo sin renunciar a la oposición los designaron como “topos”. ¿Cómo calificar a los parlamentarios que supuestamente cambian de bancada política pero siguen siendo los mismos?: travestis». Ibid, columna *El Ofidio*, p. 4. Otra categoría a la que se recurre para explicar la volatilidad parlamentaria es la de *volantuzos*, que describiría a quienes desde una opción básica respaldan en unos casos a la mayoría, y en otros a la oposición.

8 De acuerdo al Obispo de Arequipa, Monseñor Fernando Vargas Ruiz de Somocurcio S.J., el congresista Juan Carlos Mendoza *es muy noble y fue engañado, presionado, asustado y chantajeado por el señor Montesinos, quien lo llamó para decirle que él era bueno con sus amigos, pero que si no obedecía sus órdenes su padre pagaría las consecuencias*. Ver el diario *Liberación*, del 30 de Setiembre del 2000, p. 2

9 En su denuncia el congresista Juan Carlos Mendoza, hijo del ex diputado arequipeño por Acción Popular en el período 1980-1985, Enrique Mendoza Nuñez, afirmó que el viernes 23 de setiembre acudió a su domicilio a las 5 de la mañana una

En otro grupo se ubican tráfugas como el congresista José Luis Elías, quien aún cuando no renunció a Perú 2000 luego de las revelaciones del video presentado por Fernando Olivera, dejó percibir su incomodidad por el hecho de haber cambiado de opción política al inicio del período constitucional cuando pedía en los medios de comunicación que no se confunda a todos los parlamentarios en los mismos supuestos de inmoralidad en que se exhibió al congresista Alberto Kouri Bumachar. De esta manera, pretendía explicar que él no había recibido dinero a cambio de su adhesión a Perú 2000, aunque no llegara a explicar cómo es que actuó en forma desleal frente a la agrupación Avancemos, la lista en la que consiguió ser admitido para postular, y contra la cual realizó maniobras dudosas durante el proceso electoral relacionadas con la manipulación del régimen de personeros para la impugnación de votos, presumiéndose que valiéndose de un número indeterminado de los más de 700 personeros que acreditó Avancemos en el Departamento de Ica así como de los que consiguió acreditar al margen de la representatividad legal de su agrupación. Del congresista José Luis Elías se decía que había llegado a la lista de Avancemos junto con el candidato Ricardo Flores Chipoco, como infiltrados del Servicio de Inteligencia Nacional en las listas de agrupaciones distintas a la alianza Perú 2000¹⁰.

persona (que no identificó al momento de hacer su denuncia), quien le mostró una carta redactada, según él preparada por la Comandancia General del Ejército, que él firmó, en la que renunciaba a *Perú 2000* y se argüía como razones que el presidente Fujimori había faltado a las bases y no había cumplido con renunciar a la presidencia, a la vez que no tenía ya más el liderazgo para gobernar el país. Al momento de concluir el anuncio de su retiro de *Perú 2000*, Mendoza del Solar afirmó que la misma persona le había traído el texto pre-redactado le había indicado que la finalidad era crear las condiciones para el desorden en el Congreso y en la sociedad con la finalidad de desestabilizarla y favorecer la atmósfera de golpe que debiera darse en veinte días, lo cual significaría el retorno de Vladimiro Montesinos al país. En esa misma oportunidad Mendoza del Solar reconoció su error original de haber abandonado *Solidaridad Nacional* y pidió perdón a sus electores por haber burlado su confianza. Se especuló que las firmas de los congresistas de Perú 2000 que antecedieron a la de Mendoza del Solar pudieron ser las de Fernán Altuve-Febres Lores, Moisés Wolfenson Woloch, Jorge Polack Merel, o Luis Ormeño Malone. Todos, sin embargo, negaron tal supuesto.

10 Esta posibilidad no ha sido investigada por ausencia de evidencia que sustente tal afirmación. Sin embargo, se conoce que hubo una denuncia ante la Defensoría del

De acuerdo a las referencias y especulaciones que circulaban en Lima, se decía que otro grupo de tráfugas estaba integrado por los congresistas vinculados a Vladimiro Montesinos, al Servicio de Inteligencia y con algún vínculo con el CAEN, y con los cuales tendría vinculación y estaría comprometido, igualmente, el Oficial Mayor del Congreso, José Francisco Cevasco Piedra. Uno de dichos integrantes era el caso del congresista Altuve Febres, quien se valió del argumento entre ridículo y fantasioso de que se apartaba de Perú 2000 porque estaba en desacuerdo con un proyecto de ley de reforma constitucional presentado por el gobierno en el que se dejaba sin efecto la opción de la segunda reelección inmediata del Presidente de la República, o el de los congresistas Moisés Wolfenson Woloch, y Jorge Pollack Merel¹¹, que igualmente huérfanos de argu-

Pueblo en la que se ponía en conocimiento de dicho organismo las irregularidades encontradas, por lo menos, en el Colegio 6065 de Villa El Salvador, en las que se encontraría implicado incluso el coordinador de la ONPE, un ciudadano de apellido Huamaní, que no solamente facilitó el reconocimiento irregular de personeros de Elías y de Perú 2000, sin autorización de las personerías legales nacionales Auristela Obando ni Ursula Harm Fernández Dávila, sino que él mismo se encargaba de repartir las credenciales. Cuando al momento de denunciar el atropello del funcionario de la ONPE y las irregularidades de Elías Avalos se hizo presente la fiscalía de la nación, se confirmó que la fiscal encargada era la doctora Trabucco, que se había hecho cargo de liberar de responsabilidad a los implicados en el escándalo de las firmas falsificadas. El caso no prosperó.

11 Del congresista Polack afirmó la congresista Miriam Schenone en el programa vespertino 24 Horas del jueves 28 de setiembre, en el Canal 5 de televisión, estar especialmente decepcionada por la deslealtad e insania con la que anunció su apartamiento de *Perú 2000* valiéndose para ello del insulto al Presidente de la República. La apreciación de la congresista Schenone se justificó en el pedido de Polack de que el presidente Fujimori renuncie a la presidencia, aunque sin expresar condena contra Kouri ni contra Montesinos. Dicha reacción fue interpretada como una provocación a una salida militar en apoyo de Montesinos y determinó que *Perú 2000* lo separe de la agrupación. Sin embargo, Polack hizo caso omiso a la sanción y presentó su renuncia. Debe decirse, sin embargo, que la reacción del congresista Polack fue matizada con el argumento de su incomodidad con la digitación de los votos de los congresistas en las sesiones del Pleno. Dijo Polack que se sentía incómodo en *Perú 2000* entre otras cosas por el modo cómo la congresista Luz Salgado pretendía maniobrar el voto de los representantes. Ver, por ejemplo, *La República*, del 27 de setiembre del 2000, p. 8. La posterior denuncia que presenta a los medios de comunicación Polack, cuando por orden directa del presidente de la república se detiene a tres miembros de las fuerzas armadas cercanos a Vladimiro Montesinos, es un elemento adicional que induce

mentos optan por abandonar Perú 2000 luego de la crisis. Se presumía que el apartamento de Altuve, Wolfenson y Polack obedeció a la necesidad de contar con mayor libertad para apoyar la continuidad del gobierno sin la presencia de Fujimori, pero manteniendo la dirección del jefe de espionaje nacional.

Distintos son los casos, por otro lado, de los denominados congresistas retránsfugas como Eduardo Farah Hayn, elegido bajo el número 1 en la lista de Solidaridad Nacional y postulaba como Vicepresidente de la República junto a Castañeda Lossio, quien impulsado por las presiones recibidas luego de pasarse a Perú 2000 decide el 25 de setiembre separarse de esta agrupación. O el del también congresista retránsfuga Gregorio Ticona, elegido por Somos Perú, quien luego de la invitación del Presidente de la República renuncia a dicha agrupación para pasar a Perú 2000 y luego de la crisis del 14 de setiembre renunciar a Perú 2000, dijo él, por indignación con la situación generada, destacando de esta manera lo que parecería ser su limpieza y salud ética respecto al pacto mercenario sujeto a uno o varios pagos a cambio de la defensa de Perú 2000 en el Congreso¹².

Para formarse el criterio sobre los aspectos involucrados en el transfuguismo, revisamos en seguida algunos de los aspectos más saltantes de su estructura desde el punto de vista jurídico.

2.2. Elementos objetivos

Los elementos objetivos del transfuguismo son el abandono del grupo con el que es elegido el representante, y el alineamiento sucesivo con otro grupo. Sin embargo, estos dos actos no tienen porqué ser en sí mismos negativos. Puede ser perfectamente correcto, lícito y hasta

a asumir que él sería efectivamente uno de los congresistas que respaldaba de manera efectiva al ex asesor presidencial desde el congreso.

12 Ticona fue el congresista a quien correspondió reemplazar a Gustavo Mohme Llona a su fallecimiento, luego que se urdiera los cambios en la lista de su grupo parlamentario para evitar la elección de Heriberto Benitez Rivas. Poco antes de la instalación del congreso denunció que recibió presiones para su incorporación a Perú 2000. De él se decía que se le tenía pendiente la iniciación de juicios de malversación, peculado y narcotráfico, elementos que pudieron servir como factores de chantaje para su pase a Perú 2000. Ver al respecto, por ejemplo, las referencias aparecidas en *Liberación*, en su edición del 24 de setiembre, p. 11.

encomiable que, en algunos casos, un representante se desafilie del grupo con el que llega al Congreso y se incorpore a otro.

Uno de los argumentos legales utilizados para fundamentar el cambio de una agrupación a otra es la libertad de asociación que consagra la Constitución en el inciso 13 del artículo 2º¹³. Al amparo de esta norma se consagra el derecho de toda persona a asociarse. La libertad de asociación es, en efecto, un derecho que debe ser respetado plenamente en la esfera privada. A nadie puede obligarse a pertenecer ni adscribirse a una entidad contra su voluntad ni, por lo mismo, a permanecer en la que no desee.

La duda se presenta en términos de si los representantes que postulan con la posición y programa de una agrupación o movimiento político ante la colectividad, en virtud de lo cual resultan favorecidos con la preferencia del electorado, tienen plena libertad de mudar la adscripción política con la cual solicitaron el voto de la ciudadanía. Más aún en casos tan singulares y particulares como el de las elecciones del 9 de abril del 2000, en el que la población tenía la idea y conciencia clara de la polarización franca y extrema entre la mayoría hechiza y los distintos grupos de oposición.

Un aspecto importante en la evaluación del transfuguismo consiste en los distintos momentos y estructura institucional en los que ocurren los cambios de adhesión. Hasta julio del año 2000 los principales y más notables casos de tránsfugas, que ciertamente fueron comparativamente escasos, se llevaban a cabo como resultado del desarrollo de la historia política. Generalmente se debía a discrepancias surgidas como consecuencia de declaraciones o acciones adoptadas por la mayoría o las minorías a las que cada tránsfuga pertenecía. Podría tratarse de la

13 Este fue el argumento que expuso el congresista Eduardo Farah cuando fue entrevistado en la edición especial del programa 24 Horas del día miércoles 27 de setiembre, al ser entrevistado por Eduardo Guzmán. Lo más extraño e incomprensible del congresista Farah consistió en que él postuló por Solidaridad Nacional con el número 1 para el Congreso, y además postuló como candidato a la vicepresidencia de la República. Parece poco serio que un líder de la importancia que tenía Farah en su organización optara por pasar a Perú 2000 sin que mediara ningún suceso excepcional que ameritara su apartamiento de Solidaridad Nacional. Su explicación era que él discrepaba de la posición de quienes creían que el rol del congreso es investigar, porque para él lo que debía hacer era legislar, pero que para legislar necesitaba ser parte de la mayoría.

desavenencia con la dirigencia del propio grupo. Pero igualmente podría tratarse del desarrollo de la simpatía con un grupo distinto, por encontrar mayor afinidad como consecuencia del desarrollo propio de la dinámica política dentro o fuera del parlamento.

Lo singular por antonomasia en el transfuguismo del 2000 es que la gran mayoría cambia de grupo aún antes de haberse instalado el Congreso. Es decir, tiene que tratarse de un acontecimiento surgido entre la fecha de la elección al congreso (9 de abril) y las Juntas Preparatorias. Es decir, o hubo una razón privada en todos los casos, ajena al desarrollo de la actividad política de unos grupos aún no constituidos en el Congreso; o, contrariamente, hubo algún acontecimiento político serio durante la etapa propiamente electoral que aparta a algunos miembros del grupo por desavenencias insalvables.

No resulta normal esperar que alguien cambie de grupo parlamentario antes de entrar en funciones. Parece inexplicable que antes de haber entrado en acción los bloques o fracciones parlamentarios en el Congreso ya se hubieran producido motivos para apartarse del grupo con el que postulan y llegan al Congreso. Un caso posible podría ser el de algún representante en Perú Posible que por discrepancias serias con la dirigencia de Toledo y de Solari optan por segregarse, en razón del desplazamiento que se constata en este grupo con el cambio de timón que significa incorporar a Gustavo Gorriti, Carlos Bruce y Alvaro Vargas Llosa como figuras decisivas en el posicionamiento radical de Perú Posible frente a la segunda vuelta. Pero esta es una situación especial que afecta solamente a quienes tuvieron un cargo directivo en Perú Posible que fueron desplazados con la injerencia y mayor influencia que llegan a tener los llamados «golondrinos». Este supuesto no alcanza a todos los candidatos de Perú Posible que migran a Perú 2000.

Y en cuanto a la estructura institucional, es más fácil concebir los cambios de adhesión cuando las agrupaciones políticas carecen de organización sólida, que cuando éstas tienen un aparato, ideología, líderes, programas y posiciones definidas. Cuando la norma cultural respecto a la identidad de los partidos políticos se desvanece resulta más comprensible que quienes participan en la inquietud política sean más condescendientes con su propia adhesión a la agrupación en la que se afiliaron originalmente. Y por la misma razón es más comprensible que la debilidad de la estructura institucional constituya un incentivo para promover, sugerir o proponer el cambio. A una propuesta no censura-

ble en un contexto de descrédito de los partidos políticos es más fácil que siga una aceptación socialmente menos punible.

Este aspecto está presente en el Perú de fines del siglo XX. Los partidos políticos han sido desacreditados como opción de acción política. Y el descrédito surge tanto por la desvinculación entre las dirigencias y las bases, como por las prácticas clientelísticas que se establece entre bases y dirigencias. Cuando surge la cultura de la retribución por la lealtad al partido, que lleva a entender el acceso al poder y a la estructura y recursos del Estado como una gratificación y fuente de beneficios por la lucha, surge también la corrupción de la actividad política. Una cultura y concepción de tal clase es un marco negativo para la vida política. Facilita e incentiva la participación para tener opciones de empleo, poder, fama o facilidades de viaje.

No es parte de la naturaleza, ni razón de ser de los partidos políticos, que ellos sean concebidos como un aparato ni maquinaria destinada a apropiarse de bienes públicos. Bien entendidos, los partidos políticos deben ser asociaciones para conseguir el bien de la comunidad. En un esquema de partidos competitivos no se entiende que ellos recurran a prácticas inmorales para conseguir el favor del electorado. Su razón de ser no es que el partido gane una elección, sino que prevalezca sobre todo el bien de la comunidad al que cada partido debe aportar. Lo negativo de los partidos políticos es su concepción excluyente, sectaria, que lleva equivocadamente a sus líderes a atomizar la comunidad a partir de la magnificación de una propuesta grupal que tiene carácter privado. El aporte de los partidos es la razón y visión que pueden agregar en la comprensión de problemas comunitarios. No en la demostración ni ostentación de la fuerza de sus propias razones o propuestas, sino el reconocimiento de su condición fragmentaria en el marco de opciones plurales de la sociedad.

La ventaja principal de contar con partidos políticos es la facilidad de difundir la preocupación por la comunidad en la propia comunidad. Esto quiere decir que los partidos políticos deben concebirse como agencias de interés público y comunitario. Tal empresa, si se realiza en términos del interés público que se obtiene a partir de la admisión de la condición fragmentaria y plural de la propia propuesta, es una ventaja pública y comunitaria. No lo será si se retiene el interés apropiatorio y excluyente a partir del cual se quiere hegemonizar de manera totalitaria, absoluta, las posiciones del partido como si contuvieran, sólo ellas, la síntesis de toda la pluralidad comunitaria.

Por ello, en un contexto en el que la ausencia de concepción plural de los partidos ha generado la censura social a las prácticas apropiatorias y clientelísticas de las asociaciones políticas, es fácil entender que el desdibujamiento y volatilidad de las nuevas organizaciones, carentes de ideología y programas rígidos, carentes también de cuadros permanentes, y carentes hasta de líderes que representen algún grado estable de permanencia, congregate a individuos que no reconocerán lealtades rígidas a las agrupaciones a las que pertenecen. Si los partidos de antaño se transforman en los clubes del siglo XVIII y XIX, el sentimiento de pertenencia, de adhesión y de pertenencia se pierde. El tipo de sujeto político que se vincula a una asociación política percibe que su agrupación no es un cuerpo cerrado sino abierto, fragmentario y plural de valores, donde los suyos también exigen un espacio. El individualismo se apodera de un nuevo tipo de concepción del partido, y la ideología prevalente es la del interés personal, y la visión personal de la comunidad y de los bienes públicos.

Un contexto similar es el que puede percibirse en la sociedad política en la que acontece el transfuguismo de mayo a setiembre en el Perú del siglo XXI. La severidad con la que pudo censurarse y hasta castigarse a quienes mudaban de opción política ha sido convertida en una tolerante aunque doliente mirada de lo que ocurre. Tolerante porque es posible comprender que los partidos han sido concebidos como un mal y que es mejor que adopten las estructuras laxas actuales, y por lo tanto que acojan en ellos a individuos que no tienen afiliación a un credo sino a una voluntad más o menos gaseosa e indeterminada de hacer política y de servir. Y doliente porque en el fondo no deja tampoco de reconocerse que la situación de indeterminación de los proyectos partidarios no es tampoco la deseable, porque de este modo se pierde la capacidad cohesionadora de los equipos que tienen a su cargo el ordenamiento de la vida política.

Tolerante, entonces, porque es necesario que prevalezcan los espacios de libertad en los que los individuos pueden optar por puntos de vista que no tienen porqué ser los de la mayoría de su agrupación. Y doliente porque se esperarí que fuera posible que la vida política estuviera menos fragmentada y desordenada. Es la concepción de la vida política como un espacio desintegrado en el que la identidad de lo común escasea. Lo político es vivido como una paradoja irresoluble. Por eso se carece de severidad para sancionar al tráfuga.

El tráfuga, en este marco institucional y conceptual, es él mismo una expresión de la volatilidad y carácter fragmentario y patológico de la experiencia de la esfera pública, a la que se ha trasladado la propia volatilidad y carácter fragmentario y patológico de la experiencia íntima y privada. La cultura e instituciones favorecen el desborde partidario porque la lealtad al partido no es tampoco un bien público. El partido es un espacio de intermediación y no de acoplamiento ni cimentación de la voluntad comunitaria. La voluntad comunitaria no es concebida como ajena a los individuos, a los que asiste todo el derecho y libertad de escoger con quién se asocian.

Un aliciente más, como si lo anterior ya no bastara, es que la propia estructura legal incentiva la mayor dispersión y atomización cuando aplica la fórmula del voto preferencial como medio para paliar la voluntad de las dirigencias de la asociación política. El voto preferencial consagra la individualización de la representación y desautoriza a los partidos. Su sentido y razón de ser surgió de la época en la que se concebía a las dirigencias como un super poder que manipulaba la dirección del partido. El voto preferencial modulaba dicho poder. Servía para enfatizar la capacidad del elector de discriminar entre los candidatos con independencia al criterio de la dirigencia del partido.

Por eso el uso del voto preferencial en una estructura de partidos fuerte tiene una utilidad que se convierte en práctica potencialmente perniciosa si la estructura no es sólida, o más bien inexistente. Su uso tiende a elevar al representante encima del grupo que lo postula a límites fuera de todo control, y favorece un clima de antagonismo o conflicto al interior del grupo, ya sea entre los candidatos y la dirigencia del grupo, o de los candidatos entre sí; y ello además del grado de incertidumbre que siembra en el electorado que, en un esquema de distrito único, no tiene criterios ni elementos de juicio suficientes para escoger al candidato con el que mejor identifique sus opciones.

¿Cómo no exigir en semejante contexto normativo que se reconozca el derecho de cada quien de agruparse y de votar por el representante que le parezca?. Los tráfugas tienen respaldo en la estructura electoral para definir su adhesión con mayor libertad que si llegaran al congreso bajo un esquema en el que el electorado opta exclusivamente por una lista. El voto preferencial consagra la condición de cada repre-

sentante como agente del todo social; de la nación entera. La capacidad de intermediación del partido es debilitada a niveles tales que les deja un manejo nulo de exigencia de responsabilidad o de sanciones por su afiliación. El agente del mandato electoral no es el partido, sino el individuo preferido. La subjetividad del representante, por ello mismo, se sujeta a menores límites y es más ancha su capacidad de consumo del espacio público toda vez que llega a través de una elección altamente personalizada.

Quizá como un elemento adicional pueda contarse las causas derivadas de la dirigencia de la agrupación a la que pertenecen los candidatos o representantes. Cabe referir la experiencia en el movimiento Perú Posible, que entre la primera y la segunda vueltas muestra un vuelco en la tendencia y mensaje hacia la población, conforme lo denunciaron algunos de los fundadores del grupo¹⁴. Si bien Perú Posible, como cualquier otro movimiento, se funda con la expectativa de ganar las elecciones, el grado especial de polarización en el proceso electoral hace que el plan original tome otro rumbo una vez que se define que debe haber una segunda vuelta, y quiénes serán los candidatos que competirán. La circunstancia especial de pasar la primera valla determina a Alejandro Toledo a vincularse y asesorarse por personajes distintos a los que fundan o militan en el grupo, a la vez que a presentar un perfil distinto. La lógica es la siguiente: el país está polarizado y los dos candidatos representan los extremos que concentran las preferencias de la población, por lo tanto, el discurso para presentarse a la segunda vuelta debe reflejar las expectativas de escuchar un mensaje no contemporizador sino radical.

Por lo tanto, Perú Posible se radicaliza y al hacerlo los militantes y adherentes que llegan con un discurso de centro se decepcionan, cuestionan la dirección de la campaña, el mensaje y la aparición de los llamados golondrinos (Gustavo Gorriti, Carlos Bruce y Alvaro Vargas Llosa), asumen una actitud crítica, y progresivamente desaparece la base y motivos que generaron la asociación. La deslealtad o ruptura de confianza no se originó en quienes renuncian (o son expulsados) sino en la percepción de un apartamiento del lineamiento político original.

14 Ver la nota 2 referida a la posición del congresista José Villena Vela, ex Secretario General Nacional Colegiado de *Perú Posible*, César Dulanto Gaviño y Rosa Guzmán Ganoza.

2.3. Elementos subjetivos

¿Es que en vista de la estructura institucional y normativa en que se da la participación de los representantes, así como en el marco histórico y conceptual en el que participan los actores, no tiene relevancia la motivación y finalidad de representantes y actores en estos casos, a los que debe excusarse por la libertad de asociación y adhesión que la Constitución les garantiza? ¿Pueden agruparse todas estas renunciaciones a los grupos parlamentarios con el mismo rasero? ¿Puede justificarse todo absolutamente en nombre de las normas, estructuras, instituciones, historia e ideología? Lo principal es que debe estar claro que es la intención defraudatoria, la burla de la confianza, el oportunismo, o la ventaja, la motivación que se condena en el transfuguismo. El elemento subjetivo principal en este tipo de figura no aprobada en la moral política es el componente que advierte la falta de integridad ética. No es materia solamente de cambiar de grupo.

El transfuguismo tiene una connotación peyorativa, censurable. Y lo repudiable es el descrédito con que afecta la vida política a partir de una visión utilitaria o pragmática que desdeña el paradigma de identidad con el que se postuló. Esto es, el transar respecto a valores políticos, a la fe o credo de un grupo, cuya adhesión se abandona a cambio de un bien privado, como puede ser el dinero, ventajas o beneficios particulares distintos totalmente a aquellos que fija la Constitución en retribución por el servicio representativo que se presta a la comunidad con el mandato y cargo parlamentarios. Se censura, igualmente, la anteposición de una preferencia de carácter privado sobre una oferta y postulación públicas ante la comunidad.

El transfuguismo es concebido pues como un tipo de traición, de deslealtad, de infidelidad. El tránsfuga comete un acto contra la buena fe, contra la confianza. Su acto es uno de engaño, de representación y de simulación de una adherencia impropia. Para expresarlo de manera gráfica, el tránsfuga típico presenta rasgos de conductas psicopáticas. Es un mercenario que aboga por una causa opuesta a aquella con la que se identificó públicamente para llegar al Congreso. Es un francotirador que sirve a quien mayor ventaja le ofrece. El congresista Luis Cáceres Velásquez, por ejemplo, decía que adhirió a Perú 2000 porque con dicho grupo iba a poder tener una labor eficaz «en favor del pueblo», que no habría podido alcanzar como miembro de la oposición¹⁵.

15 Lo cual trae consigo la pregunta sobre la racionalidad a que obedecería optar

Por eso es que no todos los casos de cambio de grupo parlamentario son asimilables al mismo tipo de transfuguismo. Casos, por ejemplo, como el del congresista Carlos Chipoco que a fines del período 1995-2000 abandonó Somos Perú para adherirse al Partido Popular Cristiano¹⁶, que conformaba junto con Renovación un grupo parlamentario; o el de los congresistas Alfonso Baella Tuesta y Francisco Cardoso que abandonaron la Alianza Nueva Mayoría-Cambio 90, en el mismo período, para mantenerse como independiente el primero, y afiliarse a Unión por el Perú el segundo.

Uno y otro abandonaron los grupos con los que llegaron al Congreso, son casos próximos históricamente, pero en ellos no se advirtió el

por presentarse como candidato por un grupo que, no siendo mayoritario, no podría cumplir con dicha finalidad. Naturalmente que quien quiera que postula al congreso no puede predecir si su grupo será finalmente el grupo mayoritario, si compondrá una de las minorías, o si, sencillamente, no llegará a tener representación en el congreso. No obstante, no es menos cierto que quien postula también prevé, primero, que cabe que sólo llegue a ser un grupo minoritario desde el cual su papel no será lo eficaz que podría ser el grupo mayoritario; y segundo, que cabe que desde la minoría puede igualmente servirse al pueblo mediante la propuesta de obras como mediante el control del ejercicio del poder por el gobierno y la mayoría. La gestión de la minoría no es solamente la de controlar en nombre de la sociedad a la que representa, sino que tiene igualmente capacidad de propuesta. En cualquiera de los dos casos, sin embargo, lo central es que los congresistas de la minoría son elegidos para representar a quienes creyeron en sus propuestas y en sus personas

16 Lo elocuente del congresista Chipoco es la trayectoria de sus posiciones políticas. Fogoso militante de la izquierda radical universitaria en la década de 1970 durante su etapa estudiantil, especialista en derechos humanos por el Instituto de Defensa Legal en la década de 1980 y en la primera mitad de la década de 1990, postula por Unión por el Perú en 1995, para anclar en un movimiento comparativamente conservador de centro como es el Partido Popular Cristiano. Vista su situación en perspectiva, la pregunta es cuánto de su desarrollo político ha sido resultado del pragmatismo, cuánto ha sido su necesidad de ubicarse oportunamente en los distintos momentos y escenarios que vive el país, y cuánto es consecuencia de una búsqueda honesta de una filiación política que coincida con sus ideales, visión cívica y convicciones sobre el bien político. Durante el período 1995-2000 Chipoco tuvo discrepancias con miembros y líderes de su agrupación parlamentaria por haber asumido posiciones inconsultas no aprobadas por el grupo y, en algún caso incluso asumiendo una representatividad que no le correspondía. Su personalismo y el afán protagonístico en su perfil lo enemistaron con los miembros de su bancada; ello lo llevó al aislamiento y sucesivamente a su renuncia y filiación al PPC.

contorno ni relevancia que se dieron en la experiencia de los sucesos de mayo a setiembre del 2000. Uno y otro caso, además, son distintos. Chipoco, Baella y Cardoso no tuvieron el mismo tipo de razones para desafiliarse de sus grupos. Y los resultados, igualmente, fueron distintos: uno pasa a otro grupo minoritario con menor perfil de oposición, y el otro opta por mantener su independencia sin afiliarse a otro grupo con el argumento de su discrepancia con métodos de toma de decisiones en la alianza Nueva Mayoría-Cambio 90, en una línea argumentativa similar a la que desarrolló la congresista Cecilia Martínez del Solar viuda de Franco en setiembre del 2000.

En el propio período 1995-2000 uno de los casos más notables en los que un representante cesa la afiliación al grupo con el que llega al congreso es el del congresista Carlos Ferrero Costa. Posiblemente un caso como éste es uno en los que menos duda se tendría de que el tráfuga no es siempre un personaje reprobable en la política. Todo lo contrario. Carlos Ferrero fue permanentemente considerado un paradigma de corrección política. Nadie pudo cuestionar su lealtad a su agrupación. Lo subjetivo, en este caso, no va de la mano con la definición objetiva. Lo reprobable es un elemento inexistente en el hecho objetivo de su renuncia a su agrupación para recuperar su independencia.

Carlos Ferrero mantuvo el equilibrio entre su autonomía y la lealtad a la agrupación hasta que el grupo optó por una posición contraria a aquella que él había anunciado como determinante de una conducta políticamente correcta. Ferrero fue claro en la necesidad de que el proyecto de la alianza Nueva Mayoría-Cambio 90 respetara el núcleo constitucional y que el presidente Fujimori no postule a una segunda reelección. Su buena fe, su fidelidad y su confiabilidad como representante y vocero de la alianza a la que pertenecía eran incuestionables. Cesar su afiliación, tomar distancia frente a ella y renunciar a su grupo parlamentario no dio lugar a crítica, sino por el contrario a congratulación y opiniones laudatorias. Es más. Luego de asumir su independencia no realizó críticas a su ex grupo, sino que prefirió que el hecho pase con la máxima discreción posible. Tomó su independización de la alianza con circunspección y rehuyó de cualquier posibilidad de escándalo que pudiera maximizar el distanciamiento, granjearle alguna suerte de ventaja ante la opinión pública y, por lo tanto, crear el escándalo. Tan positivamente llegó a tomarse su caso que la honradez con la que vio su misión política le valió que Perú Posible lo invitara para que postule

como candidato a la primera Vicepresidencia de la República en las elecciones del 9 de abril del 2000.

Por eso, el caso de los tránsfugas del año 2000 fue distinto¹⁷. En muchos de ellos cabe advertir alguna conducta reprochable. Un aspecto común a todos ellos¹⁸ fue que adhirieron a Perú 2000 antes de iniciarse aún el período constitucional y cuando todavía no se habían incorporado al Congreso ni habían juramentado la Constitución. Las desavenencias internas no tenían cómo haberse producido y, por el contrario, todo parecía indicar que no había motivo razonable para cambiar de grupo. La sospecha crece cuando se recuerda precisamente la urgencia que tenía Perú 2000 de alcanzar mayoría parlamentaria para apoyar las políticas del gobierno del período 2000-2005.

No parece tratarse de una coincidencia que haya habido tantos congresistas electos que hayan accedido a aceptar la «invitación» del presidente Fujimori para incorporarse a Perú 2000. En favor de la suspicacia queda el testimonio pétreo e incontestable de la grabación de la firma del acuerdo y el pago de quince mil dólares por el servicio, a la vez que la recurrencia a la extorsión que se dijo fue otro mecanismo utilizado en casos como el de la congresista Rudy Rodríguez Aguilar¹⁹, o el del congresista Juan Mendoza del Solar.

Por la evidencia antes referida es importante no caer con facilidad en la generalización de todos los casos en los que se constata una con-

17 Los tránsfugas del período 1995-2000 que pasaron a la alianza Cambio 90-Nueva Mayoría, como Javier Noriega, Francisco Pardo Mesones, o Luis Chu Rubio, no fueron denostados por la opinión pública en los niveles de oprobio que les tocó a los congresistas de mayo a setiembre del 2000.

18 Excepciones a tener en consideración son, como ya se ha adelantado, casos como el de José Elías, que dejó *Avancemos* por discrepancias advertidas durante el proceso electoral, en el que surgieron reproches por su presunta falta de lealtad al grupo, y por anteponer su personalismo sobre la organización, al punto tal que habría aparentemente llegado a entendimiento con la organización de Perú 2000 para contar con personeros que apoyen los sufragios a favor de Fujimori para la presidencia de la república, y de Elías, y María Jesús Espinoza para el congreso.

19 Se afirmó que Rudy Rodríguez Aguilar fue chantajeada para incorporarse a Perú 2000 en razón de que su esposo, el ex diputado aprista en el período 1990-1992, y ex alcalde de la provincia de Piura, José Santistevan Aguilar, tenía algún proceso pendiente ante el Poder Judicial. Un caso parecido al del chantaje contra Juan Mendoza del Solar y su padre, el ex diputado acciopopulista Enrique Mendoza Núñez.

ducta objetivamente tráfuga, aunque subjetivamente encomiable y, por lo tanto, no negativa. La realidad es más compleja que los arquetipos que tienden a gobernar las mentes de las personas. No de todos los tráfugas puede decirse, y a la vez honrar a la verdad al decirlo, que los políticos tienen un super yo acomodaticio, una personalidad camaleónica que se da a falta de una tradición democrática firme, en donde uno no ve que las instituciones trascienden a las personas²⁰. Los casos más claros en los que se demuestra todo lo contrario son los de Carlos Ferrero y Cecilia Martínez del Solar. Y ello no solamente porque estamos en una época en la que los individuos no adquieren ni se adscriben a posiciones fijas en la experiencia política, sino porque las razones y motivos de cada persona pueden tener diversas dimensiones.

2.4. El sujeto pasivo de la defraudación

¿Y quién es el sujeto pasivo de la defraudación en los casos de transfuguismo? ¿Es el grupo político que lo propuso en su lista de candidatos? ¿Es el electorado que le dio su voto preferencial? En primer lugar, debe quedar claro que las agrupaciones y los partidos son organizaciones que intermedian y viabilizan la expresión de las preferencias y voluntad de los ciudadanos, seleccionando a sus postulantes. El papel organizativo de las agrupaciones y partidos les garantiza un rol trascendental en la configuración de la voluntad política, porque son unas y otros el medio legal reconocido para la postulación. La postulación individual no es factible legalmente. Por esta razón son titulares de un derecho electoral. Agrupaciones y partidos son el único medio que facilita la atribución de la voluntad ciudadana. De ahí que no pueda desconocerse que en algún grado el acto de cambiar de agrupación una vez elegido es un acto que, cuando menos, afecta a las agrupaciones y partidos que postulan a los candidatos.

Pero no obstante la intermediación de los partidos y agrupaciones, el texto constitucional genera un *status* especial para los representantes, a quienes libera de vínculo con el electorado al establecer que no existe el mandato imperativo. Esto quiere decir que los representantes no están vinculados legalmente con el electorado y que no tienen ninguna

20 La cita corresponde a la afirmación del psicólogo Jorge Bruce, según aparece en la edición del 24 de setiembre del diario *Libemción*, p. 10.

obligación frente a ellos. Los representantes no son mandatarios del pueblo, según esta doctrina, sino que responden exclusivamente ante sus propias conciencias. Una doctrina de esta naturaleza no solamente independiza a los representantes frente al electorado y a las promesas o expectativas que declaró ofrecerles, sino que también desnaturaliza y debilita el carácter del vínculo de intermediación que tienen los partidos como agentes de atribución de la voluntad popular.

Por eso, si bien los electores votan por listas y, en algunos casos, por dos candidatos de su preferencia, la técnica electoral debe servir exclusivamente como medio de expresión de la voluntad. La Constitución excluye de manera expresa la naturaleza vinculante de la postulación por una agrupación o partido. En este contexto, ¿cabe imputar defraudación contra el partido o grupo que propone al candidato en una lista, cuando la fórmula contempla la discriminación personalizada del voto a través del voto preferencial? ¿Es constitutiva o declarativa la filiación del candidato a un grupo o partido? ¿No cabría entender que el carácter constitutivo representaría una suerte de mandato imperativo, que condiciona la acción y posición futura de los representantes en los parámetros de la colectividad?

El hecho determinante es el tipo de vínculo que se establece entre el candidato y la agrupación que lo postula. No hay dos casos iguales. En algunas instancias se tratará seguramente de casos de altruismo incuestionable. Pero habrá otros en los que la relación es innegablemente pragmática. No hay manera de predeterminar la intencionalidad *a priori*. Debe conocerse la relación o las condiciones en las que se produce la afiliación y el reclutamiento. De ahí que mucho de la falta dependa del trato y arreglos al interior de cada asociación política. Cabe que en algunos casos las condiciones hayan sido objeto de un acuerdo de lealtad entre el postulante y la agrupación, pero no hay nada que impida que como consecuencia de una invitación a postular por una lista quede establecido que tal invitación es estrictamente a título personal, sin la expectativa de contar con votos en bloque durante el período parlamentario.

El FIM, por ejemplo, señalaba que había optado por la preparación de acuerdos escritos con sus integrantes sobre este particular. En el extremo opuesto Avancemos ha sido constante al afirmar que el voto de sus integrantes en el Congreso es en todos los casos un voto de conciencia, y que no se recurre al voto por consigna. Dos aproximaciones al mismo problema. En una se espera la vinculación y adhesión

preestablecida a la organización partidaria. En la otra por el contrario prima la laxitud organizacional, pero se resalta sobremano el papel de la conciencia individual en la toma de decisiones parlamentarias.

En este contexto, en el caso de Kouri no hubo pacto ni acuerdo previos con Perú Posible en materia de lealtad o vinculación ulterior. Al parecer se trataba de sobreentendidos. La condición de congresista se rige, además, de acuerdo al estatuto que definen la Constitución y el reglamento del Congreso. Las obligaciones del congresista son las obligaciones que le reconocen estos cuerpos. No lo son las promesas que se hizo ante el electorado, ni las suscritas con las organizaciones por las que llegan a postular o por las que son elegidos. Las obligaciones que resultan de acuerdos con los movimientos, grupos o partidos, en consecuencia, deben entenderse como obligaciones exigibles en el plano de los compromisos privados. No lo son en el plano del derecho parlamentario ni constitucional positivo.

De ahí pues que el supuesto es que la conciencia de cada quien le dicta cómo proceder. Lo que parece resentir la conciencia es el carácter mercantil de la relación adoptada con Perú 2000 para votar con este grupo. Vladimiro Montesinos le realiza un pago para que se verifique una conducta futura y además se realizan tratativas respecto de una subvención futura para compensar gastos electorales (alrededor de sesenta mil dólares). Es un pago adelantado y una negociación sobre hechos y conductas futuras que se pretende que realice y que Alberto Kouri se compromete a realizar. Las condiciones están dadas para que lo haga: una vez electo el cargo de congresista es irrenunciable.

2.5. Disciplina parlamentaria

En vista de los casos de desafiliación producidos, ¿existen mecanismos o procedimientos, dentro del derecho parlamentario, para hacerse cargo de esta situación?

Es necesario distinguir dos tipos de situaciones. El transfuguismo de conveniencia y el delictivo. No obstante que a los dirigentes de los grupos los indigne y moleste que sus miembros dejen la agrupación, en el caso de quienes no cometen un ilícito al pasar a otro grupo no hay modo de exigir ningún tipo de disciplina parlamentaria. Lo cual, naturalmente, no excluye las medidas de carácter privado que pudieran preverse dentro del estatuto o reglamento de la asociación que consti-

tuyen legalmente. Por lo tanto, no es exigible sanción alguna, suspensión, ni remoción del mandato. Es más. Insinuar que pudiera pedirse la revocatoria del mandato supondría una pretensión inconstitucional, en consideración a la disposición del Artículo 134° de la Constitución, que prevé la disolución como única causal de pérdida del mandato, así como a la disposición relativa a la no imperatividad del mandato que consagra el Artículo 93°.

El segundo tipo, que es en el que se sitúa la hipótesis de Alberto Kouri, comprende los casos de los congresistas que cambian de opción política como consecuencia del cohecho propio o impropio (artículos 393° y 394° del Código Penal), y comprenden los casos de chantaje (artículo 201° del Código Penal) que es el que aparentemente tenía que ver con el caso de los congresistas Rudy Rodríguez y Juan Mendoza del Solar. En el primer supuesto el congresista es sujeto activo del delito; en el segundo es sujeto pasivo. Los casos de transfuguismo por conveniencia no son sancionables penalmente.

En el supuesto de delitos cometidos por un congresista las opciones son dos: o se inicia un procedimiento en la vía ordinaria por delitos comunes, o se inicia una acusación constitucional por delitos de función. El criterio central es la relación entre el delito y la función. Si no tiene relación con el desempeño del congresista ni afecta su actuación la vía a seguir es la ordinaria. Y si es cometido como consecuencia de su *status* o mandato de congresista, la vía es la de la acusación constitucional.

Lo crucial será la evaluación del cumplimiento del tipo penal así como de las pruebas de su comisión. Si el tipo no se cumple no hay delito y no hay pena. Si se cumple debe haber suspensión o levantamiento del fuero, según que se trate de un caso de inmunidad de proceso (delito común), o de acusación constitucional (delito de función). El procedimiento ordinario deberá tramitarse a instancia de la Corte Suprema, que debe elevar al presidente del congreso el expediente para la evaluación del levantamiento de inmunidad. El procedimiento de acusación constitucional puede iniciarse directamente en el congreso por un representante o por un particular agraviado.

El supuesto de chantaje no es un caso de sanción al congresista, sino a quien lo extorsionó. El congresista sufre y permite el chantaje, pero no es el responsable de su comisión, sino que lo sufre. Es su libertad la que queda menoscabada y disminuida. Ello importa la nulidad de los

actos que realiza bajo la denominada *vis compulsiva*, a menos que no denuncie el delito y pudiendo expresar la libre expresión de su voluntad calla el delito.

El derecho parlamentario peruano reconoce en el reglamento del congreso del poder disciplinario del parlamento, adicionalmente, respecto de conductas impropias en relación con el desarrollo de las sesiones, conforme puede verificarse en el Artículo 61° del Reglamento del Congreso. Sin embargo, es característica de este tipo de ordenamientos la discrecionalidad y flexibilidad de sus fuentes y normas, y por esta razón cabe que el congreso adopte el temperamento de sancionar a uno de sus miembros por actos reñidos con la ética parlamentaria. Esta fue la manera de sentir el caso Kouri cuando en la sesión del 28 de setiembre del 2000 el Pleno acuerda la suspensión de dicho representante por el término de ciento veinte días, que es el máximo que la Constitución permite, sin derecho a haberes.

La sanción se llevó adelante de modo fulminante, sin sustentación ni debate, como una suerte de ratificación del sentimiento de reprobación que su conducta causó. La Moción de Orden del Día fue presentada por Perú 2000 y si bien no hubo unanimidad, el número de votos a favor sí fue significativamente numeroso. Votaron a favor 95 congresistas, se abstuvieron Luis Cáceres Velásquez, Roger Cáceres Pérez, y Anselmo Revilla Jurado. Y no respondieron al llamado de votación cuatro representantes: los congresistas Pedro Vílchez, Absalón Vásquez, Rolando Reátegui y Antero Flores Araoz²¹.

21 En entrevista telefónica que el autor hizo al congresista Flores Araoz el 3 de octubre del 2000, informó que él no votó porque discrepaba del procedimiento utilizado, al haberse aprobado la sanción antes de haberlo escuchado, y que eso contradecía las elementales normas de derechos humanos. Señaló igualmente que no es que no votara porque tuviera alguna razón de índole personal para no perjudicar al congresista Kouri o a su familia, habida cuenta de su proximidad al PPC, porque precisamente las relaciones personales entre ellos no eran las mejores en vista particularmente del tipo de críticas que Alex Kouri realizó contra la dirigencia del PPC, así como por su idea de que partidos políticos como el PPC ya habían dejado de tener vigencia política. Prefirió no votar, a pesar de estar presente porque creyó que de esta manera el suyo era un gesto de protesta, y que no le parecía justificado dejar constancia oficial ni registro de su posición.

2.6. El procedimiento de sanción empleado

La disciplina parlamentaria se entiende referida fundamentalmente a acciones desarrolladas por los congresistas durante el desarrollo de las actividades parlamentarias en las sesiones del Congreso. Esto significa que las sanciones que se aprueban contra los miembros de la institución se refieren a actos ejecutados durante una sesión. La disciplina parlamentaria no es usualmente referida a actos llevados a cabo fuera de la sesión. Conforme a la norma general señalada, es posible advertir que los actos realizados fuera de sede deliberativa no son sancionables mediante el proceso de disciplina parlamentaria.

Sin embargo, como ha sido público y notorio, el congreso optó por aplicarle el máximo de la sanción permitida por la Constitución, aun cuando el hecho no solamente no fue realizado en una sesión de congreso o de comisiones, sino que él mismo todavía no había jurado el cargo, no había sido incorporado, ni el congreso había sido instalado ni iniciado sus funciones. Esto es, el congreso aplicó la tesis de que la disciplina y las sanciones parlamentarias alcanzan a los congresistas más allá de las deliberaciones que se realizan en el pleno o en las comisiones, en primer lugar, y de que los congresistas son pasibles de sanción incluso por hechos o faltas cometidas en su vida privada anterior al inicio de su mandato.

La tesis integrista con la que procedió el Congreso genera varios precedentes. Uno primero es el precedente que se configura con el supuesto de que son actos conocibles y sancionables por el congreso aquellos que ejecutan los parlamentarios antes del inicio en el ejercicio pleno de sus funciones, aún cuando éstos no tengan carácter calificado como judicialmente punible por una corte de derecho. Y un segundo precedente es el que configura el supuesto de que la capacidad sancionadora del congreso puede ser aplicada respecto de hechos no llevados a efecto en una sesión de congreso o de comisiones.

Al parecer, el hecho sancionado es el comportamiento bochornoso, indeseable o falto de escrúpulo con que la conducta de una persona elegida para representar a la colectividad empaña a la institución parlamentaria. La sanción fue impuesta por actos previos al inicio de la función. Pero se entendió, al parecer con claridad meridiana, que no es posible aislar el pago de dinero, del compromiso de pasar a las filas de Perú 2000. El congreso estimó que hay, en consecuencia, una unidad

indisoluble y que el pago de dinero sin el comportamiento ulterior de actuar como tráfuga carecería de toda explicación. Montesinos no le obsequió el dinero a Kouri, sino que lo entrega a cambio de su *performance* como congresista. Hay dos contraprestaciones. Una se ejecuta, por lo menos parcialmente, de inmediato; la otra es una obligación cuya ejecución sólo puede producirse sujeta al cumplimiento de una condición ulterior en la que se consolida el trato: la asunción del cargo y la instalación sucesiva del congreso.

Más allá de los precedentes establecidos, existen algunos aspectos que resultan igualmente importantes en la evaluación del tratamiento que el parlamento le da al caso. Se trata de las garantías que deben presidir los procedimientos parlamentarios. La primera es el derecho de la persona a la que se reprocha su conducta para ser escuchada; la segunda, la condición de que los asuntos sobre los que se decide sean previamente debatidos por el parlamento.

Al examinar estos aspectos no puede dejarse de indicar que la sanción aplicada fue consecuencia de una iniciativa surgida y acordada en la Mesa de Diálogo. Las diversas fracciones políticas estuvieron de acuerdo en sancionar al congresista Kouri en el seno de este espacio paralelo constituido para diseñar la ruta a la normalización política. Consecuencia de ese propósito resultó ser la determinación de sancionar a uno de los principales emblemas de la corrupción y de la ilegitimización del régimen político. Tal decisión fue adoptada sobre la presunción de que lo advertido en la pantalla relevaba de toda otra investigación o evaluación posterior, y de que la constatación visual y auditiva era evidencia suficiente de responsabilidad y culpa moral, por la cual el congreso tenía que adoptar una determinación drástica.

El acuerdo de la Mesa de Diálogo fue en consecuencia la fuente directa del acuerdo de sanción del congreso. Bastó el acuerdo de la Mesa de Diálogo para que se redactara la Moción. Bastó el mismo acuerdo para que se presentara en sesión del pleno dicha Moción. Y bastó dicho acuerdo para que tal Moción sea sometida a votación sin debate alguno, sin escuchar al imputado y sin deliberación especial de los miembros de las diversas fracciones políticas con representación parlamentaria.

El Congreso actuó como notario de acuerdos ajenos sobre los cuales tenía originalmente competencia plena. Menoscabado y emasculado en su función esencial, su desempeño fue el del eunuco, incapaz de

procreación política. Sin embargo, la castración parlamentaria no es atribuible a la Mesa de Diálogo. Es consecuencia de la condición política que lo trae a la existencia: la ilegitimidad de base lo lisa, y en esta condición la Mesa de Diálogo actúa como la prótesis que compensa la invalidez y parálisis.

Lo anterior no significa que haya razón para condonar el *modus procedendi*. Simplemente es una ocurrencia traumática que habita en el interior mismo de la institución parlamentaria, y lo más saludable resulta remediar las fisuras de manera que la muerte definitiva del parlamento lisiado se produzca en el marco de una agonía lo menos indigna posible. Parte de esa agonía supuso extraer la excrecencia tumefacta. Es cierto que el cirujano no siguió el procedimiento establecido. Hacerlo habría agravado aún más la condición del organismo y acelerado su perecimiento. Esta especie perversa de transfuguismo, identificable a partir del solo sentido común, demandó la reacción pronta para que la descomposición no infecte al tejido sano.

2.7. Tipo penal

Pero, ¿debe enmarcarse el caso de Kouri Bumachar como simplemente un caso indeseable y agravado de transfuguismo? ¿O cabrá imputar voluntad delictiva, y ya no sólo inmoral, al ofrecer su participación en las deliberaciones y votos por una causa justamente opuesta a aquella por la que postulara al Congreso?. Son dos los temas por aclarar y revisar. El primero es el tipo penal y el segundo si el video es una prueba válida.

En cuanto al tipo penal una primera aproximación ubicaría los hechos y a los protagonistas dentro del conjunto de tipos clasificados como delitos de corrupción de funcionario. En el caso preciso del congresista Kouri su participación en el acuerdo con Montesinos parece adecuarse al tipo de cohecho impropio. Hay aceptación de donativo y ventajas. Y la finalidad es cumplir actos propios de su cargo. Pero, ¿no modifica el caso que Kouri no fuera un congresista aún?

Es pues un elemento del tipo delictivo la condición efectiva de funcionario. Al momento en que Kouri recibe el pago, no desempeñaba el cargo de congresista, dicho pago se realiza con la finalidad supuesta de que el inicio de su desempeño se realice en un grupo político distinto. Esta era la condición para que Perú 2000 pudiera contar con la mayo-

ría requerida para la elección de la Mesa Directiva. Esto es, el pago es un adelanto con el que se prepara el desempeño ulterior. En otras palabras, se trata o de la preparación de la consumación del delito, o del inicio de un delito preparado cuyo perfeccionamiento y sutura final se prevé precisamente para el momento en el cual se consolide la condición de funcionario público. Son actos previos que concluyen y perfeccionan el delito en un momento posterior.

El pago inicial (así como las tratativas de pagos posteriores sucesivos) se otorga en intercambio y en contraprestación por una situación constante y continua, por un estado permanente posterior cuyo comienzo se proyecta aproximadamente dos meses y medio antes. El pago es para que el inicio del desempeño de las funciones públicas empiece con una calidad específica: la lealtad a un grupo, a una mayoría. Para desempeñar el cargo de congresista a favor de los intereses de Perú 2000. El pago y las ofertas de pago ulterior sirven para que Kouri Bumachar se desempeñe al servicio de las propuestas de la mayoría que él se cumpliría con su adhesión en constituir.

La proclamación de los resultados de las elecciones define su *status* como congresista y le asegura la permanencia en el congreso en su calidad de representante. La juramentación y la sucesiva instalación y desempeño efectivo de las funciones son una formalidad posterior que consolida la proclamación. Es cierto que el *status* de congresista exige la formalidad de la incorporación del congresista y de la instalación del congreso, pero la condición material de representante es anterior a la verificación de tal formalidad. El congresista tiene una investidura material antes de su juramento e incorporación²².

22 La materialidad de la investidura parlamentaria es reconocida de modo expreso en la Constitución y en el reglamento del congreso, en relación a la inmunidad de arresto y proceso. Esto quiere decir, que el sistema legal tiene claro y acoge el supuesto de que la incorporación es efectivamente una formalidad indispensable como principio, pero que la irrevocabilidad e irrenunciabilidad del mandato entran en vigor a partir del momento en que queda firme y consentida la proclamación que anuncia la autoridad electoral. El *status* parlamentario es válido y existe desde la proclamación. No se hace efectivo sino a partir de la incorporación del parlamentario y la posterior instalación del congreso, ciertamente, pero quien quiera que es proclamado y cuya condición no fuera materia de articulación impugnatoria puede considerarse un congresista electo para efectos legales. El desempeño efectivo de la función se inicia con el nuevo congreso, pero el desempeño material del *status* empieza antes. Por eso es

Es irrelevante, por eso, a este efecto, si la oportunidad del trato y acuerdo inicial se dio el 5 de mayo, o si se dio el 25 de julio. En cualquier caso, su materialización es con el fin de asegurar la elección de la mesa directiva del Congreso. Kouri y Montesinos conocían plenamente que Kouri ya había quedado electo. La autoridad electoral ya lo había anunciado. El pago se pacta, produce y surte efectos porque Kouri actuaría como congresista de Perú 2000. No habría pago y, por lo tanto, delito, de no ser porque la *performance* ulterior es verosímil, factible y ejecutable. La *performance* era el referente del pago. Se paga para que se desempeñe la labor pública de una manera precisa, y a favor de una opción política específica.

Se paga, pues, para asegurar un sentido en la diversidad de actos parlamentarios individuales y corporativos propios de la función parlamentaria. Para integrar y constituir una mayoría parlamentaria; para sustentar las deliberaciones que colectivamente fije este grupo; y para respaldar con el voto las acciones políticas que compete definir al oficialismo en el congreso. Es, castizamente hablando, una compra de posiciones y de votos. Es también la hipoteca de la conciencia y del pensamiento en nombre y cabeza ajena. El dinero es recibido para cumplir un mandato. El acordado y pactado con el agente de la mayoría que paga por el servicio. El congresista Kouri se comprometía, a cambio de una suma de dinero, a favorecer y a apoyar los intereses y causas del gobierno y de la propia mayoría que él debía conformar e integrar.

Si bien es claro que hay pago a cambio de la incorporación en un grupo colectivo opuesto a aquél con cuyo proyecto político se postuló, y la consiguiente adopción de una actitud continua de respaldo a dicho grupo durante el período constitucional, resulta menos claro conocer cuáles son los términos de intercambio en el caso del pago futuro. Esto es, ¿son las tratativas respecto de la expectativa de pagos futuros para abonar deudas por concepto de campaña parte de la figura delictiva? Al parecer dichas tratativas no se hicieron efectivas, aunque quedaron mencionadas dentro de la invitación de Kouri para que Montesinos se pronuncie. A la invitación queda más o menos fijado el trato futuro, aunque no hay certeza del intercambio.

que a partir de la confirmación de su condición de electos reciben la protección del fuero parlamentario: no pueden ser procesados ni arrestados sin que así lo autorice el congreso o la comisión permanente.

Como ya se ha anunciado, las fiscalías provincial y superior coincidieron en afirmar que Kouri no desempeñaba de modo efectivo funciones como congresista, y en tal virtud se exculpó prematuramente a Montesinos. No obstante el criterio penal de los fiscales, el Congreso tuvo una concepción diferente, pues se valió de su criterio discrecional para aplicar el poder disciplinario que le confiere el Artículo 95° de la Constitución, y para suspender a Kouri Bumachar por el máximo permisible que equivale a ciento veinte días de legislatura sin goce de haber, en la sesión del 28 de setiembre. Ese fue el resultado de uno de los acuerdos a que se llegó en la Mesa de Diálogo presidida por el Embajador dominicano Eduardo Latorre, respecto del cual mayoría y oposición estuvieron de acuerdo en materializar.

Esa determinación judicial, sin embargo, no agota la tarea fiscalizadora del Congreso, ni precluye la acción jurisdiccional posterior que se derivara de una eventual resolución parlamentaria, a partir de la cual se decida que hay lugar a la formación de causa, a la denuncia penal respectiva, y a la apertura de instrucción subsiguiente. Por lo tanto, el procedimiento de acusación constitucional es la vía parlamentaria adecuada y necesaria para el apropiado examen de la conducta presuntamente delictiva de Kouri Bumachar, como consecuencia del acto de transfuguismo que protagonizó.

2. 8. La Prueba

Sobre la condición de la prueba, una opción es afirmar que se trata de la comisión de un acto ilícito a partir del cual un funcionario adscrito al Servicio de Inteligencia viola reglas de reserva y secreto profesional, para hacer público un hecho y práctica carente de limpieza ética que dicha institución realiza, supuestamente, en beneficio del Estado. Otra opción es argumentar que la Constitución no ampara el uso del poder en perjuicio del bien común. El bien común, en este caso, es la voluntad electoral. Al apropiarse del video el funcionario del Servicio de Inteligencia permite que se aclare un delito, mediante la difusión de una práctica ilícita y además inmoral destinada a obtener ventajas políticas por medios indirectos y contrarios a los resultados conseguidos mediante el sufragio popular²³.

23 De acuerdo a las referencias obtenidas por informantes vinculados a las fuerzas armadas, pude informarme que el oficial que obtuvo el video sería el capitán de

¿Es pues el video una prueba de la falta? La Constitución señala que no son admisibles como pruebas aquellas obtenidas de modo ilícito. ¿Cómo obtuvo el video el congresista Olivera? Una garantía de la ley penal es la seguridad que ofrece a toda la comunidad de que los procedimientos y normas que ella consagra la protegerán en casos de duda o de incertidumbre. Un principio penal es el de la presunción de inocencia. Por ello, quien alegara la comisión de un delito es a quien corresponde probar que éste se produjo. Y para probarlo la propia ley penal establece igualmente cómo puede probarse un delito. Una de esas maneras es que la evidencia haya sido obtenida de manera regular y no de modo ilícito. La evidencia penal no puede obtenerse violando otras garantías que aseguran la integridad y libertad de la persona.

Para argumentar la precariedad de la evidencia contra el congresista Kouri, en la sesión del Pleno del Congreso celebrada el jueves 21 de setiembre, el congresista Luis Delgado Aparicio fundamentó la improcedencia de la evidencia obtenida ilegalmente. La suya se perfilaba como una defensa legal de la legitimidad perdida. Se trataba de cuestionar la calidad de prueba del video presentado por el FIM, a partir del principio de que la evidencia obtenida por medios ilícitos no tiene tal condición. Por ello debe precisarse que son dos las estrategias en la mayoría: la estrategia por la legitimidad, que en realidad es una batalla perdida, y la batalla por la legalidad. La argumentación de Delgado Aparicio es una de carácter legal. Y por ello no tiene utilidad política en una coyuntura en la que la crisis revela la ilegitimidad de un modo inconfundible.

Si debe atenderse al razonamiento legal y a las garantías que éste establece para la persona, bien cabe intentar todos los recursos que el derecho puede proporcionar. De ahí la legítima intención del congresista Delgado Aparicio. Lo que no está en cuestión, de otra parte, es la manera cómo ha quedado reconocido en la convicción general de la población que la falta existió. Tan existió que determinó al Presidente de la República a declinar de su proyecto de continuar en el gobierno. El quid no es la demostración de la ilegitimidad y condición espuria de la mayoría, sino la validez técnica del video como demostración y prueba. La sanción política y social es clara, pero debe determinarse la procedencia de la sanción judicial.

navío Jorge Castañeda, quien se desempeñara como Subsecretario del Comandante General de la Marina algún tiempo antes de laborar en el SIN.

Más allá de la responsabilidad administrativa o militar que pudiera corresponderle al oficial que violó la confidencialidad del Servicio de Inteligencia al disponer del archivo de videos, la garantía constitucional y penal relativa al carácter reservado e indisponibilidad por terceros de documentos y bienes privados está pensada en términos de la protección del ámbito personal que no es materia de conocimiento público.

La apropiación del video consiste, cierta e incuestionablemente, en un acto de vulneración de la seguridad por la que es responsable el Servicio de Inteligencia, sin embargo, el sistema de seguridad no está libre de responsabilidad. El Servicio de Inteligencia ni sus integrantes se encuentran en un archipiélago de impunidad. Ahora bien, si es cierto que la ilicitud no es un privilegio reconocido y si es cierto que parte de su eficacia depende de que sus actividades no sean objeto del control político ni administrativo normales, ¿acaso no debe ser igualmente extraordinario el único medio como se obtenga información sobre las actividades que la moral y el régimen jurídico vetan para toda la sociedad?

Si es cierto que solamente mediante la vulneración de la seguridad y confidencialidad de quien está dentro del sistema es como puede obtenerse evidencia de la ilicitud, del carácter delictivo o de la inmoralidad del Servicio de Inteligencia, ¿son aplicables de modo general las normas sobre obtención legal de las pruebas respecto del Servicio de Inteligencia? Responder afirmativamente equivaldría a consagrar la impunidad. Y si de lo que se trata es de asegurar la convivencia con un grado mínimo de valores morales, la respuesta debiera ser que la impunidad no puede ser un resultado amparado por el sistema jurídico. El derecho sirve a valores ajenos a él mismo. El derecho no es un sistema cerrado y suturado sino abierto a la comunidad. Por eso cabe adoptar como criterio para decidir este caso, el análisis de la evidencia misma, más allá de que los medios por los que se la obtuvo no hayan sido los más ortodoxos. Una pretensión de tal limpieza exigiría el correlato simétrico: que hubiera sido posible que el Servicio de Inteligencia entregue tal evidencia al solo pedido de autoridades con poder para hacerlo.

La pregunta entonces es, ¿si no es factible esperar que el Servicio de Inteligencia habría entregado ese y los demás videos de su archivo por virtud del sólo pedido de la autoridad competente para hacerlo, porque al hacerlo simplemente se autoincriminaría, entonces, cómo no admitir el medio oblicuo del que se valió el congresista Olivera para

denunciar el acto condenable que dio a conocer al público? Este hecho lleva a la conclusión que no es aplicable la garantía del debido procedimiento para obtención de evidencia cuando los agentes de un acto delictivo no son susceptibles de formas normales ni constitucionales de control. Porque se exime al Servicio de Inteligencia de los procedimientos regulares de control, por esa misma razón no serán procedimientos regulares aquellos con los que se logrará controlar las actividades censurables, ilícitas o delictivas del Servicio de Inteligencia.

Como se ve, hay dos principios en conflicto y es necesario poner en la balanza uno y otro con la finalidad de llegar a la solución que mayor bien cause a la comunidad. Debe prestarse atención a las garantías que se le reconoce al individuo en protección de su libertad, su honra y reputación, a la vez que a la exigencia de mínimos de moralidad colectiva indispensables para la convivencia y confianza en la comunidad. El régimen jurídico no prevé solamente una sociedad de individuos libres cuyos derechos personales deben quedar firmemente garantizados por la ley. El régimen jurídico tiene su sentido de ser también en los márgenes mínimos de convivencia. La ley no puede amparar la irresponsabilidad moral ante la comunidad en nombre de la libertad. Entre ambos polos debe tejerse la argumentación que pondere los valores involucrados. El Perú no es solamente una suma de entes atomizados y éticamente autónomos. Por eso en nombre de valores mínimos de vida comunitaria es exigible de la autoridad que genere mediante su reflexión y raciocinio la regla jurisdiccional que articule un discurso basado en la responsabilidad ante el cuerpo social y político.

Negar la condición de prueba del video que prácticamente todo el Perú ha visto, en nombre de la formalidad y la supuesta garantía individual para quien comete un delito, es una distorsión y ofensa a la conciencia pública no solamente de la comunidad nacional, sino incluso una vergüenza internacional. Existiendo, por lo demás, la voluntad declarada de desmontar el sistema de inteligencia nacional, no debe ser improbable que la revisión que oportunamente se realice en la videoteca y archivos de este sistema permita generar la convicción del grado de evidencia contenido en el video puesto a conocimiento de la opinión pública. Si la voluntad es arribar a la verdad y no solamente realizar trámites y llenar formularios la consecuencia debe ser auténticamente provechosa. El país se hace no solamente mediante la apreciación de indicadores y cifras de rendimiento económico. El país también es la

conciencia pública y la satisfacción de deudas morales que deben saber honrar la representación nacional y la autoridad jurisdiccional.

2.9. Fuente de pago

Otro aspecto relevante en este caso es la fuente del pago, esto es, ¿de dónde sale el dinero para pagar la compra de la representación de intereses, proyecto y posiciones de la mayoría, así como el que corresponderá a los abonos posteriores ofrecidos? Son dos situaciones diferentes, porque en el primer caso hay un acuerdo firme sobre el pase de un grupo a otro; pero en la segunda pareciera tratarse de desembolsos por contraprestaciones no precisamente anticipadas en el acuerdo original.

En la versión del congresista Kouri, él había recurrido a Montesinos como persona privada en busca de apoyo financiero²⁴. Pero, ¿era dinero privado de Montesinos, o se trataba del uso de una partida proveniente de los servicios de inteligencia? ¿Es éste el tipo de gastos en que incurre el SIN respecto de los cuales no se da nunca cuenta ante el Congreso?. Estos son los aspectos que debían quedar aclarados en la investigación que debió llevar adelante el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo. Y la ignorancia que rodea a este caso se origina en la falta de control parlamentario efectivo de los manejos del SIN. Este es un hecho y una práctica lamentables que lesionan la salud y la cultura política del Perú. El SIN no debe quedar exento de responsabilidad por las cuentas que maneja, y debe dar cuenta de los gastos que se realizan en su seno.

Entre las hipótesis adicionales que se barajaron se insinuó que el dinero podría provenir del tráfico de drogas, o de las donaciones de empresarios identificados con el régimen de Fujimori. Estas serían las hipótesis complementarias a la de la procedencia de fondos o partidas

24 La televisión chilena entrevistó al congresista Kouri en edición que fue retransmitida por el noticiero 24 Horas de Canal 5 el viernes 6 de octubre, y además de señalar que él no había recibido solamente 15 mil dólares de Vladimiro Montesinos, sino que a dicho monto había de sumarse otros 22 mil 500 dólares que se destinaron a saldar la deuda que tenía con Oscar Duffour Cattaneo o con José Francisco Crousillat, insistió que él había recurrido a Montesinos como persona privada y que el dinero que recibía en préstamo era de propiedad de Montesinos, de quien era amigo personal.

del tesoro público, que aparentemente debiera quedar descartada a la luz del dictamen del Fiscal Superior que confirmó el del Fiscal Provincial, quien concluyó que no había lugar a la denuncia contra Vladimiro Montesinos porque él, de acuerdo al informe del representante oficial del Servicio de Inteligencia Nacional, no maneja fondos del Estado²⁵.

Con la afirmación del Servicio de Inteligencia sobre la no responsabilidad de Montesinos sobre el manejo de fondos públicos se suprimió la voluntad de investigación de la fiscalía de la nación. Ello equivalía a sostener la tesis de que el dinero recibido por Alberto Kouri provenía de fuente privada. La procedencia privada, sin embargo, no excluye la investigación sobre la finalidad del pago. ¿Fue efectivamente un préstamo para abonar deudas personales? ¿No había relación entre el pago y su afiliación a Perú 2000? ¿Son dos hechos distintos sin ningún nexo o vínculo? La tesis de Kouri es que una cosa no tiene nada que ver con la otra. Su argumento tiene como base la atipicidad penal de su conducta, así como la ausencia de conexión o vínculo entre el dinero recibido y su posterior renuncia a Perú Posible y pase a Perú 2000. La impresión que se formó el grueso de la opinión pública, no obstante, es que sí se trató de un abono para conseguir que Kouri decida su pase al grupo de Perú 2000.

Algunas semanas después del destape sobre el caso Kouri-Montesinos, el desarrollo político llevó al país al destape todavía más grave sobre el

25 Las fiscalías fueron especialmente diligentes cuando se pronunciaron sobre el archivamiento del caso. Presentada la denuncia, la fiscal Nina Rodríguez Flores interroga a Montesinos el 18 de setiembre y el día 20 se pronuncia por el archivamiento del caso. Elevado en consulta el pronunciamiento de la fiscal provincial, el fiscal superior Arquímedes Pesantes confirma el dictamen disponiendo igualmente el archivamiento de la denuncia. En ambos casos se recurrió a la especie de que, según el servicio de inteligencia nacional, Montesinos no tenía responsabilidad ninguna en el manejo de fondos públicos, lo que determinó a los fiscales a afirmar que quedaba excluido tal elemento del tipo delictivo. Sobre el caso de Kouri los mismos fiscales afirmaron que no se configuraba el extremo de su desempeño efectivo del cargo de congresista, que de acuerdo al reglamento del congreso sólo empieza una vez que se ha juramentado el cargo y el congreso ha sido instalado. Afortunadamente, luego de la renuncia de Blanca Nélida Colán Maguiño al cargo de Fiscal de la Nación a inicios de noviembre del 2000, significó que el 6 de noviembre se suspenda en sus funciones a la fiscal Nina Rodríguez Flores, así como al inicio de un proceso de investigación en su contra por la comisión del presunto delito de prevaricato en este caso.

propio Montesinos: el de las cuentas que Vladimiro Montesinos en tres bancos suizos. La sospecha de que los más de cuarentiocho millones que se indicaron tendría Montesinos pudieran haber servido para la labor de composición o construcción de la mayoría parlamentaria, paralelamente a otros actos de extorsión o de chantaje, deja abierta la interrogante de que el pago recibido por el congresista Kouri pudiera, efectivamente, tener origen privado y, además, ilícito, si se llegara a probar que tal dinero provino del lavado de dinero por narcotráfico o por otras maniobras fraudulentas y delictivas del asesor presidencial.

Sea como fuese, el hecho es que el jefe del espionaje nacional actuó para el Presidente de la República y para la mayoría oficialista en el Congreso. Pero es innegable, igualmente, que lo hacía para beneficiarse personalmente al quedar rodeado de una estela de autoridades que en el momento preciso lo encubrirían de toda acción de control y fiscalización. El congresista Kouri, por lo tanto, no habría actuado simplemente como un tráfuga que recibió dinero para apoyar al gobierno y a su mayoría parlamentaria, sino que dentro de los servicios por los que hipotecó su mandato también debiera incluirse el apoyo y la protección que le debe al propio Vladimiro Montesinos. Parte de esta condición queda configurada con las declaraciones con las que pretende exculparse, apelando la inocente recepción de un préstamo para saldar deudas y compromisos derivados de su campaña electoral así como al origen privado del dinero que le proporcionó Vladimiro Montesinos.

Reflexión final

El transfuguismo no es un fenómeno parlamentario exento de aspectos controvertidos. Encierra casos encomiables y ennoblecedores de comportamiento político, tanto como otros que generan abyección. El caso que ha concitado la atención reciente de toda la comunidad ha tenido a más de dos protagonistas, aunque el suceso concreto del *affaire* Montesinos-Kouri es el que ciertamente mayor gravedad reviste. Es grave por razones morales, no menos que por razones políticas. Todo parece indicar que es un caso flagrante de corrupción política que llevará a destapes en cadena de muchísimos otros casos de corrupción en los que el principal actor será el ex jefe del espionaje nacional. Uno de

dichos destapes, efectivamente, se produjo a inicios de noviembre del 2000, cuando se puso en conocimiento de las autoridades nacionales la indagación llevada a efecto por la banca suiza, que llevaría al Estado a iniciar acciones policiales y judiciales en contra de Vladimiro Montesinos por la presunta comisión del delito de lavado de dinero.

En este trabajo se han cubierto algunos de los más saltantes aspectos de este fenómeno paranormal en la vida parlamentaria del Perú, y la revisión de los distintos aspectos que lo configuran permite concluir que el transfuguismo es sancionable, no en función de los hechos objetivos del pase de un grupo político a otro, sino en razón de los móviles que tienen quienes fugan a otra asociación. Ello significa que el reproche ético que el Congreso expresa a un parlamentario por el soborno presunto que recibe por su pase de un grupo a otro es pasible no solamente de sanción disciplinaria por el Congreso, sino que tiene elementos básicos que permiten inducir que existe una conducta delictiva. La corrupción pasiva, que es un delito de función, es materia de un procedimiento parlamentario: el de acusación constitucional. Compete al congreso examinar las circunstancias, determinar las posibles normas aplicables, evaluar la eventual tipicidad de la conducta según los tipos penales presuntamente relevantes, revisar la motivación y nivel de culpabilidad del denunciado, y determinar si hubo o no infracción penal en cuyo mérito deba el poder judicial incoar el procedimiento regular contra el congresista acusado.

Otro concluible es que el transfuguismo parece deber su explosiva manifestación tanto a la ausencia de control que existe respecto del servicio nacional de inteligencia, como a la estructura debilitada de los partidos políticos. Sobre esto último, una lección que parece enseñar el drama de fines de invierno del 2000 es que es momento de llevar el péndulo al otro extremo en busca del centro. Los partidos deben recuperar la responsabilidad que les corresponde como agentes de intermediación de la voluntad política del electorado en el proceso de reinstitucionalización democrática del país. Para ello debe, a corto plazo, reconocérseles la atribución de definir quiénes deben postular a los principales cargos públicos. Lo cual pasa por la modificación de dos aspectos del régimen electoral: el reconocimiento del distrito múltiple y la eliminación del voto preferencial.

La redemocratización aparece en la vida política del país como un clamor en contra de formas autoritarias del manejo de la cosa pública,

que llevaron no solamente a la desinstitucionalización de los pilares del Estado y de la sociedad política, sino que estuvieron rodeadas de aspectos perversos vinculados a la amenaza, el chantaje, el chuponeo telefónico. Por eso la demanda de eficacia en el proceso de reinstitucionalización pasa por la renovación de la moral pública. Sin instituciones y autoridades decentes no hay confianza. Una cultura de corrupción y de miedo envilece y hace miserables a los hombres. Por el contrario, una cultura de libertad y de dignidad humana, con amplio y radical respeto y tolerancia para la pluralidad y la democracia favorecen la renovación institucional. Elegir a nuestros gobernantes y representantes es tanto una obligación política como un examen de criterio moral para la ciudadanía. La edificación de nuestra sociedad política, por eso, no depende sólo de quienes gobiernan. Tanta o mayor responsabilidad tienen quienes eligen a la autoridad. A la hora de pedir cuentas, por ello mismo, el ciudadano debe reconocer su propia condición como agente o como secuaz del buen gobierno o, por el contrario, de la complacencia con la corrupción.

Magdalena del Mar, 7 de noviembre del 2000

Principios para la interpretación de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

Juan Carlos Moncada Zapata

Con frecuencia encontramos en la doctrina jurídica una idea según la cual se debe reconocer *a priori* la existencia de ciertos principios considerados peculiares o exclusivos de la interpretación constitucional. Cuando se trata de enunciar tales principios, generalmente se mencionan los siguientes: de unidad de la constitución, de armonización u optimización, de interpretación conforme a la constitución;¹ de funcionalidad, de eficacia o efectividad;² de favor *libertatis*, de continuidad de la jurisprudencia, de presunción de legitimidad de las leyes, de prudencia;³ fundamentalidad, limitación, responsabilidad, control, razonabilidad, perdurabilidad,⁴ etc.

Sin embargo, la enunciación de los principios es mucho más compleja cuando se trata de estudiarlos con arreglo a un ordenamiento jurídico en particular por la circunstancia de que son tan relativos y variables como las mismas constituciones, sin olvidar que el método de trabajo de los tribunales está necesariamente vinculado a casos concretos de lo cual se derivan infinidad de principios nuevos y modalidades de su aplicación.

1 Klaus Stern. **Derecho del Estado de la República Federal Alemana**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. p. 291 y ss.

2 Antonio E. Pérez Luño. **Estado de derecho, derechos humanos y Constitución**. Editorial Tecnos, Madrid, 4ª edición, 1991. p. 276 - 278.

3 Arturo Hoyos. **La interpretación Constitucional**. Editorial Temis, Santafé de Bogotá, 1993. p. 23 y ss.

4 Germán Bidart Campos. **El derecho de la Constitución y su fuerza normativa**. Ediar, Bs. As., 1995. p. 104 y ss.

El caso colombiano es bastante elocuente a este respecto. El Título Primero de la Constitución colombiana (en adelante C.c.) se denomina «De los Principios Fundamentales», mientras que al menos veinte normas constitucionales se refieren a principios de toda índole. De otra parte, resulta fácil verificar cómo la Corte Constitucional ha inventado infinidad de principios o ha creído verlos implícitos en ciertas normas constitucionales o legales.

A pesar de lo anterior, no me propongo estudiar los principios constitucionales en general, sino una clase especial de principios. Existe, en efecto, un significado de la palabra principio jurídico que se utiliza para aludir a normas que cumplen estas condiciones: a) presuponen la existencia de otras normas y se refieren a ellas (o reglas de primer grado); b) se dirigen a quienes deciden, es decir, primordialmente a los operadores jurídicos; c) proporcionan una guía acerca de cómo y cuándo han de usarse las normas (reglas de segundo grado) sobre las que versan, qué alcance darles, cómo combinarlas, cuándo otorgar precedencia a alguna de ellas y, finalmente, d) exhiben cierta indiferencia o neutralidad de contenido.⁵

Una norma como la del artículo 4° de la C. c., v.gr., a cuyo tenor «en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales», parece cumplir con los requisitos antes señalados: presupone la existencia de otras normas, está dirigida a los operadores jurídicos, proporciona una guía acerca de cuáles normas del sistema tiene precedencia en eventos de incompatibilidad y, finalmente, resulta indiferente frente al contenido de las normas incompatibles.

Con el modelo descrito me propongo verificar que la C.c. acoge explícitamente otros tantos principios de esta clase; es posible constatar, asimismo, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en su corto período de existencia de ocho años, ha incorporado a su bagaje

5 Esta caracterización ya clásica de cierto tipo de principios se debe a Genaro Carrió, diseñada con el propósito de refutar una crítica al positivismo jurídico planteada por Dworkin en 1967. Según Dworkin, la obsesión por el llamado «modelo de reglas» no dejaría ver el papel central que en la práctica del derecho desempeñan los principios jurídicos. Carrió se preocupaba por saber si las pautas o criterios llamados principios jurídicos son parte del derecho tal y como éste se entiende desde el punto de vista del positivismo jurídico hartiano. Cfr. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Abeledo Perrot, Bs. As., 1970, p. 21 y ss.

hermenéutico muchos otros que considera implícitos en el sistema constitucional o bien toma prestados de la doctrina, o bien recoge de normas legales para aprovecharlos en la interpretación de normas constitucionales, como los siguientes:

1. Principio de prevalencia de la constitución o principio de constitucionalidad
2. Principio de igualdad en constitucionalidad
3. Principio de eficacia del texto a interpretar
4. Principio de ponderación
5. Principio de armonización concreta
6. Principio de efectividad de los derechos fundamentales
7. Principio de conservación del derecho
8. Principio de interpretación conforme a la Constitución
9. Principio del efecto útil
10. Principio de interpretación razonable
11. Principio de interpretación sistemática
12. Principio de interés superior del menor
13. Principio de la unidad constitucional
14. Principio del menor daño constitucional
15. Principio *pro favor libertatis*
16. Principio de proporcionalidad
17. Principio de prevalencia de tratados internacionales
18. Principio de la presunción de racionalidad del legislador
19. Principio de decisión normativa de las mayorías políticas
20. Principio de libre iniciativa legislativa
21. Principio de mensurabilidad
22. Principio de participación democrática
23. Principio de universalidad
24. Principio de racionalidad
25. Principio de razón suficiente
26. Principio de prevalencia de la justicia material
27. Principio de prevalencia de la realidad, y
28. Principio de primacía del derecho sustancial

Este es el elenco de principios que aparentan reunir las cualidades anotadas, explícitos e implícitos en la C.c., sin pretender que el elenco esté completo. En adelante trataremos de esclarecer cuál es su función,

de dónde surgen y cuáles han sido las pautas jurisprudenciales para su utilización y aplicación.

1. Principio de prevalencia de la Constitución o principio de constitucionalidad.

Este principio encuentra su fundamento expreso en el artículo 4° de la C.c., según el cual las incompatibilidades entre normas de toda jerarquía y las normas constitucionales se deben resolver dando prelación a la Constitución. En abstracto, este principio resulta fácil de entender si se reconoce la idea de que la Constitución es una norma rígida. Sin embargo, las dificultades prácticas de su aplicación se reflejan en las numerosas pautas que ha dado la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Veamos:

1.1. Sentencia S. T-556/98:

- ☐ La aplicación de la C.c. es preferente aún en presencia de normas inferiores que en apariencia tengan un carácter imperativo.
- ☐ El juicio que está llamado a hacer el juez de tutela no es de naturaleza legal.
- ☐ La tarea del fallador consiste en lograr la plena efectividad de la Constitución frente a la ley.
- ☐ El artículo 4° de la Carta contempla el principio de constitucionalidad.
- ☐ La autoridad pública que detecte una contradicción con la C.c. está en la obligación de inaplicar el precepto subalterno o de menor jerarquía.
- ☐ La inaplicación tiene lugar sólo para casos concretos y con efectos particulares.
- ☐ Existe un principio que establece una presunción de constitucionalidad de las normas; pero tal principio es desvirtuable por vía general en la Corte Constitucional o por vía concreta en el caso de las autoridades públicas.
- ☐ Resulta esencial que en realidad exista incompatibilidad de dos normas.
- ☐ Son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo.

- ☐ La incompatibilidad debe implicar una oposición flagrante o grave u antagonismo ostensible o saltar a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica.
- ☐ El principio de constitucionalidad pretende garantizar la coherencia del sistema jurídico e irradiar la creación, interpretación, aplicación y ejecución de las normas de rango inferior.
- ☐ Una cosa es la norma y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-614 de 1992).

1.2. Sentencia SU-640/98:

- ☐ Los principios de supremacía e integridad de la Constitución se traducen en la destacada ubicación de la Corte Constitucional en el concierto de los poderes del Estado.
- ☐ La supremacía garantiza la adecuada defensa y vigor de la Carta.
- ☐ La supremacía se garantiza asegurando la uniformidad de la interpretación constitucional.
- ☐ La institución de la cosa juzgada constitucional garantiza el carácter general de las sentencias de inexequibilidad proferidas por la Corte Constitucional que, por lo tanto, están dotadas de efectos *erga omnes*.
- ☐ La revisión eventual de las sentencias de tutela contribuye a homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales y a garantizar la supremacía.

2. Principio de igualdad en constitucionalidad.

La Corte ha derivado este principio del artículo 13° de la C.c. para afirmar que el juez debe asumir un cierto comportamiento interpretativo en los casos que implican una violación del derecho de igualdad, lo cual se traduce en el deber de hacer un juicio de mayor o menor intensidad en el caso concreto, y según las siguientes pautas:

2.1. Sentencia C-318/98:

- ☐ La intensidad del *test* de igualdad no es siempre la misma o, dicho de otra manera, el juicio en casos de igualdad es más o menos estricto.
- ☐ La intensidad depende del patrón que se utilice para diferenciar a las personas o grupos afectados por la norma y depende también de

la relevancia constitucional de las cargas o beneficios que se distribuyen diferencialmente.

- ☐ Si el legislador utiliza una de las pautas o patrones de diferenciación que menciona expresamente el artículo 13° de la C.c., *el test* debe ser estricto.
- ☐ Si los beneficios y las cargas se relacionan con un derecho de origen legal, el juicio debe ser intermedio.
- ☐ En los casos de marcado predominio del principio democrático, el *test* debe ser débil.
- ☐ Un juicio de mediana intensidad supone un análisis de la finalidad de la medida en términos de suficiencia o estricta proporcionalidad.
- ☐ Un *test* fuerte de igualdad exige una demostración del legislador en el sentido de que la medida es indudablemente útil y necesaria para alcanzar una finalidad constitucionalmente imperativa.

2.2. Sentencia C-360 de 1996:

La Corte Constitucional precisó que en las asignaciones de gasto público el juicio de igualdad se torna en extremo débil o flexible porque:

- ☐ En estos eventos debe primar el principio democrático.
- ☐ Tal principio consiste en la facultad de definir, según criterios de oportunidad y de conveniencia, la destinación de los recursos públicos.
- ☐ Sólo procederá un reproche constitucional en los siguientes eventos: cuando el legislador desconoce normas constitucionales que definen claramente los criterios de distribución de los recursos públicos; cuando el canon de diferenciación responde a uno de aquellos claramente proscritos por la C.c., o si resulta flagrante la violación de normas superiores como la que consagra la igualdad de oportunidades sin que exista una justificación compatible con los mandatos contenidos en la Constitución.

3. Principio de eficacia del texto a interpretar.

Este principio, de conformidad con el cual la interpretación del derecho debe ofrecer resultados funcionales, no tiene encuadre expreso en la Constitución y se rige por las siguientes pautas:

3.1. Sentencia C-112/96:

- ☐ Se presume la racionalidad del legislador.
- ☐ Se presupone que quien dicta las normas lo hace con un propósito claro.
- ☐ Todo orden jurídico presupone una lógica interna.
- ☐ El intérprete debe asumir como pauta o directriz interpretativa que el ordenamiento es sistemático y coherente.
- ☐ El intérprete debe desechar aquellas interpretaciones de un enunciado normativo que den lugar a una proposición absurda.

4. Principio de ponderación.

Principio implícito que opera para casos de colisión entre derechos constitucionales, entre principios, entre derechos y principios, entre derechos y garantías institucionales, etc., sin norma expresa en la C.c. y según los siguientes criterios:

4.1. Sentencia T-575/95:

- ☐ La exigencia de unidad constitucional exige interpretar la constitución como un todo armónico y coherente.
- ☐ La ponderación está ligada al principio de armonización que impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio de otro y exige tener en cuenta todos los intereses en juego.
- ☐ El intérprete debe maximizar la efectividad de cada derecho.
- ☐ Las colisiones de derechos constitucionales se resuelven ponderando.
- ☐ La ponderación no debe ser superficial ni puede basarse en prelación abstractas de los bienes en conflicto.

4.2. Sentencia T-425/95:

- ☐ El juez debe ponderar los casos de colisión de derechos constitucionales.
- ☐ Ponderar es buscar un equilibrio de necesidades de las personas enfrentadas.
- ☐ La ponderación se justifica en el deber que tienen las personas de respetar derechos ajenos o deber de autocontención.

- ☐ La personas deben ser responsables, reflexivas y consideradas con los demás en ejercicio de sus derechos y medir los efectos de sus acciones hacia terceros.
- ☐ La ponderación se hace necesaria porque así lo exige la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios.

4.3. Sentencia T-322/96:

- ☐ Las colisiones se presentan también entre derechos fundamentales y garantías institucionales.
- ☐ Las garantías institucionales no son absolutas.
- ☐ Ponderar es buscar soluciones adecuadas a las colisiones.
- ☐ La ponderación implica que no puede desaparecer una de las normas en conflicto.
- ☐ Sólo ponderando se conoce la prelación que debe regir en el caso concreto.

En esta misma sentencia la Corte aclaró que la garantía institucional es una técnica de protección constitucional a ciertas instituciones típicas y necesarias para la organización política, que funciona como límite para el legislador cuando las regula, y asegura que no se suprima o se desfigure su imagen maestra (V.gr., la inviolabilidad de opinión de congresistas: su imagen maestra se concretaría en la función de control político). Mientras los derechos fundamentales tienen una finalidad inmediata, las garantías tendrían una finalidad mediata.

5. Principio de armonización.

Es otro principio implícito que no encuentra raigambre normativa clara en la C.c., si bien la Corte Constitucional se ha basado expresamente en la doctrina de Klaus Stern para quien: «Una norma constitucional no debe ser interpretada de forma aislada; la constitución constituye una unidad [...]. Las normas constitucionales que están en una relación de tensión recíproca, tienen que ser “armonizadas”, ser puestas en concordancia la una con la otra [...]. De la unidad de la constitución se deduce la tarea de “optimización” o “armonización” de las normas constitucionales [...] »⁶.

6 Stern. *Op cit.* pp. 291, 293 y 294.

Es quizás el principio más recurrido para solucionar casos en la jurisprudencia de la Corte, sin que pueda distinguírsele claramente del principio de ponderación. Cabría decir, quizás, que mientras la ponderación atiende a los intereses en juego, la armonización se refiere a las normas que regulan tales intereses. Las pautas en que se apoya son las siguientes:

5.1. Sentencia C-255/97:

- ☐ La Constitución debe ser abordada como un sistema armónico y coherente.
- ☐ La aplicación de una norma constitucional no debe contradecir o agotar el contenido de otras disposiciones constitucionales.
- ☐ Deben preferirse las interpretaciones que permitan la máxima efectividad de todas las normas constitucionales.

5.2. Sentencia C-444/95:

- ☐ Una norma no debe ser interpretada en forma aislada porque la Constitución es una unidad.
- ☐ Todas las normas están en tensión recíproca, de lo cual se deriva que las normas deben ser puestas en concordancia unas con otras.
- ☐ De la unidad se deduce la tarea de armonizar y optimizar las normas constitucionales.

Este es un fallo interesante. La Corte Constitucional reconoció que existe una incongruencia constitucional entre la disposición que asigna a la Policía Nacional naturaleza civil y la que ordena que los delitos cometidos por sus miembros en servicio activo y por razón del mismo, sean de conocimiento de las cortes marciales o tribunales militares pues, siendo coherentes, tal juzgamiento debería estar a cargo de autoridades civiles. La Corporación dijo, sin embargo, que la anomalía debía ser corregida mediante una reforma constitucional y que su papel, ante casos como éste debía ser el de dar aplicación al denominado “principio de armonización”, para lograr mediante una interpretación sistemática hacer congruentes los distintos preceptos constitucionales que regulan el asunto materia de debate, teniendo en cuenta que, aun ante la incongruencia anotada, la Corporación no puede desconocer el con-

tenido del artículo 221° superior, disposición que no resulta irreconciliable con la contenida en el artículo 218° *ibidem* que consagra el carácter civil de la Policía Nacional».

Se desprende también de este fallo que una cosa será una tensión entre normas constitucionales y otra diferente el caso de las antinomias constitucionales. La Corte se refirió a una teoría alemana que considera la posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales, para concluir que no tenía cabida en el proceso de conocimiento, si bien «está destinada a aplicarse sólo en aquellos casos extremos en los que la contradicción normativa impide al intérprete aplicar el principio general de armonización». Esta parece ser una excepción al principio de armonización concreta que posiblemente tenga desarrollos en el futuro.

5.3. Salvamento de voto de la sentencia SU-047/99:

- ☐ La constitución recoge datos de diversas corrientes ideológicas.
- ☐ La técnica de la ponderación pone en evidencia que de las normas constitucionales no es posible derivar una respuesta única sino múltiples.

5.4. Sentencia T-425/95:

- ☐ Las colisiones constitucionales deben solucionarse atendiendo al principio de eficacia.
- ☐ El intérprete debe maximizar cada norma.
- ☐ Los límites de los derechos que se armonizan deben ser proporcionales, es decir, deben ser los indispensables para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna.
- ☐ Los alcances de cada derecho en pugna se precisan en el caso concreto.
- ☐ No hay prelaciones abstractas de derechos.

5.5. Sentencia T-575/95:

- ☐ El principio de armonización impide que la efectividad de un derecho se ampare en la restricción o sacrificio de otro.

5.6. Sentencia T-622/95:

- ☐ Los remedios que ordene un juez no pueden significar el sacrificio injusto de los derechos de otras personas.

5.7. Salvamento de voto de la Sentencia C-075/97:

- ☐ En el juicio constitucional no es procedente establecer *a priori* una prevalencia abstracta de principios constitucionales enfrentados.

5.8. Sentencia T-588/98:

- ☐ Si los mismos objetivos pueden obtenerse a través de diferentes medios, el operador jurídico debe optar por la solución que permita el simultáneo ejercicio de derechos en aparente conflicto.
- ☐ O bien puede ajustarse el único medio existente si resulta objetivamente insustituible. En este caso la posibilidad de armonización concreta se reduce.

5.9. Sentencia T-801/98:

- ☐ Se debe optar por la decisión que permita la coexistencia de derechos en conflicto.
- ☐ La armonización debe atender a criterios de proporcionalidad, los cuales remiten a la comparación de dos variables relativas conciliables sólo en la situación concreta.

5.10. Sentencia T-210/94:

- ☐ El intérprete debe garantizar el mayor radio de acción posible a los derechos en conflicto.
- ☐ La restricción de los derechos encuentra su límite en el núcleo esencial de los derechos.
- ☐ El fallador debe apreciar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejercen los derechos para determinar la proporcionalidad de su ejercicio.
- ☐ Es desproporcionada toda decisión de afecte el núcleo esencial.
- ☐ El justo ejercicio, la justa medida de un derecho está determinada por los efectos que sobre otros derechos tienen los medios empleados.

5.11. Sentencia C-444/95:

- ☐ La lógica formal debe ser corregida por el principio de armonización.

6. Principio de efectividad de los derechos fundamentales.

Este principio ha sido definido de la siguiente manera: «Siempre se debe preferir la interpretación que permita la armonización y la compatibilidad de los derechos sobre aquella que imponga un sacrificio excesivo a alguno de ellos» (C-473 de 1994). Según esta definición, el principio de efectividad se identifica con los principios de armonización y de proporcionalidad. Algunas consecuencias que ha derivado la jurisprudencia de este principio son las siguientes:

6.1. Sentencia C- 531 de 1995:

- ☐ En virtud de este principio, la ineficiencia de las autoridades no puede ser una razón válida para desconocer los derechos de los particulares.

6.2. Sentencia T-500 de 1994:

- ☐ Los derechos y el bienestar de las personas son la razón de ser de las autoridades.
- ☐ Las autoridades administrativas no deben esperar a que los ciudadanos instauran acciones judiciales o administrativas para poner en marcha las medidas que hagan efectivos los derechos de las personas.

6.3. Sentencia T-290 de 1994:

- ☐ La Constitución se inspira en la efectividad de los derechos, pues ellos fundamentan la legitimidad del orden jurídico, por ser esenciales a la dignidad de la persona, fin del orden jurídico universal.

6.4. Sentencia T-533 de 1992:

- ☐ El principio de efectividad de los derechos fundamentales, obliga al juez de tutela a definir, dentro del proceso, el medio más eficaz para

promover su cumplimiento, máxime cuando la ley no lo contempla o lo hace de manera genérica.

6.5. Sentencia T-068 de 1998:

- ☐ La efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades: la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos.

7. Principio de conservación del derecho.

Definido en la Sentencia C-466/97 de la siguiente manera: «los tribunales constitucionales deben siempre buscar preservar al máximo las disposiciones emanadas del legislador, en virtud del respeto al principio democrático. Por ello si una disposición admite una interpretación acorde con la Carta, es deber de esta Corte declararla exequible de manera condicionada, y no retirarla del ordenamiento».

Esta pauta de interpretación carece de sustento normativo explícito; sin embargo la Corte se apoya en la doctrina para explicar el sentido en que debe entenderse. En la sentencia C-100/96, por ejemplo, se cita a Raúl Canosa Usera (**Interpretación Constitucional y fórmula política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 180). Se debe anotar que el principio de conservación del derecho va dirigido a la propia Corte Constitucional y normalmente se utiliza cuando se van a expedir sentencias de interpretación condicionada, aunque sirve también con frecuencia a los intereses de aquellos magistrados que salvan su voto en casos de inexequibilidad, como se verifica por ejemplo en la Sentencia C-065/97.

7.1. Sentencia C-600A/95:

- ☐ La Corte debe evitar el «desmantelamiento del orden jurídico».
- ☐ Son preferibles las decisiones que preserven normas en vez de las que anulan.
- ☐ No es razonable que la Corte declare inexecutable normas que fueron aprobadas como orgánicas pero que son propias de ley ordinaria.

ria, porque la mayoría de las leyes orgánicas sirven para aprobar ley ordinaria. De otro lado, para asegurar el principio de competencia general de ley ordinaria no es indispensable anular la norma.

- ☐ En estos casos lo que debe hacer la Corte es declarar que las normas acusadas son ordinarias no obstante estar contenidas en ley orgánica.
- ☐ La Constitución no prohíbe que una misma ley contenga materias de ley orgánica y ordinaria, siempre que guarden conexidad temática.
- ☐ Las normas orgánicas territoriales pueden estar contenidas en diversas leyes y no necesariamente en un documento legal único.
- ☐ Si bien la Constitución se refiere a la «ley orgánica de ordenamiento territorial», la Corte prefiere hablar de «legislación orgánica de ordenamiento territorial».

Se debe anotar que en el caso de las leyes estatutarias, la Corte ha enfatizado sobre la inconveniencia de permitir al legislador regular aspectos propios de ley procesal u ordinaria en una ley de esta clase: «Permitir lo contrario sería tanto como admitir la petrificación de las normas procesales y la consecuente imposibilidad de contar con una administración de justicia seria, responsable, eficaz y diligente» (Sentencia C-037 de 1996). En apariencia no vemos razones para desechar la posibilidad de conservar normas ordinarias aprobadas en formato de ley estatutaria, declarando simplemente que se trata de disposiciones ordinarias.

7.2. Sentencia C-405/98:

- ☐ Se deben preservar al máximo las normas legales porque existe un deber de respetar el principio democrático.
- ☐ Por lo señalado anteriormente, se deduce que es un deber de la Corte dictar sentencias de exequibilidad condicionada.

7.3 Salvamento de voto a la sentencia C-318/98:

- ☐ Si una norma resulta exequible aplicada a ciertas hipótesis, la Corte no puede declararla inexecutable.
- ☐ Pero el fallo debe diferenciar tales hipótesis e indicar con claridad las condiciones de vigencia de la norma legal.

7.4. Sentencia C-070/96:

- ☐ No es posible excluir una norma cuando existe por lo menos una interpretación conciliable con la Constitución.
- ☐ Este principio maximiza la eficacia de la actuación estatal.
- ☐ Existe una presunción de legalidad democrática.
- ☐ El juez debe tener en cuenta el costo social e institucional de declarar la inconstitucionalidad de una norma.
- ☐ La total ineficacia de un precepto no hace que éste devenga inconstitucional (validez no es igual a eficacia).
- ☐ Las normas acusadas de inconstitucionalidad en razón de su ineficacia deben subsistir.

En este fallo la Corte afirmó que «la ineficacia de la prevención en materia penal no torna inconstitucional la disposición acusada. En el ordenamiento jurídico pueden subsistir normas ineficaces que, por esta sola circunstancia fáctica, no deben ser declaradas inexecutable». La Corte ha manejado confusamente el problema de la ineficacia como fundamento de una declaración de inconstitucionalidad (Cfr. *Infra* Sentencia C-499 de 1998).

7.5. Sentencia C-499/98:

- ☐ La Corte identifica el principio de conservación del derecho con el de interpretación de la ley conforme a la Constitución.
- ☐ Deben salvaguardarse algunos de los efectos jurídicos de las disposiciones demandadas.

7.6. Sentencia C-468/97:

- ☐ Los tratados deben ser aprobados mediante ley aprobatoria de tratados.
- ☐ Las leyes aprobatorias de tratados sólo pueden contener tratados.
- ☐ Las leyes aprobatorias no pueden contener instrumentos jurídicos de otra naturaleza.
- ☐ El Congreso no puede utilizar la forma jurídica de ley aprobatoria de tratado para regular otros temas.
- ☐ El legislador no es libre de escoger el tipo de leyes porque la Constitución predetermina ciertas formas jurídicas.

- ☐ El debate legislativo en la aprobación de tratados es reducido, pues el legislador solo puede aprobar o desaprobar el convenio o las cláusulas del convenio.
- ☐ Las recomendaciones de la OIT, por su parte, no son tratados.
- ☐ Al dar trámite de ley aprobatoria a una recomendación de la OIT, el legislador limitó sus posibilidades de introducir modificaciones al texto.
- ☐ El lenguaje de las recomendaciones es exhortativo, no normativo.
- ☐ En estos casos no opera el principio de conservación del derecho porque no hay derecho que conservar.

7.7. Sentencia C-320/97:

- ☐ Los defectos de lenguaje en las normas no son causal de inconstitucionalidad.
- ☐ En estos casos el juez debe ajustar el lenguaje legal a los principios y valores constitucionales.

7.8. Salvamento de voto a la Sentencia C-152/97:

- ☐ El principio de conservación del derecho tiene una mayor intensidad en los casos en que la disposición legislativa busca dar cumplimiento a mandatos constitucionales.
- ☐ Es más imperiosa la modalidad de sentencia condicional en estos casos.

7.9. Sentencia C-324/97:

- ☐ En materia de objeciones presidenciales no es aplicable el principio de conservación del derecho. O bien, el principio tiene menor peso en estos casos.
- ☐ El principio de conservación sólo opera en relación con normas vigentes.
- ☐ Se respeta mejor la seguridad jurídica y el principio democrático cuando la Corte declara la inexequibilidad de normas objetadas porque de esta manera abre al Congreso la posibilidad de rehacer e integrar los artículos afectados.

En esta sentencia la Corte fue explícita en afirmar que el principio de conservación no opera en objeciones presidenciales; sin embargo, con anterioridad había aplicado el supuesto contrario, en el caso del estudio de objeciones presidenciales en la Sentencia C-360 de 1996.

8. Principio de interpretación conforme a la Constitución

8.1. Salvamento de voto a la Sentencia C-075/97:

- ☐ Este principio impone al juez constitucional el imperativo de indagar por las varias interpretaciones posibles de una disposición legal, antes de proceder a expulsarla del ordenamiento por encontrar que una de ellas contraviene lo dispuesto en la Constitución.
- ☐ Si de las distintas alternativas, al menos una se aviene a los mandatos de la Carta, el juez debe conservarla y proceder a descartar sólo aquella que no cumple tal requisito.
- ☐ Sólo procede la declaración de exequibilidad de una norma legal cuando resulte francamente imposible encontrar una interpretación que permita su adecuación a los mandatos constitucionales.

8.2. Sentencia T-397 de 1997:

- ☐ Puede ocurrir que una norma expedida bajo la vigencia de la Constitución de 1886, ajustada a sus mandatos, contraría las normas de la actual Constitución si se le interpreta literalmente.
- ☐ Ante esta situación al juez que le corresponde velar por la supremacía y la cualidad integral de la Constitución, no le queda otro camino que asegurar la preservación de los derechos, principios y valores, y hacer una interpretación de la norma conforme a la Constitución.
- ☐ Si es posible dejar de aplicar una norma jurídica por ser manifiestamente contraria a la Constitución, con mayor razón, en aras de asegurar la preservación del derecho, es procedente que el juez constitucional pueda hacer una interpretación conforme con la Constitución, sin necesidad de no aplicar la norma, dado que no se presenta la situación de incompatibilidad de dos disposiciones que no puedan ser aplicadas y subsistir al mismo tiempo.
- ☐ De esta manera, se produce una especie de actualización de la norma frente a la nueva Constitución, o dicho de otro modo, una es-

pecie de incorporación de los mandatos constitucionales a dicha norma.

8.3. Aclaración de voto a la Sentencia N° C-174/96:

- ☐ Los jueces de la República deben aplicar, en la resolución de los casos concretos, el principio de interpretación conforme a la constitución de las normas demandadas, entre tanto el legislador corrige las disposiciones que no han sido declaradas inexecutable pero que pueden generar efectos inconstitucionales.

8.4. Sentencia T-243 de 1998:

- ☐ Con arreglo al artículo 4° de la Constitución, que es norma de normas, quienes tienen la atribución de aplicar las de la ley deben buscar, propiciar y preferir la interpretación y aplicación de aquellas que mejor se ajusten a los mandatos superiores.
- ☐ El intérprete debe procurar que, en caso de duda, el entendimiento seleccionado de una norma no implique pugna o ruptura con el sistema jurídico que la Carta Política instaure.

8.5. Sentencia T-180 de 1996:

- ☐ La disposición interna universitaria que pueda afectar derechos y libertades constitucionalmente reconocidos, debe someterse a un juicio de constitucionalidad a fin de garantizar que su aplicación esté conforme con la Constitución

9. Principio del efecto útil de las normas.

El principio del efecto útil está recogido en el artículo 162° del Código Civil, según el cual «El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno». De allí fue tomado por la Corte para ser incorporado a la jurisprudencia constitucional. Las pautas que ha dado la Corte a este respecto son las siguientes:

9.1. Sentencia T-01/92:

- ☐ Entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero.
- ☐ Se deben rechazar hipótesis carentes de sentido.

9.2. Salvamento de voto a la Sentencia C-557 de 1992:

- ☐ Deben rechazarse interpretaciones normativas por las consecuencias absurdas a las que conduce.
- ☐ Se deben rechazar las interpretaciones inútiles.
- ☐ La interpretación con efecto útil es un principio general de derecho positivizado y criterio auxiliar de conformidad con el artículo 230° de la Carta.

9.3. Sentencia C-009/94:

- ☐ El artículo 53° de la Constitución no debe interpretarse en el sentido de hacer inútil el alcance del artículo 39° que garantiza el ejercicio del derecho a la negociación colectiva: se pueden conciliar derechos adquiridos con la posibilidad de la negociación colectiva.

En esta misma ocasión dijo la Corte: «El efecto útil que debe producir la norma del artículo 53°, aunado a la conciliación entre los derechos adquiridos por los trabajadores con el derecho de negociación colectiva, permite colegir, que en una nueva convención colectiva puedan modificarse, sustituirse, e inclusive eliminarse derechos, que antes reconocía una convención, siempre que la nueva situación en que se ubique a los trabajadores, en términos reales u objetivos, implique el reconocimiento de derechos que sean iguales o superiores a los obtenidos anteriormente, o que sea imperiosa su revisión, debido a circunstancias excepcionales e imprevisibles».

9.4. Sentencia C-145/94:

- ☐ No debe suponerse que las normas constitucionales son superfluas.
- ☐ Debe preferirse la interpretación que confiere pleno efecto a la Constitución.

9.5. Sentencia C-399/95:

- ☐ Se debe preferir la interpretación que confiere un sentido a todas las cláusulas de la Constitución sobre aquella que resta eficacia a determinados acápites del texto constitucional.

9.6. Sentencia C-473/94:

- ☐ No puede afirmarse que la palabra «esenciales» del Art. 56° de la Constitución carece de eficacia normativa; por el efecto útil debe interpretarse que tal palabra significa que existen servicios públicos que son esenciales y otros que no lo son: se buscó ampliar el campo del derecho de huelga, bastante limitado en el pasado.
- ☐ La palabra «esenciales» tiene el efecto útil de reducir el ámbito de restricción del derecho de huelga

9.7. Sentencia C-600A/95:

- ☐ En general la distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales -tanto normativas como no normativas- es materia de ley orgánica.
- ☐ Pero no toda asignación de competencias entre la nación y las entidades territoriales requieren ley orgánica.
- ☐ La Constitución a veces distribuye directamente ciertas competencias de suerte que la ley ordinaria puede reglamentarla; o bien una ley orgánica puede dar pautas de distribución y luego la ley ordinaria dar competencias específicas con base en esa ley.
- ☐ No puede haber ley que distribuya sin norma constitucional o ley orgánica previa.
- ☐ El artículo 288° tiene un contenido autónomo del artículo 151° de la Constitución. Esa es una interpretación útil de tales normas.

9.8. Sentencia C-499/98:

- ☐ Si una interpretación conforme a la Constitución le resta eficacia jurídica a una norma, lo procedente es declarar la inexequibilidad.
- ☐ Debe preferirse la inexequibilidad a la exequibilidad condicionada si esta última hace ineficaz la norma.

El tratamiento de este principio resulta contradictorio con otras opiniones de la Corte. Una norma que carece de eficacia se contradice con el principio del efecto útil de la norma, según el fallo en comento; pero en la Sentencia C-070/96 la misma Corporación había sostenido que la total ineficacia de un precepto no hace que éste devenga inconstitucional por cuanto validez no es igual a eficacia.

9.9. Aclaración de voto a la Sentencia C-194/95:

- ☐ Las inhabilidades se deben interpretar de conformidad con el principio del efecto útil, como en el caso del artículo 179° de la Constitución.

9.10. Salvamento de voto a la sentencia C-317/98:

- ☐ El principio, en aras de la utilidad, no puede llegar al extremo de atribuir a una cláusula constitucional un sentido contrario al que se desprende de su sentido natural.

10. Principio de interpretación razonable.

Este principio tampoco encuentra sustento normativo expreso en la C.c. y su significado y función se define a partir de las siguientes pautas:

10.1. Sentencia T-322 de 1996:

- ☐ La razonabilidad indica que un juicio está conforme a la prudencia, a la justicia y a la equidad.
- ☐ La razonabilidad se proyecta sobre casos concretos.
- ☐ Implica una coherencia externa con los supuestos fácticos.
- ☐ Este principio supera la tradicional racionalidad porque ésta exige una coherencia interna, una lógica formal, mientras que en lo razonable la coherencia es externa.
- ☐ En lo razonable cobra fuerza la relación de lo constitucionalmente admisible.
- ☐ La razonabilidad atiende a la finalidad de la norma y a su efecto útil.
- ☐ La razonabilidad es propia del Estado democrático.

- ☐ Cuando dos hipótesis son racionales la preferencia debe inclinarse en favor de la razonable.
- ☐ La razonabilidad privilegia el método finalístico y el sistemático.
- ☐ La razonabilidad privilegia el principio de favorabilidad penal y el principio *pro operario*.

10.2. Salvamento de voto a la Sentencia T-142/94:

- ☐ La razonabilidad es una idea asociada al principio de la efectividad.
- ☐ No se deben fosilizar los postulados normativos.
- ☐ El juez debe buscar la respuesta a los problemas.
- ☐ No se debe paralizar el progreso de la dogmática y se debe tener en cuenta que muchas soluciones están por fuera de la ley.
- ☐ La ley no debería aplicarse cuando produce consecuencias indeseadas.

11. Principio de interpretación sistemática.

La Corte identifica el método de interpretación sistemática con un principio que llevaría el mismo nombre.

11.1 Sentencia C-040/93:

- ☐ Un principio fundamental de hermenéutica es el de interpretar sistemáticamente un conjunto normativo.

12. Principio de interés superior del menor.

Para efectos de la protección constitucional, el concepto de niños incluye a los adolescentes y a todos aquellos que no han cumplido la mayoría de edad (Sentencia T-298 de 1994). Es este un principio derivado directamente del artículo 44° de la C.c., cuyos efectos son los siguientes:

12.1. Sentencia T-298/94:

- ☐ Los niños tienen privilegio constitucional.
- ☐ Se debe poner a salvo en cualquier situación el interés del niño.
- ☐ Existe un tratamiento de favor a los niños en cualquier proceso social,

- ☐ Circunstancias de debilidad anormales de un menor ameritan tratos más especiales todavía: máxima exigencia de protección.
- ☐ El privilegio de los menores produce efectos en diversos planos.
- ☐ Las condiciones físicas y mentales del menor requieren protección especial.
- ☐ Protección especial significa que una situación de debilidad justifica tratos que normalmente sería discriminatorios.
- ☐ Dentro del gasto público social tienen prioridad las asignaciones dirigidas a atender derechos de prestación de los menores.
- ☐ Todas las personas tienen legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los menores y solicitar sanciones.
- ☐ Los conflictos de derechos que comprometan a un menor se resuelven en favor de éste.
- ☐ El trato especial del niño es un «ensayo de igualación» que realiza el constituyente.
- ☐ Como el niño no sabe, ni puede pedir, la Constitución autoriza que todos pidan por él, y como el niño no puede imponer sus derechos, la Constitución define directamente su prevalencia.
- ☐ La salud se ha señalado expresamente como derecho fundamental para los menores (Cfr. También la Sentencia T-727 de 1998).

12.2. Sentencia T-556/98:

- ☐ Los menores tienen una caracterización jurídica específica.
- ☐ En estos casos, existen derechos prevalentes que ameritan un trato de prelación.
- ☐ Siempre debe existir defensa ante abusos sobre menores.

12.3. Sentencia SU-225/98:

- ☐ Los derechos fundamentales de carácter prestacional tienen un núcleo fundamental mínimo exigible por tutela y un zona complementaria definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos.
- ☐ Los derechos de los niños son derechos prestacionales fundamentales.

Otras sentencias en las cuales la Corte se refiere a este principio son las siguientes: T-408 del 14 de septiembre de 1995 y T-514 del 21 de septiembre de 1998.

13. Principio de la unidad constitucional.

Concreta las aspiraciones de unidad y coherencia del derecho, pero proyectadas al nivel de las normas constitucionales. La Constitución pretende ser un orden unitario de la vida política y si esto es así, la interpretación debería generar un efecto integrador, es decir, propiciar soluciones que refuercen la unidad del país. Este principio, bastante recurrido en la jurisprudencia, exige buscar conexión de sentido entre preceptos y no hacer interpretaciones aisladas. «La idea de unidad de la constitución parte de que la constitución no es un conglomerado de normas jurídicas yuxtapuestas las unas a las otras, sino que está sostenida por una concepción, por una idea, que intenta ser un todo cerrado del orden de la vida de la comunidad [...]»⁷.

Este principio está asociado al de armonización porque implica la necesidad de poner en concordancia unas normas con otras. Se trata de equilibrar la aplicación de las normas que están en una relación de tensión en el caso concreto, sin negar eficacia o inaplicar una en beneficio de la otra. Se trata pues de una exigencia de concordancia práctica, que obliga a solucionar los problemas interpretativos de manera que las normas relacionadas en el caso conserven su contenido.

13.1. Sentencias T-425/95 y T-575 de 1995:

- ☐ Debe reconocerse que hay colisiones entre normas constitucionales.
- ☐ Las colisiones se resuelven buscando la óptima eficacia de las normas encontradas.
- ☐ La interpretación debe proyectarse sobre un todo armónico y coherente.
- ☐ No son dables las interpretaciones aisladas o contradictorias.

13.2 Sentencia C-255/97:

- ☐ El contenido de una norma superior no debe agotar el contenido de otras disposiciones constitucionales.

⁷ *Ibidem*, p. 292.

14. Principio del menor daño constitucional.

Carece de sustento constitucional explícito. Las pautas para su aplicación son las siguientes:

14.1 Sentencia T-458/97:

- ☐ La tarea del juez en un estado social es la de promover y garantizar los derechos.
- ☐ Cada decisión debe ser la realización de un bien jurídico.
- ☐ A veces el juez se encuentra en una «circunstancia trágica»: las decisiones jurídicamente admisibles tendrán, necesariamente, todas ellas, un efecto nocivo.
- ☐ En estos casos el juez debe dar curso a la decisión que tenga el menor costo constitucional.
- ☐ Se debe escoger la decisión que produzca menor daño desde la Constitución.

15. Principio *pro favor libertatis* o favor de libertad.

Se basa en la idea de la fuerza expansiva del derecho a la libertad y de la especial protección constitucional de que goza aun en estados de excepción.

15.1 Sentencia C-179/94:

- ☐ Tiene operancia para casos de estados de excepción.
- ☐ Existen núcleos esenciales de los derechos, es decir, elementos sin los cuales el derecho deja de ser lo que es.
- ☐ No existen nociones anticipadas sobre el núcleo esencial de un derecho específico. Irremediamente es tarea del intérprete decir en casos concretos si se presenta una vulneración del núcleo esencial.
- ☐ En casos dudosos, el intérprete debe tener presente que la restricción es lo excepcional y lo excepcional debe justificarse sin dejar margen de duda.
- ☐ El intérprete debe inclinarse en favor de la libertad.

15.2. Sentencia C-445/98:

- ☐ De la fuerza expansiva del derecho a la libertad se deriva el principio *pro libertate*.
- ☐ Entre dos interpretaciones, una de las cuales reduce y la otra amplifica el derecho, debe preferirse la segunda.

16. Principio de proporcionalidad.

La Corte deduce la existencia de este principio de varias normas constitucionales, así: artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11º (prohibición de la pena de muerte), 12º (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13º (principio de igualdad) y 214º de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales).

16.1. Sentencia C-070 de 1996:

- ☐ La proporcionalidad alude a una prohibición de excesos.
- ☐ Es el corolario constitucional del principio legal de la antijuridicidad.
- ☐ Presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales.
- ☐ Tal ponderación se traduce en un juicio de proporcionalidad de los medios.
- ☐ Sirve para delimitar y concretar derechos constitucionales.
- ☐ Exhibe una naturaleza diferencial: admite diversas configuraciones legislativas dependiendo de la materia.
- ☐ Sólo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales.
- ☐ Entre mayor sea la intensidad de la restricción a un derecho, mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal de restringir.

16.2 Sentencia T-425 de 1995:

- ☐ La proporcionalidad se deduce del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.
- ☐ Es un límite al ejercicio de los derechos.
- ☐ Los límites trazados a los derechos deben ser los indispensables para que se cumpla el principio de la máxima efectividad de los derechos.
- ☐ La proporcionalidad implica una comparación de dos variables relativas en un caso.
- ☐ La limitación proporcional de los derechos requiere tomarse «en serio» la finalidad social del estado de garantizar la efectividad de los derechos.
- ☐ Este principio impide restricciones injustificadas.
- ☐ Es el juez quien hace la ponderación en colisiones de derechos constitucionales.
- ☐ Se debe buscar un equilibrio práctico de las necesidades de los titulares de los derechos.

16.3. Sentencias T-422/92, C-530/93, T-230/94, T-288/95 y C-022/96:

- ☐ La idea de proporcionalidad sirve para determinar si un trato diferente o una restricción de un derecho se ajustan a la Carta.
- ☐ Cuando dos principios entran en colisión, corresponde al juez constitucional determinar si la reducción de uno de ellos es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.
- ☐ Debe el juez, en primer lugar, determinar si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son «adecuados» para lograr el fin perseguido.
- ☐ Debe el juez, en segundo lugar, determinar si son «necesarios», en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y,
- ☐ Debe el juez, finalmente, determinar si las restricciones son «proporcionadas *stricto sensu*», esto es, verificar que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer.

16.4. Sentencia C-093/96:

- ☐ La restricción legal para el ejercicio de un derecho debe tener una finalidad constitucional.
- ☐ La proporcionalidad debe hacer efectivo y posible el derecho.
- ☐ La proporcionalidad atiende al medio empleado para el efecto y a su idoneidad para lograr el fin propuesto.
- ☐ El sacrificio que comporta la medida no debe superar el beneficio que se obtiene.

17. Principio de prevalencia de tratados internacionales.

Este principio tiene fundamento expreso en el artículo 93° de la Constitución y se debe entender según las siguientes directrices:

17.1. Sentencia C-179 de 1994:

- ☐ El alcance del artículo 93° constitucional es limitado.
- ☐ Tal artículo no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los todos los tratados y convenios.
- ☐ Sólo se refiere a éstos cuando tales instrumentos internacionales prohíben la limitación de derechos en los estados de excepción.
- ☐ La prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno requiere dos supuestos: el reconocimiento de un derecho humano y, de otra parte, que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción.
- ☐ El artículo 93° debe ser necesariamente interpretado en relación con el artículo 214-2 de la C.c.
- ☐ Una tercera condición para que esos tratados sean prevalentes es que no contraríen la Constitución, de manera que sólo deberán acatarse aquéllos que no vulneren sus preceptos.

18. Principio de la presunción de racionalidad del legislador.

Tampoco tiene fundamento directo en norma constitucional alguna, pero la jurisprudencia lo considera una norma implícita:

18.1. Sentencia C-112/96:

- ☐ Todo orden jurídico presupone una lógica interna.
- ☐ Esa lógica deriva del supuesto de la racionalidad del legislador.
- ☐ Se debe asumir que el legislador no se contradice.
- ☐ El intérprete debe asumir que el derecho es sistemático y coherente.
Es ésta «una pauta o directriz interpretativa».
- ☐ El intérprete debe analizar sistemáticamente; debe correlacionar; debe excluir interpretaciones absurdas.
- ☐ El juez debe aceptar que el derecho es un sistema y debe aceptar un principio de coherencia jurídica e institucional.

19. Principio de decisión normativa de las mayorías políticas.

Llamado también principio la libertad de configuración política del legislador. Ha dicho la Corte Constitucional a este respecto:

19.1 Sentencia C-109/95:

- ☐ La ley puede regular en forma diversa los distintos asuntos.
- ☐ El poder legislativo es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular.
- ☐ Al legislador corresponde establecer las regulaciones jurídicas según las específicas situaciones sociales de cada momento.
- ☐ El legislador no tiene una discrecionalidad absoluta, pues debe respetar la Constitución, puesto que ella es norma de normas (CP Art. 4°).
- ☐ En ciertos casos, la Corte Constitucional puede formular sentencias en las cuales integra el ordenamiento jurídico mientras que el legislador se ocupa del tema.

20. Principio de libre iniciativa legislativa.

Consagrado en el artículo 154° de la C.c. es interpretado de la siguiente manera:

20.1. Sentencia C-360/96:

- ☐ Prevalece el principio democrático, la soberanía popular, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y la cláusula general de competencia.
- ☐ La regla general establecida en el artículo 154° de la Carta que consagra el principio de la libre iniciativa, permite concluir que, con excepción de las específicas materias reservadas por la propia Constitución, la directriz general, aplicable a la iniciativa legislativa de los miembros del congreso, es la de la plena libertad.
- ☐ Las excepciones de la Constitución son de interpretación restrictiva y no pueden ser ampliadas

20.2. Sentencia C- 490 de 1994:

- ☐ No existe en la Constitución una interdicción general aplicable a la iniciativa de los miembros del Congreso para presentar proyectos de ley que comporten gasto público.

21. Principio de mensurabilidad.

No tiene fundamento normativo expreso en la C.c., si bien la jurisprudencia lo deriva de otros principios básicos, como la cláusula del estado social de derecho:

21.1. Sentencia C-318 de 1995:

- ☐ Las potestades discrecionales se encuentran sometidas al principio de mensurabilidad.
- ☐ En ningún caso la potestad discrecional puede constituirse como un poder indefinido o ilimitado.
- ☐ En el Estado social de derecho las competencias son regladas y el margen de discrecionalidad de los agentes públicos debe ejercitarse dentro de la filosofía de los valores y principios materiales de la nueva Constitución.
- ☐ La potestad discrecional exige definición de su ámbito de acción, los fines a cumplir y la forma en la cual se debe desplegar la conducta mencionada y de las circunstancias teleológicas y materiales.

22. Principio de participación democrática.

Consagrado en varias normas constitucionales, entre ellas el preámbulo y el artículo 2º.

22.1. Sentencia C-021 de 1996:

- ☐ La participación es un principio constitucional que no se agota en el terreno de las decisiones políticas, sino que se extiende a los más diversos campos.
- ☐ Es clara la voluntad del Constituyente en el sentido de facilitar, estimular y aun hacer forzosa, en algunos casos, la presencia activa de los gobernados.
- ☐ La democracia participativa procura otorgar al ciudadano la certidumbre de que no será excluido del debate, ni de la resolución, ni de los procesos políticos.
- ☐ El ciudadano es parte activa en las determinaciones de carácter público.
- ☐ El tránsito de una democracia representativa a una participativa implica un nuevo modelo que incorpora a los mecanismos tradicionales, instituciones de democracia directa.

En las Sentencias T-03 del 11 de mayo de 1992 y C-454 de 1993 dijo la Corte que: «el principio de la participación se constituye en elemento esencial dentro de la filosofía política que inspira la Carta y en sustento innegable de las nuevas instituciones». Y ha dicho también en la Sentencia T-418/ 1993 que «en la democracia representativa también hay participación [...]. Pero la democracia no tiene que ser siempre la decisión directa y personal de los asociados sobre todo asunto, sin lugar de ser representados».

23. Principio de universalidad.

La Corte Constitucional acuñó el principio de universalidad para fijar las condiciones a partir de las cuales un tribunal puede apartarse de sus precedentes. Un caso particularmente polémico es el de la Sentencia SU-047 de 1999, mediante la cual se rectificó, en sede de tutela, la doctrina sobre inviolabilidad parlamentaria que se había asentado en las sentencias C-222 de 1996 y C-245 de 1996. Veamos:

23.1. Sentencia SU-047 de 1999:

- ☐ El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos.
- ☐ Todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, por cuatro razones:
 - a. Consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico: las normas deben tener un significado estable; las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles.
 - b. La libertad ciudadana y el desarrollo económico: una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas.
 - c. El principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez.
 - d. Finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos.
- ☐ Pero el precedente no debe ser sacralizado.
- ☐ No se debe petrificar el ordenamiento jurídico.
- ☐ No puede provocar injusticias en la decisión de un caso.
- ☐ Las equivocaciones del pasado no tienen porqué justificar las equivocaciones del futuro.
- ☐ Una interpretación puede haber sido útil pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares.
- ☐ A veces es irrazonable adherir a la viejas hermenéuticas.
- ☐ Todo sistema jurídico presenta una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica y la realización de la justicia material del caso concreto.
- ☐ Un juez puede distanciarse de sus propios precedentes.
- ☐ Un funcionario judicial, en ejercicio de su autonomía interpretativa, puede modificar, aunque no de manera caprichosa, su entendimiento de las disposiciones legales y apartarse de sus decisiones previas.
- ☐ Incluso en los sistemas del *Common Law*, el principio del «*stare*

decisis» o estarse a lo resuelto en casos anteriores, no es absoluto: los jueces pueden apartarse de un precedente, con el fin de precisar, corregir o modificar una línea jurisprudencial.

- ☐ La modificación del precedente sólo puede ser llevado a cabo por la propia corporación judicial que lo formuló.
- ☐ Corresponde a la Corte Constitucional modificar las doctrinas constitucionales vinculantes que haya desarrollado en sus distintos fallos.

23.2. Salvamento de voto de la sentencia SU-047/99 (Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz):

- ☐ El precedente es un requisito de la interpretación constitucional.
- ☐ Hoy día se centra la atención del precedente en su relación con el principio de universalidad fundado en el primer imperativo categórico kantiano que dice «haz sólo aquello que al mismo tiempo puedas querer se convierta en ley universal».
- ☐ El juez sólo debe adoptar decisiones que en el futuro esté dispuesto a aplicar a casos similares.
- ☐ Cuando hay varias elecciones interpretativas, la decisión solo puede ser controlada por el principio de universalidad.
- ☐ El respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a esto: los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios *ad-hoc*, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro.
- ☐ El juez tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.
- ☐ Existe una exigencia de universalidad de la argumentación jurídica, que es el requisito mínimo de racionalidad que debe tener una decisión judicial.
- ☐ Los jueces deben decidir sus casos con base en «principios neutrales y generales».
- ☐ Se deben decidir de manera similar los casos iguales.
- ☐ La existencia de una *ratio decidendi* en una sentencia es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que tienen los jueces -funcionarios no electos- de decidir sobre la libertad, los derechos y los bienes de las otras personas.

- ❑ Todo cambio de jurisprudencia debe someterse al siguiente *test*: (1) que los jueces no actúen de manera coyuntural; (2) que las razones jurídicas que sirvieron para afirmar una determinada doctrina hayan demostrado su incompatibilidad con la comprensión actual del orden constitucional, porque, por ejemplo, el paso del tiempo las puede haber convertido en obsoletas o anacrónicas; (3) que exista un nuevo argumento que no hubiera sido discutido al momento de sentar la doctrina constitucional convertida en precedente y que éste resulte suficientemente convincente como para saldar las dudas sobre los verdaderos intereses de la corporación; (4) que el efecto benéfico del cambio de doctrina constitucional sea nítidamente superior al daño –en términos de legitimidad de la corporación y de seguridad jurídica– que produce el mencionado cambio.

23.3. Sentencia C-400 de 1998:

- ❑ Un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo.
- ❑ El tribunal tiene la carga de argumentación y aportar las razones que justifican el apartamiento.
- ❑ Se debe estructurar una nueva respuesta al problema planteado.
- ❑ No basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior.
- ❑ Para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho.

24. Principio de racionalidad.

Este principio normalmente aparece asociado al de razonabilidad en la jurisprudencia de la Corte:

24.1. Sentencias C-530 de 1993 y T-445 de 1994:

- ☐ La razonabilidad hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad.
- ☐ La racionalidad, en cambio, expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Es simplemente, producto de la esencia racional del ser humano.
- ☐ Es posible afirmar que no es improbable que se presente la eventualidad de que un trato desigual «racional» -el supuesto de hecho, el trato desigual y la finalidad sean coherentes entre sí- no sea «razonable», porque la finalidad perseguida no es constitucionalmente admisible.
- ☐ Tampoco cabe desechar que unos supuestos de hecho distintos con una estructura razonable sea objeto de una diferenciación irracional.

24.2. Salvamento de voto a la Sentencia T-561/93:

- ☐ La racionalidad constitucional constituye una garantía de los derechos fundamentales y debe ser respetada incluso en aquellos casos en los cuales la aplicación del derecho constituye un inconveniente coyuntural.
- ☐ Pasar por encima de los procedimientos jurídicos, para lograr un hipotético beneficio social posterior, es ajeno a todo principio y valor constitucional y, por lo tanto, debe ser rechazado por la Corte Constitucional.

25. Principio de razón suficiente.

Sin fundamento normativo expreso. Dice la Corte Constitucional:

25.1. Sentencia C-428 de 1997:

- ☐ La igualdad busca un tratamiento igual para casos análogos y diferente para situaciones cuyas características son distintas.
- ☐ La existencia de la igualdad no limita la posibilidad de que pueda darse un tratamiento diferente para hechos que se encuentran cobi-

jados bajo una misma premisa, siempre que la diferencia esté amparada por una razón clara y lógica que la convalide y que la doctrina constitucional ha denominado «principio de razón suficiente».

- ☐ Por ello, el establecer formas de diferenciación y tratamientos distintos no necesariamente conduce a una discriminación, pues a ésta sólo se llega cuando la diferencia no es el resultado de una justificación razonable y lógica.

26. Principio de prevalencia de la justicia material.

Un principio bastante recurrido en la jurisprudencia reciente. A veces se confunde con el principio de prevalencia del derecho sustancial.

26.1. Sentencia T- 058 de 1995:

- ☐ La prevalencia de la justicia material sobre los procedimientos tiene la naturaleza de un principio y, en consecuencia, su relevancia sólo puede ser el resultado de un trabajo de sopesamiento con otros principios y reglas.
- ☐ La prevalencia absoluta de la justicia material es insostenible teóricamente e impracticable judicialmente.
- ☐ Cuando la justicia material entra en conflicto con otros principios como el de certeza, seguridad y objetividad jurídica, la solución a dicho conflicto debe resultar del análisis fáctico que se plantea ante el juez de tutela.
- ☐ Existen casos en los cuales la aplicación directa y estricta de la norma contemplada, conduce a un resultado odioso o contraproducente que debe ser remediado mediante una interpretación que de prioridad a consideraciones de tipo material.

26.2. Sentencia T-429 de 1994:

- ☐ El principio de justicia material se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica.
- ☐ Exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias de la decisión y por la persona que es su destinataria.
- ☐ Las decisiones de los jueces deben significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales.

27. Principio de prevalencia de la realidad.

Tiene fundamento expreso en el artículo 53° de la C.c. que alude a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

27.1. Sentencia T-286 de 1994:

- ☐ Las normas de la Constitución relativas al tema laboral deben entenderse y aplicarse teniendo en cuenta que la vigencia efectiva de los derechos laborales exige la eliminación de mecanismos y procedimientos que en la práctica tiendan a convertirlos en teorías abstractas e inaplicables.

27.2. Sentencia T-290 de 1994:

- ☐ La norma que establece la primacía de la realidad tiene el sentido de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales sean meros enunciados abstractos.

28. Principio de primacía del derecho sustancial.

El artículo 5° del Código de Procedimiento Civil colombiano dice que al interpretar la ley procesal, el juez debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Esta misma pauta fue recogida en el artículo 228° de la C.c., mientras que la jurisprudencia ha ofrecido las siguientes pautas:

28.1. Sentencias T-283/94 y C-383 de 1997:

- ☐ La primacía del derecho sustancial significa que los procedimientos legales adquieren su sentido pleno en la protección de los derechos de las personas.
- ☐ Cuando la aplicación de una norma procedimental pierde el sentido instrumental y finalista para el cual fue concebida y se convierte en una mera forma inocua o, más grave aún, contraproducente, el juez debe obviar el trámite formal en beneficio del derecho fundamental afectado.

- ❑ Por lo general, la mejor manera de proteger los derechos se encuentra en la observancia de las formalidades y procedimientos consagrados en la ley.
- ❑ Comoquiera que todo procedimiento es un medio para la protección de derechos, el juez debe demostrar en la parte motiva de su fallo que, en el caso específico que analiza, las formalidades impuestas por la ley perdieron tal virtualidad.
- ❑ La relación entre las formas jurídicas y los derechos sustanciales debe ser analizada en la situación concreta y de acuerdo con el sentido que allí despliegue cada uno de estos elementos.
- ❑ La preferencia del Estado social de derecho por la efectividad de los derechos no significa subestimación *per se* de las formalidades y de la seguridad jurídica, sino más bien adecuación de medio a fin entre éstas y aquéllos.

28.2. Sentencias C-026 de 1993 y C-029 de 1993:

- ❑ La intención del Constituyente no fue la de eliminar los preceptos legales que establecen formalidades o requerimientos en el trámite de los procesos judiciales.
- ❑ El propósito de este principio es el de abolir el excesivo rigorismo formal, es decir, la exigencia de múltiples condicionamientos de forma tal que en nada tocan con el fondo del asunto sometido a juicio, o con el derecho en sí mismo considerado, y que su omisión no impide que el fallador profiera decisión definiendo a quién corresponde el derecho.

Hasta aquí los principios para la interpretación constitucional que responden al modelo que hemos tomado como guía. Por supuesto que en la jurisprudencia colombiana se encuentran muchos otros principios que tienen relevancia en el campo del derecho constitucional pero hay que decir que funcionan de otra manera y tienen una estructura diferente. Ejemplos de ellos podrían ser los siguientes, retomando algunos otros significados corrientes de la expresión principio jurídico expuestos con maestría por el profesor Genaro R. Carrió en su famosa conferencia de dictada en Buenos Aires en el año de 1969⁸:

8 Genaro Carrió. *Op cit.* p. 32 y ss.

- a) Se alude a principio como parte o ingrediente importante de algo, propiedad fundamental, núcleo básico, característica central. En este sentido el derecho constitucional de occidente ofrece ejemplos precisos, acogidos por el derecho colombiano, como el principio de la separación de poderes (Art. 113° de la Constitución colombiana). Muchos creen que sin separación de poderes no existe Constitución, según la difundida Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Art. 17°.
- b) Principio puede utilizarse en el sentido de *regla, guía, orientación o indicación* general, como en el caso de las llamadas normas programáticas, las cuales podrían ejemplificarse en la C.c. así: el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (Art. 43° de la C.c.); la ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria (Art. 49° de la C.c.); el estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados (Art. 13° de la C.c.), etc.
- c) Se vincula principio con las ideas de fuente generadora, *causa u origen*, como en el caso del artículo 3° de la C.c. según el cual «La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público» o bien el artículo 94° de la C.c. a cuyo tenor literal «La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos».
- d) También se alude a principio para aludir a axiomas, premisas, verdades evidentes, esencia, punto de vista inalterable, como cuando el artículo 5° de la C.c. postula «la primacía de los derechos inalienables de las personas».
- e) Principio en sentido de finalidad, objetivo, propósito o meta. Es así que la C.c. postula que son principios los fines esenciales del Estado y dice cuáles son aquellos fines esenciales (Art. 2°), o bien el preámbulo de la C.c.
- f) Asimismo, con las ideas de máxima, aforismo o proverbio, un buen ejemplo de los cuales podría ser el artículo 83° de la C.c. que recoge el principio de la buena fe o el artículo 29° que prohíbe las leyes *ex post facto*.

La C.c. contiene una amplia gama de principios que responden a los anteriores focos de significación, pero estos ameritarían un tratamiento aparte. La importancia de un trabajo en ese sentido estriba en el hecho de que sin claridad sobre ellos, como dice Stern, la Constitución corre el peligro de no poder cumplir su función de estabilidad y orden, o bien el peligro de la supremacía de uno de los poderes constituidos dado que no existiría un orden material y estructural fundamental.⁹ Por la misma razón resultaría útil saber cuáles son, cuál es la función y en qué consisten los principios constitucionales: en ellos están contenidas las bases de la institucionalidad, los fundamentos político-económico-sociales, las garantías fundamentales de los ciudadanos, las disposiciones acerca de cómo debe operar el sistema jurídico y las disposiciones rectoras de las relaciones internacionales. Todo el sistema político y jurídico colombiano, puede decirse con certeza, está ligado a la existencia de unos principios.

Bolívar y su propuesta constitucional de 1826

Juan Carlos Morón Urbina

«[...] Bolívar vio, desde su prodigiosa altura intelectual, esta dicotomía entre las teorías y las realidades, que va a dominar durante más de un siglo la historia político-constitucional de Iberoamérica. Quiso mediar en medio de las fuerzas dispares e insertarlas en unas estructuras viables. Quiso hacer ver a los políticos la fuerza social de los militares, y a los abogados la necesidad de formas constitucionales realistas; intentó crearse fuerzas militares adictas, incluso utilizando ampliamente a oficiales voluntarios extranjeros, y reservarse, como Presidente, la administración de la poderosa palanca que suponía el distribuir a los militares las haciendas confiscadas a los realistas (sistema inaugurado con gran eficacia con Páez). Quiso, en fin, adelantándose a su tiempo, establecer la continuidad entre el antiguo y el nuevo régimen, logrando una independencia sin revolución, un gobierno fuerte y eficiente, una organización continental y estable, un sistema capaz de absorber los cambios en una evolución armónica, sin sacudidas demasiado fuertes. A ello consagró un pensamiento político genial, que no por haber sido inaceptado en su tiempo ha perdido una fecundidad, tal vez hoy mayor que nunca. Pero no era posible entenderlo sin situarlo en este contexto de las fuerzas que intentó, en vano, dominar; legitimidades rotas, guerra civil ilimitada, ideólogos exaltados y caudillos indomables [...]». (Manuel Fraga Iribarne; “La evolución de las ideas de Bolívar sobre los Poderes del Estado”).

Introducción

Con vigencia formal desde el 09 de diciembre de 1826 hasta el 11 de junio del año siguiente y escasa eficacia real en el país, la Constitución

peruana preparada por el Libertador Simón Bolívar reúne características propias de contenido y sentido –dentro de la proyección americana del pensamiento bolivariano–, que la individualizan dentro de la Historia Constitucional del Perú.

Como apreciaremos a continuación, este texto constitucional ha congregado en torno a él las opiniones más diversas de quienes han abordado la evolución de las ideas políticas e institucionales en nuestro país; desde la hipérbole más comprometida hasta la crítica más ácida que ha motivado Carta alguna en nuestra existencia.

Entre las críticas más adversas expuestas por los juristas nacionales resalta la de Toribio Pacheco¹, quien considerando a Bolívar «el más grande déspota de los tiempos modernos», nos advierte que su texto constitucional:

«[...] en su conjunto y en sus más importantes disposiciones aparece como un plagio ridículo de la Constitución francesa del año II y decimos ridículo porque ni Bolívar, a pesar de su prestigio, contaba con los mismos elementos que el Cónsul Bonaparte para la duración de su obra, ni la sociedad peruana se parecía en nada a la francesa de esa época [...]».

Sacando de esto una muy triste consecuencia para el Libertador de la América, y es que:

«[...] no conocía el país en donde se hallaba y que, a pesar del vasto genio que comúnmente se le atribuye, caía frecuentemente bajo el influjo de ilusiones que, más de una vez, le produjeron amargos desengaños».

Dentro de esa misma posición crítica aunque moderada por el tiempo, encontraremos a Víctor Andrés Belaunde² –calificado por Fraga como el más profundo y fino intérprete del pensamiento político de Bolívar–, quien opina que el Libertador no acertó en la formulación de sus propósitos en esta Constitución, puesto que:

1 Toribio Pacheco; «**Cuestiones constitucionales**», Editorial Grijley. 1996, pp. 77 y 81.

2 Víctor Andrés Belaunde; «**La constitución vitalicia**». En: Mercurio Peruano, Año XI, Volumen XVII N° 117. Marzo 1928.

«Bolívar quiso realizar el milagro de reunir las cualidades de todos los sistemas; en realidad lo que hizo fue reunir todos sus defectos: el absolutismo del régimen vitalicio, la agitación demagógica de las asambleas electorales, los inconvenientes del centralismo y de la federación».

Por otro lado, Antonio Leocadio Guzmán³ –cercano colaborador de Bolívar y glosador coetáneo de aquella Constitución– afirma hiperbólicamente:

«[...] Esta no es sólo la Constitución de Bolivia, no es sólo una Constitución, sino el resumen de todo lo bueno que los hombres han sabido en la ciencia de gobierno; y el germen de una felicidad inmensa, que se desarrollará en medio de las sociedades que tengan la dicha de adoptarla. Jamás a mi entender, en el discurso de tantos siglos que ha que existe el género humano, se le ha ofrecido una producción de igual importancia ni de valor igual», y concluye sentenciando que «Bolívar al concebir y publicar este proyecto, se ha colocado en medio de dos mundos, ha sacado del uno lo más sublime de la libertad y del otro lo más sólido del Gobierno».

3 Antonio Leocadio Guzmán; «Ojeada al proyecto de Constitución que el Libertador ha presentado a la República Bolívar» Imprenta Republicana. Lima, 1826; pp. 4 y 10. Obra de cincuenta y dos páginas publicada en su tiempo para divulgar el proyecto de Carta y afianzar su aprobación nacional, lo cual le valió ser distribuida oficialmente por el Gobierno entre los Colegios Electorales. Es necesario revalorizar la importancia histórica de este personaje venezolano en el pensamiento político de Bolívar puesto que en los momentos claves del proceso integrador y de la proclamación de la dictadura bolivariana en Guayaquil, Panamá y Venezuela desempeñó el rol de comisionado personal del Libertador, llevando mensajes orales a líderes como el general Toro, Montilla, Padilla y José, Antonio Páez. Precisamente en una carta –la cual ruega se mantenga en absoluto secreto– dirigida por el Libertador a este último el 15 de noviembre de 1826, le diría: «Guzmán debe haber visto a Ud.; no dudo que le haya descubierto hasta el fondo de mi corazón; él lo ha visto hasta en sus últimos repliegues; lo ha visto todavía más de lo que en día es». En Hernández Sánchez Barba, «Simón Bolívar Discursos, proclamas y epistolario político» pp. 318 y 319. Para un análisis de la historia de este personaje puede leerse con provecho **Guzmán: elipse de una ambición de poder** (609 pp.) de Ramón Díaz Sánchez, Ediciones del Ministerio de Educación Nacional –Dirección de Cultura y Bellas Artes-. Caracas, Venezuela. 1950.

Por su parte, el estudioso Gustavo Adolfo Otero⁴ exalta este proyecto constitucional afirmando que:

«[...] la Constitución de Bolivia se ofrece ante la mirada de la historia continental como una de las fuentes más llenas de atractivos para la investigación, por su doble contenido de jurídico y por su trascendencia de proyección americana. Si estos dos aspectos no fueran bastantes para inquietar al espíritu, hay uno de gran sugestión psicológica, y es que esta Constitución de Bolívar, fue la piedra de sacrificio del Libertador».

También tenemos en este repertorio de pareceres, la equilibrada posición de don Lizardo Alzamora⁵ para quien:

«La nueva Constitución, a pesar de sancionar algunos avances democráticos en materias generales sobre la de 1823, tenía un profundo tono aristocrático y jerárquico. La vitalidad del Presidente y la de los Censores copiaba la organización napoleónica, que muchas veces imitó Bolívar, a pesar de lo que confesaba a su amigo Lacroix y consta en el famoso diario de Bucaramanga».

Finalmente, tenemos aquellos pareceres que siguen la objetividad necesaria otorgada por la serenidad del tiempo y el desapasionamiento inherente al jurista. En primer lugar, la justa consideración de Manuel Vicente Villarán, para quien:

«Puede sostener honroso paralelo la Constitución ideada por Bolívar con su prototipo francés al que, en cierto modo, mejora y supera. Ambas concepciones son, sin duda, erróneas como planes permanentes y para situaciones normales. [...] Para realizar este anhelo, Bolívar —no hay que ocultarlo— quiso, como Napoleón, estabilizar el gobierno en su persona, a fin de contener las inminentes borrascas de la anarquía y preparar dentro del orden una nueva era. Pudo hacerse monarca y rehusó por convicción, por prudencia y por orgullo. Pudo hacerse

4 Gustavo Adolfo Otero; «**Bolívar y Bentham**». En: Historia Revista de Cultura. Enero-Junio 1944, Volumen Segundo.

5 Lizardo Alzamora Silva; **La evolución política y constitucional del Perú independiente**. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho, p. 27.

dictador perpetuo y prefirió las vías de la Constitución. Pudo en fin practicar el porfirismo, con reelecciones sucesivas de grado, por fuerza o por intriga y optó por el camino franco y audaz de la Presidencia vitalicia. Dejó con ello una lección magnífica de sinceridad y valor moral; pero cometió un error de táctica política que produjo su ruina⁶.

Por su parte, la consideración análoga de José Pareja Paz-Soldán⁷ en el sentido que:

«Se ha querido ver en la Presidencia vitalicia de 1826 una forma camuflada de la Monarquía. Esta apreciación es totalmente injusta. Ya hemos dicho que Bolívar profesó un republicanismo sincero e indestructible. Fue toda su vida un republicano ciento por ciento. Lo fue por convicción sincera, porque intuía claramente que ese era el sentido invencible de la revolución americana y porque conocía con exceso, a los hombres, la realidad y el camino de América. [...] Al amparo de su inmenso prestigio nacional y de su gloria, el Libertador intentó crear una forma de gobierno que estabilizara el estado, alejase la anarquía y preparase la educación política del pueblo [...]. Bolívar pudo hacerse monarca y rehusó [...]. Pudo hacerse dictador perpetuo y prefirió la vía constitucional. Pudo mantenerse indefinidamente en el poder mediante sucesivas y forzadas elecciones y optó por el camino fresco y audaz de la Presidencia vitalicia que a su manera de ver, habría preparado dentro del orden, la nueva era. Chocó con la incompreensión de todos. Y fracasó. Porque no quiso entender que América hispana al advenir a la vida independiente, tenía que rendir tributo inevitable al caudillaje y a la anarquía».

Por su parte, el constitucionalista español –siempre preocupado por el devenir constitucional americano– Fraga Iribarne⁸ al exponer su parecer sobre esta Carta afirma:

6 Manuel Vicente Villarán; *Páginas escogidas*. Lima, 1962; p. 30 y ss.

7 José Pareja Paz Soldán; *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979. Apreciaciones y comentarios*. Tercera edición. Ediciones Justo Valenzuela V. E.I.R.L. p. 46 y s. Cabe anotar que el mismo texto con algunas imperfecciones de impresión fue planteado en su obra «Las constituciones del Perú» (exposición crítica y textos). Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1954; pp. 167 y siguiente.

8 Manuel Fraga Iribarne; «La evolución de las ideas de Bolívar sobre los Poderes del Estado». En: *Revista de Estudios Políticos* N° 117-118; mayo-agosto, año 1961.

«Más que el texto mismo, la velocidad y los procedimientos que se utilizaron para implantarlo, dañaron a la nueva Constitución [...]. En los países que él había libertado, los “bolivianos” eran muchos, por lealtad personal al Libertador; por la preocupación que aún inspiraban España, la Santa Alianza y el Brasil; por el ejemplo de la anarquía ya existente en México, Buenos Aires y Chile, y por el temor del fracaso de la República pura y a la sublevación de las razas, que tanto temía el propio Bolívar. Pero aún eran más los desconfiados, que al final se salieron con la suya».

Finalmente, en una reciente obra de publicación póstuma, Luis Alberto Sánchez⁹ al referirse al pensamiento constituyente de Bolívar afirma con el peso de su autoridad que:

«Los enemigos del Libertador pusieron el grito en el cielo contra sus “ambiciones napoleónicas”. En verdad no era más que su fe en la quimera de la unidad continental y su lucha enérgica contra el peligro de la anarquía. Deseaba que las nacientes repúblicas superaran sin trastornos sus primeras enfermedades de crecimiento. Sentía la imperiosa necesidad de ser “dictador a pesar suyo” si fuere menester [...]». Para concluir afirmando comprensivamente «Era en verdad la mejor Constitución que podía hacerse».

Esta síntesis de pareceres encontrados provenientes de los más preclaros estudiosos de nuestro constitucionalismo, nos advierten de lo contradictorio que ha sido la consideración de la historia constitucional peruana con la Constitución preparada por Bolívar. En verdad, como primera aproximación informativa al tema, cabe resaltar que la estructura *sui generis* de los poderes del Estado, y, en particular, la del poder ejecutivo ha ocupado interés preferente de la crítica especializada concentrando su atención; de suerte tal, que ha impregnado cualquier consideración favorable o desfavorable, cargando de emotividad y apasionamiento el análisis.

Lo cierto es que no es un episodio de nuestra historia constitucional de fácil análisis, ya que congrega en sí características excepcionales en nuestro país y difícilmente reproducibles:

9 Luis Alberto Sánchez Sánchez; **A Bolívar**. Instituto Luis Alberto Sánchez, 1997, p. 168.

- a) Haber sido una Constitución otorgada por la autoridad del Libertador y no pactada como han sido todas las demás Cartas en nuestro país;
- b) Inexistencia de documentos sobre los antecedentes y del proceso para la gestación de sus preceptos, aunado a la carencia de una exposición de motivos más o menos amplia que permita a los analistas conocer la razón esencial de su articulado, salvo el denominado «Discurso» que es bastante general; todo lo cual obliga a acudir a fuentes indirectas como las cartas del Libertador o de otros personajes de la época;
- c) Ser un proyecto constitucional típicamente proveniente de la autoridad unipersonal de un hombre de acción como Bolívar, cuya figura y actuación política de por sí genera adhesiones y repulsas a sus analistas¹⁰;
- d) Haber rodeado su proceso generativo de un halo de misterio que dificulta conocer *a priori* por ejemplo, las razones de los cambios entre los proyectos sometidos a Bolivia y a Perú, que contrariamente a lo generalmente aceptado, no fueron idénticos;
- e) La pretensión consciente del texto por perfilarse como una síntesis particular entre diversas corrientes constitucionales y de ideologías en boga en la época sin seguir un patrón único, que por ejemplo, le otorga el privilegio de concentrar en su estructura el poder neutro (con la presencia de la Presidencia vitalicia) con el poder conservador (en el Senado conservador) así como ser la única que atribuye facultades activas propias en asuntos gubernativos al cargo de Vicepresidente.

Pero un aspecto que resulta importante tomar conciencia es analizar si en el pensamiento bolivariano esta Carta se trataba de una Constitución de transición –en los términos planteados por Alberdi–, esto es que fue como un medio para madurar el proceso de síntesis durante una

10 Como bien resalta Fraga Iribarne debemos anotar la idea de que Bolívar expone en la Constitución de 1826 su pensamiento absoluto, como lo testimonia el propio Libertador cuando escribió a Santander el 27 de diciembre de 1825 desde Chuquisaca, «[...] A propósito, estoy haciendo una constitución muy fuerte y muy bien combinada para este país [...]. En general, la constitución esta muy bien trabada y el discurso que dará, para probar su utilidad será muy fuerte. No dudo que será mejor que el otro de Angostura, pues ya no estoy en estado de transigir con nadie». Jorge Pérez Concha; *Pensamiento político de Bolívar* p. 83.

etapa de tensiones de crisis política, con miras a una estabilidad futura; o, si contrariamente, pertenecía a las denominadas Constituciones definitivas que se suelen establecer en momentos de consolidación de alguna ideología, grupo social, o luego de concluido un proceso de crisis.

1. Proceso histórico del proyecto constitucional del Libertador para la naciente República de Bolivia

1.1. Perspectiva continental del proyecto: Federación Boliviana o de los Andes

Analizar la importancia de la Constitución peruana de 1826 resulta imposible sin referirla a la Constitución boliviana del mismo año, de igual modo como ambas no pueden comprenderse a plenitud dentro del pensamiento del Libertador sin hacer referencia a su proyecto panamericano.

Dichos textos normativos pretendían constituir una fase dentro de un proceso de integración americana que Bolívar sólo llegó a iniciarlo, pero fue rápidamente desestabilizado. Dentro de dicho pensamiento, estos textos poseían una fuerte concepción federativa entre diversos Estados cuyo punto de conexión político sería la Carta constitucional homogénea en todos sus miembros, la Presidencia vitalicia federativa y un Congreso Panamericano electo proporcionalmente por cada Estado integrante: Bolivia, Perú y Colombia.

Tan luego concluido el proyecto de Constitución para Bolivia, el propio Libertador comunicó esta concepción en su carta de 12 de mayo de 1826 dirigida al General Antonio Gutiérrez de la Fuente, en la cual acerca de las voces que en Venezuela clamaban por el retorno al imperio ante la crisis generalizada que atravesaba y el temor que igual situación se proyectase a Perú, decía:

«Después de haber pensado infinito, hemos convenido entre las personas de mejor juicio y yo, que el único remedio que podemos aplicar a tan tremendo mal es una federación general entre Bolivia, el Perú y Colombia, más estrecha que la de los Estados Unidos, mandada por un Presidente y vicepresidente y regida por la constitución boliviana, que podrá servir para los Estados en particular y para la federación en general, haciéndose aquellas variaciones del caso.

La intención de este pacto es la más perfecta unidad posible bajo una forma federal. El gobierno de los estados federales o particulares quedará al Vicepresidente con sus dos cámaras para todo lo relativo a religión, justicia, administración civil, economía y, en fin, todo lo que no sea relaciones exteriores y guerra. Cada departamento mandará un diputado al congreso federal y éstos se dividirán en las secciones correspondientes, teniendo cada sección un tercio de diputados cada república. Estas tres cámaras, con el vicepresidente y los secretarios de Estado, que serán escogidos en toda la república. El Libertador, como jefe supremo, marchará cada año a visitar los departamentos de cada Estado. La capital será un punto céntrico. Colombia deberá dividirse en tres Estados: Cundinamarca, Venezuela y Quito; la federación llevará el nombre que se quiera; habrá una bandera, un ejército y una sola nación. De cualquier modo que sea, es indispensable que se dé principio a este plan por Bolivia y el Perú, como que, por sus relaciones y situación local, se necesitan más una al otro. Después me será fácil hacer que Colombia adopte el único partido que le queda de salvación. Unidos el alto y bajo Perú, Arequipa será la capital de uno de los grandes departamentos que se formen a manera de los tres de Colombia [...].¹¹

En otra misiva de la misma fecha, pero dirigida al Mariscal Antonio José de Sucre –quien en ese momento aparentemente se retiraba de la actividad gubernativa– confiesa este mismo objetivo aunque aporta datos complementarios y algunos de ellos ciertamente incompatibles sobre su visión de esa futura federación e incluso con la Carta boliviana:

«Se está imprimiendo hoy mismo mi constitución boliviana; ésta debe servir para los estados en particular y para la federación en general, haciéndose aquellas variaciones que se crean necesarias. Ud. debe dar el ejemplo con Bolivia a esta Federación, adoptando desde luego la constitución que ha recibido una perfección casi inesperable [...].

La intención de este pacto debe ser la más perfecta unidad posible bajo una forma federal. El gobierno de los estados particulares quedará al presidente y vicepresidente con sus cámaras, con todo lo relativo a la religión, justicia, administración civil, economía, y, en fin, todo lo que no sea relaciones exteriores, guerra y hacienda nacional. El gobierno

11 Simón Bolívar, *Escritos Políticos*, p. 153 y ss. Alianza Editorial. 1990.

general se compondrá de un presidente, vicepresidente y tres cámaras para manejar la hacienda nacional, la guerra y las relaciones exteriores. Cada departamento de las tres repúblicas mandará un diputado al gran congreso federal, y ellos se dividirán en las tres secciones correspondientes, teniendo cada sección un tercio de diputados de cada república. Estas tres cámaras, con el vicepresidente y los secretarios de estado (que serán escogidos éstos en toda la república) gobernarán la federación.

El Libertador, como jefe supremo, marchará cada año a visitar los departamentos de cada estado. La capital será un punto céntrico como Quito o Guayaquil; Colombia deberá dividirse en tres estados, Venezuela, Cundinamarca y Quito; uno tomará el nombre de Colombia, que probablemente será Cundinamarca; la federación llevará el nombre que se quiera, pero sería probable que fuese Boliviana. Habrá una bandera, un ejército y una nación sola. Heres dice que es mejor que haya dos naciones como Bolivia compuesta del Bajo y Alto Perú, y Colombia compuesta con sus partes constituyentes. Que yo sea el presidente de ambas naciones y haga lo mismo que con una. El consejo de gobierno quiere la reunión de las tres repúblicas, como he dicho antes, y Pando se inclina a uno y otro partido [...].

De cualquier modo que sea, creo indispensable el que se dé principio a este plan por Bolivia y el Perú, y todavía crea más indispensable el que Ud. conduzca los negocios de ese país hasta que yo vuelva a darle una dirección general a esta federación. Entonces no faltará algún amigo a quien convenga favorecer para esa presidencia. El general Santa Cruz servirá éste del Perú a menos que se desagraden de él, lo que no espero, porque él es bastante agradable y sagaz».¹²

En ambas misivas, que fueron datadas en la misma fecha y tan luego concluida la formulación de su proyecto constitucional resalta la sólida proyección panamericana del documento, que trascendía el alcance de un Estado; pero, no podemos dejar de reparar en las diferencias orgánicas que claramente fluyen al comparar su organización propuesta. Sobre todo si nos detenemos en contrastar la noción de cómo se estructuraría el comando de cada estado federado o en el tema de la distribución de competencias entre el gobierno nacional y el de nivel federal. Lo cual aunado a la insuficiente información acerca del plan integral de la Federación, nos anima a afirmar que para esta época no

12 Simón Bolívar, *Escritos Políticos*. pp. 147 y 151. Alianza Editorial. 1990.

se encontraba uniformemente determinado o no se deseaba su temprana divulgación.

En una carta ulterior dirigida a Páez el 8 de agosto de 1826 el Libertador reconoce estas circunstancias, pero tampoco nos aporta mayores criterios para dilucidarlos; en ella le dice:

«[...] Yo desearía que con algunas modificaciones se acomodara el Código boliviano a Estados pequeños enclavados en una vasta Confederación, aplicando la parte que pertenece al Ejecutivo al gobierno general y el poder electoral a los Estados particulares».

Lamentablemente las fuentes directas conocidas resultan insuficientes para conocer en lo orgánico las bondades integrales de este proyecto constitucional panamericano. Por este objetivo panamericano es que el proyecto de Constitución fue difundido a los demás Estados involucrados a través de los principales colaboradores de Bolívar: Venezuela por medio del General Páez (Carta de 26 de mayo de 1826), Santander en Colombia (Carta de 30 de mayo de 1826), Joaquín de Olmedo para su conocimiento en Europa (Carta de 02 de junio de 1826), entre otros.

Pero, primero había que poner en vigencia la Carta Constitucional en Bolivia, luego, en Perú y después en Colombia.

1.2. Pensamiento bolivariano sobre la independencia de Bolivia

Con bastante razón, menciona V. A. Belaunde¹³ que:

«Por mucho tiempo se creyó que la separación de las provincias del Alto Perú, fue obra exclusiva de la voluntad del Libertador, inspirada en el plan de crear dos naciones débiles frente a la gran Colombia, cuya hegemonía deseaba conservar a todo trance. Estudios recientes han destruido esa creencia. Existía evidentemente en el antiguo territorio de la audiencia de Charcas un vivo sentimiento nacionalista».

En cuanto a Bolívar, es conocido el conflicto que le originó con Sucre, la decisión de convocar a la Asamblea constitutiva; por lo que su

13 Víctor Andrés Belaunde; «La Constitución vitalicia». Mercurio Peruano, Año XI, Volumen. XVII, N° 117; Marzo 1928; p. 161 y ss.

actitud ante los hechos consumados fue intervenir y luego plantear la federación con Perú. Esta situación la veremos cuando en su Carta al General Santander de 23 de febrero de 1825 fechada en Lima, le indica:

«[...] Yo pienso irme dentro de diez o doce días al Alto Perú a desembrollar aquel caos de intereses complicados que exigen absolutamente mi presencia. El Alto Perú pertenece de derecho al Río de la Plata, de hecho a España, de voluntad a la independencia de sus hijos que quieren su estado aparte, y de pretensión pertenece al Perú, que lo ha poseído antes, y lo quieren ahora. Hoy mismo se está tratando en el congreso de éste, y no sé lo que resolverán. Yo he dicho mi dictamen a todo el mundo, haciendo la distribución en los mismos términos que arriba quedan indicados. Sucre tiene la orden de tomar al país por cuenta de la independencia y del ejército libertador, y creo que el derecho debe ventilarse en la asamblea del istmo. Entregarlo al Río de la Plata, es entregárselo al gobierno de la anarquía y someter a los habitantes, a las tropas de Olañeta, que actualmente lo poseen, y que entrarán por algún arreglo pacífico. Entregarlo al Perú es una violación del derecho público que hemos establecido, y formar una nueva república como los habitantes desean en una innovación de que yo no me quiero encargar y que sólo pertenece a una asamblea de americanos».

1.3. Encargo del constituyente boliviano al Libertador para presentar proyecto de Constitución

El constitucionalista boliviano **Ciro Félix Trigo**¹⁴, nos informa que la Asamblea deliberante de 1825, que clausuró sus sesiones el 6 de octubre de ese año, dispuso para el 25 de mayo de 1826 la reunión de un Congreso General Constituyente y solicitó a Bolívar un proyecto de Constitución, que fue remitido desde Lima en el mes de junio de 1826, acompañado de un mensaje denominado «Discurso del Libertador al Congreso Constituyente de Bolivia». Difícil será determinar la plena espontaneidad de este encargo al Libertador o por lo contrario, su inducción a favor de sus proyectos federalistas.

Resulta sumamente importante resaltar que para este cometido la sesión secreta de la Asamblea deliberante de Bolivia realizada el 20 de

¹⁴ **Ciro Félix Trigo**; *Las constituciones de Bolivia*. Ediciones Cultura Hispánica; Madrid (España), 1957, p. 67 y ss.

agosto de 1825, designa una Legación Parlamentaria integrada por Casimiro Olañeta y José María Mendizábal, a fin de que –entre otros aspectos– solicitara del Libertador un Proyecto de Constitución para el régimen político del naciente Estado. Dicho encargo lo cumplieron mediante sendas conferencias solemnes y secretas, de las cuales fluyó la aceptación del Libertador.

1.4. Preparación del proyecto bolivariano y aprobación en la República de Bolivia

Recibido el encargo de elaborar la Constitución de la naciente Bolivia, el Libertador se abocó a desarrollar el proyecto. A juzgar por la correspondencia de la época, el proyecto fue preparado personalmente con inusitada rapidez, ya que hacia fines de ese mismo año (Cartas de 25 de setiembre –desde Oruro– y de 27 de diciembre de 1825 –desde la misma Chuquisaca–) informaba a Santander de tal labor y curiosamente de los lineamientos generales del contenido del proyecto que después sería presentado en la propuesta oficial. En la primera afirmaba acerca de su futura propuesta constitucional:

«[...] Pienso que ésta será fuerte y nueva, ligando las ventajas de las repúblicas de América [...] habrá algo de gobierno vitalicio y algo también de las libertades del federalismo. En fin, la cosa no dejará de tener sus amigos y sus enemigos».

Pero, es en la segunda misiva, donde transparenta con mayor amplitud sus líneas matrices:

«A propósito, estoy haciendo una constitución muy fuerte y muy bien combinada para este país, sin violar ninguna de las tres unidades y revocando, desde la esclavitud abajo, todos los privilegios. Diré, en sustancia que hay un cuerpo electoral que nombra al cuerpo legislativo; pide cuanto quiere el pueblo y presenta tres candidatos para jueces, prefectos, gobernadores, corregidores, curas y vicarios de los respectivos distritos. El cuerpo legislativo se divide en censores, senadores y tributos. Los departamentos del gobierno están divididos entre cada cámara para la iniciativa de las leyes. Pero con veto de las otras cámaras. El poder judicial es nombrado parte por el pueblo, y parte por el senado, pero con aprobación del congreso.

El poder ejecutivo se compone de un presidente vitalicio que nombra todos los empleos de guerra, hacienda y relaciones exteriores: es inviolable. El vicepresidente es nombrado por el presidente con la aprobación del congreso: él es responsable de la administración con dos secretarios de estado y él es responsable de toda la administración. El Presidente nombra los empleados, pero no responde de su manejo, como el cuerpo legislativo hace las leyes, y el ejecutivo las cumple. El vicepresidente es el sucesor del presidente por muerte o por renuncia.

Los ciudadanos deben ser aquellos que tengan cualidades y habilidades pero no fortuna. El que no sabe escribir, ni paga contribución, ni tiene un oficio conocido, no es ciudadano.

En general, la constitución está muy bien trabada y el discurso que dar, para probar su utilidad será muy fuerte. No dudo que será mejor que el otro de Angostura, pues ya no estoy en estado de transigir con nadie [...].¹⁵

Como se pudo apreciar, las líneas matrices del proyecto se encontraban definidas en el pensamiento de Bolívar aún antes de su retorno a Lima, en aspectos fundamentales de su planteamiento como son: la del Presidente vitalicio, al tricameralidad, el liberalismo, la abolición de privilegios, el cuerpo electoral, la preponderancia del vicepresidente y requisitos para la ciudadanía.

Luego, el Libertador se retiró a Lima prometiendo entregarles la Constitución «más liberal del mundo» (Proclama de 01 de enero de 1826).

Todos los indicios seguidos por los historiadores establecen que en el Perú la labor de revisión del texto estuvo a cargo de una Comisión de expertos constituida por Hipólito Unanue, José María Pando y Tomás de Heres. Comisión que lamentablemente no dejó diario de debates o actas de sesiones para permitirnos analizar aspectos importantes sobre su proceso, alcances de su actividad y desentrañar la intención legislativa. Sin embargo, a juzgar por el contenido de la Carta antes mencionada remitida a Santander que revela una posición clara del Libertador acerca de los perfiles centrales de la propuesta, debemos inferir que la actividad de esta Comisión estuvo concentrada más en la revisión y ajustes, que propiamente en la elaboración del proyecto o postulado de ideas propias.

15 Jorge Pérez Concha; «Pensamiento político de Bolívar», pp. 75 y 76.

Se trataban de personajes del entorno más íntimo del Libertador. A Unanue, Bolívar lo reconocería por sus conocimientos, versación intelectual y capacidad, de tal modo que lo consideraría para el cargo de Vicepresidente una vez instalado el régimen vitalicio (Carta al Mariscal Sucre de 12 de mayo de 1826). Por su parte, José María Pando era el hombre de leyes a quien Bolívar no le recorta halagos en sus misivas de la época (ver también su Carta al Mariscal Sucre de 12 de mayo de 1826) para resaltar su rectitud¹⁶. Finalmente, integraba esta Comisión Tomás Heres –de origen colombiano– quien era el militar encargado del Ejército Libertador y acompañante de Bolívar durante sus sucesivos viajes por Perú y Bolivia, quien serviría dentro de la Comisión como orientador político sobre la auténtica voluntad del Libertador.

El Libertador no pudo presentar personalmente el proyecto de su Constitución a Bolivia cual era su deseo, por cuanto el Congreso de Colombia no le otorgó el permiso correspondiente. Presentado el proyecto preparado por Bolívar en junio de 1826, fue sometido durante veinticuatro días a la Comisión de Negocios Constitucionales compuesta por los señores: Casimiro Olañeta, José María Urcullu, José Ignacio de Sanjinez, Manuel Molina, Mariano Callejo, Mariano Calvimontes, Mariano Guzmán, Pascual Romero y Antonio Vicente Seoane quienes le incorporaron algunas modificaciones de orden contextual y no esenciales, según ellos mismos confesarán:

«[...] No obstante la comisión se ha visto en la necesidad de hacer algunas pequeñas alteraciones en varios artículos del proyecto, confesando francamente que es mejor el texto original. Particulares circuns-

16 El aporte de José María Pando al proyecto debe haber sido más bien de revisión final que de elaboración misma por el factor temporal que aparentemente ha sido obviado por los historiadores. En efecto, el Libertador en su carta a Santander fechada en Lima, el 7 de abril de 1826 expresa: «[...] Espero a un tal Pando, que ha ido al istmo, para ponerlo en el ministerio de estado. Este caballero tuvo el mismo destino en Madrid en tiempo de las Cortes. Tiene mucha semejanza con Revenga y en todo es superior, porque ha estado siempre en Europa en la carrera diplomática. Su honradez, su energía y sus luces compiten entre sí; pero no es agradable ni amado, aunque es el primer hombre del Perú. Nació en Lima y tiene toda su familia aquí; mas no es conocido por haber estado siempre fuera. [...] Lo único que me retiene es la constitución de Bolivia: ya la tengo concluida y quisiera presentarla personalmente al congreso de aquel país.

tancias del país y consideraciones de pública utilidad han determinado a ello. El Congreso Constituyente juzgará el valor y la fuerza de las razones que sus individuos han tenido para la redacción que se acompaña». ¹⁷

La modificación más importante de esta Comisión fue incorporar el artículo 6§ considerando como religión del Estado a la católica, apostólica y romana, con exclusión de todas las demás; ya que el texto original preparado por Bolívar conscientemente omitía consignar alguna disposición sobre esta materia, por cuanto siguiendo el parecer tolerante propio del liberalismo de Locke y Voltaire, manifestaba el discurso del Libertador a Bolivia:

«En una Constitución política no se debe prescribir una profesión religiosa; pues, según las mejores doctrinas acerca de las leyes fundamentales, las últimas sirven de garantía a los derechos civiles y políticos. Como la religión no pertenece a ninguno de éstos, es de otra naturaleza indefinible en el orden social y pertenece al orden intelectual. La religión es la ley de la conciencia. Toda ley sobre ella la anula, porque imponiendo la necesidad al deber, quita el mérito a la fe, que es la base de la religión. Los preceptos y los dogmas sagrados son útiles, luminosos y de evidencia metafísica; todos debemos profesarlos; más este deber es moral, no político».

Coetáneamente, en Bolivia, el Mariscal Sucre hizo observaciones al texto y planteó la primera crítica pública que se le conoce, según nos informa Otero en su mencionado estudio. El Mariscal expresaba en una crítica que el futuro inmediato boliviano se encargaría de darle la razón:

«De mi parte haré, confesión sincera que no soy partidario de la Constitución boliviana: ella da sobre el papel estabilidad al gobierno, mientras que de hecho le quita los medios de hacerse respetar».

17 Gustavo Adolfo Otero; «Bolívar y Bentham (Génesis de la Constitución Boliviana de 1826)». En: *Historia Revista de Cultura* N° 6, Volumen Segundo. Enero-junio de 1944. Lima (Perú), p. 90.

2. Proceso histórico de la Constitución bolivariana en Perú

2.1. Entorno político-constitucional al proceso

Mientras este proceso acontecía en Bolivia, bajo la vigencia parcial de la Carta de 1823, en Perú se suscitaba un conflicto sobre el alcance de los poderes conferidos por los electores a los representantes a Congreso que se encontraban ya reunidos para su Junta preparatoria.

Sucedía en primer lugar, que el Gobierno dispuso mediante aviso oficial insertado en la Gaceta de Gobierno (08.04.1826) que se le presentaran los poderes de los diputados reunidos para sus Juntas Preparatorias, argumentando ello para señalar el día y hora de la debida juramentación¹⁸. Luego de producida esta revisión, mediante Decreto (17.04.1826), dispuso que era indispensable renovar los poderes otorgados en las provincias de Lima, Arequipa, Condesuyos, Bolívar (La Libertad), Cusco, Lambayeque y Quispicanchi ya que a su criterio contenían deficiencias por no respetar la fórmula sacramental prevista en la Ley de elecciones.

Producido este *impasse*, el Congreso Nacional postergó sus sesiones, propiciando que cincuenta y dos congresistas dirigieran una petición al Libertador (21.04.26) en el sentido de analizar la necesidad de consultar al pueblo, tanto sobre la probable reforma total o parcial de la Carta de 1823, que había sido suspendida por el propio Congreso en aquellas materias incompatibles con el encargo conferido a Simón Bolívar para

18 La Constitución Política de 1823 (artículos 191° y 192°§) establecía que luego de concluida la guerra, debería ser ratificada o reformada por un Congreso General compuesto por los diputados de las provincias libres, a la cual los representantes debían asistir con poderes con una «cláusula especial que los autorice para ello». En vía de desarrollo legislativo, el propio Bolívar con fecha 3 de marzo de 1825 promulgó la «Ley reglamentaria de elecciones de diputados a Congreso, Senadores y Diputados departamentales conforme a la Constitución Política de la República Peruana» aprobada por el Congreso, que entre otros aspectos interpretaba (Art. 58°) que la reforma de la Constitución no tiene lugar, hasta que se determine por el Congreso la época de la reforma o alteración y, además, aprobada una fórmula sacramental a seguir por todos los colegios electorales para otorgar poderes a sus diputados, donde constaba expresamente su limitación a proponer cualquier derogación, alteración o modificación constitucional y viceversa la obligación de sus otorgantes a obedecer y cumplir cuanto tales diputados aprobasen (Art. 55°).

culminar la liberación de la patria¹⁹, así como sobre cuál es el magistrado supremo que la nación designaría para recibir el cargo de Bolívar. Aprobada dicha petición por el Consejo de Gobierno (27.04.1826), dispuso el censo de la población nacional y la convocatoria de los Colegios electorales (01.04.1826).

Luego de renovado el Consejo de Gobierno, bajo la presidencia de Andrés Santa Cruz e integrado por Unanue, José María Pando y José de Larrea y Loredo, dispuso (28.06.1826) que los prefectos convocaran a los colegios electorales para que se pronunciaran sobre el proyecto de Constitución y sobre la persona que debía ejercer la presidencia vitalicia establecida por esta Carta. Con fecha 01 de julio de 1826 el ministro Pando en circular dirigida a los prefectos remite el proyecto de Constitución propuesto para Perú.

A diferencia de lo ocurrido en la naciente Bolivia y contrariando nuestro precedente de 1823, el proceso aprobatorio de la Carta en Perú no conllevó la convocatoria a una Asamblea Constituyente, a consulta a votación general ni —como dice Belaunde— siguió la vía de afirmar la constitucionalidad preexistente para lograr dentro de ella las reformas convenientes (ya que la Constitución de 1823 estaba sólo suspendida parcialmente y no derogada), sino más bien se siguió el camino de su imposición a través de la consulta a los Colegios electorales, órganos que habían sido nominados para elegir a los representantes congresales entre otros funcionarios de la República, pero carecían de aptitudes consultivas, para participar o para definir un proceso constituyente.

Pero el pensamiento de Bolívar estaba absorbido por el temor al desorden, al caos y a la pérdida de unidad de su proyecto como para transitar por el camino del Congreso constituyente. En un testimonio directo de este parecer le manifestaba al prefecto del Cusco, General Agustín Gamarra:²⁰

19 Víctor Andrés Belaunde informa haber accedido al borrador del mensaje que Bolívar pensaba presentar al Congreso peruano donde planteaba sólo modificar la Carta de 1823. De ello se extrae que hasta febrero de 1826 Bolívar había pensado instalar el Congreso, posición que luego cede ante la idea de acoger la carta diseñada para Bolivia. Para este cambio, considera V. A. Belaunde, influyeron los intereses del entorno del Libertador y las influencias de Páez que propone crear un vasto imperio en Sudamérica (*op. cit.*, p. 170).

20 Carta al General Gamarra, Prefecto del Cusco de 30 de junio de 1826. Citada en Víctor Andrés Belaunde, *op. cit.*, pp. 222 y 223.

«El Consejo de Gobierno ha mandado reimprimir el proyecto de Constitución del Perú con la mira de comunicarlo a los Prefectos, y éstos a los colegios electorales, acompañándolo de una muy fundada exposición circulada por el Ministerio del Interior. Esta es, mi querido general, una operación que debe ejecutarse con el mayor tino y habilidad, porque su resultado es de una inmensa importancia. Es la operación que puede producir un bien perdurable para la república, y por consiguiente debe ser manejada por Ud. y el doctor Torres con perfecto acuerdo para obtener un buen resultado. Usted debe empeñarse con los colegios electorales de ese departamento a fin de que aprueben íntegramente el proyecto y en el caso de que algún artículo le ofrezca reparos puede reservarse para ser discutido o reformado en el próximo Congreso Constituyente. Obtenida la aprobación del proyecto por los colegios de la República queda sancionada la ley fundamental; nos libertamos del conflicto de un Congreso constituyente, porque ya no tiene para qué, convocarse, y los Congresos constituyentes no podrán alterar las bases esenciales de la ley fundamental ya sancionada por el pueblo en las Asambleas electorales. Eche Ud. la vista por todos los males que han producido en las nuevas repúblicas las Asambleas constituyentes, los peligros a que han expuesto a las naciones, el choque de pasiones irritadas por fuertes estímulos de odios, de intereses y de venganza, con un poder absoluto y conocerá usted con cuánta razón lo empeño en que haga pasar en los colegios electorales de ese departamento el proyecto de Constitución del Perú, que va a someterse para su aprobación. Estoy seguro de que si esto no se consigue, y el Perú tiene que pasar por otra terrible crisis de una Asamblea Constituyente, la República va a ser despedazada irremediablemente y destruidos para siempre los esfuerzos de tantos años».

Con razón, este procedimiento irregular, oscuro y pleno de desconfianza hacia el debate abierto fue reiteradamente considerado por sus críticos, de todo tiempo, para denostar del proyecto mismo, absorbiendo el debate y relegando a un segundo plano el contenido normativo del proyecto bolivariano.

Para acrecentar el desconcertante panorama, Bolívar partirá el 3 de setiembre de 1826 hacia Colombia –apartándose del resto del proceso de debate y aprobación de su proyecto de Constitución– dejando a don Andrés Santa Cruz a cargo del mando supremo de la República, disponiendo que la Vice-Presidencia del Consejo de Gobierno recaiga –por suerte– en alguno de sus miembros, y que el Consejo de Gobier-

no debía convocar al Cuerpo Legislativo para setiembre de 1827 (Decreto de 01.09.1826).

2.2. Singularidades del proyecto consultado a los Colegios electorales

Un aspecto de corriente generalización entre los analistas de este episodio de la historia es el de la identidad de la Carta propuesta para Perú con la remitida a Bolivia.

Por ejemplo, Luis Felipe Villarán²¹ indica que ambos contaban con igual contenido, mientras que otros como Toribio Pacheco en sus **Cuestiones Constitucionales** y García Calderón en su **Diccionario de Legislación peruana**, expresan que el texto boliviano fue materia de modificaciones realizadas por el propio Bolívar para adecuarla a la realidad nacional. En efecto, esta última es la posición ajustada a los hechos, lo cual es ratificado por el propio texto del decreto sancionador de la Carta, cuyo tercer considerando nos indica que fue examinado y sancionado «[...] el proyecto de Constitución Política presentado por el Libertador a la República boliviana, con algunas modificaciones adoptadas a la índole y a los intereses de la nación peruana».

Un cotejo entre la Constitución Política de Bolivia dada el 19 de noviembre de 1826 y la sometida a los colegios electorales de Perú nos informa de las variantes, modificaciones y supresiones que fueron incluidas por el Libertador, para adaptar a la idiosincrasia de la sociedad peruana de la época. Las variantes apreciables fueron las siguientes:

1. Incluye a la religión Católica, apostólica y romana como religión del Perú, pero sin excluir a otros cultos como lo establecía la Carta de 1823 y era el sentir ciudadano manifestado por los colegios electorales (artículo 6§). En este tema la propuesta muestra un retroceso en el pensamiento original liberal del Libertador, aunque mantiene la tolerancia de cultos.
2. Considera entre los nacionales peruanos a los libertadores de la República declarados como tales por la ley de 12 de febrero de 1825, lo cual consolida una situación propia del sistema jurídico peruano que justifica la modificación (Inciso 3§ del artículo 11§).

21 Luis Felipe Villarán; **La Constitución Política comentada**. E. Moreno Editor. 1899; p. 25.

3. Suprime el reconocimiento de nacionalidad y otorgamiento de libertad a los esclavos en el territorio de la patria. La propuesta para Perú no consideró el inciso 5 del artículo 11° de la Carta Boliviana cuyo texto indicaba: «Todos los que hasta el día han sido esclavos; y por lo mismo quedarán de derecho libres, en el acto de publicarse la Constitución; pero no podrán abandonar la casa de sus antiguos señores, sino en la forma que la ley especial lo determine».
4. En cuanto a la ciudadanía:
 - a) Es elevada la edad mínima para ser ciudadano de veinte años en la Carta boliviana a veinticinco años en la Carta peruana (artículo 14° inciso 2);
 - b) Hace inmediatamente operativo el requisito de ser alfabeto para poder ser ciudadano, mientras que la Carta boliviana sólo hacía exigible esta condición desde 1836 (inciso 3 y artículo 24°);
 - c) Suprime la posibilidad contemplada en Bolivia para que los extranjeros solteros con cuatro años de vecindad en la República puedan acceder a la ciudadanía (inciso 4);
 - d) Suprime la pérdida de la ciudadanía cuando se admite empleo, título o emolumento de otro Gobierno, sin consentimiento de la Cámara de Censores artículo 19° inciso 4, concordante con el artículo 60° inciso 8).
5. En cuanto al Poder electoral:
 - a) Fueron cambiados los días previstos para la reunión del cuerpo electoral a los días 2, 3, 4, 5 y 6 de enero en vez de los días 1 al 6 de abril de la Constitución boliviana. Además, sobre las propuestas de funcionarios que debe hacer el poder electoral a otros órganos del Estado sustituye el empleo de ternas por las listas;
 - b) Considera a los alcaldes (en concepción distinta a los Consejos municipales) como funcionarios cuya designación ha de ser propuesta por el Cuerpo electoral al prefecto del departamento; y,
 - c) Suprime la facultad del Cuerpo electoral para proponer al gobierno eclesiástico una lista de curas y vicarios para las vacantes de las provincias (artículo 26° inciso 4, 1§).

6. En cuanto al Poder legislativo:
 - a) Eleva el número de los miembros de las Cámaras de veinte a veinticinco miembros (artículo 28°);
 - b) Retira la exigencia de mayoría absoluta de votos del Congreso para elegir al Presidente de la República (artículo 30° inciso 1);
 - c) Considera como atribución de cada Cámara la de «ordenar su policía interior por reglamentos y castigar a sus miembros por infracción de ellos» (Artículo 30° inciso 7);
 - d) Reduce el quórum mínimo de las Cámaras a la mitad más uno, en vez de los dos tercios previstos en la norma boliviana (Art. 39° inciso 1);
 - e) Eleva las edades mínimas para ser Senador y Censor de treinta y treinta y cinco años, a treinticinco y cuarenta años, respectivamente (artículos 46° y 50°).
 - f) Varía el procedimiento para la selección de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y para arzobispos, obispos, y canónicos siendo iniciado por la Cámara de Senadores quien propone una lista ante el Poder ejecutivo, quien la reduce a una terna y, luego, la remite a la Cámara de censores, para su decisión. Según el diseño de la Constitución boliviana en este procedimiento no intervenía el Presidente de la República.
7. En cuanto al Poder ejecutivo:
 - a) Permite que los ministros de Estado presencien las votaciones del Congreso (artículo 63°);
 - b) La Constitución peruana emplea la denominación de «Secretarios de Estado» en vez de la tradicional de «Ministros de Estado»;
 - c) El número de Secretarios de Estado es fijado en cuatro sin identificar las materias de las cuales se ocupará cada uno, mientras que la boliviana los fijaba en tres indicando su ámbito: Interior y Relaciones Exteriores, Hacienda y Guerra y Marina.
8. En cuanto al Poder judicial:
 - a) Elimina la mención a la exclusividad de los tribunales y juzgados para ejercer labor jurisdiccional contemplada como artículo 99° de la Constitución de Bolivia;
 - b) Aclara que la potestad sancionadora sobre los jueces corresponde a la Cámara de Senadores y a las cortes de distrito. según rango,

- y con conocimiento del Congreso (Art. 99°);
- c) Limita la posibilidad de presentar denuncias por inconducta funcional de magistrados sólo al órgano del cuerpo electoral excluyendo la alternativa de la denuncia popular contemplado en Bolivia (artículo 100°);
 - d) Excluyó tres artículos sobre la responsabilidad personal de los magistrados y jueces, al debido proceso y al derecho a la jurisdicción predeterminada (artículos 103°, 104° y 105°); sólo incluye un tímido artículo sobre la responsabilidad de los jueces de letras ante las Cortes del distrito judicial y de éstas ante el Supremo Tribunal (Art. 111°).
9. En cuanto al orden interno desdobra el ámbito de las prefecturas en sub-prefecturas y a éstas en gobernaciones, en vez de los corregidores a que alude la Constitución boliviana. Simultáneamente suprime la mención a los requisitos para ser prefecto y gobernador.
10. Incorpora el cargo del Alcalde como funcionario para los pueblos con más de dos mil habitantes, con período de mandato de dos años, precisando que pueden ser reelegidos (Art. 128°).
11. Elimina el artículo sobre la responsabilidad de los empleados públicos por los abusos funcionales en que incurran (artículo 140° en la Constitución boliviana).
12. Incluye la figura de las milicias nacionales compuestas por habitantes de cada provincia (artículo 136°).
13. Reduce el plazo para hacer la reforma obligatoria a cuatro años (artículo 138°) en vez de los diez años que prevé la constitución boliviana.

Si quisiéramos encontrar en estas variantes algunas líneas de tendencia dentro de estos cambios en el pensamiento bolivariano, podemos afirmarlas en cinco aspectos:

- Incremento del conservadurismo (mostrado en silenciar el tema de la esclavitud, la elevación de las edades para acceder a cargos y alcanzar la ciudadanía y la exigencia inmediata de ser alfabeto para ser ciudadano);
- Limitación a los canales directos de participación ciudadana (sustitución del instrumento de ternas –que limita la elección– por la de

listas –que amplía las alternativas– en las elecciones de autoridades que debe realizar el Cuerpo electoral y limitación a presentar denuncias por inconducta judicial sólo a través del cuerpo electoral);

- Atenuación del principio de responsabilidad pública;
- Mayor presencia del Poder Ejecutivo en la designación de magistrados públicos y autoridades eclesiásticas; y,
- Atenuación de la independencia judicial, al establecer entre otros aspectos que los jueces sean designados y supervisados por el Congreso.

2.3. La consulta a los Colegios electorales

El análisis de las actas de las votaciones producidas en los cincuenta y nueve colegios electorales²² nos revela la intención clara de instrumentalizar la votación popular a favor del proyecto, alejándose así de la liberalidad y sumisión a la soberanía popular que se enarbolaba en los discursos.

Nos testimonian ello, el ausentismo predominante en los colegios; la premura con que se condujeron las votaciones ya que en la mayoría de los colegios sus integrantes conocieron del texto de la Carta propuesta en el mismo acto de votación, escuchando la lectura de su contenido y fueron compelidos a votación inmediata, sin permitirse mayor estudio o consulta. También llama la atención la similitud de frases que aparecen en las actas de diferentes Colegios electorales coincidentes en el sentido laudatorio a favor de la Carta que hacen dudar de su espontaneidad, a la vez que nos recuerdan al texto preparado por Antonio Leocadio Guzmán; la necesidad de reiterar convocatorias sucesivas en algunos Colegios electorales para abordar específicamente el tema de la designación del Presidente; o, la redacción premeditadamente

22 Los colegios electorales consultados fueron: Lima, Chancay, Canta, Huarochirí, Cañete, Yauyos, Santa, Ica, Huánuco, Cajatambo, Huamalíes, Pasco, Conchucos, Alto Conchucos, Jauja, Huaylas, Arequipa, Condesuyos, Caylloma, Moquegua, Arica, Camaná, Tarapacá, Bolívar (La Libertad), Jaén de Bracamoros, Lambayeque, Chota, Chachapoyas, Piura, Huamalíes, Pataz, Cajamarca, Ayacucho, Andahuaylas, Cangallo, Huancavelica, Huanta, Tayacaja, Castrovirreyna, San Juan de Lucanas, Angaraez, Puno, Chucuito, Lampa, Carabaya, Azángaro, Cuzco, Paucartambo, Calca, Cotabambas, Urubamba, Chunvivilcas, Paruro, Abancay, Tinta, Quispicanchis, Parinacochas y Maynas.

ambigua de las actas; la difusión conjunta del texto con la propaganda oficialista como fueron las publicaciones de Antonio L. Guzmán y de El Federalista; la incultura de las masas de población que son testimoniadas por ejemplo, en la posición de la parroquia de Catacaos (declararon que sometían su parecer a los señores diputados nombrados por ellos ya que no tenían capacidad para resolver las preguntas planteadas) y de Chancay (quienes declaraban que aprueban el proyecto «usando la razón más o menos clara, que es propia de todo hombre», «aunque por sus limitadas luces no pueden discernir analíticamente lo que les presenta la lectura del proyecto»).

Las adiciones al proyecto constitucional planteadas por los miembros de los colegios electorales nos muestran directamente el sentir de la comunidad nacional de aquél entonces, y las podemos agrupar según su recurrencia, en:

- La intolerancia religiosa, que hizo que catorce colegios electorales manifesten su posición a favor que la Carta consagre a la religión católica, apostólica y romana como la única de la República excluyendo cualquier otra confesión, llegando incluso, en este orden de ideas, a proponer los representantes de Chota que «sólo los católicos pudieran alcanzar empleo civil o político», los que Cotabambas que se excluya de modo absoluto «el ejercicio público o privado de cualquier otra» y los de Chalhuanca a favor que la religión oficial sea «para siempre la cristiana santa católica, apostólica y romana, sin que sea admisible el ejercicio de ninguna otra que directa o indirectamente se oponga a ella en lo más leve y que sea castigado quien por sí o por otro intente la introducción de otra secta».
- Una tímida desconfianza sobre la permanencia del régimen de sucesión con posterioridad a Bolívar, patentizado en los pareceres de algunos colegios electorales, como los de Cañete en el sentido que el Libertador sea nombrado por el Colegio Electoral; de Huánuco (quien no obstante aprobar, en segunda convocatoria, la designación de Bolívar dejó constancia que entendían que tal designación debía realizarla el Congreso), de Cajatambo para quien la elección de Bolívar requería la previa derogación del extremo del artículo 79º de la propia Carta que consideraba como requisito para acceder a la Presidencia la nacionalidad originaria peruana; de Pasco en el sentido que el sucesor de Bolívar no sea vitalicio y tenga responsabili-

dad; del colegio de Bolívar que pedía que se consigne que el Vicepresidente no podría ser familiar del presidente; y de Cajamarca que planteaba que el sucesor de Bolívar debía tener período fijo con opción a reelección, sujeto a responsabilidad por los actos de su administración.

- La desconfianza sobre el régimen de reelección para autoridades locales (Colegios electorales de Cañete, Pazco y Jauja).

Adicionalmente a estas recurrentes posiciones fueron argumentados otros planteamientos a favor de reducir la exigencia de tres años para obtener nacionalidad peruana, con la finalidad de estimular el ingreso de extranjeros (Colegio de Bolívar); de mantener la previsión para que hasta el año cuarenta puedan ser ciudadanos quienes no sabían leer ni escribir (Colegio de Cañete) y la posición del colegio de Arequipa quien indicó que fuese efectivo el sistema federal con los demás Estados.

La única posición adversa a la aprobación del proyecto de Carta fue la abstención del colegio de Tarapacá²³, quien consideró que para esta aprobación se necesitaba la reunión del cuerpo legislativo, pero se sometía a la opinión de Arequipa y expresaba su obediencia al gobierno siempre que, como esperaba, la Carta estuviere conforme con los principios liberales adoptados por el Perú y continente americano. Afirmó que:

«[...] no teniendo luces suficientes para el desempeño de función tan augusta como delicada de sancionar un proyecto de Constitución de que depende la felicidad de la República, tan amantes de ello como el que más, porque le deben su ser y subsistencia pasan por el pudor de hacer esta ingenua confesión en la que sin desdeñar un punto del proyecto que suponen la promueve la obra del genio que preside hoy la República, como que le ha dado su libertad, tampoco la sancionan por no creerse con las aptitudes necesarias para un acto que no sin los más graves fundamentos se resigna comúnmente al cuerpo legislativo, que por lo regular lo componen los hombres de probidad suma y luces tan esclarecedoras que los elevan entre millares al rango de legisladores, que conocer los exponentes que no pueden ocupar sin traicionar a sus sentimientos de ingenuidad que en semejante caso debe presidirlos.

23 Pareja Paz-Soldán noticia que el planeamiento de Tarapacá se debía a la posición nacionalista de Ramón Castilla.

Que por conclusión aseguran al Excmo. Consejo de Gobierno que jamás su ciega obediencia desmentirá un punto los deberes que les ligan a S. E. y autoridad suprema que le sucede como ni tampoco su adhesión a las decisiones que con mejor acuerdo y luces se emitan en la capital del departamento a que está sujeta esta provincia, a la sombra de su esclarecido jefe, siempre que como esperan, guarde consonancia y analogía con los principios liberales adoptados por unánime sentir y aclamación del Perú y continente americano, que para lograrlos, no ha omitido sacrificio de ninguna clase a despecho del gobierno antiguo español y con aprobación de cuantos pretenden tiranizar los pueblos y hollar los sagrados derechos del hombre [...].

2.4. Aprobación del proyecto. Crítica al proceso

El incierto proceso de aprobación del proyecto manifiesta sus apresuramientos y desvíos por acontecimientos, tales como: la oposición entre el Consejo de Gobierno y los diputados reunidos en Lima que pretendían la instalación del Congreso, las diferencias públicas entre el Consejo de Gobierno y Bolívar con el líder visible de la oposición, Luna Pizarro a quien negó audiencia repetidas veces²⁴, la amenaza de Bolívar

24 La posición opositora de Luna Pizarro no era absolutamente radical pues coincidía en la obvia necesidad de reformar la Carta de 1823 y no era totalmente adverso a la continuidad de Bolívar nos informa Víctor Andrés Belaunde basado en testimonios de la época del cónsul americano Mr. Tudor. Curiosamente la percepción de Simón Bolívar sobre Luna Pizarro no fue precisamente uniforme ya que por ejemplo en su carta de 27 de octubre de 1825 dirigida al General Tomás de Heres referente a los cambios que deben realizarse dentro de la administración peruana le indica; «Yo desearía que el señor Unanue fuese nombrado vicepresidente; que el señor Larrea fuese al istmo en lugar del señor Pando; y el señor Luna Pizarro fuese nombrado secretario de gobierno [...] pues el ministerio de gobierno requiere un hombre como Luna Pizarro, de talento, crédito y energía, amigo de La Mar y enemigo de Torre Tagle»; sin embargo, el 7 de abril de 1826 en la carta dirigida al general Santander con motivo de los enfrentamientos con los diputados que deseaban reinstalar el Congreso le diría: «[...] El motivo principal de todo esto es que un tal Luna Pizarro, un cleriguito como el doctor Pérez, ha querido que la constitución varíe, o más bien que él pueda disponer de todo a su antojo. El fue el que echó de aquí a San Martín y el que perdió a la junta que presidía La Mar; y él es el que ha pedido a Arequipa sus poderes sin restricción alguna, y como no pueden entrar en el congreso con estos poderes, los de Arequipa han querido sostener su partido». (Jorge Pérez Concha; *Pensamiento Político de Bolívar*, pp. 73 y 87).

de retirarse del Perú; y por las idas y venidas para la verificación oficial de las actas de los colegios.

Primero se pretendería someter a la Corte Suprema la verificación de las cincuenta y nueve actas de los Colegios Electorales, pero luego el Ministro Pando remitiría lo actuado al Cabildo de Lima (28.11.1826) para que examine «las actas, confronte el ejemplar impreso que se envía con el proyecto de Constitución, manifestar su conformidad o no y exponer cuales son los votos de los Colegios» sobre los temas sometidos a su opinión. No obstante carecer de competencia alguna para pronunciarse en este tema, el Cabildo manifestó «haber examinado las actas originales de los Colegios Electorales, hallándolas conformes con las impresas a continuación de la Constitución y reconocido que la calidad de ellos ha sancionado el proyecto de Constitución, sometido a su juicio [...]», conforme consta en los vistos del Decreto aprobatorio de la Carta.

Mucha razón tiene Fraga Iribarne cuando afirma que «más que el texto mismo, la velocidad y los procedimientos que se utilizaron para implantarlo, dañaron a la nueva Constitución»²⁵, ya que trató de un cauce deliberadamente imprevisible desde su inicio, donde, por ejemplo, no hubo claridad y uniformidad en los procedimientos seguidos ante los Colegios electorales, no se previno acerca de la atención que debía darse a las discrepancias mostradas por los colegios, las que finalmente fueron desestimadas sin contemplar siquiera algún análisis o pronunciamiento, la premura pública por obtener su consagración contribuyó a que se incrementara la sensación de una imposición, etc.; apoyando la tesis que para este entonces, el Libertador había sido ganado por ideas absolutistas y desconfiadas acerca de la participación política.

Finalmente, fue declarada como Ley fundamental del Perú el 30 de noviembre mediante decreto del Consejo de Gobierno suscrito por don Andrés Santa Cruz (Presidente), José de Larrea y Loredó (Vocal), Tomás de Heres (Vocal) y José María Pando (Vocal). Luego, fue juramentada el 09 de diciembre de 1826 –como homenaje al segundo aniversario de la Campaña de Ayacucho– por las autoridades principales del Estado y en sesiones sucesivas por las autoridades locales, subalternas, vecinos y fuerzas armadas.

25 *Op. cit.* p. 247.

Desde su mismo inicio, la Constitución vitalicia ocasionó resistencia en diversos sectores de la sociedad peruana, la cual alcanzó su máxima expresión con el motín del 26 de enero de 1827, jefaturada militarmente por el comandante José Bustamante quien apresó y deportó a los jefes militares leales a Bolívar. Ello, obligó al Consejo de Gobierno presidido por Santa Cruz a convocar al día siguiente a elecciones para un Congreso Constituyente extraordinario que con arreglo a la Constitución de 1823 decidiera sobre la Carta que debía regir y sus autoridades.

Finalmente, el Congreso General Constituyente presidido por Javier de Luna Pizarro decretó la Ley de 11 de junio de 1827 declarando la nulidad de la Constitución vitalicia afirmando que fue sancionada de modo ilegal y atentatorio a la soberanía nacional por faltar al pacto social.

De tal modo, el tiempo de preparación de la Carta fue más amplio que las escasas semanas durante las cuales alcanzó formal vigencia en territorio peruano.

3. Análisis del proyecto constitucional bolivariano

3.1. Influencias notables en el contenido del proyecto

Premunido de un fuerte intelecto, hábil para el análisis y con amplia cultura política sobre la ideología de su tiempo, Bolívar prepara su proyecto de Constitución haciendo interactuar diversos pensamientos, ideologías, textos constitucionales conocidos, tratando de buscar lo que consideraba el justo medio entre estabilidad y liberalismo.

Es injusto Toribio Pacheco cuando afirma que el texto constitucional es un plagio de la Constitución consular de Napoleón. Fue una de sus fuentes, pero reconoce otras recepciones, amén del aporte personal indudable que significó la continuidad del pensamiento bolivariano proveniente desde Angostura (entre los cuales debemos anotar la pedagogía democrática y moral, ética y responsabilidad gubernativa, presidencialismo, realismo o pragmatismo jurídico, paternalismo, desconfianza frente al autogobierno y su perfeccionismo). Como afirma Fraga, «[...] no se aferró a ningún modelo ni sirvió a ningún dogma», «no se aferró a ningún dogma y mantuvo vivo y creador su pensamien-

to para hacer frente a las nuevas situaciones y problemas, adaptándolo constantemente a nuevas emergencias».

En el origen mismo del pensamiento constituyente de Bolívar se encuentra una fuerte dosis de desconfianza frente a la posibilidad del autogobierno de las ex-colonias españolas por la escasa experiencia y capacidad para desempeñar eficientemente tareas de gobierno. Tal es esta actitud que en su célebre «Contestación de un americano meridional a un caballero de esta isla» (Kingston, 6 de setiembre de 1815) llegaba a afirmar:

«[...] Los americanos, en el sistema español que está en vigor, y quizá con mayor fuerza que nunca, no ocupan otro lugar en la sociedad que el de siervos propios para el trabajo, y cuando más, el de simples consumidores; y aun esta parte coartada con restricciones chocantes [...]. Estábamos como acabo de exponer, abstraídos, y digámoslo así, ausentes del universo en cuanto es relativo a la ciencia del gobierno y administración del Estado. Jamás éramos virreyes ni gobernadores, sino por causas muy extraordinarias; arzobispos y obispos pocas veces; diplomáticos nunca; militares, sólo en calidad de subalternos; nobles, sin privilegios reales; no éramos, en fin, ni magistrados ni financistas, y casi ni aún comerciantes, todo en contravención directa de nuestras instituciones [...].

Los americanos han subido de repente y sin los conocimientos previos, y, lo que es más sensible, sin la práctica de los negocios públicos, a representar en la escena del mundo las eminentes dignidades de legisladores, magistrados, administradores del erario, diplomáticos, generales, y cuantas autoridades supremas y subalternas forman la jerarquía de un Estado organizado con regularidad».

Esta desconfianza –fruto del realismo de su análisis político– conllevó a que del mismo modo juzgue, como inadecuada en aquella época inicial la instalación de las instituciones «perfectamente representativas» o de un esquema liberal no obstante su conocida admiración por la organización política británica.²⁶

26 En esta misma carta se plantea el Libertador la siguiente pregunta; ¿seremos nosotros capaces de mantener en su verdadero equilibrio la difícil carga de una república? ¿Se puede concebir que un pueblo recientemente desencadenado se lance a la esfera de la libertad, sin que, como a Icaro, se le deshagan las alas y recaiga en el abismo?. (Hernández Sánchez-Barba, M.; *op. cit.*, p. 163 y ss).

Desde antes, Bolívar no ocultaba²⁷ su cercanía con el modelo inglés al cual califica como la «monarquía bien regulada», que ha llevado a Inglaterra a ser la envidia de todos los países del mundo confesando que es el modelo que «todos deseáramos en nuestras constituciones y gobiernos». Incluso su edecán O'Leary nos narra que «Los ratos que Bolívar podía sustraer a sus urgentes ocupaciones las dedicaba diligentemente y con asidua aplicación al estudio de la Constitución británica y fue tanta su admiración por las instituciones inglesas, que formó la resolución, si alguna vez llegaba a tener influencia suficiente en su patria, de trasplantar a ella esas instituciones, hasta donde los permitieran las diferencias [...]» (citado por Bákula, p. 17).

Precisamente, Bolívar durante esta época se enorgullece que su texto fundamental represente la combinación y asimilación de diversos pareceres, afirmando que la inconveniencia de formas puras de gobierno, sea el federal (como reconocía a las instituciones representativas) o el monárquico, ya que ambos exigen virtudes y talentos políticos muy superiores a aquellos presentes en la realidad americana de la época. Por ello, proclama en 1815 la necesidad de buscar un medio entre ambos extremos que evite caer en «anarquías demagógicas» o en «tiránías monócratas».

Esta línea de pensamiento en favor de las fórmulas mixtas de gobierno, la continúa cuando genera el proyecto constitucional para Bolivia. Al General Páez le informa que «esta Constitución es un término medio entre el federalismo y la monarquía» (Carta de 26 mayo de 1826); mientras que al General Santander le dice «mi proyecto concilia los extremos: los federalistas encontrarán allí sus deseos realizados en gran parte y los aristócratas hallarán un Gobierno permanentemente, sólido y fuerte; los demócratas verán conservada la igualdad sobre toda cosa» (Carta de 30 mayo de 1826). A Tomás Cipriano de Mosquera le indicaba: «En él están reunidos todos los encantos de la federación, toda la solidez del Gobierno Central, toda la estabilidad de los Gobiernos monárquicos» (Carta de 8 de agosto de 1826); por su parte, cuando se dirige a Buchet de Martigny le refiere «Tal vez habrá usted visto mi proyecto de Constitución para Bolivia, donde introduje

27 Carta citada por María Cecilia Bákula Budge. **Los ideales de Bolívar en la integración de los pueblos hispanoamericanos**. Publicaciones de la Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú. Lima-Perú, 1975, p. 18.

los mejores principios del gobierno monárquico y al juntarlos a los más democráticos, trató de evitar los abusos de éstos». Y finalmente en su comunicación a los departamentos del norte les decía «En ningún pacto de los Gobiernos representativos veo tanta libertad popular tanta intervención inmediata de los ciudadanos en el ejercicio de la soberanía y tanta fuerza en el Ejecutivo como en este proyecto. En él están reunidos todos los encantos de la federación, toda la solidez del Gobierno Central, toda la estabilidad de los Gobiernos monárquicos. Están enlazados todos los intereses y establecidas todas las garantías».

Por otro lado, los estudiosos mencionan como textos legales influyentes en esta propuesta: la Constitución de Haití de 1816 y Venecia (Pombo y Guerra), de EE. UU. y en particular de Virginia, la Constitución Española de las Cortes de Cádiz de 1812, la Constitución francesa del Imperio napoleónico y el proyecto de Sieyes (Otero), entre otras. Sin embargo, consideramos que difícilmente pueda admitirse que el proyecto acoja ideas de todos estos ordenamientos, mas bien, entre ellas existen líneas de tendencias y fuentes troncales con las cuales se emparentó el pensamiento bolivariano.

3.1.1 El pensamiento filosófico-político de Jeremy Bentham

Hacia 1819, en su célebre discurso de Angostura, Bolívar afirmaba:

«El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política.»

patentizando un innegable parentesco con el principio de la mayor felicidad del mayor número planteada por Jeremy Bentham durante la misma época en Inglaterra. Resaltar esta característica resulta importante en el estudio del pensamiento político, en general, y constituyente, en especial, de Bolívar, por cuanto nos revela una influencia que no es remota o simplemente la que pudiera derivarse de un interesado lector de las ideas filosóficas contemporáneas de su tiempo, sino por el contrario de un ascendiente directo en el desarrollo del pensamiento bolivariano durante la segunda década del siglo pasado.

En efecto, existe evidencia no suficientemente publicitada²⁸ pero corroborada por ambas fuentes acerca de la vinculación personal entre ambos personajes relacionada con la Constitución bolivariana y los primeros proyectos del *Constitutional Code* elaborado por Bentham. Para esto debemos recordar que Jeremy Bentham fue un inusual filósofo que dedicó esfuerzos a difundir su particular perspectiva de la legislación (asesor de técnica y contenidos normativos) así como un asiduo proyectista de textos legales para nuevos Estados, que en lo atinente a la materia constitucional mostró su auge precisamente hacia las primeras décadas del siglo pasado. Muchos aportes de este filósofo fueron ofrecidos, llegando a integrar secciones, cuando no textos enteros, de Constituciones vigentes en diversos Estados. De ello, nos dan cuenta Francia (lo cual le deparó ser declarado ciudadano francés honorario aunque luego su texto fuera rechazado), Grecia, Rusia, Liberia, Portugal y en nuestra América su contacto directo con Pedro El Grande (Brasil), Bernardino Rivadavia (Argentina), José del Valle (Centroamérica), Petion (Haití) y Miranda (precursor de la independencia americana).

En su documentado ensayo sobre John Dinwiddy Bentham,²⁹ afirma que en su afán de difundir su *Constitutional Code* de esencia utilitarista, Bentham sostuvo correspondencia con Simón Bolívar, informándonos sobre éste último, que «en una larga carta a Bolívar en agosto de 1825, Bentham afirmaba que de entre todos los estados del mundo, Colombia le parecía a él aquel en que la ilustración de la elite gobernante era más probable que hiciese aceptable su *Constitutional Code* [...]».

Por su parte, en su no suficientemente mencionada investigación de Gustavo Adolfo Otero sobre la documentación de Bolívar³⁰, confirma esta conexión afirmando:

28 De una revisión efectuada a los principales estudios históricos constitucionales nacionales que abordan la Constitución de 1826 sólo encontramos la mención a esta influencia en el estudio de Francisco García Calderón.

29 John Dinwiddy.- Bentham, p. 30. Alianza Editorial. El Libro de Bolsillo N° 1764, Sección: Humanidades.

30 «Bolívar y Bentham (Génesis de la Constitución Boliviana de 1826)». En: **Historia** Revista de Cultura N° 6, Volumen segundo. Enero-junio de 1944. Lima (Perú).

«[...] Ahora en 1825, Bolívar era para Bentham una tentación y una meta. El fabricante de constituciones, entabla una correspondencia con Bolívar y le remite un proyecto de Código constitucional precisamente cuando el Libertador recibía la solicitud del Congreso de Chuquisaca, para que le diera un estatuto constitucional. Por lo que tenemos averiguado fue Bentham el que se acercó al Libertador, abriendo el filósofo el camino para una correspondencia en igual forma como había hecho con otros personajes de nuestra América.

Esta correspondencia entre Bolívar y Bentham hasta el presente permanece inédita y sólo se conocen de ella algunas piezas lo suficientemente elocuentes y precisas, para que sin recurrir a lo oculto, podamos formarnos una idea de las relaciones que existieron entre el Libertador y el jurisconsulto británico».³¹

¿Pero qué, aspectos de la Constitución de Bolivia muestran la influencia del pensamiento utilitarista? Definitivamente, careciendo de la correspondencia epistolar entre ambos personajes que nos informe de modo directo sobre los aportes específicos suministrados al Libertador, sólo podemos –por vía deductiva– afirmar algunos puntos de contacto entre las propuestas utilitaristas y el texto consagrado, tales como los siguientes: la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, la responsabilidad de los funcionarios, el orden en los juicios, la proscripción del tormento, la independencia del poder judicial y la consagración entre los deberes ciudadanos el sacrificio de sus intereses en función del interés de la mayoría.

3.1.2 La influencia del «poder neutro» de Benjamin Constant

En su detenido estudio sobre los aportes del pensamiento político de Benjamin Constant en el diseño constitucional del Libertador, Hermann Petzold-Pernia³² encuentra puntos de contacto alrededor del tratamiento

31 Otero transcribe una carta de Bentham, fechada el 13 de agosto de 1825 dirigida a Bolívar en la cual le indica: «Me gustaría que la correspondencia que tengamos quede oculta entre las sombras antes que su publicación despierte en alguna parte celos que tiendan a perjudicar los fines que se procuran». (*op. cit.*, p. 81), lo cual explicaría que hasta la fecha no se haya conocido el contenido de tan importante comunicación epistolar para desentrañar objetivamente la influencia de la filosofía utilitaria en el pensamiento constituyente bolivariano.

32 Hermann Petzold-Pernia; «La influencia de Benjamín Constant en el Libertador Simón Bolívar». En: *Estudios de Derecho*, Volumen XLII, N° 103; p. 37 y ss.

dado al poder ejecutivo y al poder neutro, a la concepción de soberanía limitada, la revalorización del poder judicial, el empleo de los jurados, así como en materia de libertad religiosa. Si bien en estos temas existen planteamientos coincidentes, no necesariamente son originados en una exclusiva incidencia de uno con el otro, sino en compartir la ideología preponderante sobre temas comunes como son la revalorización del poder judicial y el tratamiento a la libertad religiosa. Donde definitivamente sí hay vinculación directa es en el aspecto del poder neutro y en la concepción de soberanía limitada.

Las simpatías que el modelo de organización constitucional británico despertó en Constant y en Bolívar, originó que reposen su atención en la importancia, efectos y singularidad de la figura del rey. Para Constant éste era la encarnación del poder neutro o moderador que hacía preeminente a la monarquía constitucional sobre las demás formas de gobierno: aquel poder que identificó como la fuerza que al margen de los poderes ya establecidos corregía sus desvíos y reparaba los entrapamientos, sin llegar a absorber la totalidad del poder, con el objetivo de conservar el orden y la libertad regular.³³

En su célebre Discurso de Angostura el Libertador declárase seguidor del poder neutro, y agregaba la idea que no debía tener su origen en la fuente electoral dejando espacio para la vitalidad del mandatario, diciendo lo siguiente:

33 «La monarquía constitucional nos ofrece, como ya se ha dicho, este poder neutro tan indispensable a toda libertad regular. El rey, en un país libre, es un ser aparte, por encima de la diversidad de opiniones, no teniendo otro interés que el mantenimiento del orden y el mantenimiento de la libertad, no pudiendo entrar jamás en la condición común, inaccesible, por tanto, a todas las pasiones que esta condición hace nacer y a todas aquellas que la perspectiva de volverse a hallar en ella sustenta necesariamente en el corazón de los agentes investidos de un poder momentáneo. Este augusto poderío de la realeza debe esparcir en el espíritu de un monarca la calma y en su alma un sentimiento de reposo, que no puede ser patrimonio de individuo alguno en una posición inferior. Se eleva, por decirlo así, encima de las agitaciones humanas y es la obra maestra de la organización política haber sido creado en el seno mismo de los disentimientos, sin los cuales ninguna libertad existe, una esfera inviolable de seguridad, de majestad, de imparcialidad, que permite a estos disentimientos desarrollarse sin peligro, en tanto que no excedan ciertos límites y que en cuanto el peligro se anuncia, le pone término por vías legales constitucionales y desligados de toda arbitrariedad [...]» Benjamín Constant; «**Curso de Política Constitucional**». Ediciones Taurus, Serie Clásicos de la Política N° 03.1968, p. 16 y ss.

«[...] Por tanto, es preciso que en todos los gobiernos exista un cuerpo neutro que se ponga siempre de parte del ofendido y desarme al ofensor. Este cuerpo neutro para que pueda ser tal, no ha de deber su origen a la elección del gobierno, ni a la del pueblo, de modo que goce de una plenitud de independencia que ni tema, ni espere nada de estas dos fuentes de autoridad».³⁴

Estas ideas se proyectan propiamente en el diseño de Angostura a través de la Cámara de Senadores y en su posterior planteamiento para Bolivia de la Presidencia vitalicia separada del Vicepresidente que aparece como el verdadero encargado de los asuntos administrativos. En efecto, esta relación también la percibió la Comisión de Negocios Constitucionales de Bolivia encargada de revisar el proyecto, cuando afirmaba en su informe al pleno del Congreso:

«[...] El Presidente vitalicio es aquel poder neutro o intermediario, tan aplaudido por los escritores modernos para mantener el equilibrio de los otros, y aquel ser separado del ejecutivo, superior a la diversidad de opiniones y colocado innoblemente sobre la atmósfera de las disensiones e intereses. La perpetuidad agotando los deseos del jefe supremo del estado debe producir en su corazón una calma que será el apoyo de la paz y felicidad pública».

Lo que parece conscientemente no haber atendido Bolívar –fiel lector de Constant– es su advertencia en líneas siguientes cuando indica: «[...] Pero se pierde esa inmensa ventaja, ya rebajando el poder del monarca al nivel del poder ejecutivo, ya elevando el poder ejecutivo al nivel del monarca. Si confundís estos poderes, dos grandes cuestiones se hacen insolubles: una, la disolución del poder ejecutivo propiamente dicho; otra, la responsabilidad».

3.1.3 El constitucionalismo francés: Napoleón

Mucho se ha mencionado sobre la pretendida simetría entre la Constitución de 1826 y la de Napoleón preparada para Francia, particularmente con la acusación de plagio que hace Toribio Pacheco en sus Cuestiones Constitucionales.

³⁴ Hernández Sánchez-Barba, *op. cit.*, p. 232.

Sin embargo, la apreciación más exacta pertenece a Fraga Iribarne, para quien:

«Es evidente que la Constitución del 22 de Frimario del año VIII (13 de diciembre de 1799) con su primer cónsul; la de 16 de Thermidor del año X (4 de agosto de 1802) con su Cónsul vitalicio; ciertas fórmulas de las mismas, como el Senado, el Consejo de Estado, los Colegios Electorales, estuvieron en el ánimo de Bolívar, llamado a resolver problemas en cierto modo análogos, de establecer el orden después de la Revolución y una República capaz de funcionar. Pero sus soluciones son diferentes en el fondo y en la forma, y pensadas expresamente para el mundo americano. Recuérdese que cuando la estrella de Bolívar está en lo alto, Napoleón está olvidado; muerto en Santa Elena en 1821».³⁵

Particularmente apreciaremos esta conexión en aspectos orgánicos de la estructura de los poderes como son el Consulado y la Presidencia vitalicios, la nominación de los Cónsules y del Vicepresidente, la estructura tricameral de la Constitución y en las potestades electorales de segundo nivel.

3.1.4 La Constitución de Haití de 1816

La única realidad constitucional que expresamente el Libertador alude durante esta época como fuente directa de su proyecto es la Constitución de Haití de 1816 establecida por Petion. Tanto en su correspondencia como en el propio Discurso presentado al Congreso boliviano hace mención concreta de este régimen político, calificándole como el régimen más democrático del mundo, particularmente porque luego de una sucesiva inestabilidad, la propuesta de un Presidente vitalicio con derecho a elegir al sucesor había dotado la calma al Estado e incluso permitido el tránsito en el mandato.

Sin embargo, debemos de mencionar que en este extremo la Constitución de Haití no poseía la autenticidad que parece atribuirle Bolívar, siendo mas bien una recepción de la Constitución francesa de 1789. La intención de no atraer sobre esta última, puede haber sido el motivo

³⁵ Manuel Fraga Iribarne; *op. cit.*, pp. 231 y 232.

por el cual Bolívar haya señalado como arquetipo a emular a tan modesta e internacionalmente intrascendente Carta.

3.2. Análisis del contenido de la propuesta bolivariana para Perú

3.2.1 Abolición de la esclavitud

Uno de los aspectos que se resalta linealmente en el pensamiento bolivariano es su claro planteamiento a favor de la libertad civil y la igualdad mediante la abolición total de la esclavitud, considerada por el Libertador como una locura. En este tema ya Bolívar había avanzado mediante sus acciones personales (personalmente manumitió a sus propios esclavos), lo mantuvo permanentemente en sus proclamas personales, y en sus proyectos constitucionales para Angostura y Bolivia. Y, por ello, su proyecto para este último país, preveía como bolivianos:

«Todos los que hasta el día han sido esclavos; y por lo mismo quedarán de derecho libres, en el acto de publicarse la Constitución; pero no podrán abandonar la casa de sus antiguos señores, sino en la forma que la ley especial lo determine» (artículo 11° inciso 5).

Contribuyeron a que esta disposición fuese incorporada en Bolivia sin mayores resistencias tanto la gran autoridad moral del Libertador proveniente del hecho de haber sido su creador, como la inexistencia de una clase social que por su propia existencia y poder pudiera oponerse a la medida. Precisamente la presencia de fuertes intereses de clase predominantes en la sociedad peruana de la época, hicieron que el Libertador repensase esta definición, que no la incorpore al texto consultado en Perú, y finalmente que se frustrase la incorporación de este avance en la historia del Perú. Fueron esos mismos intereses los que se opusieron y finalmente hicieron que fueran letra muerta los decretos de San Martín de 1821 aboliendo el tributo de los indios y condenando todas las formas de servidumbre personal; así como postergaron hasta la revolución liberal de 1854 la abolición de la esclavitud en nuestro país.

3.2.2 Los derechos y deberes ciudadanos en la propuesta

Simón Bolívar prometió, a partir de Bolivia, otorgarle la Constitución más liberal del mundo, como compromiso que la Carta contendría disposiciones a tono con los derechos naturales de la sociedad. Por ello, siguiendo la tendencia francesa establecida en el Acto Constitucional del 24 de junio de 1793, su texto proclamaba cuatro derechos civiles del hombre y ciudadano: la igualdad, la seguridad personal, la propiedad y la libertad civil; además de consagrar derechos políticos, tales como: libertad de prensa y libertad de expresión sin censura previa, derecho a presentar peticiones indirectas a través de las autoridades de los colegios electores (constituyendo una regresión del derecho de petición directo que establecía la Carta de 1823), derecho a la participación en los cargos públicos mediante el poder electoral, entre otras.

La igualdad entre los componentes de la sociedad estaba, a la vez que declaraba como tal, ejemplificada mediante disposiciones concretas, como las siguientes:

- a) La extinción de los empleos y privilegios hereditarios (considerado también en la Carta de 1823) e,
- b) Igualdad de cargas tributarias, tendiendo a la proporcionalidad (considerado también en la Carta de 1823).

La seguridad personal entendida como el conjunto de condiciones jurídicas orientadas a evitar las agresiones ilegítimas a las personas componentes de la nación, fue considerada con tal importancia que dejaron sentadas las bases constitucionales para el establecimiento posterior del *habeas corpus*. Eran condiciones para la seguridad personal consagrados en la Carta:

- a) La inviolabilidad de la casa doméstica considerándola un asilo donde sólo podía ingresar de día y con orden judicial y de noche únicamente con el consentimiento del titular;
- b) Inviolabilidad de la correspondencia;
- c) Restricciones al poder ejecutivo a favor de la seguridad individual;
- d) Judicialidad de las ordenes de detención;
- e) Deber de comunicar el motivo de las detenciones;
- f) Juicio por jurados;

- g) Extinción de penas crueles, el tormento, la infamia trascendental y proscribire la confesión en causa propia.

En cuanto a la seguridad propone una contribución que lamentablemente no tuvo la trascendencia debida en las Constituciones sucesivas por la resistencia que generó la integridad del proyecto bolivariano. Propuso como norma fundamental el principio que la detención de los ciudadanos sólo podía suscitarse por decisión judicial –no de los órganos administrativos–, previo proceso abierto, información oportuna del motivo de la detención, presentación ante el juez dentro de las cuarenta y ocho, y contemplando la posibilidad de interponer una acción popular en caso las autoridades administrativas se extralimiten afectando la libertad.

El articulado respectivo establecida:

«Artículo 117°.- Ningún peruano puede ser preso sin precedente información del hecho por el que merezca pena corporal y un mandamiento escrito del Juez ante quien ha de ser presentado, excepto en los casos de los artículos 84°, restricción segunda, 123° y 133°.³⁶

Artículo 118°.- Acto continuo, si fuere posible, deberá dar su declaración sin juramento, no difiriéndose, ésta en ningún caso por más tiempo que el de cuarenta y ocho horas».

36 Los artículos aludidos establecían como excepciones a este principio de resguardo a la libertad ciudadana:

Artículo 84°.- Son restricciones del Presidente de la República:

2.- Cuando la seguridad de la república exija el arresto de uno o más ciudadanos, no podrá pasar de cuarenta y ocho horas sin poner al acusado a disposición del tribunal o juez competente.

Artículo 123°.- Si en circunstancias extraordinarias la seguridad de la República exigiere la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo, podrán las Cámaras decretarlo. Y si estas no se hallasen reunidas podrá el Ejecutivo desempeñar esta misma función como medida provisional y dar cuenta de todo en la próxima apertura de las Cámaras, quedando responsable de los abusos que haya cometido.

Artículo 133°.- Les está prohibido todo conocimiento judicial (a los Prefectos, subprefectos y gobernadores): pero si la tranquilidad pública exigiese la aprehensión de algún individuo y las circunstancias no permitiesen ponerlo en noticia del Juez respectivo, podrán ordenarla, desde luego dando cuenta al Juzgado que compete dentro de cuarenta y ocho horas. Cualquier exceso que cometan estos Magistrados relativo a la seguridad individual o a la del domicilio, produce acción popular.

De este modo, el texto constitucional bolivariano tendía los cimientos para que el Perú desarrolle legislativamente la figura del *hábeas corpus* desde los inicios de su existencia resguardando así la libertad y seguridad ciudadana.³⁷

Por su parte, el derecho a la propiedad era protegido por:

- a) La extinción de las vinculaciones;
- b) La libertad de trabajo;
- c) La libertad de tránsito;
- d) La propiedad de los inventos;
- e) Libre comercio de la propiedad religiosa;
- f) Abolición de las confiscaciones; y,
- g) La expropiación es decidida en vía administrativa pero sólo por interés público, urgencia y previa indemnización al propietario.

Tales consagraciones para Bolivia, como nación recién independiente, resultaba de avanzada; sin embargo, para la nación peruana, cuya proclamación de derechos provenía de la Carta 1823, la conclusión no es precisamente la misma por todo lo mayormente que ya preexistían en nuestro ordenamiento, salvo en lo referente a la seguridad personal donde sí existen verdaderas innovaciones sin precedente que no fueron acogidas en lo inmediato.

Reflejando el pensamiento perfeccionista del Libertador en su búsqueda de equilibrio, los derechos son aparejados de los deberes que son impuestos a cada peruano a favor de la República y de la sociedad (Art. 12º). Entre ellos tenemos:

- a) Vivir sometido a la Constitución y a las leyes;
- b) Respetar y obedecer a las autoridades constituidas;
- c) Contribuir a los gastos públicos;

³⁷ El propio Antonio Guzmán, exegeta del texto constitucional en 1826, al comentar este articulado reconocía la incorporación del *Hábeas corpus* expresando: «[...] La Constitución será un ejide con que cada Ciudadano cubra su cuerpo; y el legislador ha creído que debe defenderlo con el código fundamental. El *Hábeas corpus* de estos hombres está escrito sobre su pacto» (*op. cit.*, p. 18).

- d) Sacrificar sus bienes y su vida misma cuando lo exija la salud de la República, incorporando así un principio singular de neto corte utilitarista a favor de la felicidad de la mayoría; y
- e) Velar sobre la conservación de las libertades públicas.

3.2.3 Las secciones en que se divide el poder público: poder legislativo tricameral, poder ejecutivo complejo, poder judicial independiente y poder electoral

Un primer aspecto a considerar en el planteamiento constitucional de Bolívar es su propia visión acerca de la existencia de un poder público supremo que para su ejercicio se divide en secciones (electoral, legislativa, ejecutiva y judicial) y no se tratan de tres poderes esencialmente diferentes que han de relacionarse dentro de un Estado. Es un distingo conceptual esencial que otras Cartas nacionales han omitido establecer positivamente.

Luego de sostener la unidad esencial del poder público, el Libertador consagra la limitación absoluta a fin que cada sección ejerza sus tareas sólo dentro de lo facultado por la Carta, delimitando sus tareas e impidiendo la posibilidad de asumir atribuciones implícitas o interpretaciones extensivas que afecten la soberanía popular y más aún sujeta a cada órgano del poder público a restricciones expresas para su funcionamiento. Como bien expresa Guzmán:

«De este modo las infracciones serán terminantes y manifiestas, cada uno conoce sus funciones, y nadie tiene esa autoridad deforme, que por un ejercicio arbitrario, compromete las acciones ajenas, las confunde y llena de tinieblas a la sociedad. Sobre todo, los altos poderes, que manejan enormes intereses, son de la primera necesidad que tengan sus grandes diques que los contengan: sin ellos, se precipitan sobre la sociedad en torrentes que lo arrasan todo. Cuando el poder judicial no está ceñido a aplicar leyes existentes, en su tenor expreso; cuando puede interpretarlas o llenar su vacío; es un poder monstruoso, que resume toda la soberanía, que suple leyes, las aplica y cumple: usurpa toda la autoridad, confunde las propiedades y asocia con el enredo y la falacia: entonces el foro pesa más que un Sultán, devora más que la anarquía, aniquila la moral y concluye por el trastorno de la sociedad: él es el déspota más abominable. Cuando el ejecutivo no tiene límites es un absoluto que lleva la carrera de Fernando, que hace sufrir a la

nación la suerte de la España, y cuyo fin es de tal modo tenebroso, que no se alcanzan a ver los horrores y las convulsiones de su muerte. Cuando el legislativo se supone el padre de los poderes, y se atribuye toda la soberanía, no hay ambición que iguale a la suya, ni horrores que no cometa, ni más barrera para contenerlo que una revolución. La tiranía legislativa es tan cruel como jamás lo pudo ser la de Atila, y tanto más fuerte cuanto es más bello el ropaje popular con que se viste».³⁸

3.2.4 El poder ejecutivo complejo

Era consciente el Libertador de la difícil tarea de diseñar un poder ejecutivo satisfactoriamente conformado, sobre todo cuando la tendencia emergente en América de esa época era a favor de proscribir toda reminiscencia monárquica, propiciar la alternancia en los gobiernos y establecer períodos presidenciales cortos; particularmente, cuando dentro de su concepción existía el convencimiento que el Ejecutivo debía ser la fuente y el motor de la fuerza pública.³⁹

Al respecto, su cercano colaborador Antonio Guzmán⁴⁰ escribió en 1826 al referirse al diseño de poder ejecutivo existente en América:

«[...] Se ha desnudado al poder ejecutivo de todas aquellas atribuciones que no hayan parecido indispensables a su existencia; sobre todo se ha apelado a un medio, que todos han llamado ingeniosísimo, y que pareció un verdadero hallazgo: este ha sido el de acortar todo lo posible la duración de un hombre en el manejo de la autoridad ejecutiva; así es que los presidentes de nuestras repúblicas no duran en sus destinos, sino cuatro, seis, y a lo más ocho años. De este modo se ha creído alejar todo peligro de que un hombre pueda usurpar el poder público,

38 Antonio Leocadio Guzmán; *op. cit.*, p. 26 y ss.

39 El Libertador al presentarse ante la Convención de Ocaña decía respecto a la Carta constituyente colombiana: «Todos observan con asombro el contraste que presenta el ejecutivo, llevando en sí una superabundancia de fuerza al lado de una extrema flaqueza; no ha podido repeler la invasión exterior o contener los conatos sediciosos, sino revestido de la dictadura. La Constitución misma, convencida de su propia falta, se ha excedido en suplir con profusión las atribuciones que le había economizado con avaricia [...]».

40 Antonio Leocadio Guzmán; *op. cit.*, pp. 41 y 42.

y convertirlo en su provecho; pero Napoleón e Iturbide contradicen esta teoría. Sin embargo, es justo confesar, que generalmente el remedio evita el mal para el cual se ha aplicado, pero resta averiguar, si él mismo no es otro mal mayor el que desterró».

Concluyendo su análisis considera que este corto período es adverso a la República: por impedir la maduración de las políticas internas y externas, impedir la experiencia gubernativa, propiciar los compromisos de los partidos condicionando sus políticas e incitar el desorden social pre-electoral.

La propuesta bolivariana para este poder, era singular: un Presidente vitalicio, irresponsable e inviolable, un Vicepresidente a cargo de la administración y con derecho a sucesión y cuatro Secretarios de Estado (ministros) ejecutores de las políticas de gobierno, logrando teóricamente una estructura colegiada.

La presencia de la figura de la Presidencia vitalicia en la Constitución impregnó imperecederamente su debate, con tal fuerza que la propia Carta terminó siendo conocida con la denominación equívoca de Constitución vitalicia y en su tiempo, sus partidarios fueron denominados, como «los vitalicios», sin que su impacto negativo pudiera ser atemperado por la declaración que la propia Carta hacía en el sentido que el Perú no puede ser patrimonio de ninguna persona ni familia (Art. 2°).

El Presidente debía ser nombrado la primera vez por el Congreso pleno, llamando al cuerpo legislativo y en lo sucesivo era vitalicio con facultad para designar sucesor.⁴¹

El Vicepresidente elegido por el Presidente con aprobación del cuerpo legislativo, compartía la responsabilidad ministerial y sucedía formal-

41 Contrariamente a lo que ordinariamente se afirma, la preferencia por la figura de la Presidencia vitalicia en Bolívar no viene desde 1825 sino desde 1819 cuando plantea en su Carta de Jamaica para el Gobierno de Nueva Granada «Su gobierno podrá imitar al inglés; con la diferencia de que en lugar de un rey habrá un poder ejecutivo electivo, cuando más vitalicio, y jamás hereditario, si se quiere república; una cámara o senado legislativo hereditario, que las tempestades políticas se interponga entre las olas populares y los rayos del gobierno, y, un cuerpo legislativo, de libre elección, sin otras restricciones que las de la cámara baja de Inglaterra. [...] Como ésta es mi patria tengo un derecho incontestable para deseárselo lo que en mi opinión es mejor». (Graciela Soriano; *op. cit.*, pp. 79 y 80).

mente a su elector. La participación del cuerpo legislativo con su atribución negativa o veto temporal a la nominación no era precisamente activa ya que si el candidato era rechazado sucesivamente, el Presidente presentaría segundo y hasta tercer candidato, luego de lo cual, las Cámaras ineludiblemente debían elegir, a pluralidad absoluta y dentro de las veinticuatro horas, entre los tres candidatos propuestos.

Por vez excepcional en nuestro constitucionalismo, el Vicepresidente posee funciones efectivas originarias de gobierno pues es el Jefe del Ministerio (Art. 88°) y manda a los cuatro secretarios de Estado, siendo también delegado del Presidente ya que despacha y firma a nombre de la República y del Presidente todos los negocios de la administración con el secretario respectivo (Art. 90°). Donde la conformación de esta figura dificulta su concreción, a la manera de los primeros ministros de ciertos regímenes monárquicos o de gobiernos parlamentarios, es en hacerlo depender del Presidente, quien lo puede separar por sí sólo sin expresión de causa (Art. 83° inciso 3).

El cercano colaborador de Bolívar, Antonio L. Guzmán⁴² expone con claridad que la intención de crear esta figura constitucional era

42 Antonio L. Guzmán expresa «El Vice-Presidente puede ser considerado como un candidato, escogido por el Presidente, aprobado por la representación nacional y que todavía se expone a la vista de la nación, rodeado de negocios y peligros, para que en el desempeño de todas las funciones del supremo mando Ejecutivo, pruebe su idoneidad y desenvuelva sus talentos y su corazón a los ojos de toda la sociedad. En esta terrible escuela, respondiendo sólo por todos los actos de la administración, hecho el objeto de la atención pública, con el peso de la prensa en sí, a la frente de empleados que ha nombrado el pueblo, inspeccionado por la representación y levantado el brazo formidable de los Censores, que ninguna influencia puede contener; este hombre por el espacio de muchos años se ve corregido y aprende en el manejo de los negocios de la ciencia del Gobierno. Durante este término responde de todos los abusos y de todos los errores y la sociedad tiene el poder de separarlo de su puesto, por las fórmulas constitucionales, si se hiciere indigno de ocuparlo. Jamás se ha elevado al mando un hombre que haya sufrido tantas pruebas. ¡Cuánto dista esto de los sistemas conocidos entre los hombres! ¡Qué, diferencia, entre el Vice-Presidente de Bolivia y un príncipe inexperto y joven, que sube al trono porque su padre estuvo en él; o un candidato republicano, levantado por la fuerza de un partido, en medio de la agitación de la sociedad! En un extremo, sube un hombre al mando porque sus abuelos lo usurparon; en el otro, en medio de la fermentación de las pasiones y del choque de los intereses y de los partidos, la astucia, el influjo, el dinero, la casualidad y rara vez la razón imparcial, levanta un ciudadano inexperimentado para entregarle las llaves de la sociedad, el archivo de sus secretos y la dirección de sus intereses.

consagrar un «candidato a Presidente en prueba permanente de idoneidad con derecho a sucesión de escuela y no por consanguinidad» a diferencia de los príncipes inexpertos que suben al trono por herencia y de los presidentes democráticos que son candidatos republicanos inexpertos en asuntos públicos levantados por las fuerzas de un partido y en medio de la agitación, intereses, pasiones, y fracciones sociales. Sentenciando que bajo este modelo, sólo accederá a la más alta magistratura del país quien ha aprendido en la escuela del Presidente anterior, es aprobado por la sociedad y resulta comprobada su idoneidad.

La administración pública quedaba en manos de los Secretarios de Estado (ministros, según la versión boliviana) quienes actuarían bajo las órdenes del Vicepresidente, firmando y asumiendo responsabilidad por todas las órdenes que autoricen; y estaban sujetos a la fiscalización de los censores y a la vigilancia de los demás funcionarios, incluyendo el poder electoral. Preveía también, la Carta que estos secretarios debían dar cuenta anualmente de su conducta y de los gastos ante el legislativo.

La propuesta innovadora de esta Constitución ha sido calificada diversamente, primero como una monarquía constitucional (por estudiosos como Gil Fortoul y Buchet de Martigny⁴³) pero sin ser la calificación más justa debido a la inexistencia de la facultad hereditaria de

¡Cuánto hay que temer de un Príncipe hereditario! ¡Cuánto hay que temer de un candidato popular! Pero en Bolivia todo se hace por un sistema de naturaleza, para el bien de sus individuos. A los 30 años de una vida sin mancha, en que como Ciudadano público y privado ha cumplido un hombre con sus deberes, es elegido por el gobierno y por la nación a un tiempo, no para tomar el timón del Estado, sino para que ayudando a su piloto, pruebe sus talentos, su actividad y sus buenos principios. Después de mucho tiempo y después de una escuela que no tiene ejemplo, es que este Candidato sube al rango de magistrado supremo; llevada la aprobación de su antecesor y la sanción de la sociedad» (*op. cit.*, pp. 45 y 46).

43 Sin embargo, como dice Víctor Andrés Belaunde: «La Presidencia vitalicia se diferencia en realidad de la monarquía en que además del principio de la herencia natural, en que ésta se basa, media otro concepto de las relaciones entre el monarca y la nación y sobre todo la existencia de una variada y fuerte jerarquía social. [...] pero aunque ello no fuera precisamente la monarquía, iba a suscitar en un medio, ya ganado a la fe democrática, la misma resistencia que el principio monárquico. La oposición adquiriría una nueva bandera más peligrosa y eficaz que la que esgrimió contra el Senado Hereditario y tenía que desarrollarse, como reacción natural, la tendencia inconveniente hacia la corta duración del Poder Ejecutivo». (*op. cit.*, p. 183).

orden natural para transferir los títulos. También ha sido calificada por André Marius como la constitución de la herencia sociocrática refiriéndola a la tesis de Comte sobre la conveniencia de transmitir poderes públicos mediante una modalidad hereditaria que no se base en el nacimiento sino en la elección. Pero, existe consenso en que la propuesta se aproxima mas bien a la idea del cesarismo (afirmada por juristas como Fraga Iribarne, V. A. Belaunde y Parra Pérez) basado en la opinión pública, la veneración nacional y la moralidad. Si de calificativos se trata, convendría recordar que el propio Bolívar dirigiéndose a Santander denominaría a este diseño como la de un «rey constitucional con poderes bien demarcados» (Carta de 23 de junio de 1826).

La idea de vitalicidad en los cargos públicos que Bolívar sostiene durante largo tiempo y caracteriza a su propuesta de Presidencia de la República y a los miembros de la Cámara de Censores, reposa en la observación que realiza de la crisis y turbulencia inherentes a los procesos electorales, donde se agudizan contradicciones, la sociedad se facciona y la inestabilidad se apodera de las jóvenes naciones. Por ende, dentro de su concepción, desea evitar estos vicios periódicos, mostrándonos con esta manera de enfocar la situación, la raíz republicana pero no plenamente democrática ni totalmente liberal⁴⁴ de su pensamiento en esta época, puesto que como el mismo mencionaba:

«[...] gobierno democrático absoluto es tan tirano como el absolutismo. Por lo tanto, sólo podrá haber libertad bajo un gobierno templado “¿cómo queréis que yo atempere una democracia si no es con una institución aristocrática?” (Carta a Guillermo White de 26 de mayo de 1820, refiriéndose a la creación del senado hereditario en su Constitución de Angostura)».

Mas bien intenta atraer a su modelo la característica de las monarquías que les brinda estabilidad y unidad, que por lo demás era el modelo predominante en este momento de la historia en la mayoría de Estados influyentes del mundo, ya que sólo en Suiza, Estados Unidos y algunas de las nacientes repúblicas americanas (en proceso) existían propuestas

44 En su carta del 20 de marzo de 1827, Bolívar dice al General David O'Leary: «Los que se han creado en la esclavitud, como hemos sido los americanos, no sabemos vivir con simples leyes y bajo la autoridad de principios liberales».

democráticas, que aún no habían mostrado su eficiencia. Perspectiva temporal que es indispensable tomar en cuenta para enjuiciar este planteamiento bolivariano.⁴⁵

Para equilibrar la perdurabilidad del Presidente, se planteó la necesidad de limitar sus facultades, llegando Bolívar a decir en su célebre discurso de presentación que «le había cortado la cabeza para que nadie tema a sus intenciones y le han ligado las manos para que a nadie dañe», mediante su no intervención directa en la administración interna de los asuntos ordinarios, en el nombramiento de autoridades representativas del gobierno unitario ni en las del Poder Judicial así como sus limitaciones a favor de la libertad y seguridad individual. Si bien existía este desprendimiento en cuanto a asuntos de política interna, la Presidencia mantenía con exclusividad funciones apropiadas para el plan americanista y bolivariano, tales como, las facultades sobre las declaraciones de paz y de guerra, las relaciones exteriores y la hacienda nacional.

Pero con todo, las limitaciones impuestas a la institución presidencial –según Belaunde, en un análisis contrafáctico sobre su eventual implantación– hubiesen derivado o bien en un peligro por el debilitamiento que se propiciaba en el Gobierno Central si acaso se afirmara la independencia de los electores o bien, en el supuesto contrario, hubiese proyectado la sumisión de las autoridades al poder, si Bolívar mantuviera influencia en los colegios electorales.

3.2.5 El poder legislativo tricameral

Tributando a la inspiración de Sieyès y a la Constitución napoleónica, el poder legislativo reposaba en tres Cámaras, pero otorgando y distri-

45 «[...] Pero no puede remitirse a duda su acentuación democrática y su fundamento moral. Es fácil poner en tela de juicio la vocación democrática de Bolívar cuando se borra la perspectiva histórica dentro de la cual gestó su obra. No hay que olvidar que la democracia moderna apenas si acababa de nacer, puede afirmarse que surgía coetáneamente con Bolívar. Apenas si se estrenaba. ¿Dónde había una experiencia secular que la afianzara plenamente e indicara su eficacia? Era la nebulosa inicial a excepción de Inglaterra donde la monarquía se ensamblaba en ella y de Estados Unidos de Norteamérica, donde surgió revolucionariamente en 1776, [...] Han transcurrido dos siglos de las grandes revoluciones que sembraron la democracia y apenas ha producido uno que otro fruto sazonado [...]» Alfonso García Isaza; *«Ética y democracia en el pensamiento bolivariano»*, p. 93.

buyendo funciones distintas: de tribunos, senadores y censores, con veinticuatro integrantes cada una, durante los veinte primeros años. Los tribunos debían durar cuatro años; los senadores, ocho; mientras que los censores eran cargos de duración vitalicia mas no hereditarios.

Correspondían al Tribunado las atribuciones de las cámaras populares sobre asuntos con mayor proximidad al interés de la comunidad fundamentalmente en materias hacendaria, política, obras públicas, ejército, marina, asuntos extranjeros, iniciativa de reforma de la Carta y nacionalidad; teniendo por la misma norma una composición de gente más joven y por ende, con proclividad a la acción directa vehemente. Al Senado, compuesto por personas intermedias entre los tribunos y los censores, compete las legislaciones judicial, civil y eclesiástica y la nominación de funcionarios a pedido de cuerpos electorales. Finalmente, a los Censores, corresponde la instrucción y la fiscalización política y moral.

Dentro del pensamiento de Bolívar, esta composición era necesariamente armoniosa entre sus partes pues:

«[...] no se hallará siempre dividido por falta de juez árbitro, como sucede donde no hay más que dos Cámaras. Habiendo aquí tres, la discordia entre dos contrarios queda resuelta por la tercera; y la cuestión examinada por dos partes contendientes, y un imparcial que la juzga; de este modo ninguna ley útil queda sin efecto, o por lo menos, habrá sido vista una, dos y tres veces, antes de sufrir su negativa. En todos los negocios entre dos contrarios se nombra un tercero para decidir, y ¿no sería absurdo que en los intereses más arduos de la sociedad se desdeñara esta providencia dictada por una necesidad imperiosa?».⁴⁶

Como bien afirma Villarán:

«[...] las fuerzas políticas del Senado y de la Cámara de censores preponderaban sobre la corriente popular representada por los tribunos. Aquellas cámaras tenían afinidades naturales: el censor vitalicio armonizaba probablemente con el senador elegido por ocho años y aportaba al acuerdo su tendencia conservadora, ligado a cierto orden de intere-

46 Simón Bolívar; Discurso ante el Congreso Constituyente de Bolivia.

ses sociales. Como la mayoría de las leyes, y desde luego en la más interesante y condenciosa (sic), la disidencia había de producirse entre los tribunos y senadores, la decisión final de estas graves cuestiones de estado tocaba a los censores; la organización legislativa, estaba pues, calculada para la supremacía a los elementos representativos de la tradición y el orden».⁴⁷

Así, la Cámara de Censores recibía la herencia del Poder moral propuesto por Bolívar en Angostura pero sobre todo incorporaba un elemento conservador que equilibraría los procesos a cargo del Congreso con calidad definitiva.

3.2.6 El poder judicial independiente

La sección que la Carta de Bolívar depara para el Poder Judicial muestra un conjunto de singularidades que bien le cabe la calificación de la más fructífera para el constitucionalismo positivo peruano, de todas sus secciones. En ella se congregan: la consagración de la independencia del poder judicial del poder ejecutivo⁴⁸, su origen y control popular, la estabilidad de los cargos judiciales, la creación de jurados, la intención sistematizadora del ordenamiento jurídico al disponer la elaboración de Códigos en materia civil, criminal, de procedimientos y de comercio a cargo de la Cámara de Senadores que implicaban la modernización de la Justicia, la obligación de conciliación previa, la atribu-

47 Manuel Vicente Villarán; *Páginas escogidas*, p. 27.

48 Esta posición de Bolívar contrasta con el planteo que hará en 1828 ante la Convención de Ocaña, donde afirmaba como inconveniente la preponderancia del Poder Judicial. Ahí decía que «No se ha visto en nación alguna entronizada a tanta altura la facultad de juzgar como en Colombia. Considerándose el modo con que están constituidos entre nosotros los poderes, no puede decirse que las funciones del cuerpo político de una nación se reducen a querer y a ejecutar su voluntad. Se aumentó un tercer agente supremo, como si la facultad de decidir las leyes que convengan a los casos, no fuese la principal incumbencia de la ejecución. Para que no influyese indebidamente en los encargados de decidirlo, los dejaron del todo inconexos con el ejecutivo, de que son por su naturaleza parte integrante; y a pesar de que se encargó a éste velar de continuo en la pronta y cumplida administración de justicia, se le cometió el encargo sin proveerle de medios para descubrir cuando fuese oportuna su intervención, ni declararle hasta qué punto pudiese extenderse. Aún la facultad de elegir, entre personas aptas, se le ha coartado [...]».

ción directriz a la Corte Suprema, el juzgamiento público de causas criminales, juicios por jurados, abolición de recurso de injusticia notoria, de la confiscación de bienes, de la confesión del reo.

El Título VII dedicado al poder judicial inicia con la declaración de principio que los «tribunales y juzgados no ejercen otras funciones que la de aplicar leyes existentes»; definición negativa a través de la cual aparece la tesis francesa sobre la jurisdicción, tan en boga en aquella época. Esta concepción estaba dirigida directamente a evitar la denominada –tanto Bolívar en su mensaje al Congreso boliviano como por Antonio Guzmán en su exégesis– «tiranía judicial» que significa un poder judicial no ceñido a aplicar el tenor expreso de las leyes existentes; involucra vedar el ejercicio de una interpretación judicial creativa, la subsanación de lagunas o defectos de la ley⁴⁹, e imposibilitando cualquier desarrollo futuro de la revisión judicial de las disposiciones normativas.

En cuanto al origen de los magistrados este apartado del proyecto se aleja de la Carta de Napoleón considerando la nominación de magistrados mediante procedimientos distintos a la nominación a cargo del Poder Ejecutivo, haciendo participar al pueblo en la iniciativa según los requisitos de edad, conducta y versión que contempla la Carta y reposando en el Legislativo la elección entre los propuestos. Su propuesta que representa un avance se aparta del antecedente de nuestra Carta de 1823 y no ser considerado en la de 1828, la misma que otorga su selección al Poder Ejecutivo.

Contempla la conciliación judicial como fase ineludible para los procesos civiles y penales de acción privada, con la finalidad de instituir un «medio (por él) que mueran al nacer gran parte de los pleitos ruinosos, que concluyen con la fortuna de los Ciudadanos». Con ella, profundiza la tímida disposición que sobre el particular contenía la Carta de 1823 y retomar luego la Carta de 1828, representando un instrumento perfeccionista y pedagógico propuesto por Bolívar a favor de la sociedad.

49 La Carta establecía que ante los defectos o lagunas de la ley correspondía a la Corte Suprema «oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley y consultar al Ejecutivo para que promueva la conveniente declaración en las Cámaras» (Art. 105° inciso 8).

3.2.7 El poder electoral para la elección de segundo grado

Coincidiendo o siguiendo la propuesta de Sieyès, entre las cuatro secciones del ejercicio del poder público Bolívar ubica al poder electoral, como sistema representativo de segundo grado. Consistía en la facultad permanente de todos los ciudadanos para escoger una persona por cada diez quien se congregará al inicio del año con sus pares en el cuerpo electoral para:

- Llevar el registro electoral,
- Calificar a los ciudadanos,
- Nombrar a los miembros de las cámaras,
- Proponer candidatos:
 - al ejecutivo, para los cargos de prefecto, gobernador y corregidores.
 - al prefecto, para los cargos de alcaldes y jueces de paz.
 - al senado, para los cargos judiciales de la circunscripción.
- Ejercer la facultad de representación de los ciudadanos que ejerzan su derecho de petición, ante cualquier autoridad particularmente ante las cámaras.
- Realizar el escrutinio para las elecciones populares y proclamarlos nombrados constitucionalmente.

Este nuevo poder representaba una intervención preponderante de las provincias y en general de la población en las decisiones principales del Estado, lo que consideraba el Libertador una recepción del modelo federal: «los colegios electorales de cada provincia representan las necesidades de los intereses de ellas y sirven para quejarse de las infracciones de las leyes y de los abusos de los magistrados. Me atrevería a decir, con alguna exactitud, que esta representación participa de los derechos que gozan los gobiernos particulares de los estados federados».

La intención era, recordando la democracia griega y compartiendo nociones de la Constitución francesa⁵⁰, que la soberanía nacional representada por un diezmo de la ciudadanía peruana en cada provincia

50 En su estudio Víctor Andrés Belaunde analiza con detalle que en este tema la relación con la Constitución francesa no es de recepción sino adaptación del modelo por el Libertador, en cuanto a las funciones de los Cuerpos electorales, condiciones para alcanzar la ciudadanía, entre otros.

cobre acción por breve tiempo una vez al año para ejercer sus funciones decisorias y electorales.

Esta presencia, de ser efectiva, estaba pensada para cubrir el espacio de acción política que operaba en los Consejos municipales y evitaba los problemas de las elecciones populares directas que tanto criticaba Bolívar.

Funcionando de esta manera, los Colegios electorales aparecerían como verdaderas asambleas provinciales de corta actividad y automática operatividad, pero por su naturaleza se convertirían —como dice Maurius— en una oligarquía de electores privilegiados, dueños de la administración provincial y común, legitimados para participar de manera activa en el gobierno de la nación. Este modelo de representatividad no era censatario pero por su propia naturaleza tenía como efecto tolerar o consolidar la aristocracia provinciana.

3.2.8 El poder moral en el pensamiento bolivariano y la pedagogía para la libertad

Simón Bolívar era consciente de la ignorancia y escasa preparación moral de las grandes masas en las sociedades americanas y del peligro que eso representaba, no sólo para la libertad que tanto había logrado conseguir sino también para el comportamiento republicano de las nacientes repúblicas⁵¹. En esas condiciones el autogobierno debía compatibilizarse con el perfeccionismo moral del pensamiento bolivariano.

Tal situación permitía su facilidad para caer en tentaciones, la proclividad a la perversión y su condición intrínseca para ser pasto de líderes que sólo utilizaban la muchedumbre en su favor. Fue una brega de la cual testimonian muchas cartas y proclamas de todos los tiempos y a todos los destinatarios. Su espíritu perfeccionista y profundamente moralista hizo que pusiera al servicio de su causa la ocasión constitucional, planteando este ideal.

Durante los debates de Angostura en 1819 presentó su tesis del cuarto poder del Estado: el poder moral, compuesto por cuarenta miem-

51 En 1820 escribía: «Yo tengo muy poca confianza en la moral de nuestros ciudadanos, y sin moral republicana no puede haber gobierno libre. Para afirmar esta moral he inventado un cuarto poder, que críe los hombres en la virtud y los mantenga en ella» (Vicente Lecuna; *Obras Completas* Tomo I. La Habana 1947, p. 442).

bro y un presidente, con la finalidad de ejercer una autoridad plena e independiente sobre las costumbres públicas y sobre la educación, organizando de alguna manera la opinión pública.⁵²

Para cumplir con su misión se desdoblaba en dos cámaras: la de moral y la de educación que debían ser elegidos de modo original por el Congreso entre los padres de familia virtuosos que se hayan distinguido en la educación de sus hijos y en ejercicio de virtudes públicas. Quienes lo conformaban lo hacen por tiempo indeterminado (Art. 10°) pudiendo ser destituido sólo por su propio cuerpo (Art. 11°) ante la comisión de cualquier hecho que les haga desmerecer en la veneración pública (Art. 12°).

Entre las funciones que correspondían a las cámaras reunidas, se planteaban (Art. 16°):

- Ejercer su autonomía administrativa, designando a su presidente, secretarios y autoridades.
- Distribuir en acto público premios cívicos anualmente a los ciudadanos que se hayan distinguido en virtud y patriotismo.
- Declarar eminente, virtuoso o héroe a quienes lo hayan merecido, sin el cual ninguna autoridad podrá erigir monumento o estatua a persona distinta.
- Pregonar con oprobio a los viciosos y los actos de corrupción e indecencia.

Por su parte, correspondía en exclusiva a la Cámara moral dirigir la opinión moral de la República, castigar los vicios con el oprobio y la infamia, premiar las virtudes públicas con los honores y la gloria, teniendo como única vía para ejecutar su criterio a la opinión pública y no la prohibición (Art. 1° de la Sección Segunda), llevando un registro de las personas que se distinguen en el ejercicio de las virtudes públicas o en la práctica de los vicios, debiendo las demás autoridades públicas consultar este listado para proceder a las nominaciones en cargos públicos. Están sujetos a esta cámara los actos del gobierno, los funciona-

⁵² Para conocer en toda su extensión este planteamiento bolivariano puede leerse con provecho a J. J. Cordero Ceballos, «Bolívar y la vigencia del poder moral», donde incluye como apéndices el texto del proyecto original.

rios públicos y los medios de comunicación mediante la censura pública posterior.

A la Cámara de educación se reservaba la organización del sistema educativo, dictar los planes de educación, elaborar una relación de instructores públicos, generar las instrucciones necesarias para promover la educación, publicar la traducción de las obras extranjeras más propias para la ilustración de la nación, llevar estadísticas sobre los avances en la instrucción de la nación, entre otras.

Afirmaba el Libertador frente a la Asamblea constituyente boliviana:

«[...] Meditando sobre el modo efectivo de regenerar el carácter y las costumbres que la tiranía y la guerra nos han dado, me he sentido en la audacia de inventar un poder moral, sacado del fondo de la obscuridad de la antigüedad, y de aquellas olvidadas leyes que mantuvieron, algún tiempo, la virtud entre los griegos y romanos. Bien puede ser tenido por un cándido delirio mas no es imposible, y yo me lisonjeo que no desdeñarais enteramente un pensamiento que mejorado por la experiencia y las luces, puede llegar a ser muy eficaz».

Complementando esta preocupación constante del Libertador, podemos apreciar el mensaje del Libertador en su discurso de Angostura:

«Tomemos de Atenas su areópago y los guardianes de las costumbres y de las leyes; tomemos de Roma sus censores y sus tribunales domésticos; y haciendo una Santa Alianza de estas instituciones morales, renovemos en el mundo la idea de un Pueblo que no se contenta con ser libre y fuerte, sino que quiere ser virtuoso. Tomemos de Esparta sus austeros establecimientos, y formando de estos tres manantiales una fuente de virtud, demos a nuestra República una cuarta potestad cuyo dominio sea la infancia y el corazón de los hombres, el espíritu público, las buenas costumbres y la moral Republicana. Constituyamos este areópago para que vele sobre la educación de los niños, sobre la instrucción nacional, para que purifique lo que se haya corrompido en la República; que acuse la ingratitud, el egoísmo, la frialdad del amor a la patria, el ocio, la negligencia de los ciudadanos; que juzgue de los principios de corrupción, de los ejemplos perniciosos, debiendo corregir las costumbres con penas morales, como las leyes castigan los delitos con penas aflictivas y no solamente lo que las ataca sino lo que las burla; no solamente lo que las ataca sino lo que las debilita; no sola-

mente lo que viola la constitución sino lo que viola el respeto público»,⁵³

De aprobarse esta innovación genial pudo convertirse en la:

«funesta inquisición moral [...] que habría contribuido a la desunión, por la constante vigilancia de unos sobre otros, empeñados en ver siempre la paja en el ojo ajeno, habría fomentado la desconfianza [...] a quien todos verían como peligro para la libertad y posibilidad de agresión para el fuero interno de los ciudadanos [...]».⁵⁴

Pero de haber sido aprobado habría sido en su época un símbolo de la verdad fundamental que no pueden existir instituciones políticas, organización gubernativa ni constitucional, máxime para las nacientes repúblicas, sin bases éticas, tal como lo aprecia Belaunde al comentar esta propuesta. La alternativa entre la tolerancia moral a que invita el liberalismo y el perfeccionismo pedagógico del moralismo, Bolívar optó por esta última consciente dentro del realismo que impregnó su pensamiento.

Bajo el argumento del necesario análisis complementario de los sabios es que el constituyente de Angostura relegó el debate de este proyecto y no fue incorporado al texto final. Quizá el poder moral es la expresión más genuina de la ideología bolivariana y por ello lo veremos de una u otra forma presente, aunque progresivamente diluida, en las constituciones que proyectó durante su vida y, particularmente en la Constitución peruana de 1826 bajo las funciones asignadas al Senado conservador. Lamentablemente el proceso seguido a partir de la Independencia americana se sustentó en cuestionables bases éticas de la sociedad.

3.2.9 Estructura centralista del poder público

Desde el mismo inicio del pensamiento político de Bolívar apreció como crítica al federalismo, su propensión a la dispersión, lo cual a su

⁵³ Hernández Sánchez-Barba; *op. cit.*, p. 240 y ss.

⁵⁴ Luis Beltrán Prieto Figueroa: *El magisterio americano de Bolívar*. Ediciones Arte, Caracas, 1986; p. 95.

criterio no constituía sino una forma amable de regularizar la anarquía de las expectativas locales y regionales, perturbadoras de la unidad organizativa que requerían las naciones americanas en germinación. En efecto apreciando las debilidades del federalismo, Bolívar calificaba en su célebre discurso a la Convención de Ocaña, a esta forma de gobierno como una forma social constitutiva de:

«una anarquía regularizada, o más bien, es la ley que prescribe implícitamente la obligación de disociarse y arruinar el Estado con todos sus individuos [...]».

En concordancia con esta línea de pensamiento y en lo que califica V. A. Belaunde como el más grande error de la Constitución boliviana, la propuesta desconocía la autonomía a nivel de los gobiernos locales, confiando por entero los asuntos a las autoridades políticas representativas del Gobierno central: prefecto, sub-prefecto, gobernador, alcaldes y jueces.

La propuesta original acogida en Bolivia abolía por entero todo recuerdo de los cabildos o municipalidades, sin embargo, la aprobada en Perú mantuvo la denominación del cargo de Alcalde pero reservado a otras funciones, como integrante del poder central y con un rol exclusivamente consultivo.

Dentro de este contexto es notorio que Bolívar juzgara a los niveles locales de gobierno como gérmenes del caos, lo cual si bien era constatado en la realidad, tal condición era debida no a la existencia misma de la institución sino al comportamiento imperfecto de quienes ocuparon sus puestos. En verdad, la población sentía a los Cabildos como espacios de vida política y económico propios que no pudieron ser sustituidos por la apertura participativa en asuntos del nivel central (por ejemplo, la selección decimal de miembros para el poder electoral que también planteaba la Carta).

El fundamento de este planteamiento fue convenientemente silenciado en el Discurso ante el Congreso de Bolivia, pero aparece con plena claridad en su Mensaje a la Convención de Ocaña del 29 febrero de 1828 cuando expresa a los legisladores:

«[...] Las municipalidades, que serían útiles como consejo de los gobernadores de provincias, apenas han llenado sus verdaderas funcio-

nes; algunas de ellas han osado atribuirse la soberanía que pertenece a la nación, otras han fomentado la sedición, y casi todas las nuevas, más han exasperado que promovido el abasto, el ornato y la salubridad de sus respectivos municipios. Tales corporaciones no son provechosas al servicio a que se les ha destinado; han llegado a hacerse odiosas por las gabelas que cobran, por la molestia que causan a los electos que las componen, y porque en muchos lugares no hay siquiera con quien reemplazarlas [...]. No es raro el destierro espontáneo de algunos individuos de sus propios hogares, que todos piensan, no habría decreto más popular que el que eliminase las municipalidades». ⁵⁵

3.2.10 La responsabilidad de los funcionarios públicos

El tema de la responsabilidad es un tema recurrente en el pensamiento bolivariano como factor nuclear que se orientaba a asegurar la actuación del poder dentro de los fines prefijados por la sociedad y el constituyente, mostrando sumo interés por su consagración a nivel constitucional para dar permanencia a su exigencia, a favor de la pedagogía moral. ⁵⁶

Este factor no ha sido suficientemente resaltado entre los analistas nacionales, por cuanto constituye una continuidad en la ideología de Bolívar que se repite desde el Congreso de Angostura hasta el proyecto elaborado para Bolivia, pasando por la serie de disposiciones que durante el ejercicio de la dictadura aprobó en diversos países.

Con total justicia Bolívar manifestó al Congreso de Bolivia su convencimiento que [...] sin responsabilidad, sin represión, el Estado es un caos. Me atrevo a instar con encarecimiento a los legisladores, para que dicten leyes fuertes y terminantes sobre esta importante materia. Todos

⁵⁵ M. Hernández Sánchez-Barba; *op. cit.*, p. 329.

⁵⁶ Por ejemplo, considerando que era necesario extirpar la dilapidación de los fondos públicos Bolívar decretó el 12 de enero de 1824, que:

«Artículo 1\$.- Todo funcionario público, a quien se le convenciere en juicio sumario de haber malversado o tomado para sí de los fondos públicos de diez pesos arriba, queda sujeto a la pena capital.

Artículo 2\$.- Los jueces a quienes, según la ley, compete este juicio, que en su caso no procedieren conforme a este decreto, serán condenados a la misma pena.

Artículo 3\$.- Todo individuo puede acusar a los funcionarios públicos del delito que indica el artículo 1\$.

hablan de responsabilidad, pero ella se queda en los labios. No hay responsabilidad, legisladores: los magistrados, jueces y empleados abusan de sus facultades, porque no se contiene con rigor a los agentes de la administración; siendo entre tanto los ciudadanos víctimas de este abuso recomendará yo una ley que prescribiera un método de responsabilidad anual para cada empleado».

Para este tema, de crucial importancia en el pensamiento bolivariano la propuesta le deparó varios momentos:

Primero, un artículo de naturaleza comprensiva para toda la administración estableciendo que «los empleados públicos son estrictamente responsables de los abusos que cometieren en el ejercicio de sus funciones» (artículo 140§ en el texto aprobado en Bolivia). Como considera Leocadio Guzmán esta es una verdadera garantía política ya que:

«Todos los empleados públicos, como simples agentes de la nación, son estrictamente responsables de los abusos que cometieren en el ejercicio de sus funciones; y todos los bolivianos pueden reclamar el cumplimiento de las leyes y el castigo de sus infractores, o por el derecho de representación, o por el órgano de los cuerpos electorales o por medio de la prensa: todo el que puede hacer el mal responde por haberlo hecho, y todo el que puede recibirlo, tiene el derecho de pedir la responsabilidad por los medios de la ley».⁵⁷

Sin embargo, el texto final aprobado en el Perú abolió este artículo excluyéndolo del texto final consultado a los colegios electorales.

En este mismo orden de ideas que afirma la orientación del pensamiento bolivariano hacia una férrea responsabilidad y orden gubernativo, en el plano financiero-administrativo estableció a nivel constitucional que cada Secretaría de Estado «formarán los presupuestos anuales de los gastos que deban hacerse en sus respectivos ramos y rendirán cuenta de los que se hubieren hecho en el año anterior» (artículo 95§). En síntesis, la previsión bolivariana contemplaba la rendición de cuenta como instrumento fundamental para la adecuada gestión gubernativa.

Segundo, considerando que era necesario reforzar la responsabilidad de los magistrados judiciales postuló un artículo especializado para el tema cuando establecía «toda falta grave de los magistrados y jueces en

57 Antonio Leocadio Guzmán; *op. cit.*, p. 26.

el desempeño de sus respectivos cargos produce acción popular, la cual puede intentarse en todo el término de un año, o por el órgano del cuerpo electoral, o inmediatamente por cualquier boliviano» (artículo 102° en la Carta boliviana). Sin embargo, el texto consultado finalmente a los colegios electorales fue cuidadosamente limitado para evitar la participación popular en el control a los jueces sujetándola a los propios colegios electorales, omitir quién era el encargado de hacer efectiva la responsabilidad de la Corte Suprema y sujetar toda acción correctiva al Gobierno.⁵⁸

Tercero, en otra precisión necesaria –según el criterio bolivariano– enfatizó la responsabilidad de los agentes a cargo del orden interno cuando precisó que cualquier exceso que los prefectos, subprefectos, gobernadores, jueces de paz y alcaldes cometieran puede ser comunicada mediante acción popular. Dicha previsión fue acogida uniformemente en Bolivia (Art. 139°) y Perú (Art. 133°).

Aun cuando se trata de responsabilidad política y no estrictamente de responsabilidad jurídicamente formalizada, dentro de este mismo apartado es conveniente analizar el régimen de responsabilidad reservada para las autoridades máximas del ejecutivo (presidente, vicepresidente y ministros). La propuesta que motivó una de las críticas más fuertes al proyecto consistía en exonerar a la Presidencia vitalicia de la responsabilidad por los actos de administración:

«Artículo 80°.- El Presidente de la República es el Jefe de la administración del Estado, sin responsabilidad por los actos de dicha administración».

De tal modo, la responsabilidad de gobierno se hacía recaer en la Vicepresidencia quien era el activo administrador de los negocios del Estado:

58 La Constitución de 1826 contemplaba ello en los artículos 99° y 100°:
Artículo 99°.- Los magistrados y jueces no pueden ser suspendidos de sus empleos sino en los casos determinados por las leyes; cuya aplicación, en cuanto a los primeros, corresponde a la Cámara de Senadores, y a las cortes del distrito en cuanto a los segundos, con previo conocimiento del Gobierno.

Artículo 100°.- Toda falta grave de los Magistrados y Jueces en el desempeño de sus respectivos cargos produce acción popular, la cual puede intentarse en todo el término de un año por el órgano del Cuerpo electoral».

«Artículo 88°.- El Vicepresidente de la República es el Jefe del Ministerio.

Artículo 89°.- Será responsable, con el Secretario del despacho del departamento respectivo, de la administración del Estado.

Concurrían también en la responsabilidad, los Secretarios de Estado como jefes o directores de las actividades gubernativas sectorizadas:

«Artículo 94°.- Los secretarios del despacho serán responsables, con el vicepresidente, de todas las órdenes que autoricen contra la Constitución, las leyes y los tratados públicos».

Consciente que estamos frente a un tema controvertible y contradictorio con el principio de responsabilidad general que siempre había proclamado en la propia Carta para los demás agentes públicos, Bolívar se cuidó de no atraer la atención pública sobre ello en su mensaje al Congreso de Bolivia. Sólo con posterioridad abordaría el tema públicamente en su Mensaje a la Convención de Ocaña con motivo del cambio de la Carta colombiana que, entre otros aspectos, sí contemplaba la responsabilidad presidencial por actos de gobierno. Apoyado en su reiterado realismo como técnica constitucional expuso:

«[...] Debo decirlo: nuestro gobierno está esencialmente mal constituido. [...] No están reducidos a estos vicios de la constitución con respecto al ejecutivo. Rivaliza en entidad con los mencionados, la falta de responsabilidad de los secretarios del despacho. Haciéndolo pesar exclusivamente sobre el jefe de la administración, se anula su efecto, sin consultar cuanto es posible la armonía y el sistema entre las partes, y se disminuyen igualmente los garantes de la observancia de la ley. Habrá más celo en su ejecución, cuando con la responsabilidad moral obre en los ministros, la que se les imponga. Habrá entonces más poderosos estímulos para propender al bien. El castigo que por desgracia se llegara a merecer, no sería el germen de mayores males, la causa de trastornos considerables y el origen de las revoluciones. La responsabilidad en el escogido del pueblo será siempre ilusoria, a no ser que voluntariamente se someta a ella, o que contra toda probabilidad carezca de medios para sobreponerse a la ley. Nunca, por otro lado, puede hacerse efectiva esta responsabilidad, no hallándose determinados los casos en que se incurre, ni definida la expiación».

Como se apreciaba el realismo jurídico de Bolívar en este particular caso aparta su enfoque valorativo anterior, para concluir en la irresponsabilidad presidencial basándose en lo ilusorio de su probabilidad y por su imposibilidad de hacerla efectiva. Pero este sistema inusual en su tiempo motivó las más firmes críticas de sus opositores, acusando al Libertador de pretender entronizar su propia impunidad, pues como dice Toribio Pacheco⁵⁹: «el Presidente vitalicio era inviolable e irresponsable de cualquier acto de su administración; el Poder Legislativo mismo no podía, en ningún caso, tomarle cuenta de su conducta. La responsabilidad pesaba únicamente sobre el Vicepresidente, que era el jefe del ministerio, y sobre los cuatro ministros; para lo cual habría sido preciso hacer que todos ellos fuesen independientes del Presidente y capaces de obrar por sí, como sucede en las monarquías constitucionales; pues de lo contrario, es un absurdo someter al Vicepresidente y a los ministros a la voluntad del Presidente; y, sin embargo, declarar a éste inviolable y hacer responsables a los otros de actos en que tal vez sólo fueron ejecutores de órdenes superiores».

En este extremo, es realmente justificada la posición de Pacheco ya que en esta Constitución, a diferencia de su modelo inglés, el pretendido «poder neutro» designaba y separaba por sí sólo a todos los funcionarios administrativos, incluidos a los Secretarios de estado, ejercía actos administrativos, y tenía expresamente la potestad sancionadora sobre ellos; facultades que los hacían obviamente dependientes sin que se permita a la responsabilidad extender su ámbito de acción a quien mediante el uso directo o por influencia de tales factores determinará los cursos del gobierno.

3.2.11 La religión en el pensamiento constituyente

Como expresamos al abordar el proceso de gestación de la Carta de Bolívar y aprobación en Bolivia y Perú, ambos Estados fueron opuestos a la pretendida libertad religiosa que el Libertador proclamaba en su Discurso a Bolivia del modo siguiente:

«En una Constitución política no se debe prescribir una profesión religiosa; pues, según las mejores doctrinas acerca de las leyes funda-

59 Toribio Pacheco; *op. cit.*, pp. 81 y 82.

mentales, las últimas sirven de garantía a los derechos civiles y políticos. Como la religión no pertenece a ninguno de éstos, es de otra naturaleza indefinible en el orden social y pertenece al orden intelectual».

Ciertamente la influencia de los representantes religiosos en el activismo político y la fe de ambas comunidades determinaron que el proyecto pasare por el más notorio agregado de que han dado cuenta los estudiosos de la materia. Primero, en Bolivia fue incorporado el artículo 6° que declaraba religión del Estado la Católica, apostólica y romana, con exclusión de todas las demás. Por su parte, entre nosotros fue incluida como religión oficial a la Católica, apostólica y romana, pero cuidándose de no excluir otros cultos (artículo 6§) no obstante la petición de los colegios electorales a favor de la proscripción de otros cultos.

Pero, advierte con razón V. A. Belaunde que no obstante su discurso liberal, en lo operativo el proyecto revelaba un afán regalista que se percibe en el sistema administrativo de nombramiento de las autoridades eclesiásticas y en la potestad de revisión de las decisiones de la Iglesia, tendencia que fue más preponderante en el proyecto peruano que la original de Bolivia.

El proyecto boliviano sólo contemplaba como atribuciones del Presidente de la República «conceder el pase o suspender las decisiones conciliares, bulas pontificias, breves y rescriptos, con anuencia del poder a quien corresponda» (inciso 24, artículo 70°), «presentar al gobierno eclesiástico uno de la terna que le pase éste, de los candidatos propuestos por el cuerpo electoral, para curas y vicarios de sus provincias (inciso 26, artículo 70°) y como facultades de la Cámara de Senadores proponer a la Cámara de Censores una terna de candidatos para arzobispos, obispos, dignidades, canónicos y prebendados de las catedrales, quien los eligió» (artículos 47°, inciso 6 y 60° inciso 1).

Por su parte, el proyecto presentado a Perú con motivo de los nombramientos torna más centralizada la fórmula ya que ahora el Presidente no sólo escogerá de la terna que le presente la Iglesia y la remitirá a ésta para su nombramiento oficial sino mas bien será él mismo quien lo elija y nombrará (artículo 83° inciso 27). Tal orientación es percibida con mayor nitidez cuando agrega la facultad del Senado de presentar ante el Presidente una relación de candidatos para los cargos de arzo-

bispos, obispos, canónigos y prebendados (artículo 49° inciso 6), seguido de la elaboración por el Presidente de una terna para tales cargos y la comunica a la Cámara de Censores, quien finalmente los elegirá (artículos 60° inciso 1 y 83° inciso 25).

3.2.12 La inviolabilidad de la Constitución y previsión de los estados de excepción

La Carta se preocupó por declarar su inviolabilidad con alcance a los propios poderes del Estado y demás autoridades gubernativas, de modo que cuando la intención fuere adversa a la norma suprema debía canalizarla mediante el procedimiento de reforma legislativa que previsoriamente debía realizarse hacia 1830.

Sin embargo, el realismo del pensamiento boliviano indujo a reconocer la necesidad de contemplar los estados de excepción otorgando cobertura constitucional a las situaciones de emergencia que no podían ser afrontados con la normalidad constitucional pensada para tiempos de orden. De tal manera, fue la primera Carta peruana que incorporó a sus textos constitucionales regulación para los estados de excepción⁶⁰ bajo dos modalidades a ser declaradas por el Congreso: como suspensión de derechos ciudadanos (particularmente la garantía de libertad de tránsito prevista en el artículo 123°) y, en su versión más grave, como un estado de dictadura en el que se inviste al Ejecutivo de la suma de facultades necesarias para superar la causa para tal decisión, pero sometido a la responsabilidad por los abusos que cometiera durante este lapso.

60 El articulado establecía:

Artículo 30°.- Las atribuciones particulares de cada Cámara se detallarán en su lugar. Son generales: [...].

5. Investir en tiempo de guerra o de peligro extraordinario al Presidente de la República, con las facultades que se juzguen indispensables para la salvación del Estado.

Artículo 123°.- Si en circunstancias extraordinarias la seguridad de la República exigiere la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo, podrán las Cámaras decretarlo. Y si estas no se hallasen reunidas podrá el Ejecutivo desempeñar esta misma función como medida provisional y dar cuenta de todo en la próxima apertura de las Cámaras, quedando responsable de los abusos que haya cometido.

4. A modo de conclusión: balance del proceso

En su carta a Santa Cruz de 8 junio de 1827, Bolívar afirma:

«Nada me importa la Constitución boliviana. Si no la quieren, que la quemem, como dicen que ya se ha hecho antes de ahora. Yo no tengo amor propio en materias graves que pesan sobre la Humanidad».

Era el momento de la desilusión por la irremediable pérdida de un proyecto político-constitucional acariciado por el Libertador.

A ese momento se llegó por la suma de diversas circunstancias: por lo iluso de algunas de las innovaciones propuestas en la Constitución para Bolivia y Perú, por no comprender la necesaria crisis que todo inicio de cualquier república acarrea y que el Libertador pretendió evitar a toda costa, por los personalismos existentes en nuestro país a los cuales agraviaba un proyecto de estabilidad a partir de la propia persona de Bolívar y de sus sucesores, por el clima adverso que generó su acelerada imposición en vez de haber seguido la meditada búsqueda de consenso que era viable por la gran aceptación del Libertador. También contribuyeron a este resultado: un equivocado cálculo político del Libertador al sobrestimar su potencialidad para plantear su realista plan y un enfoque inadecuado de las necesidades de las sociedades nacientes que preferían la libertad y los ideales democráticos — pese a la inseguridad que para la época representaban— al orden artificial impuesto por la autoridad en vez del obtenido por la madurez social.

Las propuestas políticas del Libertador estuvieron permanentemente impregnadas de una incesante búsqueda del justo medio aristotélico, que se muestra tanto en la persecución del equilibrio entre la libertad ciudadana y el orden, como en su esfuerzo por sintetizar las características que consideraba más favorables entre las tendencias sobre el gobierno existentes en su época (monarquía, federalismo, democracia, aristocracia); congregando como sintetiza V. A. Belaunde, la estabilidad de la monarquía; el poder electoral de la democracia; la centralización hacendaria absoluta del régimen unitario; la intervención popular en los nombramientos políticos como en el federalismo; los censores vitalicios como en la oligarquía y el derecho de petición y de refrendación de las reformas constitucionales como en el sistema plebiscitario. Indudablemente, no siguió determinada corriente pues deseaba cons-

cientemente apartarse de las tendencias monárquicas y liberal-individualista así como de los extremos peligrosos.

Esa tendencia a la síntesis, preferentemente entre aquellas características que reporten la mejor sumatoria de autoridad –representativa del orden y estabilidad– y participación –representativa de la libertad– apuntalada por el perfeccionismo en su censura hacia la moral pública y el comportamiento social, fueron las líneas maestras del pensamiento constituyente de Bolívar de esta época. Intentó un esfuerzo netamente americanista y realista por regular sus instituciones mediante normas pensadas para toda la comunidad nacional y no sólo para un sector –generalmente el aristocrático o capitalino–, teniendo en cuenta que las bondades de la democracia representativa aún no era una verdad comprobada en los Estados de la época, menos aún en las condiciones en que se encontraban los pueblos americanos y mientras, la monarquía había concluido su ciclo en el país pero mantenía presencia mayoritaria en Europa y otros continentes.

De acuerdo con la estratificación de la evolución del pensamiento bolivariano que plantea V. A. Belaunde la Carta de 1826 pertenece a su cuarta etapa: la del cesarismo semi-feudal y semidemocrático que aparece inmediatamente después a la cumbre del pensamiento bolivariano. Pero, desde la perspectiva del constitucionalismo peruano representa una carta cuya desestabilización temprana privó de la posibilidad de tener la influencia que debía pro la curiosa suma de características irrepetibles: ser una constitución otorgada por la autoridad del Libertador y no pactada como las demás Cartas en nuestro país; la inexistencia de antecedentes sobre la gestación de sus preceptos o exposición de motivos que permita conocer la razón esencial de su articulado, ser un proyecto constitucional típicamente proveniente de la autoridad unipersonal de un hombre de acción como Bolívar, la concentración en su estructura del poder neutro (con la presencia de la Presidencia vitalicia) con el poder conservador (en el Senado conservador) así atribuir facultades activas propias en asuntos gubernativos al cargo de Vicepresidente.

Los debates de su tiempo y los ulteriores han sido acaparados por la composición de la estructura del poder público y, particularmente la de los poderes legislativo y ejecutivo, sin percibir que también esta propuesta de texto traía al debate constitucional nacional temas importantes como la abolición de la esclavitud; la ciudadanía continental como instrumento de integración; la libertad religiosa; el establecimiento

de deberes correlativos a los derechos; creaba las condiciones desaprovechadas para desarrollar tempranamente el *habeas corpus* en nuestro país; la independencia judicial, perfecciona la conciliación como medio alternativo a la solución de conflictos (tema que recién en nuestros días es redescubierto por la legislación como instrumento útil para la descarga procesal y solución consensual de conflictos); la responsabilidad funcional y la rendición de cuentas como obligación de funcionarios públicos; la abolición de vinculaciones eclesiásticas; y, la consagración de los estados de excepción como forma de integrar y ordenar dentro del ordenamiento constitucional a las situaciones de emergencia que hasta esa época eran motivo de soluciones extraconstitucionales como la dictadura y suspensión de la Constitución.

Pero la utilidad del estudio de esta Carta no sólo radica en detenerse en aquellas instituciones, figuras y esquemas que fueron desaprovechadas para el constitucionalismo peruano en su oportunidad, sino por cuanto el análisis a su acelerado proceso de aprobación –irregular por cierto– y de los pronunciamientos de los colegios electorales nos informa del pensamiento vivo de los representantes de la sociedad nacional de la época, revelándonos su intolerancia en materia religiosa, la desconfianza en los cargos reelectivos que sólo cedió ante la autoridad del Libertador, la consideración favorable a otorgar la presidencia a la persona de Bolívar incluso sin responsabilidad y con carácter vitalicio, entre otras nociones interesantes.

Mediante el pensamiento contrafáctico se puede especular acerca de si el proyecto constitucional fuera un modelo transitorio o permanente, de la sinceridad o no de sus ideas, sobre la viabilidad del esquema gubernativo tal como fue planteado, sobre si de aplicarse hubiese la República alcanzado la estabilidad deseada evitando los sucesivos relevos en la Presidencia de la República ocurridos durante el siglo pasado o cómo hubiese reaccionado la sociedad, si en vez de imponerle el proyecto, Bolívar planteaba su intención mediante la modificación constitucional a la Carta de 1823 (tal como inicialmente lo consideró). Pero, en este aspecto, nos deja dos lecciones no siempre aprovechadas: la primera, para la política constitucional, sobre la inestabilidad de los proyectos constitucionales personales para el ejercicio del poder, sobre todo cuando se privilegia la autoridad por sobre cualquier otras consideraciones; y la otra, para el constitucionalismo, según el cual la vigencia real de las Cartas es fortalecida cuando reposa en el consenso, el

debate, el sano intercambio de ideas que comprometan la conciencia social y no sólo por su refrendo popular directo o indirecto que puedan otorgar mayorías transitorias.

Bibliografía

BÁKULA BUDGE, María Cecilia

- 1975 **Los ideales de Bolívar en la integración de los pueblos hispanoamericanos.** Publicaciones de la Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú. Lima-Perú.

BELAUNDE, Víctor Andrés

- 1928 «La constitución vitalicia». En: Mercurio Peruano, N° 117, Año XI, Volumen XVII; Marzo. Lima (Perú). Artículo aparecido como Capítulo XXI de su libro «Bolívar y el pensamiento político de la revolución americana» (Ver).

BELAUNDE, Víctor Andrés

- 1983 **Bolívar y el pensamiento político de la revolución americana.** Edición de Homenaje al bicentenario del nacimiento del Libertador Simón Bolívar. Quinta Edición; Lima (Perú). JOMM, Asociados S.R.L. Editores.

BRICE, Angel Francisco

- 1959 «Constitución Bolivariana». (Separata de la Revista de la Sociedad Bolivariana de Venezuela, Volumen XVII, N° 57.17 diciembre de 1958. Imprenta Nacional, Caracas (Venezuela).

COMISIÓN NACIONAL DEL SESQUICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ

- 1974 **Colección Documental de la Independencia del Perú.** Tomo XIV: Obra Gubernativa y epistolario de Bolívar. Volumen 1§ (Legislación 1823-1825), Volumen 2§ (Legislación de 1826), Volumen 3§ (Libro de Decretos 1824), Volumen 4§ (El Congreso de Panamá). Lima, Perú.

CONSTITUCIÓN PARA LA REPÚBLICA PERUANA

- 1826 Imprenta de la Libertad por José María Masías. Lima. Edición que contiene la documentación de la época sobre la génesis de la Carta de Bolívar, incluyendo las actas de los Colegios Electorales.

CORDERO CEBALLOS, J.J.

- 1988 «Bolívar y la vigencia del poder moral». Serie Estudios N° 35; Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas (Venezuela).

CÓRDOVA Mario, Luis

- 1983 «Bolívar y el derecho». En: Boletín del Archivo General de la Nación Nos. 244-245, enero a diciembre, Tomo LXXIII, Caracas (Venezuela).

FÉLIX TRIGO, Ciro.

- 1957 **Las constituciones de Bolivia.** Ediciones Cultura Hispánica. Madrid (España).

FRAGA IRIBARNE, Manuel

- 1961 «La evolución de las ideas de Bolívar sobre los poderes del Estado y sus relaciones». En: Revista de Estudios Políticos N° 117-118, Mayo-Agosto. Instituto de Estudios Políticos. Madrid (España).

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

- 1993 **Las constituciones del Perú,** Textos institucionales, cuadros comparativos. W.G. Editores. Edición oficial. Ministerio de Justicia. Primera edición.

GARCÍA ISAZA, Alfonso

- 1983 «Ética y democracia en el pensamiento bolivariano». En: Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía; Volumen XLII, N° 103, Año XLIV –Segunda Época– Marzo. Colombia.

GUZMÁN, Antonio Leocadio

- 1826 **Ojeada al proyecto de Constitución que el Libertador ha presentado a la República Bolívar.** Imprenta Republicana Administrada por José María Concha. Lima.

HERNANDEZ SÁNCHEZ-BARRA, Mario

- 1975 **Simón Bolívar: Discursos, proclamas y epistolario político.** Editora Nacional, Madrid (España).

LABARCA PRIETO, Domingo

- 1983 «Bolívar y la organización del Poder Público en el Discurso de Angostura». En: Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía; Volumen XLII, N° 103, Año XLIV –Segunda Época–. Marzo. Colombia.

MARIUS, André

- 1924 **Bolívar y la democracia.** Casa Editorial Araluze, Barcelona (España).

OTERO, Gustavo Adolfo

- 1944 «Bolívar y Bentham (Génesis de la Constitución Boliviana de 1826)». En: Historia Revista de Cultura N° 6, Volumen Segundo. Enero-Junio. Lima (Perú).

PAREJA PAZ-SOLDÁN, José

- 1954 «Las Constituciones del Perú». Serie: Las Constituciones Hispanoamericanas. Publicadas bajo la dirección de Manuel Fraga Iribarne. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid (España).

PÉREZ CONCHA, Jorge

- 1975 **Pensamiento político de Bolívar.** Colección Ariel Universal N° 30. Editorial Ariel Universal, Guayaquil (Ecuador).

PETZOLD-PERNIA, Hermann

- 1983 «La influencia de Benjamín Constant en el Libertador Simón Bolívar». En: Revista Estudios de Derecho, Facul-

tad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía; Volumen XLII, N° 103, Año XLIV –Segunda Epoca-. Marzo. Colombia.

SALCEDO-BASTARDO, J.L.

1983 «El mundo normativo. Posición humana y ubicación conceptual». En: Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía; Volumen XLII, N° 103, Año XLIV –Segunda Epoca-. Marzo. Colombia.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Luis Alberto

1997 **A Bolívar**. Instituto Luis Alberto Sánchez. Primero Edición, febrero. Lima (Perú).

SORIANO, Graciela (compiladora)

1990 **Simón Bolívar: escritos políticos**. El Libro de Bolsillo, Sección: Clásicos, N° 175. Alianza Editorial, Madrid (España). Octava reimpresión (octubre).

TOWNSEND EZCURRA, Andrés

1973 **Bolívar, Alfarero de Repúblicas**. Ediciones Libera, Buenos Aires (Argentina).

VILLARÁN, Manuel Vicente

1962 **Páginas escogidas**. («Ensayo sobre las ideas constitucionales de Bolívar»). Talleres Gráficos P.L. Villanueva, S.A. Lima (Perú).

La legitimación en el amparo luego de la reforma constitucional argentina de 1994 ¿una nueva dimensión?

Jorge Alejandro Amaya

I. Nociones preliminares

La reforma de 1994 incorporó expresamente al texto constitucional un conjunto de tres garantías: el hábeas corpus, el amparo y el hábeas data. La primera de las garantías incorporadas ya se encontraba implícita en la constitución histórica de 1853-1860 (cfr. Art. 18° CN) y a raíz de ello mereció un profundo desarrollo jurisprudencial. El amparo vio la luz en nuestro ordenamiento jurídico a partir de su creación pretoriana por la Corte Suprema de Justicia en los célebres casos «Siri»¹ y «Kot»².

Con la Ley N° 16.986 reglamentaria de la acción de amparo se continuó el ciclo abierto por la Corte algunos años atrás en la institucionalización de la garantía. Para parte de la doctrina, la sanción de dicha ley vino a disminuir el alcance del amparo –al punto de ser calificada como «ley de desamparo»³ – al restringirse su procedencia.⁴

1 La Ley, Tomo 89, p. 532. En donde se trató ante la Justicia en lo Penal la clausura por autoridad policial de la provincia de Buenos Aires, del diario «Mercedes», invocándose la violación de los derechos de imprenta y trabajo consagrados en la Constitución Nacional.

2 La Ley, Tomo 92, p. 632. En el caso se resolvió la ocupación de una fábrica textil a causa de un conflicto laboral entre patronos y obreros.

3 Humberto Quiroga Lavie, *Constitución de la nación Argentina*, Zavallía, Buenos Aires, tercera edición, pp. 233-234.

4 Ver Agustín Gordillo, «Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43° y 75° inciso 22 de la Constitución nacional», publicado en *La Ley*, Tomo 1995-E, p. 988.

En los años que siguieron se fue imponiendo, con fundamento en la ley citada, una jurisprudencia limitativa que exigía –entre otros recaudos– la no existencia de otra vía administrativa o judicial para defender el derecho, la gravedad o irreparabilidad del daño, el carácter manifiesto de la lesión a la garantía constitucional, la imposibilidad de pedir la inconstitucionalidad de una ley, decreto u ordenanza, etc.

La incorporación del hábeas data, por el contrario, es todo un gesto innovador del constituyente. Nuestro derecho positivo apenas si tenía noticias –sólo el derecho público provincial aportaba algunas nociones– de esta garantía.

La constitucionalización de las citadas garantías es un paso más hacia el perfeccionamiento de los mecanismos de protección con que cuenta nuestro sistema de derechos. Sin aquellos mecanismos, los derechos reconocidos no sólo por la Constitución sino por los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (cfr. Art. 75.22), corren el riesgo de convertirse en simples fórmulas declarativas sin mayor eficacia jurídica. Como reza el conocido aforismo anglosajón «*There is no remedy There is no right*».

Es por ello que consideramos conveniente profundizar uno de los aspectos más sensibles a los mecanismos de protección: la legitimación activa. Dado los límites de este trabajo sólo nos concentraremos en la acción de amparo dejando abierta la inquietud en el resto de las garantías para el futuro.

II. ¿Cómo opera la legitimación activa en el amparo?

La amplitud admitida aquí a la legitimación procesal activa va afectar, de manera esencial, el alcance otorgado a la protección. El derecho de acceso a la jurisdicción posee, pues, un protagonismo esencial. Ello en virtud de que, mediante la admisión del amparo, el justiciable tiene una herramienta más para construir la defensa de sus derechos.

Por lo tanto, debemos preguntarnos hasta qué punto, una visión demasiado restrictiva o estricta sobre quienes ostentan la titularidad de la acción de amparo, podría llegar a lesionar una garantía constitucional fundamental como la que protege el acceso a la justicia.

Fuera de la redacción dada por cualquier fórmula constitucional o infraconstitucional, el alcance de dicha protección va a depender mas

que nada de la interpretación que se haga del término «afectado» o «persona». En esta línea argumental existen primariamente dos interpretaciones posibles.

Una «interpretación restrictiva» donde los términos aludidos son entendidos como referentes al titular de un derecho subjetivo, de características particulares y excluyentes, vinculado de forma directa e inmediata al acto lesivo. O bien, una «interpretación amplia» donde «afectado» y «persona» son tenidos no tanto como titulares de un derecho subjetivo, sino como anudados a un interés general, compartido y colectivo, vinculado de forma refleja y mediata al acto lesivo.⁵ En este segundo caso, el acceso a la jurisdicción mediante la acción de amparo se apoya en la posibilidad de confirmar la condición de «parte» a quienes, aun sin resultar «dueños» de un derecho subjetivo, acreditan un «interés» importante que actúa de soporte para la legitimación.⁶

Según nos refiere Gordillo⁷, ya en el siglo pasado se distinguía el «derecho subjetivo» propiamente dicho o primitivo —propiedad, libertad, etc.— del todavía no reconocido por la autoridad pública, el cual era llamado interés o «derecho en expectativa». Este último, dependía para su nacimiento de un acto de la administración: recién entonces se tornaba adquirido y tenía tutela como el primero.

De esta forma, en el derecho administrativo, toma cuerpo la distinción entre derecho subjetivo, con plena tutela administrativa y judicial, y el interés legítimo del cual se sostendrá —durante más de un siglo— que a veces tiene tutela judicial en los sistemas denominados contencioso administrativos, pero no la tiene en otros sistemas de tipo judicial.

Así Marienhoff⁸ defendió esta última postura argumentando que quien carece de un interés o de un derecho «propio, personal y direc-

5 Esta postura es seguida, entre otros, por Germán Bidart Campos para quien la legitimación activa para deducir la acción de amparo debe depararse y reconocerse a todo aquél (o aquéllos) que constitucionalmente ostentan y articulan una pretensión exigida de la premura tutelar que justifica al proceso amparista (*Tratado elemental del derecho constitucional argentino*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995, Tomo I, p. 707).

6 Ver Osvaldo Alfredo Gozáni, «Legitimación para actuar en el juicio de amparo», publicado en *La Ley*, Tomo 1994-C, p. 970.

7 Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Biblioteca Jurídica Dike - Fundación de Derecho Administrativo, Bogotá, 1998, Cap. II, p. II-1.

8 Miguel S. Marienhoff, «La acción popular», publicado en *La Ley*, Tomo 1993-D, p. 683.

to», esto es de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, no tiene «legitimación» (*legitimatío ad causam activa*) para actuar ante la justicia judicial ya que sólo es titular o portador de un «interés simple» insuficiente de suyo para actuar en ese ámbito jurídico, donde la prerrogativa tutelada debe ser personal y directa del accionante.

Sobre el debate planteado Bidart Campos⁹ sustenta que no vale ya categorizar casilleros comunicados como los de derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple, intereses difusos y recluir el amparo solamente para cobertura del compartimento estricto y rígido de los derechos subjetivos. En el mismo sentido se expresa el maestro español García de Enterría¹⁰:

«si el ciudadano únicamente pudiera disponer de la proyección de su potestad jurídica para imponer a la administración pública la sujeción al ordenamiento jurídico en aquellos supuestos encuadrados dentro de la dinámica del derecho subjetivo, el grueso de la legalidad administrativa quedaría fuera del alcance de los particulares, aun en la hipótesis en que estos se vean perjudicados».

Como vemos, no existe acuerdo en la doctrina acerca de cómo opera la legitimación activa en la acción de amparo. Un criterio determinante pareciera ser la definición del interés que vincula al afectado. Dicho interés puede ser «legítimo» y representar sólo a quienes exhiben un derecho subjetivo; «difuso» involucrando a un grupo o conjunto de personas identificadas por un derecho colectivo; o bien «simple» haciendo visible la mayor apertura desde el momento que cualquier persona invocando este carácter puede exigir la protección judicial de los derechos.

Pero más allá del acuerdo a que se llegue sobre el contenido y el alcance de cada una de las categorías de intereses enunciadas, creemos que no se debe perder de vista, en cualquier interpretación que se intente, el hecho cardinal de que podría llegar a afectarse el acceso del justiciable a la jurisdicción. Si de determinar pautas de interpretación se trata, nos parece que en la prohibición de violar dicha garantía constitucional, encontramos un límite infranqueable.

9 Germán Bidart Campos, Tratado (...), *Op. cit.*, Tomo I, p. 707.

10 Citado por Carlos Grecco, «Legitimación contencioso administrativa y tutela judicial del interés legítimo», publicado en *La Ley*, Tomo 1981-C, p. 878.

Teniendo presente lo anterior, nos abocamos al estudio en particular de la legitimación activa en el amparo según surge de la fórmula constitucional desarrollada en el artículo 43°.

III. La cuestión en el artículo 43° de la Constitución nacional

El artículo 43° propone una fórmula que replantea todo el debate desarrollado hasta 1994 sobre el alcance de la legitimación activa en el amparo. Antes de la última reforma constitucional, tanto la doctrina como la jurisprudencia discutían, entre las condiciones de admisibilidad del amparo, quienes podían interponerlo.

La corriente dominante –vigorizada como ya fuera dicho desde la sanción de la Ley N° 19. 986– circunscribía la aplicación de la garantía que tratamos casi con exclusividad a la defensa de un derecho subjetivo simbolizado en la figura de un «interés legítimo». Lo anterior, en virtud de que se entendía al amparo como una acción «excepcional», «subsidiaria», «especial» o «secundaria». La defensa de estos conceptos fue minuciosamente seguida por la Corte Suprema de Justicia en numerosas sentencias. Así se afirmó que, la existencia de procedimientos para la tutela del derecho que se dice vulnerado, basta para el rechazo de la acción de amparo.¹¹

La posibilidad de que, mediante el amparo, se pudiera lograr la tutela de «intereses difusos» relacionados, por ejemplo, con la protección del medio ambiente resultaba excluida y, en algunos autores, incluso radicalmente rechazada. Es el caso de Marienhoff¹² para quien la acción que pretenda la defensa de un «interés público o general», incluso invocando concretamente la defensa o tutela de un presunto o supuesto «derecho o interés difuso», debe rechazarse por el órgano jurisdiccional ante el cual se la promueva. La protección del medio ambiente –afirma dicho autor– y todo lo que integra el sistema ecológico, está a cargo del Estado y en modo alguno a cargo de los administrados o particulares.

Sin embargo, esta corriente dominante comenzó a ceder con el paso del tiempo. Fue la jurisprudencia, una vez más, la encargada de innovar en la materia. Así, en el caso «Kattan» la Justicia Federal sostuvo que:

11 Ver, entre otros, Fallos: 255:58; 256:323; 257:57259: 285; 262:364; y 268:104.

12 Miguel S. Marienhoff, *Op. cit.*, pp. 687 y ss.

«Un grupo de personas, en casos particulares puede hacer oír su voz ante los estrados judiciales en representación de la comunidad que, si bien permanece silenciosa o ignorante del problema, no deja por eso de tener gravemente afectado su patrimonio y garantías esenciales. (En el caso por haberse acreditado la verosimilitud del derecho y el peligro de la demora se accedió a la medida de no innovar solicitada por los particulares en una acción de amparo suspendiendo los efectos de resoluciones que autorizaban la caza de toninas overas)».¹³

La Jurisprudencia Federal, después de la reforma constitucional de 1994, siguió consolidándose en el rumbo señalado. Así, a modo de ejemplo, en el caso «Shroder» se admitió la condición de vecino de una localidad donde se tenía previsto construir una planta de tratamientos de residuos peligrosos, por considerársele como potencial «afectado» de las actividades futuras de dicha planta¹⁴. El Tribunal interviniente afirmó que:

«[...] el problema de la legitimación de los particulares no debe constituir una verdadera denegación del acceso a la justicia de quienes se ven afectados por una medida estatal. Si la apertura de la jurisdicción no es garantizada, concurriendo desde luego los requisitos señalados, ¿qué

13 Primera Instancia en lo Federal Contencioso administrativa de Capital Federal, Juzgado N° 2, «A. E. Kattan, y otro c. Gobierno nacional -Poder Ejecutivo», sentencia de 22 de marzo de 1983, publicada en *La Ley*, Tomo 1983-D, p. 568, con nota de Guillermo J. Cano. Más adelante el citado Tribunal agrega: «Están habilitados para interponer la acción de amparo quienes lo hacen en nombre propio o en el de sus familias, si es que no se les permite hacerlo invocando derechos de la sociedad entera, y que actúan defendiendo verdaderos derechos subjetivos para defender el medio ambiente amenazado por riesgos inminentes que devienen de conductas sustancialmente antisociales».

14 Una persona que habitaba en las inmediaciones de un predio donde se iba a construir una planta de tratamientos de residuos peligrosos, plantea un amparo por considerar que dicha planta importaba un peligro grave e inminente para la salud de la población de la zona (garantizado por el Art. 41° de la Constitución argentina). El principal argumento invocado radicaba en la posibilidad de que se produjera una contaminación masiva de las fuentes que suministraban agua potable a la población. El tribunal interviniente reconoce la calidad de «afectado» al amparista con lo cual opta por una interpretación amplia del citado término y, por ende, de la legitimación procesal.

garantía de juridicidad se ofrecerá a los ciudadanos, si no pueden contar con una auténtica defensa de sus derechos?, a lo que se suma, como criterio de singular importancia, que no sólo se está protegiendo el derecho del particular, sino también el interés público, [...] (punto IV).¹⁵

Finalmente, los constituyentes terminaron por volcar la balanza a favor de la corriente innovadora al reconocerse expresamente en el texto constitucional los «derechos de incidencia colectiva»¹⁶. Esta nueva noción permite a Gordillo¹⁷ hablar de una noción superadora tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo.

¿En que términos y con qué alcance quedó consagrada la legitimación activa en el nuevo artículo 43º?. Se mencionan expresamente tres sujetos: a) la persona individual, la norma dice «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo», continuando en el segundo párrafo «podrán interponer esta acción [...], el afectado»; b) el Defensor del Pueblo señalado a continuación del afectado en concordancia con lo dispuesto por el artículo 86º CN; y c) las asociaciones especiales que tengan como fin la protección de los derechos de incidencia colectiva y difusa.

IV. No se trata de una acción popular

El artículo 43º indica que «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo», a diferencia de la Ley N° 16.986 que establece en su artículo 5º que el amparo se podrá interponer por «toda persona [...] que se considere afectada». Tamaña redacción deja abierta la posibilidad para interpretar que existe una acción popular. Por esta acción se entiende la que, actuando por su propia decisión, ejercitare

15 CNCont.-adm. Fed., sala III., «Juan C. Shroder, Estado Nacional (Secretaría de Recursos Naturales) s/ amparo», sentencia de 8 de septiembre de 1994, publicada en *El Derecho*, Tomo 160, p. 346.

16 En opinión de Gordillo se trata de una «categoría más extensa de tutela y derecho de fondo que parece destinada a empalidecer la importancia de la previa distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, e incluso del interés difuso» (Agustín Gordillo, *Op. cit.*, p. II-4).

17 *Idem.*, p. II-4

una persona cualquiera del pueblo (*civis de populo*), para la defensa, protección o tutela de intereses públicos o generales, sin tener para ello otra prerrogativa que un «interés simple»¹⁸, o sea sin que al efecto dicha persona sea titular de un interés o de un derecho propio, personal y directo. El derecho romano admitía la acción popular en estos términos: *Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*¹⁹ (Llamamos acción popular la que ampara el derecho propio del pueblo).

Sin embargo, el mismo artículo 43° al final del párrafo primero sostiene «En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva». Ésta, entendemos, es la primera pauta interpretativa que demuestra la voluntad del constituyente de no incorporar la acción popular.

En efecto, si el juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma sólo en el caso concreto –por tanto no con alcance general–, y si hace a la esencia del Poder Judicial que resuelva situaciones concretas, donde las partes debatan derechos que los afectan de manera diferenciada, no pudiendo dar opiniones, carecería de sentido pensar que se quiso incorporar la acción popular. A su vez, la expresión «caso» tiene un significado claro en la jurisprudencia de la Corte que excluye toda posibilidad de acción popular.

Otro elemento que admite esta interpretación la da el segundo párrafo de la norma que estudiamos. Si al incorporar la expresión «toda persona» se hubiese pensado en una acción popular, no tendría sentido haber incluido al Defensor del Pueblo ni a las asociaciones especiales entre los sujetos legitimados, y mucho menos hablar en forma expresa de «el afectado», pues ya estarían incluidos en la primera parte del artículo.

El tema obtuvo un tratamiento extenso en la Convención reformadora. Pero no fue hasta su discusión en el plenario donde quedaron despejadas las dudas acerca de si se consagraba o no el amparo como una acción popular. El convencional Cullen –autor de la propuesta que finalmente fue aceptada– sostuvo:

18 Marienhoff sostiene que por «interés simple» debe entenderse ese interés vago e impreciso, no individualizado, perteneciente a cualquiera –no reconocido ni tutelado en modo directo por el ordenamiento jurídico–, relativo al buen funcionamiento de la Administración Pública (*Op. cit.*, nota al pie 1, p. 683).

19 *Digesto*, libro 47, título 23, ley 1.

«la modificación adecuada no pasa por incorporar la palabra «también», porque ello daría lugar a una especie de acción popular. Lo correcto sería agregar luego de «general» la expresión «el afectado», con lo cual el segundo párrafo quedaría redactado de la siguiente manera: «[...] así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propenden a esos fines [...]». De esta forma, el particular damnificado podría promover la acción pero no daría lugar a una acción popular».²⁰

Como vemos, queda en claro que la idea del constituyente fue conceder legitimación procesal al afectado, portador de un interés difuso o colectivo, pero que no bastaba un «interés simple» para accionar, lo que equivale a decir que la reforma constitucional no incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la acción popular.

V. La noción de afectado en el eje del debate

La doctrina nacional que ha estudiado la cuestión se divide en tres grandes bloques al momento de procurar un contenido a la noción de afectado. Así, una parte sostiene que por afectado debe entenderse al titular de un derecho subjetivo (postura restringida); otros mantienen que a dicha noción además debe sumársele el o los titulares de un interés difuso o colectivo (postura amplia) y, finalmente, existen quienes sostienen que la noción de afectado alcanza a los titulares de un interés simple, esto es defienden la tesis de la acción popular (postura amplísima).

Entre los defensores de la postura restringida está Barra²¹ para quien:

«no hay tampoco novedad en materia de legitimación para accionar, que siempre —con las excepciones que vamos a ver— queda reservada para el agraviado en un derecho o garantía personal, propio, directo, es decir, lo que habitualmente se denomina derecho subjetivo».

20 Diario de Sesiones, 31 Reunión, 3 Sesión Ordinaria, 16/8/94, p. 4259.

21 Rodolfo Carlos Barra, «La acción de amparo en la Constitución reformada», publicado en *La Ley*, Tomo 1994-E, p. 1088.

Gozáñi²², por su parte, sostiene que:

«el artículo 43° distingue en la procedencia del amparo, las tres categorías de individuo que pueden reclamar ante el acto ilegítimo, la agresión discriminatoria, la protección del consumidor, la defensa del medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o los de incidencia colectiva en general: a) el afectado; b) el Defensor del Pueblo; c) las asociaciones registradas. Cada una representaría las defensas del derecho subjetivo, el interés difuso y los intereses legítimos respectivamente».

En esta línea se encuentra también Palacio de Caeiro²³ al afirmar que:

«los legitimados activos reconocidos en la prescripción magna resultan ser: el afectado o agraviado por algún acto u omisión que lesione en forma directa y concreta sus derechos subjetivos».

La posición amplia que permite accionar a quienes ostenten un derecho subjetivo, interés legítimo o difuso es defendida —entre otros— por Néstor Sagüés²⁴:

«el amparo común puede ser interpuesto por toda persona, según el párrafo 1 del Art. 43°. Esto no se debe interpretar literalmente, ya que no existe acción popular, en materia de amparo, en la Argentina [...] La Ley N° 16.986 reserva el amparo para la persona afectada (Art. 5°) y esta voz suscita una discusión, en torno a si se refiere, únicamente, a quien tenga un derecho subjetivo lesionado, o comprende igualmente a los portadores de un interés legítimo o simple. Nos hemos inclinado por la segunda variable».

También sustentan esta variable Morello²⁵ y Ekekdjian.²⁶ Este último afirma que:

22 Osvaldo Alfredo Gozáñi. «La legitimación procesal del Defensor del Pueblo (Ombudsman)», publicado en *La Ley*, Tomo 1994-E, p. 1380.

23 Silvia B. Palacio de Caeiro, «La acción de amparo, el control de constitucionalidad y el caso concreto judicial», publicado en la *Revista El Derecho* publicada el 1° de agosto de 1997.

24 Néstor Sagüés, *Acción de amparo*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 674.

25 Mario Agustín Morello, «El amparo después de la reforma constitucional», publicado en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7, p. 240.

26 Miguel Angel Ekmekdjian, «Nuevos amparos especiales en la Constitución

«afectado sería aquella persona que se encuentra aquejada o molestada por una acción u omisión arbitraria, que lesionara los derechos o intereses mencionados en ese segundo párrafo».

Por su parte Bidart Campos²⁷ –como ya adelantamos– mantiene que:

«el Art. 43° comenzó legitimando a toda persona, lo que traducimos como toda persona afectada por el acto lesivo. No es una acción popular, porque para que haya legitimación a favor de un sujeto –individual o colectivo– es necesario por el Art. 43° que el acto lesivo lo perjudique. Pero afectado es quien, conjuntamente con muchos otros, padece ese perjuicio compartido; por eso, su porción subjetiva en los derechos de incidencia colectiva –como lo señala el texto ya citado de la norma– merece concederle legitimación individual, bien aisladamente a él, bien en litisconsorcio activo con los demás, o con una asociación».

Por último, una posición amplísima defiende la tesis de que incluso quien no tenga una afectación diferenciada pero que desee actuar en defensa de la plena legalidad tendría legitimación para interponer la acción de amparo. Se requiere aquí, pues, la presencia de un simple interés. Patrocinan esta postura Jiménez²⁸:

«estimamos que tal grado de amplitud conceptual, propicia la adopción de la acción de amparo, en materia de tutela de derechos de la tercera generación, a modo de acción popular cuando ella es instalada por el habitante en el solo interés de la defensa de la legalidad».

En el mismo sentido se ha expresado Carattini²⁹ al sostener que:

Nacional y la declaración de inconstitucionalidad a través del amparo», publicado en Víctor Bazán (Coordinador) *Desafíos del control de constitucionalidad*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, p. 161.

27 Germán Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, Tomo VI, pp. 318-319.

28 Pablo Eduardo Jiménez, «Evaluación de algunos matices conflictivos respecto de la legitimación para obrar en el amparo en procura de la defensa de los derechos humanos de la tercera generación», publicado en *El Derecho*, Tomo 170, p. 1153.

29 Marcelo Gustavo Carattini, «El amparo en la reforma constitucional de 1994», publicado en *La Ley*, Tomo 1995-A, p. 879.

«el concepto de afectado es vago y, por lo tanto, laxo en su alcance. Abarca así a toda persona –tanto física como de existencia ideal– que tenga un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple».

La cuestión, como observamos, lejos de definirse por una u otra posición tiende a fragmentarse cada vez más en tesis que, a simple lectura, parecen irreconciliables.

VI. Las normas supranacionales

La citada reforma constitucional de 1994 introdujo –como ya dijimos– un conjunto de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. El interrogante que nos planteamos en relación a estos instrumentos es determinar en qué medida afectan (ampliando o restringiendo) la legitimación activa consagrada en el artículo 43º de la Constitución nacional.

El artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre afirma que:

«Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente».

Dice Gordillo³⁰ que dicha disposición le da al individuo el doble derecho (concurrente, no alternativo o excluyente) de acudir a los tribunales de manera genérica en cualquier caso y de manera específica también («asimismo») para los «derechos fundamentales consagrados constitucionalmente». En este último caso, se agrega un requisito adicional a favor del individuo: requiere que el Estado le provea de un procedimiento sencillo y breve para la tutela de tales derechos, y no establece limitación alguna, por ejemplo, que no haya otro medio administrativo o judicial para hacerlo, que la violación sea manifiesta o el daño irreparable, etc. La redacción es clara –concluye–, en cada país

30 Agustín Gordillo, «Un día en la justicia: (...)», *Op. cit.*, p. 989.

signatario la tutela de los derechos constitucionales debe tener un remedio sencillo y breve sin condicionamiento ni limitación alguna.

Lo mismo surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuyo artículo 25° dispone:

«1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso».

Una norma similar encontramos en el artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

«Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley».

El Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos, por su parte, en su artículo 2.3 afirma:

«Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial.

- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso».

Estas referencias continuas nos permiten afirmar que la evolución del Derecho internacional de los Derechos Humanos –especialmente en el ámbito americano– ha configurado la consagración y reconocimiento de un derecho humano al amparo que tiene toda persona, a fin de obtener la protección o tutela judicial de sus derechos, o sea un derecho-garantía.³¹

Este derecho constituye un «estándar mínimo común» para los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consiste en la obligación de garantizar la protección judicial de los derechos mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

«La obligación de los Estados partes de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25°), que deben ser sustanciados con las reglas del debido proceso (Art. 8.1), está comprendida en la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención».³²

En lo que se refiere a la legitimación activa, como vemos, todos los instrumentos internacionales optan por defender una postura amplia sin llegar, entendemos, al extremo de consagrar una acción popular. Gordillo³³ entiende que los citados tratados internacionales reconocen el derecho al titular efectivo, personal y directo, de la libertad o derecho lesionado.

El recurso de los pactos –afirma– es un recurso de carácter personal e individual. De acuerdo a esta interpretación, los instrumentos internacionales citados solo harían referencia de manera exclusiva a las personas físicas. Con todo, se concluye que la legitimación es mucho más

31 Cfr. Carlos M. Ayala Corao, **Del amparo constitucional al amparo interamericano como instituto para la protección de los derechos humanos**, Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Editorial Jurídica Venezolana, San José – Caracas, 1998, p. 19 y ss.

32 Corte IDH, «Velásquez Rodríguez y otros», sentencia de 26 de junio de 1987, párrafos 90 al 92.

amplia en el artículo 43° al incluir a las asociaciones de usuarios y consumidores y al prever la tutela de derechos de incidencia colectiva.

VII. El derecho constitucional latinoamericano

Como última etapa de este recorrido consideramos de interés, por la similitud de los sistemas constitucionales involucrados, el aporte del derecho constitucional latinoamericano al estudio de la legitimación activa de la acción de amparo. ¿Cómo resuelven las fórmulas constitucionales que observamos la cuestión? Las técnicas legislativas son muy variadas y presentan diversos matices en cuanto al alcance de la legitimación aludida.

Existen fórmulas, como en el caso de Costa Rica, que al mencionar que «Toda persona» tiene derecho al «recurso» de amparo (Art. 48°) parecería indicarnos la presencia de una auténtica «acción popular».³⁴ Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país ha expresado, en reiterados pronunciamientos, que en materia de amparo no cabe la acción popular a la vez que ha resaltado el carácter subjetivo del mismo. Parte de la doctrina costarricense, por su lado, mantiene que hay legitimación objetiva en tanto se defienda el derecho fundamental ajeno, sin que tenga incidencia directa o indirecta en la esfera de intereses o derechos del propio actor de la acción de amparo.³⁵

Una redacción similar presenta la fórmula salvadoreña (Art. 247°) al mantener que «Toda persona» puede pedir amparo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. La fórmula guatemalteca instituye el amparo con el fin de proteger «a las personas» contra las amenazas de violaciones de sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido (Art. 265°). La fórmula nicaragüense establece que «las personas» cuyos derechos consti-

33 Agustín Gordillo, «Un día en la justicia: (...)», *Op. cit.*, p. 991.

34 En el mismo sentido se expresa la Ley de la Jurisdicción Constitucional N°. 7.135 (1989) la cual en su artículo 33° dice: «Cualquier persona podrá interponer el recurso de amparo».

35 Ver Manrique Jiménez Meza, *Justicia Constitucional y Administrativa*, Investigaciones jurídicas S. A., San José, 1999, pp. 240-241.

tucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo pueden interponer el «recurso» de amparo (Art. 45°).

La fórmula brasileña afirma que «se concederá» el «*mandado de segurança*» con lo que no se discrimina entre los titulares de la acción (Art. 5.LXIX), pero a su vez establece un «*mandado de segurança*» colectivo pudiendo ser titular del mismo los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, una organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento por lo menos de un año en defensa de los intereses de sus miembros o asociados (Art. 5.LXX).

La fórmula panameña, por su lado, afirma que «toda persona» puede interponer «recurso» de amparo de garantías constitucionales «a petición suya o de cualquier persona» (Art. 50°). Mientras que la fórmula paraguaya menciona a «toda persona» pero sostiene que el procedimiento será de «acción popular para los casos previstos en la ley» (Art. 134°).

La flamante fórmula venezolana (Art. 27°) utiliza una referencia genérica a que «todos tienen derecho a ser amparados», pero aleja la hipótesis de una acción popular cuando al regular el amparo a la libertad o seguridad —recuérdese que el amparo constitucional venezolano históricamente absorbe la acción de hábeas corpus— señala que aquél puede ser interpuesto «por cualquier persona» referencia ésta que no utiliza con el amparo común. La citada fórmula venezolana contempla además la legitimación activa del Defensor del Pueblo (Art. 281°).

La fórmula ecuatoriana (Art. 95°), por su lado, determina de manera expresa que «cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad» puede interponer la acción de amparo. Esta fórmula pareciera agrupar las dos nociones en conflicto. Por una parte, hace mención directa al titular de un derecho subjetivo y, por la otra, habilita la acción a los representantes de una colectividad no requiriendo de éstos ninguna vinculación directa e inmediata con el derecho afectado sino legitimidad en la representación. A la legitimación anterior, la fórmula ecuatoriana suma la facultad del Defensor del Pueblo (Art. 96°) con jurisdicción nacional para promover o patrocinar la acción de amparo.³⁶

36 La Ley de Control Constitucional que regula en Ecuador el procedimiento del amparo constitucional limita la amplitud de la fórmula constitucional al establecer en

La fórmula chilena, por regla, pareciera individualizar al titular de un derecho subjetivo «el que» –pudiendo ocurrir por sí o por cualquiera en su nombre– (Art. 20.1) y, como excepción, al titular de un interés difuso derivado del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación siempre y cuando éste sea afectado por un acto arbitrario e ilegal (Art. 20.2).

La fórmula boliviana refiere a que el «recurso» de amparo se interpondrá «por la persona que se creyere agraviada o por otra a su nombre con poder suficiente» y, sólo de modo subsidiario, el Ministerio Público de oficio cuando no lo hubiere o no pudiere interponerlo la persona afectada (Art. 19.2).

La fórmula colombiana, a su turno, indica a «Toda persona» –por sí misma o por quien actúe en su nombre– (86.1), al mismo tiempo que al «afectado» (Art. 86.3). La fórmula hondureña habla de que «toda persona agraviada o cualquiera otra en nombre de ésta» tiene derecho a interponer «recurso» de amparo.

Finalmente, la fórmula constitucional peruana que regula el amparo (Art. 200.3) –al igual que su homóloga mexicana (Art. 107º)– guarda silencio sobre la legitimación activa de esta acción. La cuestión es tratada por la llamada Ley de Hábeas Corpus y Amparo (23.506). Ésta en su artículo 26º menciona, con derecho a ejercer la acción de amparo, al afectado, su representante o el representante de la entidad afectada.

Sólo como excepción, ante casos de imposibilidad física, puede la acción ser ejercida por tercera persona sin necesidad de poder expreso. En caso de violación o amenaza de violación de derechos constitucionales de naturaleza ambiental, la acción puede ser ejercida por cualquier persona aun cuando la violación o amenaza no lo afecte directamente. Igual atribución tienen las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa del medio ambiente.

La Constitución uruguaya vigente, como sabemos, no contiene ninguna fórmula referida específicamente al amparo.

su artículo 48º: «Podrán interponer el recurso de amparo, tanto el ofendido como el perjudicado, por sí mismos, por intermedio de apoderado o a través de agente oficioso que justifique la imposibilidad en que se encuentra el afectado y ratifique posteriormente su decisión en el término de tres días, el Defensor del Pueblo, sus adjuntos y comisionados en los casos señalados en la Constitución y la ley o cualquier persona, natural o jurídica, cuando se trata de la protección del medio ambiente».

VIII. Conclusiones finales. Una nueva dimensión para el amparo

La incorporación a la Constitución nacional del instituto del amparo a partir de la reforma de 1994 ha iniciado una nueva etapa para esta importante acción de garantía, que ha recorrido en nuestro país un camino legislativo y jurisprudencial que sufrió distintas mutaciones, iniciado con su consagración pretoriana a partir de los famosos casos «Siri» y «Kot» fallados por nuestra Corte Suprema en 1957 y 1958.

Al crear la nueva figura el alto Tribunal acudió al concepto de la operatividad de los derechos constitucionales, poniéndose en evidencia que los derechos, declaraciones y garantías previstos en la Constitución poseen fuerza obligatoria para los individuos y para el Estado, debiendo ser aplicados plenamente por los jueces.

Pero cuando en 1966 el amparo recibió consagración legislativa a través de la Ley N° 16.986 se le impusieron por medio de este texto pautas limitativas que implicaron una distorsión de la figura inicial, lo que justificó plenamente la dura crítica que la doctrina especializada formuló durante los años siguientes bajo la afirmación que las restricciones impuestas por la ley habían herido de muerte al amparo.

Genaro Carrió expresó en forma elocuente: «Las esperanzas que hizo nacer la Corte con la fundamental contribución a la reforzada protección de los derechos humanos que se derivaba de la doctrina de Siri y Kot se perdieron en el vacío de una ley dictada con el propósito de consagrar definitivamente la nueva vía de protección [...]».

No obstante esto, la interpretación jurisprudencial atemperó paulatinamente el rigorismo señalado permitiendo recobrar el amparo – en algunos casos – la auténtica dimensión garantista que tuvo en sus orígenes.

La reforma constitucional de 1994 recepitó expresamente el amparo en el nuevo texto constitucional según la redacción dada al artículo 43°, con la intención saludable de ampliar el marco de los derechos tutelados o al menos disipar toda duda acerca de que el mismo procede contra toda violación a un derecho, se origine éste en la Constitución o sea consecuencia de su reglamentación, implicando esto último una de las más importantes novedades de la nueva tutela constitucional.

Esto pone fin a la disputa doctrinaria con respecto a si por vía del amparo se podían tutelar derechos que no encontraban apoyo inmediato en la Constitución, haciendo operativa toda la legalidad que emerge de la Constitución.

En este orden de ideas, que implica abarcar todo el espectro de legalidad constitucional, entendemos que debe abrirse el amparo para la cobertura no solo de derechos nacidos de la Constitución, las leyes o los tratados, sino también de decretos, resoluciones u ordenanzas, ya que el término ley – que utiliza el artículo 43° – debe ser considerado en sentido material y no formal.

Es importante destacar que la reforma ha despejado definitivamente las dudas respecto a la procedencia del amparo como medio de protección de todos aquellos derechos de carácter colectivo, los que jurisprudencialmente encontraron favorable acogida con fundamento en el Art. 33° de la Constitución originando importantes fallos de nuestra Corte Suprema como son los ya históricos «Kattan c/ Gobierno Nacional», «Ekmekdjian c/ Sofovich» y «Cartañá c/ Municipalidad de Buenos Aires».

Si bien el panorama doctrinario y jurisprudencial ha sido propicio a la protección de los derechos colectivos, esto no siempre fue entendido de esta manera en nuestra justicia, quedando el tema sujeto a los criterios individuales de los jueces.

Por consiguiente, el Art. 43° parecería haber puesto punto final al tema al decir que podrán interponer la acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva, en general el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

En este sentido, hay que apuntar que – según la reforma – cualquier situación que traspase los límites de lo meramente individual deberá ser admitida por la vía del amparo en razón de la fórmula genérica: «[...] así como los derechos de incidencia colectiva, en general [...]». De esta manera, tanto los derechos difusos, es decir aquellos de naturaleza indivisible que pertenecen a personas indeterminadas ligadas por circunstancias de hecho, como los colectivos, aquellos indivisibles que pertenecen a un grupo, categoría o clase de personas ligadas por una relación jurídica, encuentran protección a partir de la reforma constitucional.

Por supuesto, que a la luz de la nueva letra constitucional el afectado no es cualquier persona, ya que no se consagra una acción popular, sino que se convierte en quien titulariza su porción subjetiva en aquellos derechos transindividuales que, al afectarse su cuota personal por el

acto impugnado, actúa en defensa subjetiva de la misma a la vez que en defensa objetiva del derecho colectivo.

Otro aspecto relevante que ha otorgado la redacción constitucional al instituto es el referido al control de constitucionalidad en el amparo, lo que estaba expresamente vedado según la Ley N° 16.986, cuestión que, si bien no hemos abordado directamente en este trabajo, queremos puntualizar.

La jurisprudencia tuvo una interpretación variable al respecto. En el año 1967 la Corte en el caso «Outón» estableció que dicha norma, si bien era un principio general, no era absoluta, declarándose en ese caso la inconstitucionalidad de la norma impugnada. Este criterio no fue homogéneo en el ámbito del tribunal, pero prevaleció finalmente en los casos «Arenzon» y «Peralta».

El Art. 43° de la Constitución acoge una postura amplia al decir «que en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva». Esta reforma incorpora – a nuestro criterio – la facultad–deber de los jueces de asumir el control de constitucionalidad. Se se vuelve positivo así una nueva vía procesal para el control de constitucionalidad por vía de acción, lo que no debe ser confundido con acción pura o abstracta de inconstitucionalidad ya que el control operará en un caso concreto.

Lógicamente la inconstitucionalidad de la norma deberá ser manifiesta, ya que si la cuestión requiere mayor debate, esta vía será inadecuada para esa declaración, sobre todo si consideramos la presunción de legitimidad de que gozan las normas y actos estatales.

La redacción que la Constitución ha dado al Art. 43° en lo referente al control de constitucionalidad abre también una puerta para revertir la doctrina autolimitativa de la Corte que establece que la inconstitucionalidad solo procede en tanto haya petición de parte, ya que dicho artículo no expresa que la misma queda condicionada a que exista tal petición, lo que permite inferir que dicha facultad queda librada a la discrecionalidad judicial.

Esta parte del Art. 43° ha revalorizado el principio de la supremacía constitucional que lesionaba la Ley N° 16.986 al ampliar los mecanismos procesales de control a través de los cuales los jueces pueden introducirse en la cuestión constitucional.

La nueva norma que la reforma constitucional de 1994 nos ha legado en el Art. 43° ha abierto la puerta, no solo a la constitucionalización

expresa de la garantía del amparo, sino también a una nueva etapa en la vida del instituto a partir de la mayor amplitud que le ha otorgado a la legitimación activa, sin que esto implique, como hemos aclarado, consagrar la acción popular en nuestro derecho federal.

Es de esperar que el amparo recupere el rol de garantía al servicio de la libertad y defensa de la Constitución que fundó su nacimiento y que nuestros legisladores – quienes aún adeudan su nueva reglamentación – estén a la altura de dichas circunstancias.

Caracterización y problemática del presidencialismo iberoamericano

María de la Paz Sánchez Manzano

1. Introducción

Característica común de los sistemas políticos contemporáneos, parlamentarios o presidenciales, es el predominio del Poder Ejecutivo sobre los otros poderes. Los órganos legislativos se nos revelan «incapaces de asumir las funciones que exige la democracia económica debido, principalmente, a la lentitud del procedimiento legislativo [...]»¹. Es decir, «la creciente importancia y complejidad que caracterizan al conjunto de actividades desarrolladas por el Poder Ejecutivo, se han convertido en uno de los rasgos que mejor tipifica el funcionamiento de los Estados modernos. De este modo, nos es fácil observar que los poderes ejecutivos actuales, representan el tipo de estructura gubernamental que

1 Domingo Alfonso Bacalao Octavio, «El fortalecimiento del Ejecutivo y la delegación legislativa», Anuario, Instituto de Derecho Comparado, Valencia, Venezuela, N° 10, 1978, p. 87. En semejantes términos, Antonio Carro Martínez, «La Primacía del Poder Ejecutivo en el Estado Contemporáneo», *Revista de Estudios Políticos*, N° 98, p. 124 y ss. Según este autor a lo largo de las últimas décadas el Ejecutivo se ha robustecido a través de tres tipos de funciones: la función militar, la función diplomática y, por último, la función de planificación. Por su parte, Carpizo afina un poco más y hace la siguiente relación de factores que han influido en casi todos los países en el fenómeno contemporáneo de un poder Ejecutivo fuerte: los problemas económicos, sociales y de planeación; los problemas de defensa y militares; su papel en las relaciones internacionales; la delegación de facultades legislativas y el control de la opinión pública a través de los medios masivos de información. Véase, Jorge Carpizo, *El Presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI Editorial, 1978 (1ª edición), pp. 19 - 23.

más rápidamente parece haberse adaptado a las nuevas exigencias funcionales que caracterizan a los sistemas políticos actuales [...]. En otras palabras, los rasgos organizativos que caracterizan al Poder Ejecutivo parecen ser la razón por la cual sea éste, y no el Parlamento, la estructura gubernamental sobre la que se ha ido acumulando una proporción mayor de las funciones públicas»².

Las principales características del fenómeno que acabamos de apuntar se dan en América Latina, donde puede hablarse de la existencia de poderes ejecutivos «fuertes o dominantes»³. Si bien en América Latina se mantiene el principio de separación de poderes en sus rasgos fundamentales⁴, inmediatamente ha de puntualizarse que se introducen algunas variaciones respecto al modelo norteamericano, que imposibilitan el juego de los *checks and balances* y que tienden a reforzar al Ejecutivo en menoscabo del Poder Legislativo, dadas las exigencias requeridas por la condición de países en vías de desarrollo de los países latinoamericanos⁵. Jacques Lambert introduce una nueva terminología

2 Waldino Suárez, «El Poder Ejecutivo en América Latina: su capacidad operativa bajo regímenes presidencialistas de Gobierno», *Revista de Estudios Políticos*, N° 29, 1982, pp. 109-110.

3 *Ibidem*, p. 110. Ahora bien, se constata que en la historia política latinoamericana ha venido librándose una lucha histórica fundamental entre dos tesis opuestas, el Ejecutivo fuerte (caracterizado por un mandato presidencial prolongado, una amplia esfera de atribuciones y escasas obligaciones, extensa potestad de nombramiento, facultades extraordinarias vagas e imprecisas y sujeción del Legislativo y del Judicial) y el Ejecutivo débil, que se pone en vigor durante los cortos intervalos de anarquía o democratización (y que presenta los rasgos opuestos a los anteriores: breve mandato presidencial, precisa descripción de las facultades, cláusula de no-reelección, incorporación de algunos matices parlamentarios y aumento del control político por parte del Legislativo y del Judicial hacia el Ejecutivo). Frente a ello Valencia Carmona propone «superar la querrela tradicional entre Ejecutivo fuerte y Ejecutivo débil, mediante una fórmula que recoja lo mejor de ambas tesis. Se demanda un ejecutivo enérgico, dotado de una amplia esfera de acción, que pueda realizar reformas sociales en un universo problemático, pero al propio tiempo que tenga límites a su actividad, que los controles operen y lo ciñan siempre a la vía de la legalidad». Salvador Valencia Carmona, *El Poder Ejecutivo Latinoamericano*, México, UNAM, 1979, pp. 94 - 96.

4 Discrepa de esta opinión, ampliamente extendida, Carpizo, quien afirma que en América Latina no existe una verdadera separación de poderes, Jorge Carpizo, *El Presidencialismo mexicano*, *op. cit.*, p. 17.

5 Viviana Krsticevic sostiene que los objetivos que se persiguen con la instaura-

para poner de manifiesto estas variaciones y habla de la existencia de un «régimen de preponderancia presidencial», si bien en la actualidad se simplifica aún más y se habla, sencillamente, de presidencialismo, donde el sufijo -ismo alude a una exageración o hipertrofia del modelo o forma presidencial⁶. Es más, las peculiares condiciones sociales de los países latinoamericanos incluso van a permitir la configuración de variantes dentro del propio presidencialismo.

No puede olvidarse que han existido ejemplos parlamentarios en algunos países iberoamericanos⁷. En cualquier caso, pueden encontrar-

ción de la separación de poderes rígida promovida por el sistema presidencialista, apuntan hacia la consecución de: «[...] el logro de un sistema que evite los abusos de poder y preserve la seguridad, [...] la división para alcanzar resultados más eficientemente o bien generar mecanismos que permitan una efectiva toma de decisiones [...] y que los ciudadanos alcancen el máximo grado de autonomía posible». Véase en Viviana Krsticevic, «Presidencialismo en América Latina», en Nino y otros, **El presidencialismo puesto a prueba**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 127 - 155 (la cita transcrita corresponde a la página 132). También, Jacques Lambert, **América Latina. Estructuras sociales e instituciones políticas**, Editorial Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1978 (3ª edición, reimpresión), pp. 57-58; Jacques Lambert, «*La transposition du régime présidentiel hors des Etats Unis: le cas dell'Amérique Latine*», *Revue Française de Science Politique*, Septiembre 1963, p. 581; Humberto Nogueira Alcalá «*I Regimi Presidenziali de l'America Latina*», *Quaderni Costituzionali*, a. VIII, número 3, Diciembre 1988, pp. 492-493; y Mario D. Serrafiero, «Presidencialismo y reforma política en América Latina», **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, número 8, 1991, pp. 206-210.

6 Jacques Lambert, **América Latina**. (Estructuras sociales e instituciones políticas), *op. cit.*, pp. 518 - 553 y Domingo García Belaunde, «Forma de Gobierno en la Constitución peruana», **Revista de Estudios Políticos**, N° 74, 1991, p. 621. También Nogueira en el mismo sentido señala que el «presidencialismo latinoamericano ha sido denominado cesarismo representativo por ciertos autores, para quienes el régimen, si funciona correctamente, se diferencia de la dictadura por el hecho de que el poder del Jefe del Estado no es ilimitado ni arbitrario, que existe según una regla institucional preestablecida que respeta las otras instituciones y garantiza las libertades públicas, que su autoridad proviene de una elección popular competitiva y es limitada en el tiempo, el cual posee amplios poderes de los cuales sólo responde ante el pueblo que lo eligió, aún cuando comparte con un Parlamento con prerrogativas limitadas, ya que el Ejecutivo se convierte en colegislador». Humberto Nogueira Alcalá, «El Presidencialismo en la práctica política», **Revista Síntesis**, N° 3, Madrid, 1987, p. 13.

7 «Los ensayos de régimen parlamentario o han sido efímeros (Cuba, Brasil) o incompletos (Venezuela, Chile, Guatemala) o han derivado hacia formas peculiares (Uruguay)». Luis Sánchez Agesta, **Curso de Derecho Constitucional Comparado**,

se preceptos constitucionales que, dentro de la fórmula presidencialista, reconocen facultades parlamentarias como la interpelación a los ministros y la posibilidad de voto de censura contra los mismos. Un fenómeno aislado lo constituye la experiencia del Ejecutivo colegiado en Uruguay, inspirado en el modelo suizo, que tuvo gran éxito mientras prosperó la economía del país⁸.

El trabajo que aquí comienza se propone, a partir del análisis de la normativa constitucional iberoamericana, apuntar las características y problemas anejos más sobresalientes del sistema presidencialista de esta región, si bien ha de tenerse en cuenta la dificultad que implica tratar de realizar un estudio de conjunto para toda ella, ya que, a pesar de contar con numerosos rasgos en común, posee, igualmente, diferencias que hacen imposible tratar de integrar a todos los países latinoamericanos en una misma categoría de situaciones absolutamente idénticas. No es tarea fácil elegir y sistematizar las muchas variables (casos particulares y variadas experiencias y circunstancias locales) que entran en juego para elaborar un estudio sobre el Poder Ejecutivo en América Latina⁹.

Una precisión nos queda por hacer antes de comenzar, y es que aun cuando hablamos de un presidencialismo latinoamericano, hemos de reiterar que esta generalización no es exacta, pues el mismo no es reducible a un único tipo, sino que pueden distinguirse diversos tipos de presidencialismo en los distintos países de la región e incluso dentro de

Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1976 (6ª edición), p. 240. También Viviana Krsticevic, quien además de apuntar a esos ensayos parlamentarios, señala que «también se intentaron desarrollos autóctonos como la curiosa Constitución de Bolivia de 1826», «Presidencialismo en América Latina», *op. cit.*, p. 132. Una relación de los ensayos parlamentarios en la región latinoamericana puede encontrarse en Salvador Valencia Carmona, «Las tendencias contemporáneas del Ejecutivo Latinoamericano», *op. cit.*, pp. 147-151.

8 En relación con Ejecutivo colegiado uruguayo consúltese, Carlos Ollero, «Uruguay. La Reforma Constitucional de 16 de Diciembre de 1951: el Ejecutivo colegiado», *Revista de Estudios Políticos*, N° 62, 1952, pp. 139 - 155 y Salvador Valencia Carmona, «Las tendencias contemporáneas del Ejecutivo Latinoamericano», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 31-32, 1978, pp. 150 - 153.

9 Ya Valencia Carmona en su obra, dedicada al estudio del Poder Ejecutivo en Latinoamérica resaltaba esta dificultad: «El Ejecutivo es una institución central no sólo en el orden jurídico, sino también en el orden político y social de nuestras naciones, de ahí que sea difícil explorar todos los matices e implicaciones tan diversas que ofrece». Salvador Valencia Carmona, *op. cit.*, p. 13.

la historia política de un mismo país¹⁰. Debido a su singular naturaleza, el presidencialismo latinoamericano ha provocado interpretaciones encontradas, hasta el punto de que se aprecia una cierta afición de los especialistas a elaborar tipologías en las que ubicar a las distintas repúblicas de la zona¹¹.

Nosotros pensamos que en la actualidad los regímenes presidencialistas latinoamericanos pueden reconducirse a tres grandes categorías a saber: el presidencialismo autoritario (el régimen presidencial chileno), el presidencialismo puro (México) y el presidencialismo atenuado o parlamentario (Costa Rica). Aún así, independientemente de las tipologías ensayadas, podría intentarse una enumeración de los rasgos definitorios del sistema presidencial latinoamericano establecidos sobre la base de las facultades que tiene atribuidas el Ejecutivo. Sin embargo, a partir del estudio exhaustivo de los diferentes textos constitucionales, constatamos que enumeraciones de este tipo, pese a ser bastante ilustrativas, no resisten la prueba de la generalización a todos los regímenes presidenciales de la región, sino que existen casos de desviación respecto a aquellas características. Sobre la base de nuestro estudio, podemos adelantar que los rasgos comunes que definen a todos los presidencialismos latinoamericanos se resumen en los siguientes:

- la designación popular del Presidente y su legitimidad paralela a la del Parlamento.
- las amplias facultades del cargo (poderes de emergencia y facultades colegisladoras), si bien la extensión de las atribuciones competenciales varía según los casos, pero, en todo caso, son más amplias que en el

10 Así, por ejemplo, en el caso de Chile se han llegado a diferenciar cuatro formas de ejercicio presidencial: el Presidente gobernante (1833-1861); el Presidente condicionado (1861-1891); el Presidente neutral (1891-1925) y el Presidente negociador (1933-1973). Mario D. Serrafiero, «Presidencialismo y reforma política en América Latina», *op. cit.*, pp. 202-203.

11 Véase, a título de ejemplo, Humberto Nogueira Alcalá, «*I Regimi Presidenziali dell'America Latina*», *op. cit.*, pp. 507-518; Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, pp. 50-51, del mismo autor, «La presidencia fuera de los Estados Unidos», *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, México, N° 5, Mayo-septiembre, 1949, p. 15 y ss.; Luis Sánchez Agesta, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, *op. cit.*, pp. 243-244 y Salvador Valencia Carmona, «Las tendencias contemporáneas del Ejecutivo en Latinoamérica», *op. cit.*, pp. 142-147.

- modelo norteamericano, lo que desemboca, obviamente, en el predominio del Poder Ejecutivo frente al Legislativo
- la conflictiva relación con el Poder Legislativo

En los siguientes epígrafes pasamos a estudiar el conjunto de poderes ampliados que ostentan los Presidentes latinoamericanos y las limitaciones a las que se ven sometidos, pero antes de abordar este estudio es conveniente que detengamos nuestra atención en la cuestión de la elección presidencial. Al hilo de dicha caracterización, iremos analizando los posibles problemas que la misma plantea.

2. La elección presidencial

En el régimen presidencial, el Ejecutivo y el Legislativo poseen fuentes de legitimidad diversas, de manera que coexisten dos procesos electorales. Algunos autores ponen de manifiesto que aunque el presidencialismo pueda parecer, a primera vista, más democrático que el régimen parlamentario, en la medida en que los candidatos a jefatura del Estado/gobierno son elegidos por sufragio universal, no por coaliciones parlamentarias, dicha impresión puede ser engañosa, pues el régimen presidencialista facilita el nombramiento como presidentes a candidatos con poca experiencia político-administrativa (los denominados *outsiders*), lo que, a su vez, acarrea dos graves inconvenientes: se disminuye la competencia presidencial y se favorece el desarrollo del personalismo. Como mostraron los ganadores en las elecciones presidenciales del Brasil en 1989 y Perú en 1990, los particulares pueden crear partidos para luchar por la presidencia y a menudo mantienen tenues vínculos con sus partidos. Este problema se agudiza si el sistema de partidos es débil y si las elites del partido no controlan el proceso de selección de los candidatos presidenciales¹².

La práctica demuestra que la elección para designar al presidente es la que mayor importancia reviste, hasta el punto en el cual el resultado de ésta puede llegar a «arrastrar» la de los demás cargos electivos, espe-

12 Waldino Suárez, «El Poder Ejecutivo en América Latina...», *op. cit.*, pp. 131 - 134 y Scott Mainwaring, «Presidencialismo, multipartidismo y democracia: la difícil combinación», *Revista de Estudios Políticos*, N° 88, 1995, p. 125.

cialmente si ambas elecciones, las del Ejecutivo y las del Parlamento, se celebran simultáneamente¹³.

Junto a esto, se ha demostrado que el sistema funciona cuando el Poder Ejecutivo y Legislativo trabajan en armonía porque sus titulares pertenecen al mismo partido. Cuando esto no es así, y ambos poderes están controlados por distintos partidos, sólo un acuerdo fundamental en los asuntos más importantes pueden hacer prosperar al sistema¹⁴. De lo contrario, puede desembocarse en una situación de inmovilismo y conflicto entre Ejecutivo y Legislativo nociva para la estabilidad de la democracia. Así, en el caso latinoamericano, la forma de gobierno adoptada ha tenido un resultado negativo, si lo analizamos desde esta perspectiva. El presidencialismo latinoamericano se enfrenta a una realidad pluralista desde el punto de vista ideológico, económico y social, que conduce al bloqueo recíproco entre Ejecutivo y Legislativo al no coincidir la ideología mayoritaria en uno y en otro. Y es que, como ya planteó Linz en «*Democracy, Presidential or Parliamentary: does make a difference?*», ¿quién está mejor legitimado en nombre del pueblo: el Presidente, Jefe de Gobierno, quien es también Jefe del Estado y símbolo de la unidad de la nación, quien ha sido elegido directamente y tiene la sensación de haber sido nombrado representante de todo el pueblo, o la mayoría del Congreso, que se opone a su política?. En un sistema de legitimidad dual –responde– no existe principio democrático alguno que ayude a decidir quién representa en principio la voluntad del pueblo.

Frente a dichas situaciones de bloqueo no existen arbitrarios mecanismos jurídicos destinados a ponerles fin. El Presidente, ante el rechazo sistemático de sus propuestas por el Congreso, no puede acudir a su disolución y el Congreso no puede hacer frente a un Presidente impo-

13 Una confirmación puede encontrarse en el caso de la influencia de las elecciones presidenciales sobre los procesos senatoriales en Estados Unidos.

14 Tal sería el caso de Estados Unidos, donde el consenso económico-social es la base sobre la que descansa el funcionamiento de aquel sistema, y es que su peculiar cultura política permite la formación de mayorías parlamentarias coyunturales que el Presidente puede utilizar para pactar la realización de su programa político. Así lo afirman Waldino Suárez, «El Poder Ejecutivo en América Latina...», *op. cit.*, p. 138 y Eduardo Vírjala Foruria, «La forma de gobierno semiparlamentaria como alternativa a la presidencial y a la parlamentaria», *Revista de Estudios Políticos*, N° 89, Julio-Septiembre 1995, pp. 121-123.

pular o corrupto mediante la moción de censura, a lo sumo puede acudir al procedimiento de *impeachment*, que se presenta ineficaz al ser un procedimiento judicial, lento y por cargos delictivos. Así las cosas, los presidentes (y la oposición) pueden verse tentados a recurrir a mecanismos «extra-constitucionales», a intentar enmiendas constitucionales que acrecienten sus poderes, o, simplemente, a abandonar su programa, dando lugar a un gobierno meramente de gestión e incapaz de resolver los problemas nacionales¹⁵.

El modo de elección presidencial, sobre la base del sufragio universal, secreto y directo, puede adoptar alguna de las siguientes fórmulas, cuya importancia es indudable, si tenemos en cuenta que un mismo comportamiento electoral se puede traducir en diversos resultados según la fórmula adoptada (dependiendo de la fórmula electoral adoptada podemos encontrarnos con presidentes electos que no ostentan una mayoría real tan amplia como aparentan)¹⁶:

- mayoría simple o relativa en una vuelta¹⁷
- mayoría absoluta en una única vuelta¹⁸
- mayoría absoluta en la primera vuelta o mayoría simple en una segunda vuelta entre los dos candidatos que más votos hayan obtenido¹⁹

15 Humberto Nogueira Alcalá, «*I Regimi Presidenziali...*», *op. cit.*, pp. 512-522 y Eduardo Vírjala Foruria, «La forma de gobierno semiparlamentaria...», *op. cit.*, p. 124. Sobre Presidencialismo, multipartidismo e inmovilismo, más detalladamente, Scott Mainwaring, «Presidencialismo, multipartidismo y democracia...», *op. cit.*, pp. 130 a 136.

16 No obstante, la Constitución argentina de 1853 optó por el sistema indirecto, semejante al vigente en Estados Unidos, que rigió hasta Agosto de 1972, cuando la Junta de Comandantes en Jefe aprobó una reforma constitucional con base en la cual el futuro Presidente sería elegido por el pueblo. Maurice Duverger, **Instituciones Políticas y Derecho Constitucional**, Ariel, Barcelona, 1980, (6ª edición), pp. 609-610.

17 Artículos 172º de la Constitución de Panamá, 230º de la Constitución de Paraguay, 151º de la Constitución de Uruguay y 183º de la Constitución de Venezuela.

18 Artículo 74º de la Constitución de Ecuador.

19 Artículos 77º de la Constitución de Brasil, 190º de la Constitución de Colombia, 26º de la Constitución de Chile, 184º párrafo segundo de la Constitución de Guatemala, 111º de la Constitución de Perú. La Constitución argentina (artículos 94º a 98º), la de Costa Rica (artículo 138º) y la de Nicaragua (artículos 146º y 147º) no exigen mayoría absoluta en la primera vuelta sino la obtención de más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos.

– segunda vuelta parlamentaria²⁰

Con ello queda confirmada la tesis de Lijphart, que afirma que el presidencialismo muestra una fuerte tendencia hacia la democracia mayoritaria. El hecho de que una elección presidencial implique casi siempre la elección de una persona, significa que la representación proporcional no puede ser usada. Las únicas posibilidades que restan son los métodos de mayoría absoluta y relativa –como acabamos de constatar–. Para este autor, este tipo de competencia, en el que el ganador se lo lleva todo, genera aún más división y potencia el conflicto²¹.

2.1 Presidencialismo y sistema de partidos

Con relación a la elección presidencial no sólo es relevante la fórmula electoral por la que se opte, sino que la forma y el funcionamiento mismo del presidencialismo se verán influidos por el tipo de sistema de partidos y el poder de los grupos de presión²².

Por regla general, en el sistema parlamentario o bien existe un partido dominante o bien existe un consenso general tendente a la formación de coaliciones. Y ello porque los gobiernos son responsables ante el Parlamento y es conveniente formar un Ejecutivo estable. Sin embargo, no ha de ser así en el sistema presidencial, pues el Ejecutivo no cae por falta de mayoría en el Congreso que apoye al Presidente. Además, en materia de elecciones presidenciales no importa demasiado la organización efectiva del partido, sino quién es elegido Presidente. Los candidatos sólo necesitan de un voto preciso en un momento determinado. Para lograrlo se rodearán de una compleja red de colaboradores

20 Artículo 90° de la Constitución de Bolivia, modificado por la Ley de Reforma a la Constitución Política del Estado N° 1585, de 12 de Agosto de 1994.

21 Arend Lijphart, «*Presidenzialismo e democrazia maggioritaria*», *Rivista Italiana di Scienza Politica*, a. XIX, núm. 3, Diciembre de 1989, pp. 367-384.

22 Scott Mainwaring, «Presidencialismo, multipartidismo y democracia...», *op. cit.*, p. 117 y Mario D. Serrafero, «Presidencialismo y reforma política en América Latina», *op. cit.* pp. 230-231. También puede estudiarse esta cuestión de forma más detallada, referida a países concretos, así puede consultarse, por ejemplo: M^a Esther del Campo, «Unas notas sobre el sistema de partidos en Chile y Argentina en tiempos de crisis», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 74, Octubre-Diciembre 1991, pp. 177 - 210.

que pueda facilitarle ese voto. La organización del partido se centrará, básicamente, en torno a la figura del candidato, los diputados y senadores no son de gran relevancia²³. El hecho de que candidatos populares puedan acceder a la presidencia con base en el apoyo de partidos débiles o creados expresamente para la ocasión, conduce a la posterior falta de apoyo del presidente en la asamblea legislativa.

La experiencia ha demostrado que en un régimen presidencial el bipartidismo (*two-party system*) asegura la estabilidad democrática, mientras que el sistema multipartidista acentúa el peligro de inestabilidad y, en el caso de existencia de un partido hegemónico, hace incrementar el riesgo de prácticas autoritarias²⁴.

23 Sobre la desorganización de los sistemas de partidos, Waldino Suárez, «El Poder Ejecutivo en América Latina...», *op. cit.*, pp. 134-134. Una sucinta caracterización de los partidos políticos en Iberoamérica puede encontrarse en Maurice Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 618-619. Ya de forma más detallada, Manuel Alcántara, Ismael Crespo y Antonia Martínez, (comps.), *Partidos y elecciones en América Latina. Guía bibliográfica*, Ed. AIETI/Síntesis, Madrid, 1992. Esta guía recopila una serie de estudios sobre partidos políticos y elecciones en América Latina y trata de ofrecer una visión panorámica de la evolución del sistema político en cada uno de los países propuestos.

24 Scott Mainwaring argumenta que la combinación de presidencialismo y multipartidismo hace que las democracias estables sean difíciles de mantener. En su artículo examina el pobre récord del presidencialismo para mantener la democracia durante, al menos, 25 años consecutivos. Sólo cuatro (Colombia, Costa Rica, Venezuela y Estados Unidos) de treinta y una democracias estables, tienen sistemas presidenciales. Pese a que han existido muchos intentos de construir la democracia sobre la base de la combinación del presidencialismo con un sistema multipartidista, únicamente Ecuador se nos presenta como la democracia de mayor permanencia –desde 1979, y no exenta de problemas– con esta combinación. Para él la respuesta que explica el porqué de esa difícil combinación (multipartidismo/presidencialismo) es triple: en los sistemas presidenciales el multipartidismo incrementa la probabilidad de polarización ideológica; con el multipartidismo, los Presidentes necesitan construir coaliciones interpartidistas para obtener medidas a través del Legislativo, pero la construcción de coaliciones interpartidistas en los sistemas presidenciales es más difícil y menos estable que en los sistemas parlamentarios. El logro de la estabilidad democrática, concluye, pasa por una de estas dos soluciones: cambiar de un sistema presidencial a uno semipresidencial o parlamentario, o bien tomar medidas para reducir la fragmentación del sistema de partidos. Scott Mainwaring, «Presidencialismo, multipartidismo y democracia: la difícil combinación», *op. cit.*, pp. 115 a 144. También, Waldino Suárez, «El Poder Ejecutivo en América Latina...», *op. cit.*, pp. 134 a 140 y Mario D. Serrafiero, «Presidencialismo y reforma política en América Latina», *op. cit.*, pp. 230-231.

Por lo que a las coaliciones interpartidistas se refiere, también la combinación multipartidismo/sistema presidencial dificulta su formación y estabilidad, y ello porque en los sistemas presidenciales los partidos de la coalición se encuentran menos firmemente comprometidos a proporcionar apoyo al gobierno y los incentivos para romper las coaliciones son generalmente mayores, mientras que en los sistemas parlamentarios los partidos eligen al gabinete y a los primeros ministros y son responsables de proporcionar apoyo al gobierno²⁵. De hecho hay autores que resaltan el carácter «contramayoritario» del sistema presidencial²⁶.

Independientemente del sistema de partidos que rija en los Estados latinoamericanos, lo cierto es que, generalmente, se constata un deficiente cumplimiento de las funciones de representación política (expresión, canalización y comunicación de las demandas de la sociedad).²⁷

25 Waldino Suárez, «El Poder Ejecutivo en América Latina...», *op. cit.*, pp. 134-135 y Scott Mainwaring, «Presidencialismo, multipartidismo y democracia...», *op. cit.*, pp. 117 y 137-138.

26 Así, Gargarella entiende que un sistema puede calificarse como contramayoritario cuando nos encontramos ante un ordenamiento institucional que tenga entre sus principales fines el de obstaculizar la formación, expresión y puesta en práctica de la voluntad de las mayorías. Afirma que la generalidad de los países latinoamericanos se encuentran regidos por ordenamientos constitucionales abiertamente contramayoritarios y que el sistema presidencialista en ellos establecido define decisivamente dicho carácter contramayoritario. Precisamente contar con este esquema de organización política ha perjudicado enormemente las posibilidades de lograr un consenso entre las principales agrupaciones políticas de cada país. La posibilidad de acuerdos más efectivos queda reducida a dos casos: el acuerdo entre las fuerzas políticas tendentes a sobrevivir ellas frente a cualquier salida de corte autoritario y los pactos de alternancia. Roberto Gargarella, «El Presidencialismo como sistema contramayoritario», en Nino y otros, *El Presidencialismo puesto a prueba*, *op. cit.*, pp. 81 - 105. En el mismo sentido que apuntamos, Arend Lijphart, «*Presidenzialismo e democrazia maggioritaria...*», *op. cit.*

27 Sartori establece que las funciones básicas de los partidos políticos serían la de representación y la de expresión y canalización de los intereses particulares frente al Estado. Giovanni Sartori, *Partidos y Sistemas de Partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1980.

3. Poderes y limitaciones de los presidentes latinoamericanos

3.1 Poderes

Pese a la indudable influencia que la Constitución de los Estados Unidos ha podido ejercer sobre las constituciones iberoamericanas, no cabe duda que existen diferencias entre ellas. Precisamente un capítulo en el que se evidencian estas diferencias viene constituido por los poderes de los Presidentes latinoamericanos. La comparación en materia de poderes entre las constituciones presidencialistas latinoamericanas y la de los Estados Unidos pone de manifiesto que la última otorga al Poder Ejecutivo menos atribuciones que aquéllas. El plus de poderes que tienen reconocidos los presidentes latinoamericanos en relación con el modelo presidencial estadounidense puede reconducirse a dos grandes categorías: las competencias legislativas (por ejemplo, iniciativa presidencial en materia de ley, la delegación de facultades legislativas, veto parcial, etc.) y los denominados poderes extraordinarios o de crisis.

3.1.1 Competencias legislativas

A diferencia de lo que ocurre con el Presidente de los Estados Unidos, en Iberoamérica el Presidente de la República es presentado en los textos constitucionales como un órgano colegislador²⁸. Así los presidentes latinoamericanos tienen conferidas las atribuciones que a continuación pasamos a relacionar:

3.1.1.a Iniciativa legislativa

Es prácticamente unánime en la doctrina la opinión de que la iniciativa legislativa en manos de los presidentes iberoamericanos les permite orientar la labor legislativa del Parlamento con arreglo a las prioridades

28 Como ya se ha estudiado, la Constitución estadounidense atribuye al Congreso, con la colaboración del Presidente, por medio de la institución del veto (Artículo 1º, Sección 7), la titularidad de la función legislativa federal (Artículo 1º, Sección 1), sin pronunciarse expresamente sobre la posibilidad de la iniciativa legislativa presidencial, salvo lo recogido en el primer inciso del Artículo 1º, Sección 7 con relación a la materia de impuestos y tributos, o sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria.

de sus respectivos programas de gobierno, siempre que, claro está, cuenten con el suficiente apoyo parlamentario²⁹.

Dentro de la facultad de iniciativa legislativa, determinados textos constitucionales prevén, respecto de determinadas materias, el ejercicio de una iniciativa legislativa exclusiva por parte del Presidente³⁰. Aun-

29 A título de ejemplo, véase Humberto Nogueira, «*I Regimi Presidenziali...*», *op. cit.* p. 495. Sin embargo, Krsticevic mantiene que la facultad de presentar proyectos de ley al Parlamento no es determinante en el predominio del Poder Ejecutivo. Como argumentos que avalan su postura alude a la amplitud de sujetos que en algunas Constituciones tienen abierta la posibilidad de ejercitar la iniciativa legislativa; además, el ejercicio de la iniciativa legislativa presidencial ni obstaculiza el ejercicio de la misma por parte del Poder Legislativo, ni impide la posibilidad de rechazar, aprobar o modificar los proyectos presidenciales; tampoco la calificación de un proyecto como urgente por parte del Poder Ejecutivo impide la aprobación o modificación del proyecto; incluso el posible desequilibrio que podría suponer la atribución en exclusiva al Poder Ejecutivo de la iniciativa legislativa en determinadas materias (principalmente, presupuesto u organización administrativa del Estado), es acotado razonablemente por la posibilidad de no aprobar o modificar el proyecto presentado. Viviana Krsticevic, «Presidencialismo en América Latina», *op. cit.* pp. 135-136. Esta atribución está recogida en los artículos 77° de la Constitución de Argentina, 61° y 84° III de la Constitución de Brasil, 65° de la Constitución de Ecuador, 164° y 183° g) de la Constitución de Guatemala, 71.I de la Constitución de México, 140.2 y 150.3 de la Constitución de Nicaragua, 203° y 238.12 de la Constitución del Paraguay, 107° de la Constitución del Perú y 162° Segundo de la Constitución de Venezuela. Los textos constitucionales de Bolivia (artículo 71°) y Chile (artículos 62° y 65°, modificado por el Artículo único N° 36° de la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de Agosto de 1989) especifican que la iniciativa del Presidente tendrá su origen en un mensaje del mismo. En cuanto a Colombia (artículos 154° y 200.1), Costa Rica (artículos 123° y 140.5) y Uruguay (artículo 133° párrafo primero), ha de puntualizarse que la iniciativa legislativa se atribuye al Poder Ejecutivo, quien podrá presentar los correspondientes proyectos por medio de los Ministros. En Colombia, el Presidente de la República solamente podrá dictar decretos-leyes en caso de necesidad o de conveniencia pública (artículo 150.10 de la Constitución).

30 Así, los artículos 96.7ª y 147° de la Constitución de Bolivia; 140.15 de la de Costa Rica; 183.j) de la de Guatemala; 150.5 (según reforma aprobada en la Ley 192, publicada el 4 de Julio de 1995) del texto de Nicaragua; 78° de Perú y 228° de Venezuela, disponen que corresponde al Presidente de la República presentar, ante el Legislativo, los Presupuestos de la Nación. Ahora bien, en el caso de Costa Rica, dicha labor no es exactamente exclusiva del Presidente, sino que corresponde conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno, si bien la preparación del proyecto ordinario corresponde a un departamento ejecutivo especializado en la materia, cuyo jefe será nombrado por el Presidente de la República (véase el artículo 177° de

que esta atribución permite orientar el gasto y la economía del país³¹, no debe perderse de vista que el poder de aprobar los impuestos es, y en ello coincide prácticamente toda la doctrina, una de las facultades legislativas más centralizadoras y, por ende, el arma más eficaz con que cuenta el Congreso frente a la presidencia. A ello hay que unir que suele dejarse poco espacio de maniobra al presidente para llevar a cabo la transferencia de fondos, para lo que se exige en algunas constituciones la mayoría de dos tercios en el Congreso. En esta exigencia Suárez detecta un posible motivo de colapso en la administración. Semejante consecuencia puede acarrear la previsión, recogida en algunas constituciones, en virtud de la cual si el Presupuesto anual no se vota a tiempo, se pone automáticamente en práctica el Presupuesto del año anterior, lo que, en países donde la tasa de inflación es demasiado alta, puede significar que el Presidente cuenta con tres cuartos o incluso la mitad de los fondos de los que disponía el año anterior³².

la Constitución). En similares términos, respecto a la participación del Ministro respectivo, se pronuncian el artículo 74º, párrafo cuarto de la Constitución mexicana, el artículo 179.7 de la Constitución panameña y el artículo 168.19 de la Constitución de Uruguay. Precisamente, la Constitución de Uruguay (artículos 86º y 214º) prevé que en la Ley de Presupuestos se incluirá la creación y supresión de empleos y servicios públicos; la fijación y modificación de dotaciones y la autorización para los gastos, con lo que, podemos concluir, estas materias también son de iniciativa exclusiva del Ejecutivo. Por último, hemos de precisar que en algunos textos constitucionales se prevén mecanismos para suplir la posible omisión del Poder Ejecutivo (véase, por ejemplo, el artículo 171.b) de la Constitución de Guatemala). Por lo que a la Constitución estadounidense se refiere, ésta no atribuye explícitamente a ningún órgano la titularidad del poder para disponer del gasto público y aprobación del Presupuesto.

31 El artículo 70º de la Constitución de Ecuador encomienda a la función Ejecutiva la formulación de la proforma del Presupuesto del Estado, quedando en manos del Congreso la aprobación definitiva del mismo.

32 Véase Waldino Suárez, «El Poder Ejecutivo en América Latina...», *op. cit.*, pp. 141-142. Además de la materia tributaria, el artículo 61º, parágrafo 1 de la Constitución brasileña confía a la iniciativa exclusiva del Presidente la fijación o modificación de los efectivos de las Fuerzas Armadas, así como lo relativo a organización administrativa, judicial y de determinadas instituciones públicas y a los empleados y funcionarios públicos y su régimen jurídico. Según el artículo 154º de la Constitución de Colombia quedan reservadas a la iniciativa del Gobierno las leyes que hacen referencia a:

– El Plan Nacional de desarrollo y de inversiones públicas; el establecimiento de las rentas nacionales y gastos de la Administración; el crédito público; las órdenes de

3.1.1.b *La habilitación legislativa*

Otra de las facultades legislativas que competen a algunos presidentes latinoamericanos, no a todos, es la habilitación legislativa, en virtud de la cual se permite que el Poder Ejecutivo asuma la función legislativa³³.

La extensión de las facultades que ostenta el presidente con base en la habilitación legislativa varía de unas regulaciones a otras. Así, en unos casos se le va a permitir dictar decretos-leyes necesarios para enfrentar una situación de emergencia o excepcional (artículo 99.3, párrafo tercero de la Constitución de Argentina), en otros se le va a permitir dictar medidas económicas (Venezuela, artículo 190° Octavo de la Constitución), etc. También es variable la intensidad del control a que es sometido el ejercicio de las facultades legislativas conferidas, si bien, de forma genérica, puede decirse que la mayoría de las Constituciones establece un sistema de garantía del uso correcto de estas facultades a través de controles ejercidos fundamentalmente por el Parla-

participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas y las exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.

– La estructura orgánica de la Administración; el régimen salarial de los empleados públicos y miembros del Congreso Nacional y Fuerzas Armadas y la creación y funcionamiento de las corporaciones Autónomas Regionales.

– La creación o autorización de empresas industriales y comerciales del Estado y las autorizaciones de aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales.

– La regulación del comercio exterior y régimen de cambio internacional.

– El Banco de la República y las funciones de su Junta Directiva.

Por último, la Constitución chilena, junto a la presentación ante el Congreso de la Ley de Presupuestos (artículo 64°), atribuye al Presidente la iniciativa de los proyectos de ley relacionados con la alteración política o administrativa del país, la administración financiera y presupuestaria, la enajenación de bienes del Estado y los municipios y las Fuerzas Armadas (artículo 62°, párrafo tercero), la responsabilidad financiera del Estado, los impuestos, la contratación colectiva, la seguridad social, etc.

33 En Estados Unidos únicamente existe un poder reglamentario del Presidente. Por lo que Iberoamérica se refiere, hemos encontrado disposiciones que privilegian al Poder Ejecutivo frente al Legislativo en resolución de determinadas cuestiones en textos constitucionales como: Argentina (artículo 99.3), Brasil (artículos 62°, 68° y 84.XXV), Colombia (artículo 150.10), Ecuador (artículo 65°), Guatemala (artículo 183° f), Panamá (artículo 153.16) y Venezuela (artículo 190° octavo). Otras Constituciones, como la de Costa Rica, prohíben expresamente este tipo de facultad (artículos 9° y 10°).

mento: se exige delegación previa del Congreso y dar cuenta de inmediato al mismo, que puede desaprobar las medidas adoptadas revocándolas o modificándolas.

3.1.1.c La legislación delegada

La delegación de facultades legislativas se entiende como un traslado de funciones legislativas, por parte del titular nato de las mismas, en favor del órgano ejecutivo. Esta posibilidad viene contemplada en algunos de los textos constitucionales latinoamericanos, con base en los cuales se permite al Presidente de la República legislar por decreto durante un período de tiempo suficientemente amplio y en las materias que permita la Constitución y que sean autorizadas por el Parlamento³⁴.

34 Así el artículo 76° de la Constitución argentina sólo permite la delegación en materia de «administración o de emergencia pública» dentro del plazo y bases establecidas por el Congreso, mientras que el artículo 190° Octavo de la Constitución venezolana admite la delegación en «materia económica y financiera cuando así lo requiera el interés público». En Brasil (artículo 68° de la Constitución), una resolución del Congreso Nacional será la que delimite el contenido y los términos del ejercicio de la delegación, posibilidad que queda vedada en relación a los actos de competencia exclusiva del Congreso Nacional, los de competencia privativa de la Cámara de Diputados o del Senado Federal, la materia reservada a ley complementaria, así como la legislación referente a una serie de objetos tasados (Poder Judicial, nacionalidad y ciudadanía, derechos...). La Constitución chilena (artículos 32. 3 y 61°), siguiendo el precedente del texto de 1925, introduce la posibilidad de que sea el Presidente de la República quien solicite la delegación. De nuevo dicha delegación se presenta delimitada en cuanto a su objeto, pues no podrá extenderse a la nacionalidad, ciudadanía, elecciones, plebiscito, materias comprendidas en las garantías constitucionales, las que deban ser objeto de leyes orgánicas o de quórum cualificado. De forma similar, en Perú «no pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente» (artículo 104° de la Constitución). Por contra, la Constitución estadounidense no recoge expresamente la posibilidad de la delegación legislativa, pero tampoco la prohíbe expresamente. Un análisis detallado de la delegación legislativa en la Constitución de Venezuela, puede encontrarse de la mano de Domingo Alfonso Bacalao Octavio, «El fortalecimiento del Ejecutivo y la delegación legislativa», *op. cit.*, pp. 83-121. Según este autor, los términos económicos y financieros a que alude el precepto constitucional abren un inmenso campo para la actuación del órgano administrativo, lo cual se encuadra dentro de las «modernas tendencias del derecho constitucional». Nosotros nos decantamos más por la tesis que defiende que, tal y como se dispone en

Así, tras el análisis de los distintos preceptos constitucionales, podemos sostener que la delegación legislativa supone una habilitación, regulada constitucionalmente en Iberoamérica, del Poder Ejecutivo para poder ejercitar la función legislativa, y que representa una nueva forma de ejercer la potestad legislativa, especialmente en las esferas del Derecho administrativo y financiero.

3.1.1.d *El veto*

Una modificación importante introducida por el constitucionalismo iberoamericano respecto al modelo norteamericano consiste en la posibilidad de que el presidente ejerza no sólo el veto total sino también el parcial. Diversos países iberoamericanos han atribuido al Presidente de la República el poder de veto suspensivo parcial (o *item veto*) sobre los proyectos de leyes aprobados por el Congreso. La modalidad de veto parcial permitiría al presidente enmendar o eliminar alguna o algunas partes del proyecto de ley aprobado por el Parlamento, y presentado a él para su promulgación, y conservar aquellas otras partes que pudiesen resultar útiles para el desarrollo del programa presidencial, lo cual no sería posible mediante el rechazo total del proyecto³⁵. El proyecto se devuelve con las observaciones a la Cámara de origen o las cámaras reunidas en asamblea, que examinan dichas observaciones. El veto presidencial puede ser superado por una mayoría absoluta (Brasil, Colombia, Nicaragua, Paraguay y Perú) de tres quintos (Uruguay, cuando nos encontramos ante el ejercicio del veto total) o de dos tercios (Argentina, Ecuador, México y Panamá). Si no se llega a un acuerdo de las cámaras, ni para insistir en el proyecto original, ni para aprobar las

el tenor de los preceptos constitucionales, la facultad legislativa material del Ejecutivo debe reservarse para casos de crisis generalizada y vetada a determinadas materias.

35 Así las cosas, podemos afirmar que los Presidentes iberoamericanos gozan de una mayor libertad que el Presidente de los Estados Unidos, ya que éste sólo tiene conferido el poder de veto total, con la consecuencia de que puede ocurrir que el Congreso introduzca el texto de un proyecto de ley un conjunto de disposiciones que, al ser necesarias y urgentes para la política presidencial, obliguen al Presidente a aprobar la totalidad del proyecto, donde, además, se recogen otras disposiciones que de haber ido en textos distintos y separados habrían sido rechazadas por el Presidente. Un ejemplo de veto absoluto podemos encontrarlo en el artículo 79º de la Constitución de Paraguay de 1969.

observaciones, se archiva el proyecto y queda vedado su tratamiento hasta el siguiente período legislativo³⁶.

Mención especial merece el artículo 173° de la Constitución de Venezuela, que prevé la posibilidad de un veto doble³⁷.

36 Esta institución está prevista, a título de ejemplo, en las Constituciones de Argentina (ver artículos 78°, 80° y 83°), donde se matiza que las partes no vetadas «solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso»; Brasil (artículos 66°, 67° y 84.V), con la peculiaridad de que la materia objeto de un proyecto de ley rechazado por el Presidente, solamente podrá constituir objeto de un nuevo proyecto, en el mismo período de sesiones, mediante la propuesta de la mayoría absoluta de los miembros de cualquiera de las Cámaras del Congreso Nacional; Colombia (artículos 166°, que regula los distintos plazos para interponer el veto en proporción a la extensión del proyecto de ley, y 167); Costa Rica (artículos 125° a 128°), donde se prevé que si el veto presidencial se funda en razones de inconstitucionalidad no aceptadas por la Asamblea, ésta enviará el proyecto a la Corte Suprema para que resuelva, por una mayoría de por lo menos dos tercios de sus integrantes, la parte no considerada inconstitucional por la Corte vuelve a la Asamblea; Ecuador (artículos 68°, 69° y 78.b), donde se establece que las leyes objetadas por el Presidente sólo podrán ser consideradas por el Congreso transcurrido un año desde la fecha del veto, si bien cabe la posibilidad de pedir al Presidente que las someta a consulta popular; México (artículo 72°, apartados A, B, C y J); Nicaragua (artículos 142°, 143° y 150.3); Panamá (artículos 162° a 165° y 178.6), texto en el que se ordena que en caso de que la Asamblea Legislativa insistiere en la adopción del proyecto vetado, el Ejecutivo lo pasará a la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre su constitucionalidad; Paraguay (artículos 205° a 209° y 238.4), que, a su vez, permite la posibilidad del rechazo o aceptación total o parcial, por parte de las Cámaras del Congreso, de las objeciones presentadas por el Presidente; Perú (artículo 108°); Uruguay (artículos 137° a 141°, 145° y 168.6), regulación que establece la publicación en prensa de las objeciones y el resultado de las votaciones referentes a la reconsideración de las mismas por parte de la Asamblea General.

37 El Presidente de la República, dentro del plazo de los diez días con que cuenta para promulgar la ley, puede, con el acuerdo del Consejo de Ministros, pedir al Congreso, mediante exposición razonada, la reconsideración del proyecto de ley que le ha sido presentado, a fin de que se modifique alguna de sus disposiciones o se levante la sanción a toda la ley o a parte de ella (primer veto). Si las Cámaras en sesión conjunta insisten en el texto original por mayoría de las dos terceras partes de los presentes, el Presidente queda obligado a promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a su recibo, sin poder formular nuevas observaciones. Pero si la decisión de mantener el texto original hubiese sido adoptada por mayoría simple, el Presidente puede optar entre promulgar la ley o devolverla al Congreso para una última reconsideración (segundo veto). En este caso, la decisión de las Cámaras en sesión

Como excepción al veto suspensivo parcial generalizado en Iberoamérica, podemos citar la regulación de la Constitución guatemalteca (artículos 178º, 179º y 183.h) donde expresamente se dispone que «las leyes no podrán ser vetadas parcialmente».

Esta participación del presidente en la función legislativa no supone, en absoluto, la privación al Parlamento de su titularidad, pero puede interpretarse como una exigencia a las cámaras de mayor consenso —a la hora de superar el veto—³⁸. Ahora bien, en la medida en que nos encontremos ante países en los que es el presidente quien realmente legisla, hemos de concluir que el veto no juega el papel que tiene asignado en el procedimiento legislativo y que es el Poder Legislativo quien ejerce una especie de derecho de veto respecto a las reformas que realiza a los proyectos presidenciales³⁹.

3.1.1.e Otras competencias legislativas

Además de los poderes normativos estudiados y el derecho de veto, las constituciones iberoamericanas aún confieren al presidente tres poderes más en el ámbito legislativo: la sanción de las leyes, la reunión de las cámaras y el derecho de mensaje.

– La sanción de las leyes

A la figura del presidente también corresponde la sanción de las leyes, pudiendo adoptar una de estas tres decisiones posibles: sancionar dentro de un plazo determinado, interponer el veto, o no sancionar ni

conjunta será definitiva, aun cuando sea adoptada por mayoría simple, y el Presidente está obligado a promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a su recibo.

38 Así lo pone de manifiesto Toniatti en «El Poder Ejecutivo en los Sistemas presidenciales de gobierno», *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 34 (II), 1992, p. 206. Krsticevic sostiene que si bien la facultad de veto otorga al Poder Ejecutivo un poder de intervención en el proceso legislativo, no lo obstruye, pues el Legislativo ostenta el poder para insistir en el proyecto original con una mayoría cualificada, y en algunos textos se prevé la intervención del Poder Judicial, cuya actuación garantiza una mayor imparcialidad. Viviana Krsticevic, «Presidencialismo en América Latina», *op. cit.* p. 138.

39 Así lo apunta Carpizo en relación al caso mexicano, véase Jorge Carpizo, *El Presidencialismo Mexicano*, *op. cit.*, p. 87. El análisis de las amplias facultades legislativas del Presidente mexicano se encuentran en las pp. 99-109.

interponer el veto, en cuyo caso, pasado aquel plazo determinado el proyecto se convierte en ley⁴⁰. Por lo tanto, la firma presidencial no puede considerarse, simplemente, como un acto debido, sino que tiene un contenido discrecional.

– Reunión de las Cámaras

En principio, y por regla general, la reunión del Congreso es automática⁴¹. Sin embargo, el presidente puede convocarlo para sesiones extraordinarias, e incluso, en algunos casos, prorrogar las sesiones ordinarias⁴².

40 Así tenemos, por ejemplo, lo expresamente previsto en las Constituciones de Brasil, artículo 84.IV; Colombia, donde la sanción compete al Gobierno, artículos 157.4, 165°, 168° y 189.9; Costa Rica, artículos 124° y 140.3, que reservan la sanción a la acción conjunta del Presidente con el Ministro correspondiente; Chile, artículos, 32.1, 69° y 72°; Guatemala, artículos 177° y 183.c); Ecuador, artículo 78.b); Nicaragua, artículo 141°; Panamá, artículo 160° y Venezuela, artículo 167°. También al Presidente de los Estados Unidos corresponde la sanción de las leyes (Artículo 1°, Sección 7, parágrafo segundo), pudiendo adoptar una de estas tres posturas posibles: sancionar dentro del término de diez días, interponer el veto, o no sancionar ni interponer el veto, en cuyo caso, pasados los días, y siempre que no estén suspendidas las sesiones de las Cámaras, el proyecto se convierte en ley.

41 Sobre las reuniones ordinarias del Congreso pueden consultarse los artículos 50° y 63° de la Constitución de Argentina, 46° y 60° de la Constitución de Bolivia, 57° de la Constitución de Brasil, 138° de la Constitución de Colombia, 116° de la Constitución de Costa Rica, 51° de la Constitución de Chile, 59° de la Constitución de Ecuador, 158° de la Constitución de Guatemala, 65° y 66° de la Constitución de México, 143° de la Constitución de Panamá, 104° de la Constitución de Uruguay y 154° de la Constitución de Venezuela.

42 Así se dispone en los artículos 63° y 99.9 de la Constitución de Argentina, 46°, 47° y 96.5 de la Constitución de Bolivia, 57°, parágrafo 6°.II de la Constitución de Brasil, 138° y 200.2 de la Constitución de Colombia, 118° y 140.14 de la Constitución de Costa Rica (si bien, hemos de advertir que la convocatoria por parte del Presidente de la República se hará conjuntamente con el respectivo Ministro del Gobierno), 32.2 y 52° de la Constitución de Chile, 64° de la Constitución de Ecuador, 158° y 183 l) de la Constitución de Guatemala, 89.XI de la Constitución de México, 150.7 de la Constitución de Nicaragua, 143° y 178.4 de la Constitución de Panamá, 184° y 238.11 de la Constitución de Paraguay, 118.6 de la Constitución de Perú 104° y 168.8 de la Constitución de Uruguay y 190.9° de la Constitución de Venezuela. En el caso de los Estados Unidos, la reunión del Congreso es automática, debiendo celebrarse una vez por año y fijando la Constitución el 3 de enero como fecha de comienzo de las reuniones, durando el mandato de los representantes hasta

– Los mensajes

Por lo que a la actividad informativa se refiere, hemos de señalar que el mensaje anual sobre el estado de la República se presenta personalmente ante las cámaras. Independientemente de la parte reservada a resumir las principales actividades de la administración, no cabe duda de que el informe contiene un mensaje político en el que se perfilan las directrices a seguir y las medidas a adoptar para hacer efectivo el programa político presidencial⁴³.

3.1.2 Los poderes extraordinarios o de crisis

Como la experiencia ha demostrado en numerosas ocasiones, existen determinadas situaciones extraordinarias en las que la existencia del orden constitucional o la seguridad y bienestar de los miembros de la comunidad estatal se ponen en peligro. En tales situaciones, las disposiciones constitucionales de aplicación «normal» sobre relaciones entre poderes y protección de derechos devienen insuficientes y se hace imprescindible la búsqueda de un remedio que solvante la situación de emergencia. Una de las fórmulas que se arbitra al efecto consiste en encomendar, expresamente en la Constitución, al Poder Ejecutivo que tome las medidas oportunas para enfrentarse con las amenazas al orden constitucional. Otro método consiste en la determinación de unos estados excepcionales en los que los poderes públicos (principalmente el Poder Ejecutivo, dada su mayor agilidad) pueden asumir competencias predeterminadas en la Constitución o en la ley⁴⁴. Los denomina-

el 3 de Enero del segundo año (Artículo I, Sección 2 y Enmienda XX). Pero el Presidente de los Estados Unidos puede convocar a ambas Cámaras o cualquiera de ellas para sesiones extraordinarias y fijar el plazo de su vacación cuando aquéllas no se pongan de acuerdo (Artículo II, Sección 3).

43 En relación con esta facultad consúltese los siguientes preceptos constitucionales: Argentina, 99.8; Bolivia, 96.10; Brasil, 84.XI; Colombia, 189.12; Costa Rica, 139.4; Chile, 62° y 65°; Guatemala, 183.1; Ecuador, 78.o); México, 69°; Nicaragua, 138.16; Panamá, 178.5; Paraguay, 184°, 202.15 y 238.8; Perú, 118.7; Uruguay, 168.5 y Venezuela, 190° Vigésimo y 191°.

44 Sobre las vías constitucionales de tratamiento de las situaciones de emergencia, véase Luis López Guerra, «Derechos Fundamentales y Estados de Excepción», **La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos**, Rafael Nieto Navia Editor, San José, Costa Rica, 1994, pp. 279-283.

dos poderes de crisis permiten al Presidente de la República suspender determinadas garantías constitucionales y adoptar las medidas necesarias para asegurar la continuidad de la política gubernamental, así como actuar como órgano legislativo ejercitando competencias propias del Congreso⁴⁵. Los ordenamientos iberoamericanos contienen una amplia diversidad de denominaciones estado de emergencia, (estado de sitio, estado de defensa, etc.) y soluciones con relación a los supuestos excepcionales y a las consecuencias que de ellos derivan. La cuestión estriba en determinar cuáles son las circunstancias excepcionales que legitiman al Presidente irrogarse aquellos poderes. La determinación de dichos supuestos desencadenantes se suelen fijar en la Constitución y en la normativa interna de los Estados (así, podemos aludir a situaciones de anormalidad social, de alteración política, de ataque exterior...). En definitiva, la heterogeneidad del sistema iberoamericano aconseja un estudio particular de los distintos Estados en lo relativo a esta cuestión que no podemos llevar a cabo en este trabajo. Asimismo, advertimos que somos conscientes de que un estudio pormenorizado de las situaciones de emergencia y la protección de derechos en Latinoamérica habría de realizarse no sólo sobre la base del estudio de la normativa constitucional y/o legislativa existente en los Estados, sino que tendría también que prestarse atención a la labor de los jueces y a la labor

45 Humberto Nogueira Alcalá, «*I Regimi Presidenziali...*», *op. cit.*, p. 499. De hecho, la profusión en el uso del expediente técnico del Gobierno determina que la declaración de emergencia en Iberoamérica se salde como una situación de normalidad constitucional, a diferencia de lo que ocurre con los sistemas excepcionales europeos, donde ésta supone una verdadera derogación del régimen constitucional. Ahora bien, ha de advertirse que si bien la autoridad competente para declarar los estados de excepción suele ser el Presidente de la República, en ocasiones se requiere que dicha declaración se complemente con el acuerdo de otros órganos (por ejemplo, en Chile el Presidente de la República con el acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional). Véase, Domínguez Zorrero, Manuel, «Estados excepcionales y garantías de derechos fundamentales en Latinoamérica», *Revista de Estudios Políticos*, número 81, Julio-Septiembre 1993, pp. 267 y 269. Por su parte, Krsticevic sostiene que los poderes atribuidos al Poder Ejecutivo en función de la declaración de estados excepcionales encuentran límites en las facultades del Congreso de revocar y controlar, en los límites temporales a los que se someten y en la intervención del Poder Judicial que se arbitran en los distintos textos. «Creemos por lo expuesto —concluye— que esta característica tampoco provoca un desbalance del sistema de gobierno». Viviana Krsticevic, «**Presidencialismo en América Latina**», *op. cit.*, p. 141.

realizada por la jurisdicción internacional americana a través de la Corte Internacional de Justicia, mas este no constituye el objeto central de nuestra exposición⁴⁶.

Por su parte, el ordenamiento jurídico constitucional del Ecuador que regula el régimen de excepción se enmarca en los principios que han conformado al constitucionalismo de América Latina. No obstante, en la actual Constitución del Ecuador se introducen elementos nuevos que suponen un avance: al tiempo que se posibilita al Ejecutivo actuar de forma ágil y rápida conforme a las circunstancias, éste es objeto de control por parte de otros órganos del Estado para evitar una utilización indebida o extralimitación en el uso de las facultades extraordinarias⁴⁷.

Por último, es obligada la referencia a la Constitución de Costa Rica que atribuye a la Asamblea Legislativa la suspensión de los derechos y garantías individuales consignados en los artículos 22° a 24°, 26°, 28° a 30° y 37°. El Ejecutivo queda obligado a rendir cuentas a la Asamblea —en su próxima reunión— de las medidas tomadas para salvar el orden público o mantener la seguridad del Estado (artículo 121.7). Únicamente en caso de receso de la Asamblea Legislativa corresponde al Presidente de la República, y al respectivo ministro de gobierno, decretar la suspensión de derechos y garantías a que se refiere el número 7

46 Como ejemplo ilustrativo de poderes extraordinarios podemos atender a la extensa regulación chilena (artículos 39° a 41° de la Constitución) donde, tras determinar que es atribución especial del Presidente de la República, con el acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, declarar los estados de excepción constitucional (artículo 32. 7 del texto constitucional), se contemplan cuatro regímenes de excepción: estado de asamblea, motivado por guerra externa; estado de sitio, por guerra interna o conmoción interior; el estado de emergencia, en casos graves de alteración del orden público o peligro para la seguridad nacional por causa interna o externa y estado de catástrofe por calamidad pública (artículo 39°, artículo reformado por el Artículo Único N° 19 de la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989). La suspensión de derechos es gradual según la causa que provoca el estado específico.

47 En la Constitución de Ecuador los estados excepcionales no se regulan en un título específico de la misma, sino dentro de las normas referentes a los poderes y deberes del Presidente, quien puede declarar la emergencia nacional y asumir poderes excepcionales en supuestos de inminente agresión externa, guerra internacional y de guerra interior o de catástrofe interna. Véase Hernán Salgado Pesantes, «El régimen de excepción y los Derechos Humanos en la actual Constitución de Ecuador», La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, *op. cit.*

del artículo 121°. El mismo decreto presidencial de suspensión equivale a la convocatoria de la Asamblea a sesiones a fin de confirmar aquella medida (artículo 140.4)⁴⁸.

3.1.3 Otros poderes del Presidente

Junto a estos dos grandes bloques de poderes que acabamos de estudiar, los presidentes latinoamericanos ostentan los que a continuación pasamos a relacionar brevemente.

3.1.3.a Ejecución de las leyes y mantenimiento del orden

Los presidentes latinoamericanos, antes de entrar a desempeñar sus cargos, juran o prometen guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes, obligación que en numerosas ocasiones también se contemplan expresamente en los textos constitucionales como una de las obligacio-

48 Otros ejemplos de concesión de poderes extraordinarios a la figura del Presidente de la República en situación de estados excepcionales los encontramos en: artículos 23° y 99.16 de la Constitución argentina (referidos al estado de sitio); artículos 111° a 115° de la Constitución de Bolivia (sobre el estado de sitio y la conservación del Orden Público, donde se prevé el control de los actos del Ejecutivo, posterior a la finalización del estado); artículos 84.IX y 136° a 139° de la Constitución de Brasil (estado de defensa y estado de sitio donde se estiman suspendibles una serie de derechos); artículos 212° a 215° de la Constitución Política de Colombia (estado de guerra exterior, estado de conmoción interior y estado de emergencia, si bien, hemos de apuntar que, a diferencia de lo que ocurre en otros textos, el artículo 214.2 garantiza que «en los estados de excepción no podrá suspenderse los derechos ni las libertades fundamentales»); artículo 183 f) de la Constitución de la República de Guatemala (estado de emergencia grave o de calamidad pública, al que se hace alusión también en el artículo 139°, donde se remite a la Ley Constitucional de Orden Público y Estados de Excepción); artículo 29° de la Constitución mexicana; artículo 150.9 de la Constitución de la República de Nicaragua; artículo 51° de la Constitución de Panamá (estado de urgencia); artículo 288° de la Constitución de Paraguay (donde se especifica escuetamente que los poderes excepcionales del Ejecutivo se reducen a «la detención de las personas indicadas de participar en algunos de esos hechos, su traslado de ellos de un punto a otro de la República, así como la prohibición o restricción de reuniones públicas y manifestaciones»); artículo 137° de la Constitución del Perú (estado de emergencia y estado de sitio) y artículo 168.17 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay (precepto que impone la obligación del Ejecutivo de rendir cuentas a la Asamblea sobre su actuación en el plazo de veinticuatro horas).

nes que pesan sobre aquéllos⁴⁹. Así pues, los presidentes latinoamericanos se nos presentan como defensores de la Constitución. Por lo demás, como jefes de la administración pública tienen el deber de ejecutar fielmente las leyes tal y como disponen los preceptos constitucionales⁵⁰. Además, concretamente del deber de ejecución de las leyes deriva la titularidad presidencial de un poder reglamentario⁵¹.

3.1.3.b Nombramiento y revocación de cargos públicos

Como ya hemos señalado, el presidente es elegido individualmente; quiere esto decir que la elección del personal político y burocrático que compone el Ejecutivo, así como algunos miembros del Poder Judicial, serán competencia exclusiva del Presidente, que en numerosos casos deberá contar con la aprobación del Senado⁵². Ahora bien, hemos de

49 Compruébese en las Constituciones de Argentina, artículo 93º; Bolivia, artículo 92º; Brasil, artículo 78º; Colombia, artículos 188º y 192º; México, artículo 87º; Nicaragua, artículo 150.1 y Panamá, artículo 176º. En Estados Unidos, Artículo II, Sección 1, parágrafo 7.

50 Artículos 93º de la Constitución de Argentina, 96.1 de la Constitución de Bolivia, 183.a) y b) de la Constitución de Guatemala, 78.a) y d) de la Constitución de Ecuador, 238.2 de la Constitución de Paraguay, 118.1 de la Constitución de Perú, 168.1 de la Constitución de Uruguay y 190º primero de la Constitución de Venezuela, así como el Artículo II, Sección 3 in fine de la Constitución de Estados Unidos.

51 A diferencia de lo que ocurre en la Carta Magna estadounidense, donde la titularidad presidencial de un poder reglamentario se infiere de la denominada «*take care clause*», ubicada en el Artículo II, Sección 3, que dispone que el Presidente «cuidará de que las leyes se ejecute puntualmente», (véase el capítulo anterior), el poder reglamentario es explícitamente conferido al Presidente de la República en las Constituciones latinoamericanas: artículo 99.2 de la Constitución de Argentina; 96.1 de la de Bolivia; 189.11 de la de Colombia, 32.8 de la de Chile, que permite no sólo la emanación de reglamentos de ejecución, sino también de los denominados reglamentos independientes, 78.c) de la de Ecuador, 150.10 de la de Nicaragua, 118.8 de la de Perú y 190 Décimo de la de Venezuela.

52 En materia de nombramientos presidenciales podemos aludir a los siguientes artículos constitucionales: 99.7 y 99.19 de Argentina, 96.15 y 96.16 de Bolivia, 89. XV, 89.XVI y 89.XVII de Brasil, 189.1 y 189.13 de Colombia, 139.1 de Costa Rica, 32.9, 32.12 y 32.14 de Chile, 78.e) de Ecuador, 83.s) de Guatemala, 89.II de México, 150.6 de Nicaragua, 178.1 de Panamá, 238.6 de Paraguay, 168.13 de Uruguay y 190 Segundo y Décimoséptimo de Venezuela. La exigencia del acuerdo del Senado (y en algunos supuestos de la Cámara de Diputados), y de las respectivas Comisiones

puntualizar que, como ocurre en Estados Unidos, el consentimiento del Senado, requerido por los textos constitucionales, limita la capacidad de acción del Ejecutivo y puede llegar a bloquear la propuesta presidencial, pero, en ningún caso, el Presidente queda despojado de su poder exclusivo de formular propuestas sucesivas tendentes a obtener la efectividad de sus directrices políticas.

Por lo que al cese de los cargos públicos por parte del Presidente se refiere, ésta es una facultad que, a diferencia de la regulación constitucional estadounidense, expresamente se contempla en algunas Cartas latinoamericanas en relación con determinados cargos⁵³. Independientemente de ello, no podemos dejar de tener en cuenta que otra forma de cese de cualquier cargo ejecutivo es la de la exigencia de la responsabilidad criminal por medio del procedimiento de *impeachment*.

3.1.3.c Poderes administrativos

Los poderes administrativos del Presidente no siempre son explícitamente enunciados en las Constituciones⁵⁴, sino que, a semejanza de lo

Permanentes, en su caso, en relación con los nombramientos se contempla en el artículo 99.4 de la Constitución de Argentina, artículo 96.4 de la Constitución de Bolivia, artículo 89.XIV de la Constitución de Brasil, artículo 32.11 de la Constitución de Chile, artículos 89.III, 89. IV, 89. XVI y 89.XVIII de la Constitución de México, artículo 168.13 de la Constitución de Uruguay y artículo 190° Décimosexto de la Constitución de Venezuela. En relación con Estados Unidos, Artículo II, Sección 2, parágrafos segundo y tercero.

53 Así, los artículos 139.1 de la Constitución de Costa Rica, 32.9 de la Constitución de Chile, 183.s) de la Constitución de Guatemala, 89.II de la Constitución de México, 150.6 de la Constitución de Nicaragua, 178.1 de la Constitución de Panamá, 238.6 de la Constitución de Paraguay y 190° Segundo de la Constitución de Venezuela. Especial mención merece el artículo 168.10 de la Constitución de Uruguay, que exige el acuerdo de la Cámara del Senado o, en su receso, el de la Comisión Permanente para la destitución de los empleados por ineptitud, omisión o delito.

54 Como excepciones pueden mencionarse los artículos 84.II y 84.VI de la Constitución de Brasil, que confieren al Presidente la dirección y organización de la Administración Federal Superior; el artículo 183.h) de la Constitución de Guatemala que expresamente reconoce al Presidente como el superior jerárquico de los funcionarios y empleados del Organismo Ejecutivo y el artículo 178.2 de la Constitución de Panamá, que otorga al Presidente la función de coordinación de la labor de la Administración y establecimientos públicos.

que ocurre en Estados Unidos, derivan del deber de ejecución de las leyes y mantenimiento del orden y de la facultad de nombramiento y destitución de funcionarios que le competen. Dichos poderes se traducen en la suprema dirección y coordinación e inspección de la Administración⁵⁵.

Como en Estados Unidos, el contrapeso a estos poderes administrativos puede residenciarse en la facultad que corresponde a la rama legislativa para nombrar comisiones investigadoras, recabar información y exhibición de documentos, así como también en el poder de aprobación de créditos, con base en el cual (concretamente, en la negativa de créditos), puede influir y obstaculizar la dirección política y gestión administrativa presidenciales⁵⁶.

3.1.3.d Política Exterior

Los poderes que, en materia de política exterior, ostenta el Presidente se pueden sistematizar de la siguiente forma:

a. Recepción y nombramiento de agentes diplomáticos

Las Constituciones asignan al Presidente la recepción de embajadores y agentes diplomáticos y su nombramiento con el consentimiento del Senado⁵⁷.

55 Maurice Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 314-315 y Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1991 (1ª edición, 2ª reimpresión), pp. 378-379.

56 Véase, Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, *op. cit.*, p. 405 y Luis Sánchez Agesta, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, *op. cit.*, p. 209.

57 Véase los artículos 99.7 y 99.11 de la Constitución de Argentina, 96.3 y 66.10 de la Constitución de Bolivia, 183.p) de la Constitución de Guatemala, 89.III de la Constitución de México, 238.7 de la Constitución de Paraguay, 168.12 y 168.15 de la Constitución de Uruguay, que sólo exige el acuerdo del Senado cuando se trate del nombramiento de Jefes de Misión y 190 Décimosexto de la Constitución de Venezuela. No exigen la aprobación senatorial el artículo 189.2 de la Constitución de Brasil y el artículo 32.10 de la Constitución de Chile. Por su parte, la Constitución de Perú, en su artículo 118.12 exige la previa aprobación del Consejo de Ministros y rendir cuentas al Congreso para el nombramiento de los Embajadores, no así en el caso de recepción de agentes diplomáticos (artículo 118.13). Respecto al texto estadounidense, consúltese el Artículo II, Sección 2, párrafos primero y segundo.

b. Conclusión de Acuerdos Internacionales

Dicha conclusión se llevará a cabo previo acuerdo de alguna de las Cámaras⁵⁸. Esta intervención no tiene porqué ser un mero control, sino que las Cámaras pueden llegar a condicionar su consentimiento a la aceptación de las enmiendas que propongan⁵⁹.

c. Dirección de la política exterior y las relaciones internacionales

Además de la expresa atribución de esta facultad en los textos constitucionales⁶⁰, la efectiva dirección de la política internacional por parte del Presidente deriva, como en el caso estadounidense, del hecho de que en la medida en que a quienes pueda corresponder la dirección de las relaciones internacionales –agentes diplomáticos y Departamento de Asuntos Exteriores– se encuentran subordinados al Presidente, cabe concluir que es éste quien efectivamente dirige la política internacional. Todo ello se ve confirmado en la práctica con el hecho de que las grandes decisiones en este ámbito han sido tomadas personalmente por el Presidente, quien incluso llega a conducir por sí mismo las negociaciones⁶¹.

58 Artículos 99.11 y 75.22 de la Constitución de Argentina, el 96.2 de la de Bolivia, 89.VIII y 49.I, que exige Resolución del Congreso Nacional en caso de tratados, acuerdos o actos internacionales que graven el patrimonio nacional, de la de Brasil, 189.2 de la de Colombia, 32.17 de la de Chile, 78.f) de la de Ecuador, 183.k) y 183.o) de la de Guatemala, 89.X de la de México, 150.8 de la de Nicaragua, 238.7 de la de Paraguay, 118.11 de la de Perú y 168.20 de la de Uruguay. En Estados Unidos el Artículo II, Sección 2, parágrafo segundo de la Constitución exige una mayoría de dos tercios del Senado para la ratificación de los tratados internacionales.

59 En Estados Unidos son ampliamente conocidos algunos casos en los que el Senado ha rechazado o modificado sustancialmente lo negociado por la Presidencia, como ocurrió con la admisión de Estados Unidos a la Sociedad de Naciones o con los Tratados de Desarme SALT con la antigua Unión Soviética, o los casos en los que es el Congreso el que debe ratificar un acuerdo internacional, como ocurrió en 1993 con el NAFTA –*North American Free Trade Agreement*– realizado con México y Canadá. Eduardo Vírjala Foruria, «La forma de gobierno semiparlamentaria...», *op. cit.*, p. 124.

60 Artículo 96.3 de la Constitución de Bolivia, artículo 78.f) de la Constitución de Ecuador, artículo 183.o) de la Constitución de Guatemala, artículo 89.X de la Constitución de México, artículo 150.8 de la Constitución de Nicaragua, artículo 238.7 de la Constitución de Paraguay y artículo 118.11 de la Constitución de Perú.

61 Véase Manuel García Pelayo, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, *op. cit.*, p. 382.

d. Representación de la unidad del Estado

El Presidente, como Jefe del Estado, tiene encomendada la representación de la unidad del mismo, lo que se plasma en los actos unilaterales de rango internacional para los que no se exige el acuerdo del Senado⁶².

3.1.3.e Competencias militares

En asuntos militares se atribuye al presidente el mando de las Fuerzas Armadas, en virtud de los cuales posee un amplio abanico de poderes expresamente recogidos en los textos constitucionales⁶³:

- El nombramiento (y en algunos casos la remoción) de los altos mandos militares, propuesta de ascenso de los mismos y la concesión de grados, que requieren el acuerdo del Senado en numerosos supuestos.
- El poder de organizar a la fuerza pública, así como disponer de su empleo.
- La dirección política y estratégica de la guerra⁶⁴.

62 Así viene expresamente previsto en los siguientes preceptos constitucionales: artículo 181° de la Constitución de Colombia, artículo de la Constitución de Ecuador, artículo 182° de la Constitución de Guatemala, artículo 150.2 de la Constitución de Nicaragua y artículo 118.2 de la Constitución de Perú.

63 Véase los artículos 99.12, 99.13, 99.14 y 99.15 de la Constitución de Argentina; 96.18, 96.19, 96.20, 96.21 y 97° de la Constitución de Bolivia; 89. XIII, 89. XVIII, 89. XIX y 89.XX de la Constitución de Brasil; 189.3, 189.5, 189.6 y 189.19 de la Constitución de Colombia; 32.18, 32.19, 32.20 y 32.21 de la Constitución de Chile; 78.h), 78. i), 78.j), 78.k), 78.l) y 78.ll) de la Constitución de Ecuador; 183.d) y 183.e) de la Constitución de Guatemala; 89.IV), 89.V), 89.VI), 89.VII) y 89.VIII) de la Constitución de México; 144° de la Constitución de Nicaragua; 238.7 y 238.9 de la Constitución de Paraguay; 118.14, 118.15 y 118.16 de la Constitución de Perú; 168.12, 168.15 y 168.20 de la Constitución de Uruguay y 190° Tercero, 190° Cuarto y 190° Séptimo de la Constitución de Venezuela. En cuanto a la Constitución de Estados Unidos hay que estar a lo previsto por los Artículos II, Sección, parágrafo primero *ab initio* y Artículo I, Sección 8, párrafos undécimo a décimosexto (por lo que a las competencias militares del Congreso se refiere).

64 «[...] la dirección de la guerra es aquélla en que mayor grado exige las cualidades que caracterizan al poder cuando se ejerce por unas solas manos», Hamilton, El Federalista. Los ochenta y cinco ensayos que Hamilton, Madison y Jay escribieron en

- La declaración de guerra y firma de la paz, previa autorización de una de las cámaras legislativas.

3.1.3.f *El derecho de gracia*

En virtud del mismo el Presidente tiene la facultad de otorgar el perdón en relación con los delitos cometidos, quedando excluidos los supuestos de *impeachment*⁶⁵. El indulto no es un acto de gracia o personal sino que forma parte del sistema constitucional⁶⁶.

3.2 Limitaciones

La preeminencia del presidente a la que conduce la atribución de un mayor poder respecto de los otros poderes, trata de contrarrestarse en las constituciones latinoamericanas mediante una serie de prohibiciones y controles, que son los que pasamos a estudiar seguidamente⁶⁷.

apoyo de la Constitución Norteamericana, México, Fondo de Cultura Económica, 1982 (1ª edición, 3ª reimpresión), LXXIV, p. 316.

65 Este derecho viene previsto en las Constituciones de Bolivia, artículo 96.13; Brasil, artículo 89.XII; Chile, artículo 32.16; México, artículo 89.XIV; Paraguay, artículo 238.10; Perú, artículo 118.21 y Venezuela, artículo 190º Vigésimoprimer. La misma facultad concede el Artículo II, Sección 2, parágrafo primero al Presidente de los Estados Unidos.

66 La jurisprudencia norteamericana entiende el derecho de gracia no como un acto de gracia sino de orden público y, en este sentido, ha establecido que «un indulto en nuestros días no es un acto privado de gracia del individuo que resulta tener poder para ello; es una parte del sistema constitucional. Se concede en virtud de que la autoridad suprema ha resuelto que el bien público estará mejor servido si el castigo es menor de lo que fijó la sentencia». Sentencia Biddle vs. Perovich, citada en Manuel García Pelayo, **Derecho Constitucional Comparado**, *op. cit.*, p. 387. La concepción del indulto como generosa prerrogativa en manos del Presidente puede observarse en Hamilton, *El Federalista*, LXXIV, *op. cit.*, pp. 316-318.

67 Estas prohibiciones se orientan a evitar los fenómenos de «continuismo», golpes de Estado y caudillismo. En su trabajo, Viviana Krsticevic pretende constatar, sobre la base del análisis de los sistemas de control y límites a las facultades presidenciales, cómo «[...] el Ejecutivo predominante no quiebra en el plano normativo el objetivo de no abuso del poder/control establecido en la teoría de separación de poderes». Viviana Krsticevic, «Presidencialismo en América Latina», *op. cit.*, pp. 134 y 141-142.

3.2.1 Duración limitada del cargo y fijación del mandato

Ya el constitucionalismo liberal decimonónico iberoamericano, en un intento de querer diferenciar el presidencialismo de la autocracia, impone la limitación temporal en el ejercicio del cargo⁶⁸. En los actuales regímenes presidenciales la duración del mandato presidencial oscila entre los cuatro y seis años, con la excepción de Chile, cuyo texto prevé el mandato más amplio (ocho años, según dispone el artículo 25° de la Constitución)⁶⁹.

Aunque la fijación del mandato presidencial podría reputarse como una circunstancia que dota de mayor estabilidad al Ejecutivo, Serrafiero constata la existencia de una serie de paradojas que en la práctica ponen en tela de juicio esta presunción: los problemas de sucesión en el cargo que generan la muerte o incapacidad del Presidente, el juego de «suma cero», puesto de manifiesto por Linz, donde el ganador de las elecciones se lo lleva todo, el riesgo de utilizar prácticas autoritarias que invitan a un presidencialismo en clave de «régimen mayoritario» y resta todo posible espacio a la oposición (los partidos de la oposición no encuentran incentivos para cooperar con el Presidente: si la coalición tiene éxito, el mérito se lo lleva el Presidente, si se produce el fracaso se achaca a la coalición, en definitiva, es más ventajoso criticar al Presidente). De hecho, pensamos, todo ello aumenta la polarización política en un marco, el de la transición a la democracia, en el que la cooperación, la negociación y la confianza se reputan esenciales en pro de la estabilidad. Además, la limitación temporal del mandato genera en el titular del cargo un sentimiento de «irresponsabilidad política» de

68 Así, Serrafiero alude a los ejemplos de Chile, Argentina y Venezuela. Mario D. Serrafiero, «Presidencialismo y Reforma Política en América Latina», *op. cit.* p. 216.

69 Concretamente, el mandato del Presidente de la República se prolonga durante cuatro años en Argentina (artículo 90°), Brasil (artículo 82°, redacción según Enmienda Constitucional de Revisao 05/94), Colombia (artículo 190°), Costa Rica (artículo 134°); durante cinco años en Bolivia (artículo 87°, redactado según ley de Reforma a la Constitución Política del Estado N° 1585, de 12 de agosto de 1994), Guatemala (artículo 184°), Ecuador (artículo 73°), Nicaragua (artículo 148°), Panamá (artículo 172°), Paraguay (artículo 229°), Perú (artículo 112°), Uruguay (artículo 152°) y Venezuela (artículo 135°); y se extiende hasta los seis años en México (artículo 83°).

su gestión, ya que no se verá sometido a nueva prueba electoral⁷⁰. Sea como fuere, lo que sí parece ser cierto es que dicha estabilidad es indispensable para que el Poder Ejecutivo pueda ser efectivo⁷¹.

Por último, en relación con la rigidez en las fechas de las elecciones presidenciales hemos de apuntar, como consecuencia negativa, que las constituciones latinoamericanas, no incluyen mecanismos mediante los cuales se pueda reemplazar a un presidente políticamente desacreditado, sin esperar a la finalización del mandato. En otras palabras, ante un presidente impopular o que ha perdido gran parte de su apoyo parlamentario, no cabe el mecanismo parlamentario del voto de censura. Ello provoca una menor flexibilidad a la hora de abordar una situación de crisis. En muchos casos, el golpe de estado parece ser el único medio de librarse de un presidente incompetente o impopular. Por contraste, en un sistema parlamentario, el jefe del gobierno es elegido por el Legislativo y depende del mantenimiento de su confianza para continuar en el poder, así que el período de tiempo del mandato de la cabeza del Ejecutivo es alterable⁷².

70 Mario D. Serrafiero, «Presidencialismo y Reforma Política en América Latina», *op. cit.*, pp. 226-228. En relación a las reducidas opciones de actuación de que dispone la oposición, Gargarella sostiene que son las siguientes: complacencia, trasvasamiento (erosión desde dentro de la estructura de poder), oportunismo (dar un «apoyo crítico» al oficialismo), obstruccionismo y necesidad (en este caso, el partido opositor concentra en sí el suficiente poder como para que el oficialismo encuentre indispensable una concertación entre ambos). Roberto Gargarella, «El Presidencialismo como sistema contramayoritario...», *op. cit.*, pp. 92 a 94.

71 Sin embargo, Suárez, en materia de estabilidad, medida como duración efectiva del personal en sus cargos, constata en su estudio que la duración media de los Jefes de Estado es excesivamente breve en esta región; que la permanencia promedio del Presidente latinoamericano también es excesivamente breve en términos comparados; que en América Latina una gran proporción de los líderes han permanecido en sus cargos por períodos muy breves de tiempo y que la inestabilidad que parece afectar a la Jefatura de Estado se hace extensible a la elite ministerial. En cuanto a la certeza de la duración del cargo, distingue entre Poderes Ejecutivos «regulares», cuando el nombramiento del Presidente se ha hecho con base en normas fijadas con anterioridad a dicho nombramiento y de aplicación general, y transferencias «irregulares», cuando dichos reglamentos no existen, apuntando a la existencia de una mayor proporción de sucesiones irregulares que en el resto de las regiones del mundo. Véase Waldino Suárez, «El Poder Ejecutivo en América Latina...», *op. cit.*, pp. 115 a 123.

72 En Chile, en 1973, los oponentes al Gobierno de la Unidad Popular temían que al permitir a Allende que completara sus seis años de mandato (1970-1976), se

3.2.2 Prohibición de reelección inmediata del Presidente

Con la regla constitucional de prohibición de reelección de quien fuera presidente o vicepresidente, o en el período posterior la elección de quienes tuviesen una relación de parentesco con aquéllos o hubiesen formado parte del Ejecutivo, se pretende impedir que los presidentes iberoamericanos accionen su propia reelección y se perpetúen en el poder, lo que comportaría la transformación de un régimen democrático mediante la reiterada renovación del mandato presidencial⁷³.

Algunos juristas han sostenido que el principio de no-reelección es antidemocrático ya que limita la libertad del pueblo para reelegir a la persona que en su sentir puede seguir ocupando el cargo por sus características e incluso provoca una tendencia a la aceleración en el diseño y aplicación del programa político por parte del presidente, sin embargo, otros se decantan a su favor y señalan la función de fortalecimiento del sistema democrático que desempeña⁷⁴.

abriera la puerta al socialismo autoritario. Allende había perdido el apoyo de la mayoría del Legislativo y en un sistema parlamentario hubieran votado para sustituirle en el cargo, sin embargo, en un sistema presidencial no había medio de reemplazarle excepto mediante un golpe. Scott Mainwaring, «Presidencialismo, multipartidismo y democracia...», *op. cit.*, pp. 124-125.

73 Viviana Krsticevic, «Presidencialismo en América Latina», *op. cit.*, p. 142; Humberto Nogueira Alcalá, «*I Regimi Presidenciali dell'America Latina*», *op. cit.*, pp. 504-505 y Waldino Suárez, «El Poder Ejecutivo en América Latina...», *op. cit.*, p. 129. Este último, sin embargo, constata en su trabajo cómo no está tan clara la cláusula de la no reelección como instrumento para el logro del mencionado objetivo. Ello se debe a tres tipos de razones. En primer lugar, el impacto que este tipo de limitaciones tiene sobre la estabilidad presidencial en América Latina. En segundo lugar, tampoco son demasiado obvias las bondades de una regla que obliga a los Presidentes a sentir, independientemente de carácter de su gestión, que no podrán, o por lo menos no inmediatamente, volver a servir a su país aun si su gobierno ha sido exitoso a los ojos de sus conciudadanos. En tercer lugar, la reelección no parece haber logrado su objetivo fundamental: evitar que líderes personalistas conserven una influencia decisiva sobre la política de sus respectivos países durante largos períodos de tiempo (así, A. Arias en Panamá, Velasco Ibarra en Ecuador, Paz Estensoro en Bolivia, Figueroa en Costa Rica y J. Perón en Argentina).

74 Tal es el caso de Carpizo en relación con sistema mexicano. Véase Jorge Carpizo y Jorge Madrazo, «El Sistema constitucional mexicano», en D. García Belaunde, F. Fernández Segado y R. Hernández Valle, *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, p. 590.

Como acabamos de apuntar en el comienzo del subepígrafe las limitaciones a la elegibilidad también pueden estar fundadas en una relación de parentesco (dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad) o la pertenencia a la plantilla del Gobierno⁷⁵.

3.2.3 Exclusión de determinados grupos

Además de las limitaciones a la elección que acabamos de estudiar, gran parte de los textos constitucionales de la región excluyen miembros de algunos determinados grupos, parece ser que con el fin de evitar la tiranía de facciones o grupos privados, la representación autointeresada, o de no distorsionar la voluntad de la mayoría gobernando para favorecer intereses minoritarios⁷⁶.

3.2.4 Las Fuerzas Armadas

Históricamente, desde la emancipación de las colonias iberoamericanas, el ejército se ha presentado como un elemento decisivo de poder

75 La prohibición por razón de parentesco la encontramos en Bolivia, artículo 89.2; Colombia, artículo 197°; Costa Rica, artículo 132.2; Guatemala, artículos 164.c) y 186 c); Ecuador, artículo 79.3; Nicaragua, artículo 147°, párrafo tercero; Panamá, artículo 187°; Paraguay, artículo 235.9) y Venezuela, artículo 184° (en este caso de Venezuela la prohibición de circunscribe al tercer grado de consanguinidad y el segundo de afinidad). La prohibición que hace referencia a la pertenencia del Gobierno saliente puede observarse en Bolivia, artículo 89.1; Colombia, artículo 197°; Costa Rica, artículo 132. 4; Guatemala, artículos 164.a) y 186.b); Ecuador, artículo 79.1), 4) y 5); México, artículo 82.VI); Nicaragua, artículo 147°, párrafo tercero; Paraguay, artículo 235.1) y Venezuela, artículo 184°, párrafo segundo.

76 Viviana Krsticevic, «Presidencialismo en América Latina», *op. cit.*, p. 144. A título de ejemplo, podemos hacer alusión a la prohibición de ser electo Presidente a quien pertenezca al clero o sea ministro de cualquier religión en las Cartas de Bolivia, artículo 89.3; Guatemala, artículo 186.f); México, artículo 82.IV); Nicaragua, artículo 147°, párrafo tercero y Paraguay, artículo 235°. En general, sobre materia de causas de inelegibilidad que conciernen al Presidente consúltese las Constituciones de: Bolivia, artículo 89°; Colombia, artículo 197°; Costa Rica, artículo 132°; Guatemala, artículo 186°; Ecuador, artículo 79°; México, artículo 82°; Nicaragua, artículo 147°, párrafo III; Panamá, artículos 175° y 187° y Paraguay, artículos 235° y 236°.

que ha de ser tenido en cuenta a la hora de gobernar⁷⁷. Mientras que en los textos constitucionales se hace hincapié en el hecho de que la Fuerza Armada tiene un carácter obediente y que sus principales responsabilidades son la defensa del territorio nacional, el respaldo a la Constitución y a las leyes y el mantenimiento del orden interno, la experiencia nos demuestra que la historia de Iberoamérica está plagada de pronunciamientos, intervenciones militares y golpes de Estado.

Con la finalidad de no permitir los golpes de Estado, revoluciones e injerencias en la vida política, en las constituciones latinoamericanas se prevén diversas disposiciones al efecto⁷⁸. De entre ellas hemos de comenzar por resaltar la más radical, que no es otra que el artículo 12° de la

77 Duverger explica esta atracción del Ejército por la política y el ejercicio del poder aludiendo a las siguientes causas: la importancia de los efectivos humanos y militares de que dispone; la formación de carácter técnico que recibe el militar profesional en centros especializados, dicha formación, que abarca los grandes temas nacionales (económicos, sociales y políticos) aproxima a los nuevos oficiales, en conocimientos y mentalidad, a las actuales tendencias tecnocráticas; y por último su sentido patriótico y su experiencia en la adopción de decisiones. Maurice Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 625. Entre los estudios dedicados a la intervención de las Fuerzas Armadas en la política, podemos mencionar la obra *Posición Constitucional de la Fuerzas Armadas en Iberoamérica y en España*, Tecnos-Universidad Hispanoamericana Santa María de la Rábida. Universidad de Sevilla, Madrid-Sevilla, 1992. También, Ismael Crespo Martínez y Fernando Filgueira, «La intervención de las Fuerzas Armadas en la política latinoamericana», *Revista de Estudios Políticos*, N° 80, Abril-Junio 1993, pp. 297-311; Mabel Olivieri, «Orígenes y evolución de la presencia militar en América Latina», *Revista de Estudios Políticos*, N° 42, 1984, pp. 163-188 y Juan Rial, «Las Fuerzas Armadas de América del Sur y su relación con el Estado en el nuevo contexto democrático, en un mundo en cambio constante», *Revista de Estudios Políticos*, N° 74, Octubre-Diciembre 1991, pp. 55-84. Véase también, Helgio Trinade, «El Tema del Fascismo en América Latina», *Revista de Estudios Políticos*, N° 30, 1982, pp. 111-141, donde mantiene que a partir del golpe de Estado militar de 1964 en Brasil se inaugura una nueva fase en la historia de las intervenciones militares en América Latina que hacen atribuir el concepto de fascismo a los nuevos regímenes instaurados. Por su parte Cardoso, a la hora de tipificar los regímenes militares en América Latina, se pronuncia a favor de la explicación planteada por el modelo burocrático-autoritario de O'donnell, véase Fernando Henrique Cardoso, «Sobre la caracterización de los regímenes autoritarios en América Latina», en David Collier (Ed.), *El nuevo autoritarismo en América Latina*, México, FCE, 1986.

78 Viviana Krsticevic, «Presidencialismo en América Latina», *op. cit.*, p. 143.

Constitución de Costa Rica, que proscribe el ejército como institución permanente y establece que de existir una fuerza militar habrá de subordinarse al poder civil. Otras constituciones no llegan a este extremo, pero aluden a la subordinación de las Fuerzas Armadas a las autoridades civiles⁷⁹. A la misma finalidad responden aquellas normas que prohíben la elección como presidente o miembro del Poder Ejecutivo a la persona que pertenezca a las Fuerzas Armadas o de seguridad, o que haya dejado de pertenecer en los seis meses anteriores a la elección⁸⁰.

3.2.5 El *Impeachment*

Como sabemos, una de las características que definen al constitucionalismo democrático consiste en el principio de responsabilidad (civil, penal o política) de los actos llevados a cabo en el ejercicio de los cargos públicos.

El *impeachment* como verdadero «juicio parlamentario» no existe en todos los países de Iberoamérica, sino que lo encontramos en Brasil, Ecuador, Panamá y Uruguay. Son las Cámaras del Congreso las que acusan y juzgan a los funcionarios imputados, y si los encuentran culpables, pueden destituirlos de sus cargos y remitirlos luego a la Justicia a los efectos del correspondiente juicio por presuntos delitos. En Costa Rica, Chile y Guatemala, la Cámara o el Senado se limitan a declarar si hay lugar o no a la formación de proceso contra el presidente, y en caso positivo se lo envía a la justicia ordinaria⁸¹. En Venezuela, el Se-

79 Así, la Carta Magna mexicana (artículo 136º) prevé que dicho texto no perderá su fuerza y vigor aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su eficacia, y la Constitución venezolana afirma en su artículo 119º que toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos nulos y que las Fuerzas Armadas deben respeto a la Constitución y a las leyes, cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier obligación (artículo 132º).

80 Así, Bolivia, artículo 89º; Ecuador, artículos 58.f) y 79.6; Guatemala, artículos 164.f) y 186 a) y e) y México, artículo 82.V. Especialmente ilustrativo de la finalidad perseguida se nos antoja el tenor del artículo 186.a) de la Constitución de Guatemala.

81 Sostiene Serrafero que el envío del Presidente a la justicia ordinaria es una medida ineficaz, dado que el Ejecutivo interviene en la designación de los jueces, dificultad ésta que hay que sumar al requerimiento de determinadas mayorías en el Congreso, muy difíciles de obtener. Mario D. Serrafero, «Presidencialismo y Reforma Política en América Latina», *op. cit.*, p. 224.

nado se limita sólo a autorizar el juicio, después de que la Corte Suprema haya declarado que hay mérito para ello (artículo 150°, párrafo octavo⁸²).

En definitiva, en América Latina no existe un diseño homogéneo de la institución del juicio político, como tampoco lo existe con relación a las causas que lo propician. De cualquier forma, se siga el procedimiento que se siga, es común a todas las regulaciones el elevado quórum que se exige para activar este procedimiento de exigencia de responsabilidad. A ello hemos de añadir la constatación de que no se puede aplicar por razones meramente políticas y la lentitud del proceso, todo lo cual hace que se nos presente como una institución poco efectiva a la hora de hacer frente a las situaciones conflictivas entre poderes que aquejan a la región.

4. Las relaciones del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo

Aun cuando puede afirmarse la vigencia en el sistema presidencial de la separación rígida de poderes, frente a la interrelación entre los mismos que se da en el sistema parlamentario, seguidamente hemos de advertir que dicha separación no es tan rígida y que en algunos ámbitos, tal y como ya hemos podido estudiar y como vamos a comprobar en este epígrafe, se producen superposiciones y conflictos⁸³. Precisamente en

82 Un análisis de la destitución de Carlos A. Pérez en 1993 a raíz de la activación del proceso de *impeachment*, en Mario D. Serrafero, «El “*impeachment*” en América Latina: Argentina, Brasil y Venezuela», *Revista de Estudios Políticos*, N° 92, 1996, pp. 147 a 152.

83 Algo semejante ocurre en relación con Estados Unidos, donde un estudio de su sistema político confirma la vigencia del principio de separación de poderes de forma rígida, en la medida en que se atribuye estrictamente a un órgano la legislación y a otro órgano la ejecución de la misma. Es decir, la separación orgánica entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y la organización de los partidos políticos, permite afirmar que en los Estados Unidos el principio de separación de poderes ha conseguido una implantación institucional bastante más amplia que en los sistemas parlamentarios europeos. Ahora bien, pese a que la Constitución prevé una relación entre Ejecutivo y Legislativo reducida a elementos mínimos, dada esa vigencia de la estricta separación de poderes, la práctica nos ofrece todo un abanico de medios de control que hacen responsable a la acción del Presidente. Tampoco podemos dejar de

este epígrafe vamos a describir, de forma muy general, la estructura y poderes de cada uno de los poderes, así como la relación entre ambos, a fin de subrayar los aspectos más sobresalientes de la misma.

En las constituciones latinoamericanas el Poder Ejecutivo está formado por un presidente (investido de amplios poderes, como ya hemos estudiado), un vicepresidente y sus ministros, a quienes el presidente nombra y remueve libremente⁸⁴.

Los actos del presidente para tener validez necesitan ser refrendados por sus ministros⁸⁵. Y en algunos casos se exige la actuación conjunta

tener presente que la propia Constitución prevé una cooperación en la función legislativa del Presidente, que puede recomendar al Congreso la adopción de las medidas que estime necesarias y puede oponer su veto a la legislación que considere inoportuna. Por lo demás, los reglamentos y legislación delegada que emana el Ejecutivo constituyen, no una cooperación, sino una forma de ejercicio propiamente dicho, de la citada función legislativa. Así pues, si se puede hablar de rigidez en la separación, dada la ausencia de mecanismos parlamentarios (como la confianza del Legislativo o la ausencia del poder de disolución del Ejecutivo), dicha rigidez no es absoluta, en la medida en que en la esfera del ejercicio de las funciones la nota dominante es el juego de los recíprocos controles y sistema de equilibrio. Así, tenemos que el Presidente de los Estados Unidos está limitado por la duración del mandato presidencial o por el control que el Congreso ejerce sobre sus propuestas legislativas (el Congreso puede discutir y enmendar las propuestas legislativas del Presidente y exige con frecuencia una información periódica de los poderes extraordinarios que delega).

84 Argentina, artículo 99.7; Bolivia, artículo 99°; Brasil, artículo 84.I; Colombia, artículo 189.1; Costa Rica, artículo 139.1; Chile, artículo 32.9; Guatemala, artículo 183.s); Ecuador, artículos 78.e) y 85°; Nicaragua, artículo 150.6; Panamá, artículo 178.1; Paraguay, artículo 238.6 y Venezuela, artículo 190° segundo). Como excepciones a esta regla general hemos de hacer mención a los casos de México (artículos 76.II y 89.III), donde se exige el acuerdo del Senado; Perú, donde el nombramiento por parte del Presidente de la República se lleva a cabo previa propuesta del Presidente del Consejo de Ministros (artículo 122°) y Uruguay (artículo 174°), donde se prevé que el Presidente procederá a nombrar a los Ministros que cuenten con apoyo parlamentario.

85 Así se prevé en los textos constitucionales de Argentina, artículo 100°, párrafo primero, que exige el refrendo del Jefe del Gabinete y los demás Ministros secretarios; Bolivia, artículo 102°; Brasil, artículo 87.I; Costa Rica, artículo 146°; Chile, artículo 35°, que exige el refrendo de los reglamentos y Decretos presidenciales; Guatemala, artículo 193.c; México, artículo 92°; Nicaragua, artículo 151°, párrafo segundo, donde se exceptúa de la exigencia de refrendo los actos de nombramiento y remoción de los Ministros y Viceministros; Panamá, artículo 181°, si bien quedan a salvo de la necesidad de refrendo los actos que el Presidente puede realizar por sí sólo; Perú,

de todos los miembros del ejecutivo para la adopción de determinadas medidas⁸⁶

En el Ejecutivo latinoamericano los ministros no han de pertenecer al Parlamento, de hecho, en la mayoría de las Constituciones se prohíbe el ejercicio simultáneo de ambas funciones (representativa y ejecutiva). Junto a ellos, el Presidente es el jefe del Estado, del gobierno, de la administración y las Fuerzas Armadas, dirige las relaciones exteriores y tiene conferidos amplios poderes en el plano legislativo (la facultad de presentar proyectos de ley, la obligación de presentar el proyecto de Ley de Presupuesto, etc.) y en relación con los estados de excepción.

El Poder Legislativo es por regla general bicameral⁸⁷ y de elección directa. Durante sus recesos una Comisión Permanente es la que continúa en funcionamiento y ejerce las atribuciones legislativas.

En cuanto a las relaciones entre ambos poderes ya hemos analizado cómo el presidente tiene conferidas una serie de atribuciones en el ámbito legislativo: promulga o veta las leyes que el Poder Legislativo emana y las publica y posee la iniciativa legislativa (en algunas ocasiones incluso de forma exclusiva) y la habilitación⁸⁸; además, posee facul-

artículo 120°; Paraguay, artículo 238.5, que exige el refrendo de los Decretos del Presidente y Venezuela, artículo 190° in fine, donde se exceptúan del refrendo obligatorio los actos de nombramiento y remoción de los Ministros y de ejercicio de la suprema autoridad jerárquica de las Fuerzas Armadas).

86 Sirva como ilustración de esta afirmación el Artículo 147° de la Constitución costarricense.

87 Así, Argentina, artículo 44°; Bolivia, artículo 46°; Brasil, artículo 44°; Colombia, artículo 114°; Chile, artículo 42°; México, artículo 50°; Paraguay, artículo 182°; Uruguay, artículos 83° y 84° y Venezuela, artículo 138°. Como excepción a esta regla general, prevén un Parlamento unicameral, Costa Rica, artículo 105°; Guatemala, artículo 157°; Ecuador, artículo 56°; Nicaragua, artículo 132°; Panamá, artículo 140° y Perú, artículo 90°.

88 Al respecto, consúltese los siguientes preceptos constitucionales: Argentina, artículos 77°, 78°, 80°, 83° y 99.3; Bolivia, artículos 71°, 74°, 76°, 79°, 96.7 y 147°; Brasil, artículos 61°, 62°, 63.I, 66°, 67°, 84.III, 84.IV, 84.V, y 84 XXVI; Colombia, artículos 150.10, 154°, 157.4, 165°, 166°, 167°, 168°, 189.9, 189.10 y 200.1; Costa Rica, artículos, 123° a 128°, 140.3, 140.5 y 140.15; Chile, artículos, 32.1, 37°, 62°, 65°, 67° y 69° a 72°; Guatemala, artículos, 174°, 177° a 179°, 183.c), 183.g), 183.h) y 183.j); Ecuador, artículos, 65°, 68° a 70° y 78.b); México, artículos, 71.I, 72.A), B), C) y J), 74.4 y 89.I); Nicaragua, artículos 140.2, 141° a 143°, 150.3 y 150.5; Panamá, artículos, 153.16, 160° a 163°, 165°, 178.6 y 179.7; Perú, artículos 78°, 104°, 107° y 108°; Paraguay, artículos, 203° a 210°, 213°, 216°, 238.3, 238.12 y

tades para convocar al Parlamento a sesiones extraordinarias y ordinarias, así como en relación con la apertura y prórroga de sesiones⁸⁹. A ello hay que unir las disposiciones constitucionales que permiten participar a los ministros en las discusiones del Parlamento con voz pero sin voto⁹⁰.

Por su parte, el Legislativo controla al Ejecutivo mediante la petición de informes, interpelaciones, comisiones de investigación e *impeachment*⁹¹. Además, en materia de control del Legislativo sobre el Ejecutivo, no podemos dejar de tener en cuenta la adopción, por parte de algunas regulaciones constitucionales, del mecanismo, genuinamente parlamentario, del voto de censura de los ministros⁹².

238.14; Uruguay, artículos 104°, 133°, 136°, 137° a 141°, 145°, 168.4, 168.6 y 168.7; Venezuela, artículos, 165°, 167°, 170°, 172°, 173°, 175°, 190° Octavo y 228°.

89 Así, los siguientes preceptos constitucionales: Argentina, 99.8 y 99.9; Bolivia, 46° y 96.5° y 17°; Brasil, 57° parágrafo 6° II y 84.XI; Colombia, 138°, 139°, 189.8 y 200.2; Costa Rica, 118° y 140.14; Chile, 32.2 y 52°; Guatemala, 158° y 183.l; Ecuador, 64°; México, 66° *in fine*, 69° y 89.XI; Nicaragua, 150.7; Panamá, 143° y 178.4; Perú, 118.6; Paraguay, 184° y 238.11; Uruguay, 104° y 168.8 y Venezuela, 190 Noveno.

90 Confírmese con la consulta a los siguientes artículos constitucionales: Argentina, 106°; Bolivia, 103°; Costa Rica, 145°; Chile, 37°; Guatemala 168° y 194.h); México, 93° párrafo segundo; Perú, 129°; Uruguay, 180° y Venezuela, 170° y 199°.

91 Así lo prevén las Constituciones de: Argentina, artículos 59°, 71° y 101°; Bolivia, artículos 68.12, 70°, 83° y 127.6ª; Brasil, artículo 50° (redactado según *Enmenda Constitucional de Revisao 02/94*), 51.I, 52.I, 85° y 86°; Colombia, artículos 135°, 137° y 199°; Costa Rica, artículos 121.9, 121.24 y 148° a 151°; Chile, artículos 48.1, 48.2.a), 48.2.b) y 49.1; Guatemala, artículos 165.h), 165.j), 166°, 167° y 199°; Ecuador, artículos 59.e), 59.f) y 87°; México, artículos 74.V, 93°, 108° párrafo segundo, 109.I y 110° y ss; Nicaragua, artículos 138.4 y 151° *in fine*; Panamá, artículos 154.1 y 155°; Paraguay, artículos 192°, 193°, 195° y 225°; Perú, artículos 96°, 97°, 99°, 100° y 131°; Uruguay, artículos 85.19, 93°, 102°, 103°, 118° a 120°, 147° y 172° y Venezuela, artículos 150° Octavo, 160°, 161° y 198°.

92 Así, el artículo 101° de la Constitución de Argentina, que permite la moción de censura del Jefe del Gabinete de Ministros, el artículo 135° de la Constitución de Colombia, el 121.4 de la de Costa Rica, el 87° de la de Ecuador, el 166° y 167° de la de Guatemala, el 194° de la de Paraguay, el 132° de la de Perú, el 147° y 148° de la de Uruguay y el 153° de la de Venezuela. Especial mención merece el caso de la Constitución de Uruguay, donde en la regulación de la interrelación entre Poder Ejecutivo y Legislativo, junto a la moción de censura se contempla el poder de disolución de las Cámaras por el Presidente de la República, en el caso de que sean censurados uno o varios ministros por menos de tres quintos de los componentes de la Asamblea General.

Para finalizar, no queremos dejar de apuntar que una de las cuestiones que en los últimos años constituye el objeto del debate académico y político en Iberoamérica es el contraste de los resultados de eficacia y estabilidad obtenidos por las democracias parlamentarias de Europa occidental frente a los obtenidos por el presidencialismo en Latinoamérica⁹³.

En el plano académico numerosas voces apuntan a la necesidad de reconversión del régimen democrático a través de formas parlamentarias o semiparlamentarias como única vía de consolidación de las democracias.

Concretamente, en países como Uruguay y Chile se ha sostenido la necesidad de instaurar un sistema parlamentario puro, sobre la base de la ineficacia del sistema presidencial (a la que una fórmula mixta no conseguiría poner fin⁹⁴) y la consolidación de la democracia⁹⁵. Esta

93 No obstante, considerando la relevancia que en todo proceso de transición democrática reviste el sistema de gobierno, se constata que durante los años setenta y ochenta fue muy escasa la teoría sobre el presidencialismo fuera de los Estados Unidos. Como honrosa excepción ha de mencionarse a LINZ, quien en un artículo de un seminario que desde 1985 circulaba sin publicar, argumentaba que los sistemas presidenciales poseían una debilidad inherente que les hacía menos favorables para sustentar la democracia que los sistemas parlamentarios. Así lo pone de manifiesto Scott Mainwaring, «Presidencialismo, Multipartidismo y Democracia...», *op. cit.*, pp. 115-116.

94 Un estudio sobre la capacidad operativa, entendida como aptitud para la ejecución de las actividades que le son asignadas, del Poder Ejecutivo en América Latina de la mano de Waldino Suárez, «El Poder Ejecutivo en América Latina: su capacidad operativa bajo regímenes presidencialistas de Gobierno», *op. cit.*, pp. 109-144. Concretamente, va a exponer cómo cinco tipos de limitaciones propias del sistema presidencialista de tipo constitucional adoptado en América Latina (la duración rígida del período presidencial, la importancia otorgada a los outsiders durante la campaña electoral, el consecuente desorden que lo último introduce en el sistema de partidos, el conflicto crónico entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativo y los límites constitucionales estrictos impuestos sobre el Poder Ejecutivo) han constituido un impacto importante en el desarrollo de formas de liderazgo y sucesión y afectan a la capacidad operativa del Poder Ejecutivo en América Latina. Así «[...] es probable [...] que el gobierno presidencialista sea ineficaz, conduzca al autoritarismo y sea más inestable que cualquier otra forma de gobierno». Sobre esta premisa, este autor propone el abandono de algunas formas presidencialistas y la consideración de la alternativa semipresidencial.

95 Sobre el proceso de transición y consolidación de la democracia, véase el artículo de Carmen Ninou Guinot, «Transición y Consolidación Democrática en América Latina», *Revista de Estudios Políticos*, N° 82, Octubre-Diciembre 1993; Juan

postura argumenta que las características del gobierno presidencial (como la dualidad de poderes con legitimidades democráticas independientes, el mandato fijo e inalterable y la naturaleza unipersonal del cargo) acarrearán una serie de consecuencias negativas: tensiones entre Ejecutivo y Legislativo, tendencia hacia la personalización de la política y otorgamiento de ventajas hacia personas con escasa experiencia administrativa (*outsiders*), escaso interés presidencial por la conformación de alianzas con otros partidos políticos e imposibilidad de remover a un Ejecutivo impopular o de reelegir al que se ha mostrado eficaz, todo lo cual conduce a la inestabilidad e incluso al autoritarismo⁹⁶.

Por su parte, en Argentina se defiende desde el foro académico la evolución hacia sistemas mixtos⁹⁷. Los que se inclinan por esta opción,

Carlos Torre, «América Latina. El gobierno de la democracia en tiempos difíciles», *Revista de Estudios Políticos*, N° 74, 1991, pp. 145-161 y Nikolaus Werz, «*Democracy and forms of government in South America*», *Law and State*, vol. 39, 1989, pp. 99 a 131. La cuestión más específica del juego de la democracia y la política es abordada por Menno Vellinga (coord.), **Democracia y política en América Latina**, México, Siglo XXI Editores, 1993. Desde el otro extremo, como estudios sobre el autoritarismo en esta región pueden mencionarse: Manuel Barquín Álvarez, «Las formas de gobierno y el desarrollo latinoamericano. (Un reto a la teoría del Estado contemporáneo)», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 55, Enero-Abril 1986, pp. 37-64, donde se recogen las críticas del autor hacia O'Donnell al caracterizar al Estado autoritario latinoamericano como «autoritarismo burocrático» y Alberto van Klaveren, «Enfoques alternativos para el estudio del autoritarismo en América Latina», *Revista de Estudios Políticos*, N° 51, Mayo-Junio 1986, pp. 23-52; en este trabajo el autor procede a analizar cuatro escuelas interpretativas en el estudio del autoritarismo en Latinoamérica.

96 El pionero de esta postura fue Linz con su manuscrito «*Democracy, Presidential or Parliamentary: Does make a difference?*», leído en el seminario de investigación del Programa de Estudios Latinoamericanos de la Georgetown University, en 1989. Otros exponentes de esta postura son: Jean Blondel y Waldino Suárez, «Las limitaciones institucionales del sistema presidencialista», *Criterio*, N° 1853-1854, 1981, Buenos Aires; Arend Liphart, «*Presidenzialismo e Democrazia Maggioritaria*», *op. cit.*, pp. 367-384; Scott Mainwaring, «*Presidentialism in Latin America: a review essay*», *Latin American Research Review*, N° 25, 1991, pp. 157-179.

97 Como ejemplos concretos podemos citar: Romeo Pérez, «El Parlamentarismo. La reforma necesaria en Uruguay»; Mario Fernández Baeza, «Sistema parlamentario en Chile. Entre la razón y la tradición» en **Reforma Política y Consolidación Democrática. Europa y América Latina**, Nueva Visión, Caracas, 1988 y Juan Vicente Sola, **Las dos caras del Estado. Presidente y Primer Ministro en una Argentina Moderna**, Sudamérica-Planeta, Buenos Aires, 1988, citados en Mario D. Serrafiero, «Presiden-

no consideran viable la instauración del modelo parlamentario en el ámbito iberoamericano por razones de cultura política y por la conveniencia de conservar algunos aspectos del presidencialismo, a fin de lograr una definitiva consolidación de la democracia. El sistema semipresidencial muestra una gran facilidad para adaptarse a las variadas circunstancias institucionales que pueden plantearse en un país, mientras que el presidencialismo ha demostrado ser sumamente rígido y no ha sabido arbitrar caminos de salida frente al desgaste sufrido por la figura del jefe del Estado. El carácter colegiado del Poder Ejecutivo brinda una estructura dentro de la cual la figura del presidente encuentra grandes posibilidades de ser preservada frente a los embates del ejercicio del poder⁹⁸.

Semejante propuesta mixta apunta el chileno Nogueira Alcalá, quien rechaza la alternativa del parlamentarismo y propone una forma de gobierno semipresidencial caracterizada por un dualismo en el Ejecutivo en cuyo seno pretende una cierta preeminencia en favor del Presidente de la República, moderador del juego político. El gobierno, con el Primer ministro al frente, sería responsable ante el Parlamento, existiendo como mecanismos de relación la disolución discrecional y la moción de censura constructiva⁹⁹. Para Virgala Foruria, la propuesta de un dualismo en el Ejecutivo constituye un elemento desestabilizador, tal y como lo demuestra la experiencia francesa; además, la adopción de la moción de censura constructiva no ha tenido resultados apreciables ni en España ni en Alemania, en la medida en que la estabilidad gubernamental en ambos países ha venido determinada por sus sistemas de partidos. Más funcional y eficaz le parecen las propuestas de los racionalistas norteamericanos dirigidas a la reforma de la forma de gobierno en el sentido semiparlamentario (el autor opta por este térmi-

cialismo y Reforma Política en América Latina», *op. cit.*, pp. 200-201. En las pp. 222-223 y 227-228 del mismo artículo, podemos encontrar una concreta referencia a la cuestión de la eficacia y el «bloqueo» interpoderes como deficiencias de las que adolece el régimen presidencialista a la hora de enfrentarse a la resolución de problemas y demandas ciudadanas. Por último, hemos de mencionar Daniel Alberto Sabsay, «El Semipresidencialismo: una visión comparada», en Nino y otros, **El Presidencialismo puesto a prueba**, *op. cit.*, pp. 197 a 214 y Juan Vicente Sola, Las dos caras del Estado: Presidente y Primer Ministro en una Argentina moderna, *op. cit.*

98 Daniel Alberto Sabsay, «El Semipresidencialismo...», *op. cit.*, pp. 211 a 214.

99 Humberto Nogueira Alcalá, «*I Regimi Presidenziali...*», *op. cit.*, p. 524.

no y decide reservar el de semipresidencialismo para designar a las formas de gobierno similares a la establecida en la Constitución francesa de 1958). Dicha opción consistiría en una combinación, en el marco de la experiencia norteamericana, de algunos aspectos parlamentarios con una estructura esencialmente presidencialista. En otras palabras, una forma de gobierno que, conservando algunos de los grandes aciertos de su experiencia constitucional (legitimación popular del Presidente, poder presidencial de dirección de la política exterior, importantes funciones de control encomendadas al Congreso) no incluya los evidentes defectos que también ha proporcionado la misma (existencia del denominado gobierno dividido, fruto de su sistema electoral y de la debilidad de los partidos políticos, imposibilidad de dar solución a los bloqueos institucionales). Lo fundamental de su propuesta es la introducción de mecanismos de resolución de conflictos institucionales propios de la forma de gobierno parlamentaria (disolución, moción de censura), pero que conduzcan necesariamente a la toma de una decisión por los ciudadanos favorable a una de las dos posiciones institucionales enfrentadas mediante la realización de elecciones simultáneas a la presidencia y al Congreso¹⁰⁰.

Tampoco faltan los sectores que defienden el mantenimiento del sistema presidencial con base en los argumentos de la tradición política, experiencia histórica y las concretas realidades políticas. Así, en México nadie piensa que la democracia deba ser parlamentaria, sino que todas las partes implicadas en el cambio político dan por sentado la continuidad del régimen presidencial (y del federalismo). El debate se produce, por tanto, en torno a las claves de la continuidad del sistema presidencial¹⁰¹.

100 Eduardo Vígala Foruria, «La forma de gobierno semiparlamentaria...», *op. cit.*, pp. 121-134.

101 Sírvanos de ejemplo la postura de Lujambio, quien participa en este debate de continuidad abordando una concreta cuestión: la manera en que la continuidad de la presencia de –y la interacción entre– los sistemas presidencial (por naturaleza mayoritario y excluyente) y federal (por naturaleza consensual e inclusivo) están influyendo en las características y el ritmo de la transición mexicana a la democracia. Lujambio, Alonso, «Régimen presidencial, democracia mayoritaria y los dilemas de la transición a la democracia en México», en Alicia Hernández Chavez (coord.), **Presidencialismo y sistema político. México y los Estados Unidos**, El Colegio de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1994 (1ª edición), pp. 75-111. Otro

Por otra parte, Nohlen aborda este debate desde la perspectiva metodológica¹⁰².

El debate sobre el presidencialismo, ya lo apuntábamos, también se ha planteado en el ámbito de las propuestas gubernamentales de reforma política gubernamental, donde la cuestión de la forma de gobierno adecuada para lograr la consolidación democrática ha acaparado una atención preeminente. En Venezuela, el proyecto de reforma integral del Estado de 1988 pretendía descongestionar la tarea del presidente y mejorar los medios técnicos con los que cuenta por medio de la reestructuración de la Oficina del Presidente de la República. En Argentina, el proyecto elaborado por el Consejo para la Consolidación de la Democracia (1987) argumentaba que el elemento central para la consolidación democrática pasa por la sustitución del sistema presidencialista por otro de tipo «mixto» (semipresidencial o semiparlamentario), que aunque mantendría el cargo presidencial, atenuaría el efecto de sus prerrogativas e introduciría elementos propios del parlamentarismo. Como es por todos conocido, en Brasil ante la inexistencia de acuerdo entre los constituyentes, si bien se adopta el sistema presidencial, se posterga la decisión definitiva de la cuestión hasta la celebración de un plebiscito a celebrarse en 1993, que decidiría sobre las formas definitivas del régimen político, optando entre la monarquía y la República y

autorizado autor que se decanta a favor de la continuidad del sistema presidencialista es Jorge Carpizo, quien argumenta que éste es el que mejor responde a la situación mexicana. Jorge Carpizo, «Algunas reflexiones sobre los cambios en el presidencialismo mexicano» (1978-1990), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 70, 1991, pp. 95-96.

102 En primer lugar advierte sobre el «espejismo estadístico» que asocia estabilidad democrática, proceso socio-económico y formas parlamentarias. Esa posición olvida los derrumbes de las democracias parlamentarias y semiparlamentarias de la Europa de entreguerras y la estabilidad que durante décadas gozó el presidencialismo en Iberoamérica. También señala que la postura contraria, la que afirma que si las democracias latinoamericanas hubieran tenido un sistema parlamentario no hubieran sufrido quiebres, tampoco convence. En definitiva, para Nohlen el debate se circunscribe a tipos ideales y ello «conduce a una grave deformación teórica y práctica». Las comparaciones deben efectuarse entre las variantes de los sistemas básicos. Dieter Nohlen, «Presidencialismo v. Parlamentarismo», *Revista de Estudios Políticos*, N° 74, 1991, pp. 43-54.

entre la forma de gobierno presidencial y la parlamentaria (Disposiciones Transitorias Artículo 2º)¹⁰³.

Así pues, es constatable la tendencia de las nuevas constituciones presidencialistas iberoamericanas de modificar el sistema clásico con matices parlamentarios y principios más democráticos (ampliación de la legitimación para ejercer la iniciativa popular, mayor participación popular en la toma de decisiones...) que pretenden mitigar el poder presidencial y suavizar y coordinar las relaciones entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativo¹⁰⁴.

Se adopte la forma que se adopte, pensamos que la transformación del presidencialismo iberoamericano ha de pasar necesariamente por el recorte del poder del cargo de Presidente de la República y el otorgamiento de un mayor peso específico al Parlamento, así como por la construcción de un sistema de partidos más eficaz.

103 Más detalladamente, Mario D. Serrafero, «Presidencialismo y Reforma Política en América Latina», *op. cit.*, pp. 198-200.

104 El ejemplo más ilustrativo de la plasmación de estos principios se encuentra en el seno de la Constitución de Guatemala: prevé una única Cámara, una amplia iniciativa legislativa, mecanismos de participación y consulta popular, veto total y prohíbe las habilitaciones legislativas.

Propuesta de reforma constitucional del régimen político peruano para la reinstitucionalización democrática

César Ochoa Cardich

I. Introducción. El porqué de la reforma del régimen político

El presente trabajo tiene como finalidad analizar los elementos constitutivos del régimen político institucionalizado en el texto fundamental aprobado por el Congreso Constituyente de 1993, precisando las serias disfunciones en su aplicación y proponiendo alternativas para su modificación dentro de una agenda de reinstitucionalización democrática en el Perú.

Durante la vigencia de la Carta de 1979, entre los años 1980 y 1992, el Perú estuvo regido por las instituciones políticas previstas en ese marco constitucional. Al margen de las disfunciones que caracterizaron su aplicación durante ese período, no existió voluntad política de los regímenes de Belaunde (1980-1985) y García Pérez (1985-1990) para desarrollar una democracia con contenido sustancial, que potencie la participación de la sociedad civil, ni para construir un marco institucional con un poder judicial efectivamente independiente del poder económico y autónomo del poder político. En Perú, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia nunca ha tenido el nivel de la «entidad ejemplar de la razón pública», en términos de Rawls¹. En realidad,

¹ John Rawls. *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1995, p. 219 y ss. El profesor de Harvard enfatiza la importancia de la Suprema Corte como supremo intérprete judicial de la Constitución al calificarla como «entidad ejemplar de la razón pública». Este rol jamás lo ha cumplido nuestra Corte Suprema que alguna vez llegó a considerar, durante la vigencia de la Constitución de

tuvimos entre 1980 y 1992 una democracia de baja intensidad o democracia boba, sin un marco institucional participativo. Todo ello, no justifica el golpe de Estado del 5 de abril de 1992.² No se profundiza, ni se pasa de la democracia formal a la democracia sustantiva destruyendo las formas e instituciones de la democracia imperfecta.

El golpe de Estado de 1992 dio nacimiento al poder ejecutivo *de facto* constituido en «Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional» al que puso fin la intervención de la Organización de Estados Americanos, que obligó al régimen a la salida política de convocar a un Congreso Constituyente y a la dación de una nueva Constitución.

Los historiadores sin duda señalarán que el principal objetivo de dar una nueva Constitución fue permitir la reelección inmediata del Presidente de la República, que estaba impedida por la Constitución de 1979. Logrado ese objetivo político, el régimen inició un proceso de distorsión de los principios constitucionales y democráticos básicos, así como del marco institucional previsto en el documento constitucional de 1993.

Así, no se cumplió con dictar las normas de descentralización para viabilizar la elección de nuevas autoridades regionales³, se afectó las competencias de la Municipalidad Metropolitana de Lima, se cercenó el control concentrado de constitucionalidad del Tribunal Constitucional al destituir inicualemente a tres magistrados del Tribunal Constitu-

1933, que la norma del Código Civil de 1936 que habilitaba a los jueces para ejercer el control difuso de constitucionalidad era sólo aplicable a relaciones jurídicas de carácter civil. Es por ello, entre otras razones, que recusamos la tesis de suprimir el Tribunal Constitucional para asignar las funciones de control concentrado de constitucionalidad a la Corte Suprema de Justicia. Por el contrario, a partir de la experiencia frustrada por el régimen de Fujimori con la clausura del Tribunal de Garantías Constitucionales con ocasión del autogolpe de estado de 1992 y de la inicua destitución de tres magistrados independientes en 1997.

2 El concepto de un «autogolpe» es erróneo. Se trata de un golpe de estado que en América Latina tiene antecedentes en Uruguay en 1933. El Presidente Gabriel Terra disolvió el Parlamento mediante un golpe de estado e impuso un régimen autoritario. En 1934 hizo aprobar una nueva Constitución para habilitar su reelección para el período 1934-1938.

3 La Octava Disposición Final y Transitoria del documento constitucional de 1993 declara que las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional tienen prioridad las normas de descentralización y, entre ellas, las que permitan tener nuevas autoridades elegidas a más tardar en 1995.

cional⁴, se interfirió con el pretexto de su «reforma» la autonomía del poder judicial y del Ministerio Público, afectando la independencia de los jueces y fiscales con relación a los órganos de gobierno de esas instituciones –las Comisiones Ejecutivas– que a su vez controlan el Consejo Nacional de la Magistratura, cuyas atribuciones constitucionales fueron mediatizadas, manteniendo a una alta proporción de jueces y fiscales en condición de provisionales y, en consecuencia, vulnerables al control político. Se aplicaron estas medidas para controlar la conformación del pleno del Jurado Nacional de Elecciones, se ha desnaturalizado el ejercicio del derecho político del referéndum para impedir una consulta democrática acerca de una segunda reelección, habilitada por una ley singular de «interpretación auténtica»⁵ y cerrando el círculo de eliminación de controles al poder político, mediante una inconstitucional resolución legislativa se decidió el retiro «con efecto inmedia-

4 El artículo 99° de la Carta de 1993 prevé la acusación constitucional contra el Presidente de la República, representantes al Congreso, los ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los vocales de la Corte Suprema, los fiscales supremos, Defensor del Pueblo y al Contralor General, por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas. En el Perú nunca ha funcionado contra los gobernantes en ejercicio. En nuestra experiencia reciente ha funcionado para destituir a los magistrados del Tribunal Constitucional, que ejercen el control de constitucionalidad de las leyes del Congreso. Como sugiere Germán Bidart (Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1986, p.192) en una futura reforma constitucional parece ser más eficaz asignarlo a un órgano judicial especial en lugar del Congreso. La acusación constitucional contra el Presidente de la República debe ser encomendada al Tribunal Constitucional.

5 Mediante la Ley N° 26657 se pretendió una interpretación «auténtica» del artículo 112° de la Constitución para habilitar una segunda reelección del Presidente de la República al precisar que la reelección «está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional». A nuestro juicio el Congreso carece de la atribución constitucional de «interpretar» la Constitución. Si para dictar una ley de desarrollo constitucional se requiere de una ley orgánica con mayoría calificada para su aprobación no es viable interpretar la Constitución con una ley ordinaria. Asimismo, la Ley N° 26657 no es una ley en sentido material por cuanto no se trata de una norma de contenido general sino de una ley singular con destinatario concreto para el que consagra el privilegio de poder ejercer la presidencia de la República en tres períodos sucesivos.

to» a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ⁶.

Todos estos hechos han antecedido a la segunda reelección presidencial en el primer semestre de este año. En realidad, han sido la crónica de una reelección anunciada en comicios que por lo menos, para la mitad del electorado nacional y para los medios de información a nivel mundial, no han sido transparentes, libres ni justos. Esta situación ha generado, en plena era de la globalización, que incluye la de los organismos interestatales y de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, una nueva intervención de la Organización de Estados Americanos. Al momento de escribir este texto la gravísima crisis institucional, debido fundamentalmente a la movilización de la ciudadanía democrática y de la sociedad civil, ha terminado con la caída del régimen presidido por Fujimori y con la convocatoria a elecciones. La caída del régimen inevitablemente genera el fin de la vigencia de la Carta de 1993. En nuestra opinión, desde una posición de principios esta situación debería dar lugar al restablecimiento de la vigencia de la Carta de 1979, la misma que debe ser modificada para reformar el régimen político en su parte orgánica y en la parte económica para ponerla al día con los nuevos retos de la globalización, sin caer en los dogmas del neoliberalismo. Esta nueva situación nos ha motivado a retomar algunas reflexiones acerca del régimen político peruano de la Constitución de 1993 –desde un enfoque crítico– y para esbozar una propuesta alternativa del régimen político así como de algunos aspectos complementarios, para contribuir a un debate para el diseño de un nuevo marco institucional dentro del proceso de reinstitucionalización democrática.

6 El Gobierno con el pretexto de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que favorece a cuatro terroristas chilenos, condenados por tribunales militares bajo la Constitución de 1979 que lo prohibía, pretendió desconocer unilateralmente la competencia contenciosa de la CIDH a pesar de que el Perú se sometió expresamente y sin reservas a ella. Se afirmó que la sentencia de la CIDH al disponer un nuevo proceso para los chilenos suponía un mandato de liberación. El reciente caso de la anulación del proceso en el fuero militar de la ciudadana estadounidense Lori Berenson, sin su subsiguiente liberación, demuestra la falacia del pretexto invocado para tan grave decisión que vulnera el derecho de todos los peruanos para acudir a la jurisdicción internacional, reconocido por el artículo 205° de la Constitución de 1993.

Siguiendo a Bordeau⁷ consideramos que el conjunto de instituciones en que se distribuyen los mecanismos de decisión política conforman el régimen político. En esta misma idea de pensamiento, Duverger⁸ ha señalado gráficamente que: «en cierto modo los regímenes políticos son constelaciones cuyas instituciones políticas son las estrellas». Así, Duverger enfatiza que los regímenes políticos son conjuntos coherentes y coordinados de instituciones constitucionales.

Nuestro análisis del conjunto de estructuras políticas nos permite afirmar que en el documento constitucional de 1993 se ha constitucionalizado una forma de gobierno que conducirá a serios desequilibrios institucionales dado que agrava las disfunciones del régimen político de la Constitución de 1979.

Como cuestión previa revisaremos las disfunciones más relevantes de la forma de gobierno de la Constitución de 1979. Eguiguren⁹ señaló que las principales incongruencias y limitaciones del modelo constitucional de 1979 –en las relaciones Gobierno–Parlamento– los siguientes aspectos relevantes:

- Las limitaciones para el ejercicio de la moción de censura.
- Las restricciones para la disolución de la Cámara de Diputados.
- La virtual «inmutabilidad» de gobierno y parlamento.
- La inconsistencia del sistema electoral.
- La debilidad del Consejo de Ministros y de su Presidente.

De esta enumeración nos interesa subrayar como disfunciones que contribuyeron a precipitar la injustificable ruptura del orden constitucional el 5 de abril de 1992 a las siguientes:

- Las restricciones para la disolución de la Cámara de Diputados, especialmente el requisito contenido en el artículo 227° de la Constitución de 1979 de exigir como supuesto fáctico habilitante para la

7 Georges Bordeau. *Método de la ciencia política*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1964 p.440.

8 Maurice Duverger. *Sociología política*. Ariel, Barcelona, 1968, p.109.

9 Francisco Eguiguren. «Las relaciones entre gobierno y parlamento: elementos para una propuesta de reforma en el Perú», en: *Lecturas Constitucionales Andinas* 2, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1993, pp. 158-190.

disolución la negación de confianza o censura por la Cámara a tres gabinetes. En consecuencia, no se previó un real equilibrio entre la responsabilidad política ministerial y su contraparte: el derecho de disolución¹⁰.

- La incongruencia del sistema electoral, que a diferencia del sistema francés sólo prevé la segunda vuelta (*ballotage*) para la elección por sufragio directo del Presidente de la República, en tanto que la composición del Congreso queda definida en una sola vuelta. Esta mixtura incoherente del sistema electoral exige la mayoría absoluta de sufragios para la elección del Presidente de la República pero no le asegura la mayoría en el Congreso como ocurrió con Alberto Fujimori en 1990.

Las incongruencias del régimen constitucional de 1979 –así como la voluntad política de imponer en los años noventa un régimen autoritario inspirado en la doctrina militarista de «seguridad nacional» de la década del setenta–, explican en parte la crisis constitucional que estalla con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992. Frente a esta situación se plantea como salida política, las elecciones del Congreso Constituyente de 1993 y la promulgación de una nueva Constitución. Esta salida política, a diferencia de la producida en 1978, cuando la protesta del movimiento popular y sindical presiona al régimen militar a su repliegue, no estuvo orientada a terminar con el régimen autoritario sino a consolidarlo, de manera tal que los partidos políticos que participaron de ella, se prestaron a la legitimación del golpe de estado. En su oportunidad, opinamos que la Carta de 1993 configura un modelo constitucional autoritario con el revestimiento de formalidades democráticas¹¹.

10 Es tan incoherente que algunos como José Luis Sardón sostienen que: «[...] el presidencialismo consagrado por la Constitución de 1979 fue pues, aun más vigoroso que el que existe en Estados Unidos. El sistema político norteamericano suele ser señalado como el ejemplo clásico de presidencialismo puro, puesto que allí no existen ministros sino secretarios. Sin embargo, debe indicarse que allí el Senado tiene la última palabra en el nombramiento de éstos» («El sistema de gobierno en la nueva Constitución» en *Apuntes*, N° 33, segundo semestre 1993, p. 5).

11 Cfr.: «Tipología y análisis del régimen político de la Constitución peruana de 1993» en *Derecho y Sociedad*, N° 8-9, Lima, 1994, pp. 31-41.

Por lo expuesto, nos interesa precisar cuáles son los elementos que caracterizan a un Estado de Derecho y que lo distinguen de un Estado autoritario. Como señala Vanossi¹² el régimen autocrático se distingue por las siguientes características:

- Alta concentración del poder.
- Todo conduce a la ilimitación del poder (ya sea formal o materialmente).
- Predominio de la coerción.
- Ausencia de control sobre el poder ejecutivo.

Siguiendo esta línea de pensamiento, consideramos que desde la formulación primigenia de los constituyentes de Filadelfia de *checks and balances*, los regímenes democráticos se caracterizan por la distribución, separación y equilibrio de poderes, a diferencia de los regímenes autocráticos que al negar la distribución del poder son incompatibles con el control sobre el gobierno. Estos regímenes autocráticos en muchos casos, recurren a procedimientos formales para incurrir en un fraude constitucional.¹³

Un ejemplo podría ser la utilización de la legislación delegada para erigir un ordenamiento político y social diferente al establecido en la Constitución. Otro supuesto de fraude constitucional más grave se dio históricamente con la utilización de procedimientos constitucionales por el nazismo para institucionalizar estructuras políticas totalitarias. Como precisa Ariño:

«Pero sí será bueno recordar que la ley falseada, manipulada, prostituída, puede ser camino de servidumbre y tiranía. No otra cosa ocurrió en Alemania con la legalidad nacionalsocialista: todo se hizo dentro de los más estrictos cauces democráticos y por procedimientos “legales”, como tantas veces se ha contado. ¿Cómo fue ello posible? Por una concepción radicalmente errónea de la ley: la de que ésta tiene un poder ili-

12 Jorge R. Vanossi. «Democracia constitucional. Pluralismo y control» en *El control parlamentario en las democracias pluralistas* (varios), Ed. Labor, España, 1978, p.19.

13 Como señala John Rawls, *Op. cit.*, p. 221: «No existe ningún procedimiento institucional que no pueda utilizarse de manera abusiva o distorsionarse para promulgar estatutos que violen los principios constitucionales y democráticos básicos».

mitado, puede ordenarlo todo, extenderse a cualquier campo y regular la vida, la libertad o la propiedad en la forma que los representantes del pueblo –titulares de la soberanía– creen conveniente»¹⁴.

En tiempos recientes ciertos voceros políticos del autoritarismo pretenden fundamentar la tiranía de las mayorías parlamentarias con el concepto de «democracia fuerte», o confunden principio de autoridad –inherente al imperio de la ley– con el autoritarismo. A este respecto cabe citar la refutación de Vanossi¹⁵:

«Si por “democracia fuerte” se entiende un régimen en el cual las instituciones políticas tengan la capacidad indispensable para asegurar la estabilidad del régimen y la plena vigencia de sus mecanismos, entonces, el ideal es que toda democracia sea fuerte y todos los poderes sean más que los contrapoderes [...]. Pero si por “democracia fuerte” se entiende el establecimiento de un régimen autoritario, ya sea con apariencia constitucional liberal o con sustento carismático-plebiscitario, o únicamente fundado en la fuerza, pues, entonces, la palabra que allí está demás es, precisamente, “democracia”».

Así, debemos subrayar que el elemento fundamental que distingue el Estado de derecho del autoritarismo con fachada constitucional es el control del poder. Los regímenes autoritarios niegan la cognoscibilidad y la transparencia de los actos de gobierno al rechazar el principio de publicidad, garantía del imperio de la ley y de la seguridad jurídica del Estado de Derecho, y los mecanismos constitucionales de control parlamentario y judicial a los que consideran frenos para la acción del Estado¹⁶. Con el pretexto de la «seguridad nacional» no se puede justificar los poderes sin control de los servicios de inteligencia ni la existencia de funcionarios públicos que no se sometan al control y fiscalización del Congreso, la Defensoría del Pueblo y de la Contraloría General. Es por ello que es enteramente razonable la propuesta de la oposición y de las organizaciones de la sociedad civil de someter al

14 Gaspar Ariño Ortiz, «Leyes singulares, leyes de caso único» en *Revista de Administración Pública*, N° 118, Madrid, enero-abril 1989, p.66.

15 Ibidem, pp. 20-21.

16 Hans Kelsen. *Esencia y valor de la democracia*. Ed. Nacional, México, 1974, p.195.

control de una comisión parlamentaria especial al Servicio de Inteligencia Nacional. No hay reinstitucionalización democrática con instituciones sin control o con poderes fácticos en la sombra. Asimismo, el rol de la Fuerza Armada debe replantearse en esta era de globalización que coincide con la solución de nuestros problemas de fronteras. El nuevo rol de la Fuerza Armada y su redimensionamiento supone su sometimiento pleno al control de las instituciones de la sociedad democrática.

De otra parte, no es suficiente el funcionamiento de un Parlamento para asegurar el equilibrio de poderes puesto que pocos regímenes autoritarios prescinden de Parlamentos «de fachada», en los cuales los instrumentos de control son reducidos a una mera ficción –verdadera «democracia formal»– cuando la misma cúpula política hegemoniza el Gobierno y el Parlamento y decide los nombramientos administrativos y judiciales. En consecuencia, la función de control corresponde a las minorías opositoras y a los jueces independientes. Si estos controles no son operativos nos encontraremos ante un régimen autoritario con revestimiento constitucional.

En la dirección de reinstitucionalización democrática hemos propuesto, para fortalecer el rol constitucional de las minorías, que el Contralor General sea designado por el Senado –dentro de una organización parlamentaria bicameral– de una terna propuesta por el grupo de oposición con mayor número de legisladores en esa Cámara. De este modo, se fortalece además la función de control político del Congreso sobre el Poder Ejecutivo y se reconoce el rol fundamental de la oposición como una institución indispensable para la vigencia real de un sistema democrático basado en los principios de alternancia en el poder y en el respeto de las minorías¹⁷

Generalmente, los regímenes autoritarios pretenden, mediante plebiscitos autocráticos o bonapartistas, legitimar formalmente la permanencia ilimitada en el poder de un hombre que lo detenta concentradamente. Tales fueron, por ejemplo, los plebiscitos de Napoleón I (1804) y Napoleón II (1852); los convocados por la dictadura de los coroneles en Grecia (1973) y por Pinochet en Chile (1980).

17 Baldo Kresalja y César Ochoa, «Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional» en *Pensamiento Constitucional*, N° 6, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1999, p. 768.

El plebiscito autocrático –que no debe confundirse con el referéndum– instrumento de la democracia semidirecta del modelo suizo, implica someter al pueblo a la alternativa entre un sí o un no con relación a una decisión política de legitimación del poder autoritario influyendo en el electorado mediante procedimientos manipulatorios de su voluntad. Para justificar la necesidad de una nueva Constitución se invocó la necesidad de institucionalizar el derecho de participación en los asuntos públicos mediante referéndum pero cuando sectores de la sociedad civil y de partidos políticos promovieron su aplicación para consultar al pueblo sobre la segunda reelección presidencial, mediante el procedimiento legislativo se vació de contenido este derecho impidiendo que se haga efectivo.

Los plebiscitos bonapartistas y las reelecciones presidenciales sucesivas como en los casos de Stroessner (Paraguay), Marcos (Filipinas) o el de los dictadores militares de Corea del Sur en el siglo XX son instrumentos autocráticos que desnaturalizan la forma republicana de gobierno¹⁸ al negar la alternancia del poder, material o formalmente, y que sirven para cumplir una función legitimadora de los regímenes autoritarios.

Sentadas estas consideraciones preliminares pasaremos a revisar los pilares fundamentales de la estructura del régimen político de la Constitución de 1993.

2. El Presidente concentrador del ejecutivo monista

La concentración y monopolización del Presidente de la República –elegido por sufragio directo– como Jefe de Estado y Jefe de Gobierno dentro del poder ejecutivo es un componente netamente presidencialista recogido por el constitucionalismo peruano de los siglos XIX y XX que ha sido nuevamente reiterado en la Constitución de 1993 (artículos 110° y 118.3).

18 Principio del Estado de Derecho reconocido en el artículo 4° de la Carta de 1979 y en el artículo 3° de la Constitución de 1993. De ahí que la reelección presidencial y la «ley de interpretación auténtica» -Ley N° 26667- sean contrarios a los valores superiores del propio documento constitucional de 1993.

A su vez, ha sido reforzado el poder presidencial con la atribución de disolución de Congreso unicameral (artículo 134°) siendo ésta un instituto propio de regímenes parlamentarios (verbigracia, Gran Bretaña, Australia, Japón, España) en los cuales el Jefe de Estado no es Jefe de Gobierno. Asimismo, esta atribución opera en el régimen semipresidencial francés de la Constitución de 1958, en el cual el Presidente de la República —elegido por sufragio universal directo como el presidente peruano— sólo ejerce la función de Jefe de Estado pero no la de Jefe de Gobierno, correspondiendo esta última al Primer Ministro dentro de un Ejecutivo dual.

En el supuesto de disolución del Congreso unicameral el Presidente de la República debe convocar a elecciones para uno nuevo, las que deben efectuarse en el plazo máximo de cuatro meses. En el muy hipotético caso de que el electorado elija un nuevo Congreso en el cual el Ejecutivo no tenga mayoría, quien efectivamente designe el Gobierno será la nueva mayoría parlamentaria.

Hay que subrayar que en el modelo político peruano de 1993 el Presidente del Consejo de Ministros es definido como: «después del Presidente de la República, el portavoz autorizado de la política del gobierno» (Art. 123.1), algo así como el secretario de prensa del Ejecutivo norteamericano, que actúa como vocero autorizado para divulgar de manera oficiosa lo que piensa en materia política el gobierno.

Por tanto, discrepamos con lo sostenido por Chirinos Soto¹⁹ quien luego de arrogarse «gran responsabilidad intelectual» en la Constitución de 1993 sostuvo que es la mejor definición del Presidente del Consejo de Ministros en la historia constitucional del Perú.

En nuestro concepto, un Presidente del Consejo de Ministros que no dirige la política general del Gobierno pero que está sujeto a la responsabilidad política del Parlamento está en situación de *capitis diminutio* constitucional. Asimismo, se genera una disfunción en el supuesto de que tras la disolución del Congreso se elija una mayoría adversa al Ejecutivo que declare la responsabilidad política del Consejo de Ministros (Art. 135° Const.) cuando la dirección general de la política del Gobierno corresponde al Presidente de la República dentro de un Ejecutivo monista, agravando la confrontación de poderes.

19 Véase: **Debate**, N° 73. Apoyo, Lima, 1993, p.13.

De otro lado, el Presidente de la República no sólo acumula las funciones de Jefe de Estado y de Jefe de Gobierno, sino que «tiene la más alta jerarquía en el servicio a la nación» (Art. 39° Const.); y «personifica a la nación» (Art. 110° Const.) atributo del que no gozan ni siquiera los monarcas parlamentarios quienes sólo representan la unidad y continuidad del Estado.

Asimismo, en la línea de la monarquía presidencial de la Constitución de 1979, dirige la política exterior y las relaciones internacionales (Art. 118.11 Const.); preside las sesiones del Consejo de Ministros cuando lo convoca o asiste a sus sesiones (Art. 121°); preside el sistema de Defensa Nacional (Art. 118.14); ejerce la potestad reglamentaria (Art. 118.8). De otro lado, otorga los ascensos de los generales y almirantes de las Fuerzas Armadas y de los generales de la Policía Nacional, según propuesta del instituto correspondiente (Art. 172°) y nombra a embajadores y ministros plenipotenciarios, con aprobación del Consejo de Ministros (Art. 118.12). Cabe mencionar que en el régimen presidencialista norteamericano corresponde al Senado confirmar el nombramiento de los funcionarios federales más importantes, incluyendo a los secretarios de Estado (Art. II, sección 2.2 Constitución EE.UU.).

Del mismo modo, en el régimen norteamericano, la competencia formal de la declaración de guerra corresponde al Congreso, en tanto que en el peruano es atribución del Presidente de la República, con autorización del Congreso (Art. 118.16).

Asimismo, el Presidente de la República ejerce la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (Art. 167°)²⁰.

20 El Presidente como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas es superior jerárquico de la justicia militar que conforme al Art. 173° de la nueva Carta es aplicable a los civiles en los casos de los delitos de traición y de terrorismo que la ley determina. Si el régimen constitucional reposa en la separación de poderes (Art. 43°) debería considerarse prohibido que el Ejecutivo, mediante resoluciones emanadas de órganos que actúen en su órbita, realice funciones judiciales. A este respecto, cabe citar a Luis Saenz («Los límites materiales de una reforma constitucional» en *El Jurista*, N° 5, Lima, 1992, p.90): «En cambio, se entiende que una reforma constitucional resulta materialmente inconstitucional, cuando el órgano modificador, sin tomar en cuenta lo que la Carta fundamental determina, incorpora normas que resultan contradictorias o incongruentes frente a otras normas y principios expresamente consagrados en la misma Constitución o, cuando introduce disposiciones, que alteran o desnaturalizan el sentido finalista que implícitamente subyace o fundamenta el texto supremo».

A lo que se agrega la potestad atribuida desde la Constitución de 1979 de dictar las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad del territorio y la soberanía del Estado (Art. 118.15). Debe subrayarse que esta última norma es una cláusula de concentración de poder o de previsión de defensa extraordinaria del Estado, que supone la posibilidad de asunción de poderes desorbitados por el Presidente de la República propios de una dictadura constitucional.

Cabe anotar que no están tasadas con precisión las amplias medidas que se faculta al Presidente y no se regulan los controles sobre el titular de dichos poderes, lo que acrecienta los peligros para el Estado de Derecho si un gobernante con tendencias autoritarias pudiera sentirse amparado para suspender la Constitución en base a la referida cláusula que crea la apariencia de legitimidad de una concentración de poder absolutista. Constituye así una norma de previsión de un régimen «derogatorio de la Constitución» cuyos antecedentes deben ubicarse en el Art. 16° de la Constitución Francesa de 1958 que faculta al Presidente de la República a tomar medidas de excepción en caso de amenaza grave e inmediata a las instituciones de la nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales, y el funcionamiento regular de los poderes públicos esté interrumpido.

3. Preeminencia de las funciones legislativas del Presidente de la República

El régimen político de la Constitución de 1993 se caracteriza por el predominio y omnipresencia legislativa del Presidente de la República sobre el Congreso unicameral. En ese sentido, discrepamos de Sardón, quien comparando el diseño del Congreso en la Constitución de 1993 con el modelo de la Carta de 1979, opina que se fortalece al Congreso y al Consejo de Ministros en desmedro del Presidente de la República²¹.

Debe anotarse que en los regímenes parlamentarios la iniciativa legislativa corresponde al Presidente del colegiado ministerial, en tanto que en el texto fundamental de 1993 la iniciativa legislativa corresponde al Presidente de la República (Art. 107°), así como a los congresistas. Esta iniciativa legislativa presidencial es una atribución que ni si-

21 *Op. cit.*, p.9.

quiera está prevista en un régimen presidencial como el norteamericano, en el cual el Presidente sólo goza de la atribución de recomendar provisiones legislativas en su informe al Congreso *«sobre el estado de la Unión»*.

En nuestro concepto, lo congruente con un régimen que fortalece al Gabinete es la aplicación de la regla del régimen semipresidencial francés (Art. 39° Const.): la iniciativa legislativa es atribuida al Primer Ministro y a los miembros del Parlamento, no así al Presidente-Jefe del Estado.

En el régimen peruano el Presidente de la República goza de poder de iniciativa legislativa para proponer una ley con amplia discrecionalidad, aunque requiera para el ejercicio de esta atribución del acuerdo del Consejo de Ministros, conforme al Art. 125.1 de la Carta. Asimismo, tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgente (Art. 105°). Frente al impulso presidencial en la presentación de un proyecto de ley corresponde al Congreso, como órgano de control las facultades de deliberar sobre éste, aprobarlo, rechazarlo o enmendarlo.

En materia presupuestaria, es atribución del Presidente remitir al Congreso el proyecto de ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año (Art. 78°). En esta ley, el Congreso no tiene iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su propio presupuesto (Art. 79°). Siguiendo la línea trazada por la Constitución de 1979, el nuevo texto fundamental debilita y anula la acción parlamentaria en materia presupuestaria con el establecimiento de un plazo preclusivo de tal manera que vencido éste, si la autógrafa de la Ley de Presupuesto no es remitida al Poder Ejecutivo, entra en vigencia el proyecto de éste, que es promulgado por decreto legislativo (Art. 80°). La única innovación importante en esta materia es que el Ministro de Economía y Finanzas sustenta ante el pleno del Congreso, el pliego de ingresos y que cada ministro sustenta los pliegos de egresos de su sector.

De este modo, la Constitución de 1993 consagra en materia presupuestaria el control del Poder Legislativo por el Poder Ejecutivo, a diferencia del sistema norteamericano de presidencialismo puro en el cual, como contrapeso, el Congreso controla al Ejecutivo mediante la votación de las leyes de financiación de la política gubernamental.

De otro lado, en materia de las funciones legiferantes del Poder Ejecutivo, la Constitución de 1993 ha reforzado las atribuciones de éste particularmente, en lo referido a los decretos de urgencia (Art. 118.19) y asimismo se ha conservado la atribución presidencial de la legislación delegada (Art. 104°). En ambos casos con aprobación del Consejo de Ministros (Art. 125.2).

Tratándose de los decretos legislativos se requiere como en la Constitución de 1979, la previa delegación de facultades legislativas por el Congreso sobre la materia y por el término que especifica la ley autoritativa. Si bien es cierto que la legislación delegada se ha extendido en el Derecho Comparado, generalmente se prevé con rango constitucional mecanismos de control para evitar el uso patológico de ésta con relación al equilibrio de poderes. La experiencia constitucional peruana es frondosa en cuanto al abuso de esta facultad legiferante por lo cual es insuficiente que se establezca que el Presidente de la República «da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo» (Art. 105°).

Así, por ejemplo, la Constitución española de 1978 en su artículo 82° establece que el Parlamento delegante puede limitar la legislación delegada estableciendo en la ley de bases autoritativa no sólo el objeto y alcance de la delegación, sino incluso los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. Asimismo, la regulación constitucional española ha previsto que las leyes de delegación pueden establecer en cada caso fórmulas adicionales de control.

Resulta particularmente grave la omisión del constituyente de 1993 de desarrollar más explícitamente los instrumentos de control de la legislación delegada teniendo como antecedente el conflicto jurídico-político surgido a raíz del rechazo del Poder Ejecutivo a la Ley N° 25397 de control parlamentario de los actos normativos del Presidente de la República. De este modo, debió regularse en el texto fundamental con precisión un régimen de revisión, ratificación o convalidación de los decretos legislativos como opera en los sistemas constitucionales francés, italiano y español.

Asimismo, como mencionamos anteriormente, se ha constitucionalizado a los decretos de urgencia, reconociendo al Presidente de la República una situación de legislador alterno al Congreso. Cabe señalar que los decretos de urgencia no estuvieron previstos en la Constitución de 1979, pero admitidos en base a una supuesta interpretación

constitucional mutativa²² del Art. 118.19 como atribución del Presidente de la República de «dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso».

Se reconoce expresamente en el precitado artículo que el Congreso puede modificar o derogar los decretos de urgencia lo cual es insuficiente para su control, el cual debe ser regulado en el texto fundamental y no en el Reglamento del Congreso. Así, debió tasarse con más precisión los presupuestos fácticos habilitantes para la dación de los decretos de urgencia y preverse con rango constitucional los mecanismos de control parlamentario como el Derecho Comparado: fijar un plazo para la ratificación parlamentaria de los decretos de urgencia (Italia) o para su conversión en leyes (España). De este modo se evita que los decretos de urgencia se conviertan en decretos de conveniencia política que constituyen el caballo de Troya de un nuevo absolutismo.

En el ámbito legislativo, siguiendo al antecedente de 1979, se mantiene la iniciativa presidencial de convocatoria a legislatura extraordinaria (Art. 118.6) pero no se ha previsto expresamente la atribución del Congreso de autoconvocatoria para este fin como está establecido en el Art. 63.2 de la Constitución española y en el Art. 29° de la Constitución francesa. Con esta omisión se infiere una grave mutilación a una facultad parlamentaria prevista en el Art. 168° de la Constitución de 1979.

Asimismo, se reconoce la iniciativa presidencial para la reforma de la Constitución, con aprobación del Consejo de Ministros, al igual que los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al 0.3% de la población electoral (Art. 206°).

Por último, nos debemos referir a la atribución presidencial de veto suspensivo de la ley, instrumento propio de un régimen presidencial como el norteamericano y herencia de las prerrogativas monárquicas

22 Esa tesis fue sostenida por Francisco Eguiguren. («Los decretos presidenciales dictados al amparo del inciso 20 del artículo 211° de la Constitución» en: Los retos de una democracia insuficiente, *Op. cit.*, pp. 215-216. A nuestro juicio, los referidos decretos en la etapa anterior a la Constitución de 1993 constituían una práctica extraconstitucional, una costumbre en el Derecho público del Estado, al margen de la Constitución.

del rey de Inglaterra. Cabe anotar que en los regímenes parlamentarios cuando opera el veto suspensivo tiene alcances restringidos en casos de manifiesta inconstitucionalidad de la ley.

El artículo 108° del texto fundamental de 1993 reitera la atribución presidencial de veto suspensivo total o parcial de la ley aprobada en el Congreso, dentro del término de quince días de su remisión. Reconsiderada la ley por el Congreso, su presidente la promulga siempre que voten en favor de la misma más de la mitad del número legal de miembros del Congreso²³.

4. Responsabilidad política ministerial y la atribución presidencial de disolución

4.1. Generalidades

El capítulo constitucional que introduce modificaciones más relevantes en cuanto al régimen político es el referido a las «relaciones con el Poder Legislativo» dentro del Título IV («De la estructura del Estado»).

La Constitución de 1993, siguiendo el antecedente de la Carta de 1979 establece que: «Son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial» (Art. 120°) pero cuya efectividad real como mecanismo de control sobre el Presidente es puesta en duda en el caso peruano en la medida que el Consejo de Ministros no estaba vinculado al Parlamento en una relación de confianza expresada en una votación de investidura²⁴.

23 El pleno del Congreso Constituyente no aprobó la propuesta de la Comisión de Constitución de reconocer al Presidente de la República la desorbitada atribución de promulgar parcialmente cualquier ley observada en la parte que no observa, que fuera sustentada enfáticamente por el congresista Chirinos Soto. La referida propuesta vulneraba el principio de unidad inescindible de la ley y coronaba al Jefe de Estado como un presidente absolutista. Lo que una cuestión jurídicamente opinable es la promulgación parcial de la Ley de Presupuesto. A este respecto, hay que tener en cuenta el conflicto producido en Perú con motivo de la Ley de Presupuesto de 1991 y el conflicto en Estados Unidos de la derecha republicana en materia presupuestal contra el Presidente Clinton.

24 Francisco Fernández Segado. «Las relaciones entre los órganos de Gobierno en la Constitución del Perú: un modelo híbrido entre el presidencialismo y el parlamentarismo» en *Derecho*, N° 43-44, Lima, 1989, p. 182.

El nuevo texto fundamental al introducir modificaciones a la responsabilidad política ministerial del Gabinete ante el Parlamento ha reforzado, en términos relativos, la importancia del refrendo ministerial de los actos del Presidente.

Antes de abordar el tema de la responsabilidad política ministerial pasaremos a presentar un criterio de clasificación de formas de gobierno sustentado en la orientación política del Parlamento con relación al Ejecutivo:

- Estados con regímenes semipresidenciales, con Ejecutivo dual, del cual forma parte el Jefe de Estado quien es un Presidente de la República elegido por sufragio universal directo y con funciones de arbitraje del régimen político. Asimismo, integra el Ejecutivo dual un presidente del colegio ministerial quien dirige la política del Gobierno y debe contar con el apoyo o tolerancia del Parlamento, el cual puede destituirlo mediante el voto de censura²⁵. Corresponde, por ejemplo, a los casos de Francia –Constitución de la V República–, Portugal y Austria.
- Estados con regímenes formalmente parlamentarios en los que opera un «régimen de gabinete» por la existencia de facto de la elección del Presidente del colegio ministerial mediante la jefatura del partido mayoritario en el Parlamento (verbigracia, Gran Bretaña, Alemania, Canadá, Australia). Este régimen de gabinete opera con mayor funcionalidad en sistemas bipartidistas o de tres partidos. Se caracteriza por la subordinación del Parlamento al Gobierno a través de la sujeción del partido mayoritario a su jefe siendo absolutamente teórica la separación de poderes.
- Estados con regímenes formalmente parlamentarios y funcionamiento real, asimismo, parlamentario en los que opera un «régimen de Asamblea». Su operatividad funcional coincide con sistemas multipartidistas. Es el caso, por ejemplo, de la forma de gobierno establecida en la Constitución italiana de 1947.

25 Humberto Nogueira. «El régimen semipresidencial: una alternativa viable al presidencialismo en Chile» en *Lecturas constitucionales andinas* 2, CAJ, Lima, 1993, p. 89.

De otro lado, debemos presentar otro criterio de clasificación de regímenes políticos en función del procedimiento de la relación de confianza Gobierno-Parlamento:

- Regímenes políticos en los cuales la decisión del electorado prácticamente concreta la nominación del Jefe de Gobierno por el Jefe del Estado, sin voto parlamentario subsiguiente, por ejemplo, el régimen británico y el semipresidencial francés coinciden en esta característica a diferencia de aquellos en los que el Jefe del Estado propone un candidato a Jefe de Gobierno, el que requiere que la confianza parlamentaria se exprese en una votación de investidura fiduciaria inicial. En esta última modalidad se ubica la monarquía parlamentaria española: primero el Jefe del Estado se limita a proponer al candidato; segundo: el mismo debe gozar de la confianza parlamentaria expresa; tercero: la confianza es el presupuesto fáctico del nombramiento no pudiendo el Jefe del Estado efectuar éste sin la preexistencia de aquella. Asimismo, opera en el régimen español la moción de censura constructiva²⁶.
- Regímenes parlamentarios en los cuales el Jefe de Estado nombra al Gobierno o Jefe de Gobierno, pero se requiere de una intervención ulterior del Parlamento mediante voto de confianza. Es el caso del régimen político de Alemania. Asimismo, el caso del régimen italiano de 1947 (Art. 94.3); dentro de los diez días siguientes de su formación, el Gobierno se presenta a las Cámaras para obtener la moción de confianza. Es similar al régimen griego de la Constitución de 1975 y al sistema que imperó en la república parlamentaria francesa de la Constitución de 1946. Del mismo modo, se configuró en el régimen belga por creación consuetudinaria²⁷.
- Regímenes políticos en los que el gabinete recién constituido no requiere del voto de confianza obligatorio para su ratificación pero

26 Se hace efectiva la responsabilidad política del gobierno mediante la aprobación de un «voto de censura constructivo» que incluye la elección por mayoría de sus miembros del sucesor siguiendo el modelo del Art. 67º de la Ley Fundamental de Bonn.

27 Francisco Fernández Segado («La responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento en las monarquías parlamentarias» en *El control parlamentario en las democracias pluralistas*, *Op cit.*, p. 462). El autor señala que esta votación de confianza distingue al régimen belga de las restantes monarquías de «parlamentarismo negativo».

el Jefe de Gobierno puede discrecionalmente comprometer la responsabilidad política de éste solicitando la confianza parlamentaria. Si el órgano legislativo adopta una moción de censura o desaprueba la confianza solicitada por el Jefe de Gobierno, entonces deberá presentar la dimisión del Gabinete. Tal sistema corresponde al francés de la Constitución de 1958 y al portugués de la Constitución de 1976.

Asimismo, cabe formular una tercera clasificación de regímenes políticos en función de la atribución de disolución: en los que es viable la disolución de una Cámara: Gran Bretaña, Francia, Alemania, por ejemplo; en los que es viable la disolución del Parlamento unicameral por ejemplo, Dinamarca con la reforma constitucional de 1953; en los que no es viable la disolución: Noruega; en los que es viable la autodisolución: Israel por Ley Fundamental sobre el Knesset de 1958.

Es importante enfatizar respecto a la disolución que en diversos regímenes parlamentarios ha perdido su finalidad primigenia de contrapeso frente a la responsabilidad política de modo que constituía un medio de resistencia contra la voluntad de una mayoría parlamentaria adversa. Así, el gabinete en Gran Bretaña y en ciertas monarquías parlamentarias no está obligado a dimitir tras sufrir una derrota en la Cámara sino hasta conocer la opinión del cuerpo electoral después de la disolución, lo que no es viable en regímenes políticos tan diversos como los de España, Francia y Perú, en los cuales el gabinete derrotado está obligado a dimitir. Empero, en la actualidad la finalidad fundamental de la disolución es la de constituir un instrumento para reforzar la posición mayoritaria del partido de gobierno o superar un *impasse* de disfuncionalidad cuando no goza de mayoría.

Sentadas estas referencias pasamos a analizar el fundamento jurídico del control parlamentario del Gabinete, los instrumentos de exigibilidad de la responsabilidad política y su contraparte, la atribución de disolución.

4. 2. Fundamento del control parlamentario del gabinete

A este respecto, mencionaremos tres tesis manejadas sobre el tema. La primera tesis se basa en el principio de verificación de la acción del Gobierno –Consejo de Ministros– respecto a las directrices políticas del Parlamento. En esta línea, la Constitución de 1993 desarrolla la

responsabilidad política ante el Congreso unicameral: «El Congreso hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros, o de los Ministros por separado, mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza» (Art. 132°). Asimismo, encontramos manifestaciones de este principio en el Art. 130°: «Dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, el Presidente del Consejo concurre al Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. Plantea al efecto cuestión de confianza».

La segunda tesis fundamenta el control en la facultad de dimisión parlamentaria del Gobierno. Así, el Congreso, por iniciativa propia, puede declarar la responsabilidad política del Gabinete mediante el voto de censura como a través del rechazo de la cuestión de confianza solicitada por el Consejo o por los ministros por separado (Art. 132°). Debe anotarse que la cuestión de confianza surge en tanto es obligatoria, pero de iniciativa ministerial, al momento de debatir la política gubernamental dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, cuanto como facultativa planteada en cualquier momento por el Presidente del Consejo, a nombre de éste, ante el Congreso (Art. 133°).

En los términos del Art. 133° la no aprobación de la cuestión de confianza, como la aprobación de la moción de censura contra el Presidente del Consejo obliga a la dimisión del Gabinete.

La tercera tesis sostiene que la fundamentación del control parlamentario reside en la relación fiduciaria entre el Parlamento y el Gobierno que se expresa en la confianza planteada por el Gabinete recién constituido.

Esta relación fiduciaria en el marco de la Constitución peruana de 1993 se manifiesta en el debate de la política general del Gobierno y las principales medidas que requiere la gestión del Gabinete –programa gubernamental– durante el cual el Presidente del Consejo plantea la cuestión de confianza.

De acuerdo al régimen político de 1993 el Gabinete necesita con ocasión de la presentación de su programa ante, el Congreso de una confianza afirmativa explícita con apoyo mayoritario. A partir de ese momento se presume la continuidad de esa confianza en tanto no se manifieste expresamente la desconfianza mediante la aprobación de una moción de censura, de iniciativa congresal, o el rechazo de una nueva cuestión de confianza planteada por el Presidente del Consejo.

El control parlamentario del Gabinete es un control político de un órgano constitucional por otro, derivado del principio de separación de poderes (Art. 43° Const.): con el fin de asegurar que el Consejo de Ministros cumpla con los fines que constitucionalmente le están fijados en materia de dirección y gestión de los servicios públicos (Art. 119° Const.)²⁸ conforme a las directrices políticas del Congreso.

Cabe resaltar como innovación de la Carta de 1993 el control parlamentario la figura de la «estación de preguntas», prevista en la parte final del Art. 129°, que ha resultado hasta el momento una deslucida caricatura del *question time* de la Cámara de los Comunes británica, en la cual el Presidente del Consejo o uno, por lo menos, de los ministros concurre periódicamente a las sesiones plenarias del Congreso, sin que se produzcan verdaderos debates al estilo del parlamentarismo británico.

4.3 El control parlamentario de la responsabilidad política ministerial

En términos constitucionales, el programa gubernamental está sujeto a la revisión del Congreso a través de una exposición del Presidente del Consejo, dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones (Art. 130°) siguiéndose a continuación un debate al término del cual se vota la cuestión de confianza como corolario, la que debe ser obligatoriamente planteada por el Presidente del Consejo.

La cuestión de confianza sólo puede ser planteada por iniciativa ministerial y tiene como finalidad transformar en mayoría positiva la apreciación del programa gubernamental. Debe subrayarse que el debate del programa de Gobierno incidirá sobre las líneas de acción política del Gabinete y no sobre la figura del Presidente del Consejo²⁹

28 Gran error conceptual de las constituciones de 1979 y de 1993. El Consejo de Ministros que constituye el Gobierno es un órgano de dirección política de la administración pública. No dirige ni gestiona los servicios públicos. En Derecho administrativo los servicios públicos son actividades esenciales que satisfacen necesidades de la comunidad, usualmente de continuidad y regularidad en la prestación, de titularidad estatal y cuya gestión puede otorgarse en concesión a los particulares.

29 Este criterio se afirma tratándose de las votaciones o desconfianza del gabinete en el sistema semipresidencial portugués. Cfr. Antonio Vitorino. «El control parlamentario del Gobierno (Portugal)» en *Revista de Estudios Políticos*, N° 60-61, España, 1988, p. 361.

Como mencionamos anteriormente, el Presidente del Consejo puede, en cualquier momento, plantear a nombre del Gabinete una nueva cuestión de confianza la cual si es rehusada provoca la crisis total del Consejo. Asimismo, el Art. 132° de la Constitución establece que el Congreso hace efectiva la responsabilidad política solidaria del Consejo cuando se presenta como estructura unitaria ante el Congreso, como de los ministerios individualmente mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza, produciéndose esta última por iniciativa ministerial. La desaprobación de una iniciativa ministerial obliga al ministro o al Consejo, según sea el caso, a dimitir si se ha hecho cuestión de confianza de la aprobación.

De este modo, la cuestión de confianza es un procedimiento de responsabilidad política de iniciativa ministerial. De la votación de cuestión de confianza planteada por el Presidente del Consejo o resulta la crisis total del gabinete o la novación de la relación fiduciaria entre el Congreso y el Consejo, establecida con la aprobación de la primera cuestión de confianza.

No podemos dejar de mencionar los riesgos para la estabilidad del régimen político de la cuestión de confianza cuando opera como una suerte de espaldarazo o ratificación parlamentaria de la designación del Gabinete en base a la revisión del programa gubernamental. Este instrumento de responsabilidad política es similar al del régimen parlamentario italiano de 1947 y al de la IV República francesa de 1946 y es cuestionado por la inestabilidad gubernamental que puede generar si el sistema parlamentario es de estructura multipartidista.

Asimismo, se regula como instrumento de exigibilidad de la responsabilidad política a la moción de censura o de desconfianza parlamentaria contra el Consejo o cualquiera de los ministros. Para evitar que genere inestabilidad gubernamental se ha desarrollado en el Derecho constitucional parlamentario diversas técnicas de «racionalización parlamentaria» que han anestesiado su operatividad a tal punto que se considera que la censura ha devenido en un símbolo de control parlamentario de aplicación excepcional cuya finalidad es la legitimación del régimen político³⁰.

30 José R. Moonterio Gilbert. «La moción de censura y la simbolización del control parlamentario: los preliminares del caso español» en **El control parlamentario en las democracias pluralistas**, *Op. cit.*, p. 256.

En el caso peruano, siguiendo al precedente de 1979, la nueva Carta de 1993 establece regulaciones rígidamente restrictivas para su operatividad:

- Requisitos para su presentación. La moción de orden del día de censura debe ser presentada por no menos del 25% del número legal de congresistas siendo un porcentaje muy alto en relación al Derecho comparado.
- Período de enfriamiento. Se debate y vota entre el cuarto y el décimo día natural después de su presentación.
- Mayoría calificada para su aprobación. Requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

Cumplidos estos requisitos se determina automáticamente la dimisión del Consejo, o ministro censurado, debiendo el Presidente de la República aceptar la dimisión dentro de las setenta y dos horas siguientes (Art. 132° Const.).

En consecuencia, en nuestro régimen político la censura mantendrá su carácter simbólico y no constituirá un instrumento efectivo de orientación política del Congreso en relación al gabinete. Más aún, cuando el Presidente de la República y no el Presidente del Consejo dirige la política general del Gobierno³¹.

4.4. La atribución presidencial de disolución del congreso unicameral

Según sostuvo la mayoría del Congreso Constituyente, el objetivo del régimen político de la nueva Carta era alcanzar un adecuado equilibrio de poderes. Así, se establece en el Art. 134° que el Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso unicameral si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros. Asimismo, se establece como limitaciones a la disolución su prohibición en el último año del mandato presidencial o cuando rige el estado de sitio (Art. 134° Const.).

31 Durante la vigencia de la Constitución de 1979, sólo un ministro fue censurado el Sr. Ross Link, ministro de agricultura del régimen del Presidente Fujimori, a diferencia del régimen político de 1933 bajo cuya vigencia hubo períodos de frecuentes crisis ministeriales. Cfr.: Oscar Díaz Muñoz en *La moción de censura en el Perú*, Ara Editores, Lima, 1997, pp. 206- 226.

Debemos subrayar que los regímenes parlamentarios otorgan una mayor flexibilidad para el ejercicio de la potestad de disolución. Verbi-gracia, en el parlamentarismo británico³² la disolución tiene como circunstancias desencadenantes a las siguientes:

- Necesidad de poner fin al mandato de la Cámara de los Comunes, cuando ésta se aproxima a su término legal.
- Reforzar la situación política del Gabinete ampliando la mayoría parlamentaria ya existente. Cabe anotar que esta circunstancia es la más relevante en la actualidad.
- Otorgar al cuerpo electoral la dirimencia final cuando una grave controversia divide al gabinete y a la oposición. Actualmente esta causa no es operativa por la característica de ser el inglés un «régimen de gabinete» en el cual el líder del partido mayoritario es el Primer Ministro.

Más aún, en Gran Bretaña y así como en otros regímenes parlamentarios, el gabinete censurado puede permanecer en funciones, procediéndose a la disolución en la espera de la opinión del electorado equilibrándose así la relación entre poderes. La disolución encuentra su sentido no sólo en función de las relaciones entre Gabinete y la Cámara sino fundamentalmente en las que median entre el partido de gobierno y la opinión pública. En consecuencia, se reconoce una amplia discrecionalidad para decidir el momento de su aplicación.

Actualmente, en los regímenes parlamentarios la finalidad más importante de la disolución es la de anticipar las elecciones a un momento más oportuno para el partido de gobierno. Esta finalidad no corresponde al caso peruano porque el Congreso elegido extraordinariamente sólo completa el período quinquenal del disuelto (Art. 136°).

Como el régimen peruano no es parlamentario ni semipresidencial, se establecen restricciones a la atribución presidencial de disolución. Así, la principal restricción es prever como requisito para su habilitación que el Congreso haya censurado o negado la confianza a dos Consejos de Ministros. En consecuencia, es una disolución de carácter «penal» cuya utilidad radica en su presencia pero no en su efectivo uso. Cabe anotar como crítica que debió preverse el plazo para el ejercicio

32 Francisco Fernández Segado, *Op.cit.*, p. 392.

de la atribución presidencial de disolución producido el supuesto habilitante³³.

En nuestro concepto, lo coherente es establecer la disolución en su correcto sentido parlamentario, como instrumento de equilibrio de poderes y con flexible discrecionalidad por parte del Ejecutivo para decidir el momento de su aplicación.

En cambio, el constituyente peruano de 1993 ha optado por la disolución como «espada de Damocles» del Presidente de la República que es colgada sobre el Congreso a fin de que éste se avenga a una relación de confianza forzada, un matrimonio de conveniencia, con gabinetes sin mayoría parlamentaria.

De otro lado, como se ha condicionado la disolución al supuesto de la caída por responsabilidad política de dos gabinetes, entonces se abre la posibilidad de que una mayoría parlamentaria opositora opte por censurar individualmente a los ministros eludiendo la disolución, y a su vez que el Presidente de la República como Jefe de Gobierno mantenga la misma orientación política pese al cambio de personas en el equipo ministerial, con lo cual la confrontación entre poderes generaría un *impasse* político insoluble.

Asimismo, debemos referirnos al «interregno parlamentario» o lapso de suspensión de las funciones del Congreso generado por la disolución. Resulta particularmente grave que se establezca un plazo tan dilatado para las elecciones del Congreso extraordinario: «dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución» (Art. 134°), en relación al Derecho Comparado. Cabe anotar el caso danés, que por reforma constitucional de 1953 facultó al Rey a disolver el parlamento unicameral (*Folketing*), pero se estableció en el Art. 32.4 de la Constitución que los mandatos parlamentarios en ningún caso cesan antes de que se hayan celebrado nuevas elecciones.

A este prolongado interregno se suma la potestad ejecutiva de legislar mediante decretos de urgencia «de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale» (Art. 135°).

33 Así, el Art. 68° de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 estableció que si una moción de voto de confianza del Canciller Federal no fuera aprobada por la mayoría de los miembros del Parlamento Federal, el Presidente Federal, a propuesta del Canciller, podrá disolver el Parlamento Federal dentro de un plazo de veintiún días.

El texto fundamental establece que la Comisión Permanente actúa como órgano fiscalizador transitorio legitimando así la dictadura constitucional. En nuestro concepto, no hay tal fiscalización pues no se ha previsto mecanismos de ratificación, convalidación, modificación o derogación de los decretos de urgencia por la Comisión Permanente que constituyan una auténtica función de control parlamentario. Simplemente ésta actúa como una «mesa de partes» para examinarlos y elevarlos al Congreso extraordinario una vez que éste se instale. En suma, se abre un período de concentración de funciones legiferantes por el Ejecutivo sin control parlamentario. De esta manera se configura una cláusula constitucional derogatoria de la separación de poderes o de «salvaguarda del absolutismo»³⁴.

Cabe anotar que en España, las Diputaciones Permanentes ejercen el control de los decretos de urgencia durante la disolución parlamentaria (Art. 78º Const.). En tanto que en el caso peruano el control de la legislación de urgencia sólo operaría reunido el nuevo Congreso después de que el Presidente del Consejo haya expuesto ante el Congreso los actos del Ejecutivo durante el interregno parlamentario (Art. 135º).

Finalmente, si las elecciones no se efectúan dentro del plazo señalado, el Congreso disuelto se reúne de pleno derecho, recobra sus facultades, y cesa al Gabinete (Art. 136º). Asimismo se establece que en este caso excepcional ninguno de los miembros del Gabinete puede ser designado nuevamente para ministerio alguno durante el período presidencial. Con lo cual la regla permite interpretar *contrario sensu* que en otros casos un ministro censurado puede ser designado titular de otro ministerio durante el período presidencial.

34 Cfr. Giuseppe de Vergottini, **Derecho Constitucional Comparado**, Espasa, Calpe, Madrid, 1983, p. 287. Se trataba de una previsión propia de monarquías constitucionalistas «que intentaban así preestablecer un pretexto normativo para el restablecimiento de regímenes de concentración de poder a favor del ejecutivo monárquico [...] Es significativa la práctica austríaca y rusa, debido a la falta de convocatoria de los parlamentos, el ejecutivo gobernó mediante decretos valiéndose de la citada cláusula».

5. Alternativas de reforma constitucional del régimen político

5.1. La anómala mixtura de institutos de regímenes presidenciales y parlamentarios y la inclusión de previsiones derogatorias del principio de separación de poderes ha configurado un régimen político que no dudamos en calificar de monarquía presidencial.

El constituyente de 1993 ha pretendido equilibrar cosméticamente la neta preeminencia del Presidente de la República, concentrador del Ejecutivo monista, con atemperaciones parlamentarias, particularmente con el voto de la cuestión de confianza obligatoria que debe plantear el Presidente del Consejo al exponer y debatir el programa gubernamental ante el Congreso, dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones. Así, a la monarquía presidencial se le superponen institutos parlamentarios (confianza y responsabilidad ministerial) pero concentrando monocráticamente en el Presidente de la República la jefatura del Estado y dirección de la política general del gobierno, nombrando y removiendo a los ministros a su discreción. En consecuencia, no se afecta el núcleo esencial del presidencialismo.

5.2. Como primera alternativa a este modelo de Ejecutivo monocrático va ganando terreno en el constitucionalismo latinoamericano la propuesta de un régimen semipresidencial³⁵. En esta dirección, se abre paso la tesis de reestructurar nuestra forma de gobierno sobre la base de una concepción nueva de la relación y distribución del poder en tres órganos fundamentales: Presidente de la República, Primer Ministro y Congreso bicameral dentro de un régimen semipresidencial de colaboración de poderes en el cual el Jefe de Gobierno es nombrado por el Presidente previa consulta con las fuerzas políticas representadas en el Congreso. Esta primera alternativa constituiría una real transformación del régimen político en la dirección de potenciar al Congreso y al Consejo de Ministros. El presidencialismo teñido de modales del parlamentarismo en toda nuestra historia republicana ha sido sólo una ficción política.

En nuestro concepto, la reinstitucionalización democrática requiere de una profunda reforma constitucional, modificando la estructura del Parlamento y del sistema electoral. Como señala Nohlen las reformas electorales radicales sólo pueden llevarse a cabo en momentos de gran-

35 Humberto Nogueira, *Op. cit.*, pp. 83-111.

des cambios constitucionales³⁶. La crisis de nuestras instituciones políticas es terminal y obliga a una refundación jacobina de ellas³⁷.

Así, el Congreso unicameral ha contribuido a la tiranía irreflexiva de las mayorías. Debe reformarse la estructura del Congreso restableciendo el bicameralismo pero renovado. El Congreso bicameral debe estar compuesto por el Senado —pero como Cámara de representación de las regiones—. Mientras no se culmine el proceso de regionalización, el Senado debe elegirse por distrito nacional único. Sus integrantes deben ser los líderes de la clase política y de ahí que sus miembros podrían ser reelegidos. Con relación a los miembros de la Cámara de Diputados debe limitarse su reelección. Ambas cámaras deben tener funciones de control y legislación diferenciadas. Así, por ejemplo podría asignarse al Senado la ratificación o designación de altos funcionarios del Estado y de legislar en materias descentralización, derechos fundamentales y leyes de desarrollo constitucional.

De otro lado, si optamos por un régimen político en el cual prevalece la función decisoria parlamentaria en la orientación gubernamental, entonces podría ser más conveniente adoptar un sistema electoral para la elección de la Cámara de Diputados, basado en distritos electorales uninominales³⁸. A nuestro juicio, es preferible el distrito uninominal porque permite una relación directa entre el elector y el parlamentario que lo representa. Así, los congresistas rendirán cuentas a sus electores y no a la dirección de un caudillo partidario o a oscuros poderes fácticos. Su desventaja es que promueve un bipartidismo que puede no ser representativo de la diversidad política del país.

En cambio, el distrito plurinominal diluye esta relación pero permite una representación más plural, con criterios de proporcionalidad en la

36 Dieter Nohlen, *Sistemas electorales en América Latina*, Fundación Friedrich Ebert, 1993, Lima, pp. 121-123.

37 El reciente fenómeno del masivo transfuguismo parlamentario ha terminado por desprestigiar a la institución parlamentaria. Se ha pretendido legitimar esta actitud al amparo de la independencia de mandato imperativo (Art. 93° de la Const.). Esta independencia no puede prevalecer sobre el derecho político de participación mediante la elección de representantes. A nuestro juicio, una ley que establezca la vacancia de los tránsfugas es constitucional.

38 José Luis Sardón, *Op. cit.*, pp. 9-10. Sostiene las ventajas de este sistema pero propone que la mitad de los parlamentarios sea elegido por distrito nacional único y la mitad por distritos uninominales.

composición del Congreso. Como quiera que es sumamente improbable que en un país tan fragmentado políticamente como Perú se llegue a un consenso de nuestra disminuida clase política para aprobar un sistema de distritos uninominales, es preferible proponer como alternativa un sistema de distritos electorales plurinominales. Entre las ventajas del sistema estará la de reducir el multipartidismo, coadyuvando a la gobernabilidad, tener una relación más directa con los electores, ganando en legitimidad, y conservando una representación política plural.

Dentro de este modelo, el Presidente de la República debe ser elegido en sufragio directo a doble vuelta (*ballotage*) si no ha alcanzado mayoría absoluta en la primera elección. No consideramos que sea aconsejable como algunos sugieren en base a la experiencia reciente de Bolivia la elección del Presidente de la República por el Congreso entre los tres candidatos que hubieren obtenido mayor número de votos válidos si ninguno de ellos obtuvo una mayoría no menor de la tercera parte de los votos válidos como se previó en la Constitución de 1933. No olvidemos la experiencia histórica del país. No constituyó una salida política que evitara el golpe de estado de 1962. En ningún caso el presidente de la República debe ser elegido por el Congreso. La legitimidad del Presidente de la República debe obtenerla del electorado.

Del mismo modo, la Cámara política debe ser elegida por sistema de distritos plurinominales en dos vueltas. De este modo, el sistema electoral asegura la coherencia, funcionalidad y estabilidad del régimen político.

Como precisan los autores que proponen al régimen semipresidencial como alternativa, debe fortalecerse y delimitarse las competencias del Primer Ministro –Jefe de Gobierno que conjuntamente con el Presidente de la República conformarían el Ejecutivo dual, correspondiendo el nombramiento y remoción de los ministros al Presidente, a propuesta del Primer Ministro. Así, al Presidente de la República, complementando su papel de Jefe de Estado, le correspondería el arbitraje de las relaciones políticas y la función de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.

De otro lado, se deberá reservar al Presidente determinadas atribuciones dispensadas de refrendación ministerial.

Dentro de este régimen de colaboración de poderes, la responsabilidad ministerial puede ser declarada por la Cámara cuando se rehusa la cuestión de confianza de iniciativa gubernamental o cuando se apruebe la moción de censura de iniciativa parlamentaria.

Como contrapartida debe reconocerse la potestad del Jefe de Estado de decidir, con acuerdo del Primer Ministro, la disolución de la Cámara política, con flexible discrecionalidad a fin de mantener el equilibrio de poderes. No es aplicable en este modelo una renovación parcial del Congreso. De otro lado, consideramos que a nivel constitucional deben reforzarse los mecanismos de control en materia de decretos de urgencia y legislación delegada para frenar el uso desbordado de las funciones legiferantes del Poder Ejecutivo.

Por último, si bien podría preverse la reelección presidencial inmediata por una sola vez, como en el sistema francés, después de la reciente experiencia peruana preferimos su proscripción, siguiendo el lema de la revolución mexicana de 1910: sufragio efectivo, no reelección. La reelección presidencial ha terminado lesionando el derecho de los peruanos a tener elecciones libres, transparentes y justas.

En aquellos ámbitos que sean asignados como competencias del Jefe del Estado, que no requieran refrendación ministerial, es viable el principio de responsabilidad política del Presidente, que opera por ejemplo en el régimen semipresidencial austriaco.

La Constitución de 1993 en la línea de la monarquía presidencial ha reiterado el absurdo principio de la responsabilidad penal restringida del Presidente sólo en determinados casos muy excepcionales por los cuales puede ser acusado, durante su período: por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los supuestos previstos en el Art. 134° de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral (Art. 117°). De modo que en la práctica la norma es prácticamente un escudo de inmunidad absoluta durante su mandato³⁹. A este respecto, debe superarse la extrema deferencia constitucional para la figura del Presidente de la República, abriendo la posibilidad del juicio político (*impeachment*) y la privación de su

39 En la sentencia Estados Unidos contra Lee, de 1882, dentro de la línea del *rule of law*, se declaró: «Ningún hombre en este país está tan alto que esté por encima del Derecho. Todos los agentes del Gobierno, desde el más alto al más bajo, son criaturas del Derecho y están obligadas a obedecerle». Sólo en Inglaterra, precisa la sentencia, «el monarca es contemplado con demasiada reverencia para estar sujeto a las exigencias del Derecho».

investidura en casos de delitos graves contra la administración pública, como es viable en los regímenes norteamericano y brasileño.

La segunda alternativa de reforma del régimen político es la de sincerar el presidencialismo. Esta segunda alternativa mas cercana a nuestra tradición política de Ejecutivo concentrado, consiste en adoptar un presidencialismo similar al norteamericano. En este modelo no habría las interferencias entre el Ejecutivo y el Congreso Bicameral propias del parlamentarismo. No existe la censura de ministros ni disolución de la Cámara política. De adoptarse este modelo el control parlamentario debería potenciarse asignando al grupo mayoritario de oposición la función de proponer una terna al Senado para el nombramiento del Contralor general.

El contrapeso a la figura del Presidente norteamericano radica en la presencia de un respetado Poder Judicial, con una Corte Suprema de altísima calidad, dentro de una estructura de Estado federal. El presidencialismo norteamericano no puede entenderse sin el federalismo. En el Perú hemos importado el presidencialismo pero sin descentralización.

En consecuencia, para adoptar este modelo se requiere previamente una radical descentralización del Estado mediante la regionalización del territorio.⁴⁰ Asimismo, como no tenemos tradición de una Corte Suprema guardiana de la constitucionalidad se requeriría restablecer un respetado Tribunal Constitucional que ejerza esa función. Sin esas dos condiciones necesarias no somos partidarios de adoptar el modelo presidencialista.

Finalmente, sería conveniente dentro de este modelo una renovación parcial de la Cámara de Diputados por mitades cada dos años. Así, el electorado manifiesta su satisfacción e insatisfacción con las políticas del Ejecutivo y del Congreso, ya sea respaldando al oficialismo o dándole mayoría a la oposición para una mayor fiscalización. Para este fin la renovación por mitades es más efectiva que la renovación por tercios⁴¹.

40 A nuestro juicio, los gobiernos regionales deben estar integrados por un ejecutivo regional presidencialista, elegido por sufragio directo para afirmar liderazgos regionales, una legislatura regional igualmente elegida por sufragio directo y un Consejo Económico y Social, integrado por representantes de la sociedad civil de carácter consultivo.

41 César Delgado Guembes. *Qué parlamento queremos*. Cultural Cuzco, Lima, 1992, p.407.

Apuntes sobre las labores de protección de los diferentes derechos fundamentales a nivel mundial

Reflexiones a la luz de la jurisprudencia emitida por los diversos Tribunales Internacionales de Derechos Humanos

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

1. Breves líneas acerca de la relevancia que ha adquirido el tratamiento de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo, y el importante rol que le corresponde a la jurisdicción internacional de los derechos humanos en dicho escenario

Pocos temas generan hoy tanto consenso dentro del constitucionalismo contemporáneo como el del reconocimiento de la relevancia adquirida por los Derechos Fundamentales dentro de los ordenamientos jurídicos de los diferentes países. Es más, a nivel doctrinario ya nadie discute que es imposible concebir un Estado social y democrático de derecho sin un verdadero respeto a la plena vigencia de dichos derechos¹.

Por otro lado, son muy significativos los avances alcanzados en el proceso de internacionalización de los derechos fundamentales, fenómeno por el cual no solamente se ha conseguido la plena consagración y vigencia de los mismos en diversos estados (a pesar de las limitaciones existentes sobre el particular en los ordenamientos jurídicos de varios de ellos), sino también se han configurado instancias y procesos específicos destinados a asegurar la completa realización de tan importantes

1 Ver en este sentido lo expuesto entre otros por Elías Díaz—«Estado de Derecho y Sociedad Democrática». Madrid, Edicusa, 1975; Francisco Fernández-Segado— **La Jurisdicción Constitucional en España**. Madrid, Dykinson, 1984, p.13 y ss.; o Pablo Lucas Verdú—«Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes». En: **Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político**, Universidad de Salamanca, mayo-octubre. 1957, p. 99 y ss., por citar solamente algunos nombres.

tareas tuitivas, conformando así lo que algunos ya consideran una verdadera jurisdicción internacional para la protección de estos derechos.

Sin embargo, en el desarrollo de las labores de defensa y promoción a las cuales venimos haciendo referencia, no solamente encontramos muchos avances como los aquí reseñados, sino también numerosas dificultades cuya relevancia no podemos soslayar. El objetivo del presente texto es pues precisamente, darnos una panorámica sobre el estado actual de la cuestión en este tan importante como delicado quehacer, a través de algunas experiencias específicas que en nuestra opinión son bastante representativas de las luces y sombras que el proceso de consolidación de la plena vigencia de los derechos debe hoy hacer frente. Pasemos pues a abordar de inmediato la tarea que nos hemos propuesto, para luego proceder a efectuar un comentario a modo de balance y síntesis de nuestra postura sobre el particular, compleja tarea en la cual –ojalá– nos desenvolvamos con suficiente fortuna.

2. Una positiva experiencia sobre el rol desempeñado por la jurisdicción internacional para la tutela de los derechos frente a las limitaciones existentes en algunos ordenamientos jurídicos nacionales para el desempeño de dichas labores: la aplicación de la teoría de los límites a los límites de los derechos fundamentales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

2.1. Breve explicación de lo previsto por el TEDH sobre el particular y sus implicancias

Es oportuno aquí aclarar que el hoy prácticamente unánime reconocimiento de la gran relevancia reconocida a los derechos fundamentales no debe ser obstáculo para admitir, tal como ya lo han hecho reiteradamente algunos de los más calificados constitucionalistas de nuestro subcontinente², que el ejercicio de cualquier derecho fundamental no

2 En este sentido opina, por ejemplo, Germán Bidart Campos, cuando en una de sus obras más destacadas hace suya aquella antigua fórmula del derecho judicial argentino mediante la cual se enuncia la «relatividad de los derechos y garantías constitucionales». Ver entonces al respecto lo planteado en Germán Bidart Campos– **La Corte Suprema. El Tribunal de Garantías Constitucionales**. Buenos Aires, Ediar, 2º ed., 1984, p.107.

conoce de restricción alguna, sino que más bien está necesariamente sometido a algunos límites, los cuales pueden ser intrínsecos o extrínsecos^{3 4 5}.

Ahora bien, la lucha por la erradicación de la arbitrariedad en el quehacer de quien o quienes se desempeñan como autoridades, afortunadamente obligó a los juristas europeos a configurar algunas alternativas propias al respecto, con la particularidad de que en el viejo continente estas fórmulas no fueron planteadas por los jueces ordinarios o por los Tribunales constitucionales de los diferentes ordenamientos

3 Como bien sabemos, límites internos o intrínsecos son aquellos que se desprenden de la misma naturaleza jurídica o de la función social de cada derecho fundamental, y que sirven para definir el contenido mismo de dichos derechos. En cambio, los límites extrínsecos serían más bien aquellos originados por factores externos a cada derecho fundamental, pero que el ejercicio de esas importantes potestades bajo ningún concepto puede dejar de respetar. Estos límites extrínsecos incluirían pues tanto al contenido y ejercicio de otros derechos fundamentales como a la existencia de un conjunto de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Acogemos entonces en líneas generales la clasificación empleada sobre el particular por Francisco Fernández-Segado— **El Sistema Constitucional Español**. Madrid, Dykinson, 1992, p. 169 y ss.

4 Y es que como bien se señala en los importantes trabajos existentes sobre esta materia, la finalidad del juicio o examen de razonabilidad no es solamente el de evitar que mediante la regulación legislativa del ejercicio de diversos derechos fundamentales se proceda a destruir, degradar o extinguir dichos derechos, sino que su objetivo primordial es el de evitar que la actuación del detentador del poder devenga en abusiva o arbitraria. Ello en mérito a que, como bien señala Bidart Campos (*Op. cit.*, p.108), lo razonable se opone a lo arbitrario, y siempre remite a una pauta de justicia.

5 Son muchos los trabajos que estudian los alcances de este juicio de razonabilidad en Argentina, evaluación que a su vez se sustenta en la defensa de la llamada dimensión sustantiva del *Due Process of Law* (o debido proceso legal), destacando nítidamente entre ellos el importante estudio de Juan Francisco Linares— **Razonabilidad de las Leyes**. Buenos Aires, Astrea, 1970.

En el estudio a su cargo Linares efectúa un minucioso estudio sobre la abundante jurisprudencia existente al respecto, jurisprudencia en la cual debemos incluir lo resuelto en Fallos 98-24, 253-154 o 300-700 (por solamente citar unos ejemplos), o las siempre interesantes —y hoy ya clásicas— sentencias emitidas en los casos Hileret y Rodríguez c/ Provincia de Tucumán (Fallos, 98-20) o «Cine Callao», también conocido como «el caso de los números vivos» (Fallos 247-121), sentencias de 1912 y 1960 respectivamente, aun cuando es por todos conocido que el primer antecedente que podemos hallar sobre este tipo de análisis se encuentra en el célebre proceso «Municipalidad de la Capital c. Isabel Viuda de Elortondo», proceso resuelto por la Corte Suprema Argentina en 1886 (ver sobre el particular Fallos 22-164).

jurídicos nacionales, sino que han sido consecuencia de una reiterada jurisprudencia pacientemente apuntalada por organismos con pronunciamientos de alcance internacional tales como el Tribunal europeo de Derechos Humanos.

Nos encontramos aquí entonces, tan igual como podemos acreditarlo en otras materias, frente a un importante ejemplo sobre como vienen aportando las diferentes instancias de jurisdicción internacional en el fortalecimiento de las labores de tutela de los derechos fundamentales de diversos ordenamientos jurídicos estatales^{6 7}, aspecto en el cual curiosamente no ha sido frecuente hacer mucha incidencia. Es más, habitualmente se suele soslayar como las múltiples construcciones jurisprudenciales elaboradas por estas instancias jurisdiccionales no solamente son útiles para consolidar el llamado proceso de internacionalización de los derechos fundamentales, sino que también tienen una

6 Bajo esta denominación de Jurisdicción Internacional estamos comprendiendo en principio a los tribunales previstos tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales de defensa de Derechos Humanos, aun cuando ello no nos impide reconocer la importante labor que comienzan a desempeñar en este escenario algunas instancias supranacionales o comunitarias como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), instancia que actualmente ya cuenta con importantes pronunciamientos sobre el particular. Una completa explicación sobre las funciones del TJCE y sus aportes a la Tutela de los derechos fundamentales en el viejo Continente la encontramos en Paloma Biglino Campos- «¿De qué hablamos en Europa cuando hablamos de Derechos Fundamentales?», artículo publicado en la **Revista de Estudios Políticos** N° 96, y luego reproducido en la **Revista Jurídica del Perú** N°16. Trujillo, Normas Legales, julio-setiembre 1988, p. 27 y ss.

Por otro lado, y frente al posible cuestionamiento que pueda plantearse sobre los alcances de los conceptos «Derechos Humanos» y «Derechos Fundamentales», aclaramos desde ya que nosotros asumiremos ambos conceptos como sinónimos, con la única salvedad de que empleamos la acepción «Derechos Humanos» para aquellos derechos contemplados en las diferentes declaraciones y demás mecanismos de protección internacional previstos sobre el particular; en cambio, los alcances del término «Derechos Fundamentales» únicamente estarían reservados al ámbito de los diversos ordenamientos jurídicos nacionales.

7 Por cuestiones de tiempo y espacio aquí solamente nos limitaremos a esbozar en líneas generales los alcances de la Teoría de los límites a los límites de los derechos fundamentales. Entonces, para un completo desarrollo de los alcances de dicha teoría, recomendamos revisar nuestro artículo «La construcción jurisprudencial de la Teoría de los límites a los límites de los derechos fundamentales como mecanismo tuitivo de la vigencia de dichos derechos». En: Cátedra. Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1999.

vital importancia para ir superando los vacíos y deficiencias todavía existentes para el tratamiento de estos temas al interior de los Estados que libre y soberanamente se someten a la competencia de dichas instancias. Sin embargo, la innegable relevancia de esta materia obliga a explicar con un mayor detalle la experiencia vivida en Europa con la denominada «Teoría de los límites a los límites de los Derechos Fundamentales», postura elaborada por el Tribunal europeo de Derechos Humanos que recién hoy viene permitiendo a diferentes países de dicho continente alcanzar conclusiones similares a algunas de las habitualmente obtenidas en otros contextos mediante la aplicación del ya mencionado examen de razonabilidad, tarea que en mérito al interesante marco garantista que nos proporciona consideramos conveniente desarrollar a continuación.

Como es de público conocimiento, el Tribunal europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante TEDH) es la instancia con atribuciones de carácter jurisdiccional instituida para preservar el pleno cumplimiento de las prescripciones recogidas en el Convenio europeo de Derechos Humanos (CEDH). Este convenio (entendido por el TEDH como un parámetro o pauta mínima de obligatorio cumplimiento y tutela no solamente para todos los Estados signatarios del tratado internacional al cual venimos haciendo referencia, sino incluso también para los particulares residentes en dichos estados) le ha permitido al Tribunal de Estrasburgo⁸, dentro de las múltiples construcciones jurisprudenciales efectuadas por dicha instancia para neutralizar los arrestos arbitrarios de los gobernantes y apuntalar así mejor la defensa de diversos derechos fundamentales⁹, el no circunscribirse únicamente

8 Referencia vinculada con la ciudad en donde tiene su sede el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la ciudad de Estrasburgo (Francia). Ello también permite distinguirlo de aquella otra importante instancia con atribuciones jurisdiccionales dentro del viejo Continente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), con sede en Luxemburgo. Ahora bien, entre ambas instancias existen también otras importantes diferencias, siendo tal vez la más saltante el carácter comunitario de las labores del TJCE, tema que hemos abordado en otros trabajos.

9 Y es que la Teoría de los límites a los límites no es la única importante construcción jurisprudencial apuntalada por el Tribunal europeo de Derechos Humanos como parte de su estrategia tuitiva de la plena vigencia de diferentes derechos fundamentales. En esta misma línea va, por ejemplo, las evaluaciones destinadas a determinar cuando nos encontramos ante un trato discriminatorio (el llamado test de igualdad)

a señalar (tal como lo hace en caos como el Ciulla) que los límites reconocidos al ejercicio de los diversos derechos recogidos en el CEDH deben ser interpretados restrictivamente, sino además el poder pasar a exigir que para dichas limitaciones resulten compatibles con el Convenio europeo de Derechos Humanos, las mismas que además deben responder a una serie de prescripciones¹⁰, las cuales en líneas generales pueden ser reconducidas dentro de estas tres aseveraciones:

- a. Que los límites estén previstos en una ley anterior a su imposición al caso concreto que fuese de conocimiento del Tribunal europeo de Derechos Humanos: este criterio, invocado por el TEDH en reiteradas ocasiones, requiere sin embargo de importantes precisiones, máxime si en el escenario europeo la configuración del sistema de fuentes es muy distinta en función del ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados suscriptores del Convenio europeo de Derechos Humanos.

Así por ejemplo, y desde el célebre caso *Sunday Times* (1979), el TEDH aclarará que su concepto de ley no se refiere exclusivamente

o frente a un proceso con un plazo razonable. Un buen acercamiento a estos aportes lo encontraremos en Teresa Freixes, «Las principales construcciones jurisprudenciales del TEDH». En: **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió** N° 10/11. Valencia, Universidad de Valencia, 1995, pp. 99-114.

10 Y es que si bien previsión legal, necesidad y proporcionalidad son en estricto las consideraciones exigidas por la construcción jurisprudencial del TEDH que aquí venimos analizando, un estudio más detallado de los diferentes pronunciamientos de dicho tribunal nos demuestra como también existen referencias a que los límites deben ceñirse a objetivos constitucionales (objetivos que, claro está, coinciden con aquellos que inspiran y/o están recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos); ser eficaces, idóneos o congruentes para obtener el fin propuesto; respetar el contenido esencial del derecho cuyo ejercicio ha sido limitado; constituir la alternativa menos gravosa o restrictiva para el normal desenvolvimiento del derecho fundamental en juego; y encontrarse debidamente motivados o fundamentados.

Asimismo, el TEDH ha sido reiterativo en insistir (criterio que por ejemplo también ha recogido el Tribunal Constitucional Español en su STC 26/1981) que la justificación de la limitación impuesta al ejercicio de un derecho fundamental (o dicho en términos más bien de corte procesal, la carga de la prueba de la validez de ese comportamiento restrictivo) corresponde a la autoridad que limita el ejercicio de dicho derecho, postura que, como luego veremos, es muy similar a la asumida por la judicatura argentina en la aplicación del denominado juicio de razonabilidad.

a aquellas normas aprobadas a nivel parlamentario siguiendo un procedimiento supuestamente respetuoso del pluralismo que caracteriza a la composición de dicha institución, sino que asume como ley a toda disposición expresada con la suficiente claridad como para permitirle a cualquier ciudadano adaptar su conducta a lo allí dispuesto¹¹. Es por ello que, consecuentemente con dicha línea de pensamiento, este alto Tribunal considerará también como requisitos para definir si estamos o no ante una ley tanto a la necesaria publicidad oficial de las disposiciones sometidas a su análisis (en este sentido se pronuncia, entre otros procesos, en los casos Silver (1983), Malone (1984), etc.) como a la determinación sobre si existe en el ordenamiento jurídico del país adherente al convenio una reserva de la ley para la regulación de estos temas¹². Fueron este tipo de requerimientos los que permitieron al TEDH concluir que en casos como el Silver ley no solamente es la ley penitenciaria inglesa, sino también el Reglamento de Prisiones vigente en aquel momento en dicho país, no pudiendo decirse lo mismo de una serie de instrucciones y circulares emitidas por las autoridades penitenciarias inglesas, en mérito a que éstas no habían sido publicadas oficialmente¹³.

Por otro lado, y además de esta comprensión más bien flexible del concepto de ley empleada por el TEDH (comprensión sustentada en consideraciones que bien podrían ser aplicadas a contextos completamente diferentes al europeo), es justo resaltar que frente al cada vez más polémico tema de la determinación de los márgenes de

11 Lo expuesto implicará también que cualquier ciudadano pueda ser capaz de, recabando los asesoramientos del caso, prever razonablemente las consecuencias que deberá producir un acto suyo contrario a la disposición a la cual el TEDH finalmente le reconocerá el carácter de Ley ya antes reseñado. Opina en este mismo sentido, Teresa Freixes—*Op. cit.* p. 103.

12 Es más, del mismo caso Malone se desprende que no solamente debe apreciarse si existen o no reservas de ley en función del tema en cuestión, sino también si el ordenamiento jurídico del estado signatario del TEDH acoge este tipo de previsiones.

13 Así es como el TEDH terminará también considerando como ley a aquellos reglamentos dictados por el gobierno francés al amparo de lo previsto sobre el particular en la Constitución de su Quinta República (1958), así como a todo reglamento autónomo, decreto legislativo o decreto de urgencia, normas en las cuales existe consenso en reconocerles fuerza o eficacia de ley.

acción reconocidos como propios del legislador estatal¹⁴, también podemos apreciar como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha establecido una clara posición al respecto, señalando que si bien se reconoce que el legislador estatal posee cierta discrecionalidad para imponer restricciones al ejercicio de determinados derechos, sus poderes no son ilimitados, y por ende, debe proporcionar garantías suficientes ya adecuadas para así por lo menos intentar evitar la comisión de abusos¹⁵.

- b. Que los límites sean necesarios para conseguir un fin legítimo en una sociedad democrática: estamos aquí frente a un concepto cuyos alcances no son fáciles de precisar, en parte debido a que la formulación del mismo ha sido progresivamente evolucionando en la jurisprudencia que el TEDH ha emitido a lo largo de todos sus años de existencia. Y es que si bien originalmente el Tribunal europeo de Derechos Humanos señalaba que la referencia a lo necesario no debía entenderse como sinónimo de indispensable (postura asumida por el TEDH en el caso *Handyside* (1976)¹⁶, luego pasará a afirmar que el término necesario implica la existencia de una exigencia social imperiosa (Caso *Dudgeon* (1981)), exigencia que obliga a la toma

14 Y es que el hoy indiscutido reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución no implica que ni la labor legisferante ni el producto de la misma, la ley, se hayan reducido a una mera aplicación mecánica de lo ya prescrito en el texto constitucional. Nada más lejano a la realidad que ello, pues la misma formulación más bien genérica de los diversos preceptos constitucionales da al legislador un amplio margen de acción sin que ello esté violentando lo previsto en la máxima norma del ordenamiento jurídico de cada país el legislador mantiene pues una gran discrecionalidad en su labor, aún cuando dentro de parámetros de carácter constitucional ya previamente establecido.

15 En este sentido, está por ejemplo lo resuelto en el caso *Klass*. Ahora bien, y tal como expresamente también lo señala dicho caso, no es necesario que las garantías a las que hacemos mención estén incluidas en la misma norma mediante la cual se ha procedido a limitar el ejercicio de alguno o algunos de los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

16 Cabe anotar además como en el caso «*Handyside*» el TEDH también incluye dentro de estos parámetros a la necesidad de proteger la moral, a pesar de reconocer la ausencia a nivel europeo de una noción uniforme de moral. Por ello resulta harto comprensible que esta referencia no haya sido en principio reiterada en los siguientes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que se ha empleado la construcción jurisprudencial a la cual venimos haciendo referencia.

de medidas que de todos modos, han de ser justificadas por la autoridad competente (Caso Gillow (1986)), con argumentos suficientes y pertinentes (Caso Sunday Times (1979)).

Por otro lado, el caso Young, James y Webster (1981) permitió al Tribunal europeo de Derechos Humanos anotar que los límites considerados como necesarios para sostener una sociedad democrática no deben entenderse como sinónimos de «útiles» u «oportunos», por lo cual ni la utilidad ni la oportunidad pueden ser esgrimidas como criterios para justificar la imposición de restricciones al ejercicio de diversos derechos fundamentales¹⁷; y finalmente, en el caso Malone se consideraba que el cumplimiento del requisito de necesidad solamente puede darse si las medidas concretas tomadas recogían también suficientes garantías para evitar el uso abusivo de las mismas.

No quisiéramos concluir este apartado de nuestro relato sin precisar cuáles serían por lo menos algunos de los fines considerados como legítimos, y por ende, justificantes de una posible restricción al ejercicio de algunos derechos fundamentales. Aquí conviene por ejemplo hacer referencia a lo prescrito en el caso Klass (1978), en donde se señala como fines considerados legítimos (y por ello, susceptibles de recibir alguna clase de tutela) dentro de una sociedad democrática a la seguridad nacional, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales.

- c. Que los límites sean proporcionales con relación al fin legítimo perseguido: Estamos aquí ante un tema ya esbozado en el caso «*Sunday Times*», pero desarrollado con un especial énfasis en «Young, James y Webster».

Resulta entonces importante resaltar cómo en el último proceso al cual hemos hecho mención, el TEDH no solamente exigió que las consideraciones esgrimidas para afectar la intimidad personal de los recurrentes debían ser especialmente relevante y adecuadas al fin perseguido, sino que también procedió a analizar si la restricción impuesta en este caso preciso era proporcional al fin social en el cual

17 Ahora bien, aquí también debemos efectuar algunas precisiones, pues ya desde el caso Handyside la necesidad invocada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos exigía tener una especial relevancia, correspondiéndole a los Estados signatarios del CEDH el formular la valoración inicial de dicha necesidad (aporte del TEDH ya esbozado en el «Handyside», pero explicitado en el caso «Sunday Times»).

reclamaba justificarse: el Tribunal para ello buscará tomar en cuenta los cambios que se hayan producido dentro de la opinión ciudadana en la percepción de los temas aquí abordados, elemento que considerará capital para apuntalar o recusar la pertinencia del límite invocado, sugere postura que sin embargo ya ha causado no pocos cuestionamientos¹⁸.

2.2. Análisis preliminar sobre las semejanzas y diferencias entre la Teoría de los límites a los límites de los Derechos Fundamentales y el juicio de razonabilidad, así como acerca de los efectos que puede generar la aplicación de esta construcción jurisprudencial en el caso europeo

Una exhaustiva revisión de los ordenamientos jurídico-constitucionales contemporáneos habitualmente vistos como los técnicamente mejor estructurados nos demuestra cómo el grueso de dichos ordenamientos nacionales hasta hoy no suelen contar con prescripción alguna sobre los alcances que pueden tener las diversas limitaciones susceptibles a imponerse al ejercicio de los diferentes derechos fundamentales. El riesgo de un comportamiento arbitrario y abusivo de quienes se desempeñan como detentadores del poder es pues insoslayable.

Justamente contra ese tipo de peligros es que aparecen construcciones jurisprudenciales como las de la Teoría de los límites a los límites de los Derechos Fundamentales y el examen o juicio de razonabilidad. Ahora bien, es evidente que a pesar de responder en abstracto a una misma finalidad, existen algunas diferencias en la configuración de ambas construcciones jurisprudenciales. Así por ejemplo, y si bien el TEDH

18 Y es que si bien aun cuando este tipo de interpretaciones es sin duda interesante y hasta cierto punto necesaria si nos encontramos ante una norma como el Convenio europeo de Derechos Humanos, la cual debe aplicarse a situaciones bastante heterogéneas entre sí, coincidimos plenamente con quienes consideran que asumir posturas como la aquí reseñada presentan el gran inconveniente de introducir elementos de inseguridad jurídica que finalmente quiebren la pauta o parámetro mínimo de efectividad de los derechos que precisamente busca alcanzarse con la aplicación del Convenio europeo de Derechos Humanos. En este mismo sentido opina, por ejemplo, Teresa Freixes—*Op. cit.* p.104.

reconoce que determinadas autoridades de cualquier estado tienen la capacidad de regular diversas situaciones con cierta amplitud de criterio, labor que pueden desempeñar a través de un mecanismo al cual habitualmente se le denomina como «Ley» (aún cuando éste no sea en rigor una ley formal¹⁹), sin duda alguna el margen de acción que proporciona el examen de razonabilidad al juzgador parece ser mucho mayor, ya que dicha evaluación, siguiendo las constataciones efectuadas por Germán Bidart Campos sobre el particular, no solamente se deduce de las leyes, sino que es extensiva a todos los actos estatales y de los particulares, como que en el amparo –por ejemplo– la arbitrariedad del acto lesivo es la herramienta clave para la procedencia del remedio, incluso también cuando la lesión proviene de actos de esos mismos particulares^{20 21}.

19 Tal como ya hemos señalado en otro apartado del presente trabajo, el TEDH asume como ley a toda disposición en la cual se aborda cualquiera de los temas de los cuales el ordenamiento jurídico del país en cuestión ha admitido la existencia de una reserva legal, y además, a la que se reconoce el cumplimiento de determinados requisitos de publicidad oficial.

20 Ver al respecto Germán Bidart Campos–*Op. cit.* p.116.

21 Ahora bien, resulta interesante anotar como en principio la Corte Suprema Argentina señala que su interpretación de las leyes acusadas de restringir el ejercicio de algunos derechos fundamentales se efectúa en función a lo previsto en la ley, y no en términos de cómo se interpreta o aplica dicha norma (ver, entre otros, Fallos 294-283). Sin embargo, nadie puede negar como en ocasiones la preocupación de dicha Corte se ha centrado en analizar como fue interpretada o aplicada una ley, o, dicho en otras palabras, cuales fueron las consecuencias y resultados obtenidos en su aplicación (en este sentido revisar Fallos 234-482 o el caso “Barros” (1979 Fallos 301-151). Es más, si estamos de acuerdo con lo señalado por Juan Francisco Linares sobre el particular (*Op. cit.*, p.139), la Corte Argentina, en aquellos casos a los cuales considera como de clara irracionalidad técnico-social, ha procedido a pronunciarse sobre el manejo técnico o la conveniencia de las leyes. Corroborarían este planteamiento, entre otros ejemplos, lo resuelto en Fallos 132-402 (1920), 147-402 (1926), 150-89 (1927), 160-247 (1931) o 264-417 (1966).

Y es que, aun cuando existe algún precedente discordante (revisar al respecto Fallos 294-383), en líneas generales para la Corte Suprema Argentina «una ley puede ser atacada de inconstitucional no tan solo por lo que es en sí, sino por la interpretación con que ha sido aplicada por los tribunales locales y competentes». Es en este sentido que podemos encontrar numerosa jurisprudencia, jurisprudencia entre la cual destaca lo recogido en Fallos 186-353, o lo resuelto en el caso Cintioni Valdez C. (1979, Fallos 301-319). Lo expuesto entonces nos lleva al desarrollo de parámetros de inter-

Por otro lado, y en lo referente a la búsqueda de un fin lícito o legítimo en una sociedad democrática, la postura asumida por el Tribunal europeo de Derechos Humanos se acerca mucho más a las exigencias reclamadas por la judicatura norteamericana que a lo tradicionalmente requerido por los juzgadores argentinos; pues a diferencia de lo que habitualmente ocurre en Argentina, en donde salvo en lo resuelto en algunos casos más bien recientes como el *Repetto*, normalmente para considerar una decisión como razonable bastará con acreditar que existe una proporción adecuada entre el medio escogido y el fin buscado, la declaración de razonabilidad o irrazonabilidad en los Estados Unidos de América implicará junto a la no existencia de otra alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos fundamentales, el cumplimiento de un fin considerado como lícito dentro del ordenamiento jurídico norteamericano²².

Lo recientemente expuesto no quiere decir que la máxima instancia jurisdiccional argentina se haya desentendido de señalar cuando consi-

pretación similares a los empleados por el Tribunal europeo de Derechos Humanos, quien al confrontar lo previsto en los ordenamientos jurídicos de los países signatarios del CEDH no se circunscribe a aplicar lo explícitamente previsto en las leyes sometidas a su análisis, sino que hace su propia interpretación sobre el contenido y alcances de las mismas, interpretación que toma siempre en cuenta la opinión social dominante (en otras palabras, la forma como se entienden, aplican y asumen dichas leyes) existente al respecto. Ahora bien, es indispensable también reconocer que en el caso europeo estas interpretaciones deben estar cuidadosamente efectuadas y justificadas para que pueda admitirse su compatibilidad con lo previsto por el Convenio europeo de Derechos Humanos.

22 La mayor exigencia del cumplimiento de determinadas pautas para una declaración de razonabilidad o irrazonabilidad en el caso norteamericano ha tenido en nuestra opinión estrecha vinculación con el tema de determinar a quien dentro de un proceso le corresponde probar la irrazonabilidad de la decisión que viene cuestionándose. Así pues, mientras que en Argentina prima una presunción de constitucionalidad de la ley, y por ende, la irrazonabilidad debe ser probada por quien la alega (ver al respecto Fallos 247-121), en los Estados Unidos, y luego de una larga evolución de la jurisprudencia norteamericana sobre el particular, es por lo menos desde «*Bakke*» (1978), obligación de la autoridad cuya decisión restringe el ejercicio de algún derecho el acreditar que su actuación es necesaria para alcanzar el fin que venía persiguiendo. Un interesante estudio sobre el tratamiento dado a estos temas en los Estados Unidos de Norte América es indudablemente el efectuado por Miguel Angel Ekmekdjian y Pedro Siegler—Discriminación inversa: un fallo trascendente de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En : *El Derecho*, t. 93, p.886.

dera encontrarse frente a un fin lícito, y por ende, a una restricción razonable al ejercicio de algún derecho fundamental. Es más, y muy aparte de algún pronunciamiento más bien reciente más apegado a los patrones norteamericanos, eso es precisamente lo que hace en el célebre caso «Cine Callao», también conocido como el caso de los números vivos (Fallos, 247-121), en donde como bien sabemos la Corte asume como límites lícitos a la autonomía de la voluntad y la libertad de contratar de los dueños del cine antes mencionado a la creación de puestos de trabajo para artistas desocupados y a la preservación del patrimonio artístico de la sociedad. Sin embargo, justo es también anotar como en ese mismo proceso esa importante instancia jurisdiccional aclara que no le compete controlar la razonabilidad de los fines perseguidos por la ley, sino la razonabilidad del medio empleado para alcanzar esos fines, tema que abordaremos cuando analicemos el requisito de la proporcionalidad o adecuación del medio al fin buscado²³. La postura asumida por el TEDH en este punto parece entonces ser bastante más radical, aunque, como bien podemos suponer, no han sido pocos los problemas que dicho tribunal ha debido afrontar para determinar cuando se encuentra ante un fin lícito y cuando la invocación a uno de estos fines es realmente pertinente.

Mención aparte merece el análisis efectuado desde ambas posturas jurisprudenciales sobre los medios (restrictivos del ejercicio de algunos derechos fundamentales) empleados para conseguir el fin pretendido. Como es por todos conocido, la Corte Suprema Argentina tradicionalmente se ha limitado a analizar si los medios (leyes) usados para alcanzar los fines buscados por la autoridad (legislador) son los adecuados o los proporcionales para cumplir con dicha tarea (en este sentido en-

23 Esta postura asumida por la Corte Suprema Argentina pareciera no haber sido acogida en lo resuelto en el caso «Canale C. Provincia de Mendoza» (1913, Fallos 118-278). En su sentencia sobre el particular la Corte dirá que en situaciones extraordinarias de manifiesto e insalvable conflicto entre medidas aparentemente tomadas para proteger la salud pública y lo prescrito en la Constitución Nacional le compete revisar no solamente si las mismas no tienen relaciones con sus fines aparentes, sino también si en ellas se ha desconocido derechos primordiales que el Poder Judicial debe amparar. Ahora bien, basta con efectuar un estudio algo más riguroso de lo resuelto en este proceso para comprobar como lo único realmente sometido a evaluación fue el medio empleado para intentar alcanzar los fines previstos, y no la licitud de los fines invocados.

contramos casos como los recogidos en Fallos 247-121, 98-20, 171-348, 199-485, y un largo etcétera)²⁴. El determinar si la autoridad debió elegir los medios dispuestos en una ley (o eventualmente mediante algún otro acto gubernamental, añadimos nosotros) u otros más eficaces y menos gravosos para la vigencia de los derechos fundamentales no sería entonces parte del análisis judicial de razonabilidad a tenor de lo planteado en múltiples pronunciamientos de la Corte, pronunciamientos entre los cuales conviene resaltar el recogido en Fallos 199-483.

Aquí sí fácilmente podemos pues apreciar como la postura asumida en este tema por el Tribunal europeo de Derechos Humanos guarda significativas coincidencias con lo previsto en el caso argentino, sobre todo a la luz de lo resuelto en procesos como los ya citados «Young, James y Webster» y «Dudgeon». Ahora bien, una reflexión sobre las diferencias a las cuales recientemente hemos hecho referencia nos permite apreciar como incluso esas diferencias, sin con ello querer soslayar su importancia, en esencia no nos llevan a conclusiones enfrentadas entre sí, ni a un tratamiento del tema abordado por ambas que sea sustancialmente distinto. Sin duda alguna, nos encontramos ante dos construcciones jurisprudenciales que con sus más y sus menos resultan muy similares, y pueden en el futuro proporcionarse mutuamente elementos que permitan a una enriquecerse con algunos de los logros conseguidos por la otra y viceversa.

Podemos entonces concluir este apartado de nuestro trabajo reconociendo que gracias a una construcción jurisprudencial como la de la Teoría de los límites a los límites de los Derechos Fundamentales ya existe en Europa (y sobre todo en Europa continental), muy a despecho de las restricciones existentes como consecuencia de la particular evolución de su constitucionalismo, una pauta para el razonamiento judicial que se encuentre en condiciones de generar efectos tan bene-

24 Ahora bien, el reconocimiento de que a la Corte solamente le interesa que el medio empleado guarde proporción o adecuación con el fin perseguido no impide que este Alto Tribunal, si lo considera pertinente, efectúe análisis, valoraciones y ponderaciones de las circunstancias que llevaron a tomar dichas medidas. Ello fue lo que ocurrió por ejemplo, en el célebre caso «Avico c. De La Pesa» (1934, Fallos 172-21). Sin embargo, y como bien anota Bidart Campos (*Op. cit.* p. 115), lo expuesto bajo ningún concepto debe entenderse como un reconocimiento a la posibilidad de que los juzgadores puedan imponer sus criterios de conveniencia, eficacia económica o eficacia social, desconociendo así lo prescrito por el Congreso sobre el particular.

ficiosos como los aportados por el examen o juicio de razonabilidad en los casos argentino o norteamericano. Sin embargo, nos queda aún por analizar un tema de indudable importancia: el de cómo asegurar la aplicación de estos criterios jurisprudenciales en un contexto tan heterogéneo como el que podemos encontrar en los diversos países signatarios del CEDH, máxime cuando algunos de ellos responden incluso a tradiciones jurídicas radicalmente diferentes. Es pues aquí donde la denominada Jurisdicción Internacional de los Derechos Humanos viene cumpliendo y está llamada a cumplir un rol trascendental en el fortalecimiento de la vigencia de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, tema sobre el cual siquiera efectuaremos algunos breves alcances.

2.3 La labor del Tribunal europeo de Derechos Humanos (TEDH) destinada a asegurar la aplicación de la Teoría de los límites a los límites en los países signatarios del CEDH como ejemplo del importante rol que corresponde a la jurisdicción internacional en el fortalecimiento de la plena vigencia de los diferentes derechos fundamentales

Nos encontramos entonces indudablemente ante un instrumento de indisimulable significación para preservar la plena vigencia de los Derechos Humanos o Derechos Fundamentales, según la denominación que queramos emplear al respecto²⁵, máxime si del mismo texto del CEDH se desprende que de lo previsto en dicha norma o de la aplicación de la misma que hace el TEDH se configuran una serie de interpretaciones de aplicación general para todos los derechos, interpretaciones que a su vez resultan de obligatorio cumplimiento en los ordenamientos jurídicos de los Estados suscriptores del Convenio europeo de Derechos Humanos. Es importante además anotar, como dicha obligatoriedad no solamente es exigible a las Administraciones Públicas de aquellos Estados, sino también en la actuación cotidiana de los mismos particulares que residen en ellos. Ahora bien, justo es señalar que la forma en la cual se reconoce dicha obligatoriedad se ubica den-

25 Sobre la comprensión que le otorgamos aquí a los conceptos «Derechos Humanos» y «Derechos Fundamentales», recomendamos volver a remitirse a lo expuesto en la nota seis del presente trabajo.

tro de los parámetros de estándar mínimo (prima lo dispuesto en el CEDH o por el TEDH solamente si asegura un mayor nivel tuitivo que lo ya previsto por el ordenamiento jurídico del Estado parte del Tratado Internacional al cual venimos haciendo referencia), lo cual parece tener la ventaja adicional de preservar la vigencia del escenario que apuntale una mejor defensa de los Derechos Fundamentales.

Estas últimas aseveraciones van a tener a su vez como importante consecuencia: la de asumir que el texto del CEDH y las diversas construcciones jurisprudenciales que hace el Tribunal de Estrasburgo en base a dicho Tratado Internacional (y entre ellas, la Teoría de los límites a los límites de los Derechos Fundamentales) se integran marcando importantes pautas dentro del ordenamiento jurídico de los diferentes países signatarios del CEDH, países cuyos sistemas de derechos pasan a comprenderse asumiendo los parámetros interpretativos elaborados por el Tribunal europeo de Derechos Humanos. Curiosamente entonces, y a pesar de algunas significativas limitaciones aún subsistentes al respecto, la tradicionalmente restrictiva perspectiva del margen de acción otorgado en estos temas al juez europeo parece ir hoy más bien acercándose a una postura en la cual los derechos fundamentales, sus alcances e interpretación en el viejo continente únicamente es aquella que el Convenio europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Estrasburgo explícitamente admiten como válida²⁶, muy a despecho de las previsiones constitucionales de cada estado firmante del CEDH en particular²⁷.

26 Sin embargo, justo es reconocer que la validez de esta última aseveración – cuyas reminiscencias a lo señalado por Oliver Wendell Holmes con respecto al caso norteamericano son a todas luces inocultables– no es tan concluyente como se quisiera, pues el proceso de integración y adecuación aquí descrito debe todavía hacer frente a importantes resistencias existentes al respecto. Pruebas de ello son por ejemplo algunos fallos del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el particular, así como la discutida y discutible comprensión de los tratados como canon de constitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional Español, temas cuyo análisis desafortunadamente rebasan los alcances del presente trabajo.

27 Ahora bien, y como ya adelantábamos siquiera someramente en otro apartado de este mismo texto, lo que hace aun más interesante esta incorporación de lo previsto por la Jurisdicción Internacional Europea al derecho interno de los países signatarios del CEDH es que lo resuelto en dicha instancia, en función del artículo 60 del tratado internacional antes mencionado (norma en la cual a saber se dice que “nin-

La obligatoriedad que estaría otorgándosele a los preceptos y construcciones jurisprudenciales a los cuales hemos hecho referencia ha permitido entonces, entre otros logros, convertir a la Teoría de los límites a los límites en un eficaz instrumento para proporcionar alternativas mediante las cuales se asegura que el legislador y los demás aplicadores de las normas reguladoras del ejercicio de los derechos fundamentales respeten la plena vigencia de los mismos. Ello colateralmente además ha otorgado un importante elemento para incentivar no solamente el reconocimiento en toda Europa de la llamada dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales²⁸, incluso en aquellos estados cuyos textos constitucionales o los pronunciamientos de sus instancias de Jurisdicción Constitucional²⁹ no la habían contemplado expresamente³⁰, sino también para apuntalar la necesidad de respetar la exis-

guna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro convenio en que ésta es parte”), se incluye como un estándar o nivel mínimo. Lo que se quiere decir con ello es que si la regulación prevista en el país parte del CEDH es más tuitiva de los derechos fundamentales que lo previsto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o lo resuelto por el TEDH en particular, la aplicación de dicho tratado y estos criterios jurisprudenciales pueden ser en este asunto en específico ser dejados de lado. Lógica distinta es por ejemplo la invocable en lo referente a la normatividad comunitaria europea, la cual, al no plantearse como estándar mínimo puede desafortunadamente en algunos casos constituirse en nuestra modesta opinión en un riesgo de restricción al pleno ejercicio de determinados derechos en comparación a lo reconocido en ciertos ordenamientos jurídicos en particular.

28 Apelamos con esto a la moderna interpretación sobre los alcances de los derechos fundamentales que pone el énfasis en resaltar como su contenido y alcances van más allá de las siempre respetables pretensiones originarias de sus titulares, constituyendo hoy primordialmente un elemento básico para la configuración, comprensión y aplicación del ordenamiento jurídico de cualquier Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo.

29 Sobre la pertinencia de emplear los términos «Justicia» o «Jurisdicción» Constitucional, asumimos como más técnico y riguroso el acogernos a esta segunda acepción. En este mismo sentido recomendamos ver el esclarecedor análisis efectuado por Domingo García Belaunde—«Sobre la jurisdicción constitucional». En: Aníbal Quiroga León (Compilador) —**Sobre la jurisdicción constitucional**. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p.25 y ss., especialmente pp.29-31.

30 En este sentido apuntan los pronunciamientos del TEDH en los ya conocidos casos «Handyside» y «Plataforma *Arzte für das Leben*», procesos en los cuales el Alto

tencia, regulación y demás alcances de todo lo referente a los derechos fundamentales en las diversas relaciones existentes entre particulares³¹. La importancia que en situaciones como las aquí descritas ha tenido la labor de una instancia de jurisdicción internacional como el TEDH es pues insoslayable, y además, constituye un interesante precedente que bien valdría la pena continuar.

Sin embargo, lo aquí expuesto no es obstáculo para reconocer como lamentablemente la consagración de escenarios tan auspiciosos como aquel al cual acabamos de hacer referencia es todavía susceptible de ser neutralizada o mediatizada si es que no se consiguen afirmar alternativas que permitan superar algunas evidentes limitaciones hoy existentes para asegurar la plena vigencia de lo resuelto por las diferentes instancias que actualmente componen la denominada Jurisdicción Internacional. Muy recientemente hemos visto en América Latina uno de estos casos, vinculado al abierto rechazo expresado por el gobierno del ingeniero Alberto Fujimori a acatar el fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Castillo Petruzzi y otros», proceso en el cual se condenó al Estado peruano el 30 de mayo de 1999 por considerarse que se había violado diversos preceptos de la Convención americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Sin ánimo de narrar aquí en detalle lo ocurrido en dicho caso, pasaremos pues a explicar muy sucintamente lo ocurrido al respecto para así tener una idea cabal sobre cuán difícil le resulta a una instancia encargada de tutelar internacionalmente los Derechos Fun-

Tribunal pondrá especial énfasis en resaltar la obligación estatal de garantizar la plena efectividad de derechos tan importantes como las libertades informativas y el derecho a manifestarse respectivamente.

31 Al respecto resulta sumamente ilustrativo lo resuelto en el caso «X e Y contra los Países Bajos», proceso en el cual el TEDH garantizó la obligatoriedad del Convenio europeo de Derechos Humanos y de sus propias construcciones jurisprudenciales no solamente para los Estados signatarios del CEDH, sino también en las relaciones con y entre particulares. Estupendos análisis sobre la pertinencia de esta aseveración en el escenario europeo, así como de las evidentes dificultades existentes para asegurar su completo cumplimiento son, entre otros, los efectuados por Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid, Cec-Boe, 1997; y anteriormente, el trabajo conjunto de Jesús García Torres y Antonio Jiménez Blanco—*Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid, Civitas, 1986.

damentales el afrontar un problema tan delicado como el de preservar la plena ejecución de sus fallos, elemento central para asegurar que sus pronunciamientos surtan los efectos deseados por todos nosotros.

3. El problema de la ejecución de las sentencias como grave limitación al pleno desarrollo de la tutela de los derechos por instancias de carácter internacional a la luz de lo ocurrido en el caso «Castillo Petruzzi y otros contra el estado peruano»

- 3.1. Algunos alcances sobre el desarrollo del caso «Castillo Petruzzi», así como acerca del pronunciamiento de la Corte interamericana de Derechos Humanos al respecto

Como es de conocimiento general, toda la década de los ochenta y buena parte de la de los noventa el Perú vivió una gran convulsión social generada por el accionar terrorista de los grupos subversivos Sendero Luminoso (SL) y Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). Durante todo ese tiempo la estrategia antisubversiva asumida por los diferentes gobiernos peruanos siempre fue muy criticada por considerarse que era abiertamente violatoria de varios derechos fundamentales. Dicha percepción se hizo bastante más acentuada con la serie de decretos leyes dictados sobre el particular por el fujimorismo luego del autogolpe de abril de 1992.

Y es que luego de dictarse el Decreto Ley N° 25475, norma en la cual se tipifica a las manifestaciones subversivas más graves como parte del delito de terrorismo agravado. Ahora bien, muy pronto y gracias a los decretos leyes N° 25659 y N° 25708 estos casos de terrorismo, en los cuales ya se contaba con temas tan drásticos como la de la cadena perpetua, fueron asimilados a la figura de traición a la patria y sometidos a la competencia de jueces militares «sin rostro»³². En el segui-

32 Se habla de jueces «sin rostro» cuando nos encontramos frente a situaciones en las cuales la identidad del juzgador o los juzgadores es mantenida en el anonimato para así preservarles de presiones destinadas a condicionar el sentido de sus fallos. Este ha sido un sistema frecuentemente utilizado para proteger a quienes se han desempañado como jueces haciendo frente a casos de terrorismo o de delincuencia organizada, pero habitualmente ha sufrido múltiples cuestionamientos por considerarse que implica un

miento de estos procesos se establecen una serie de importantes restricciones a las labores de los abogados de los acusados por subversión, restricciones que en nuestra opinión son abiertos e injustificados recortes al llamado derecho de defensa³³.

A lo expuesto hay que añadir además lo dispuesto por el Decreto Ley N° 25499, o Ley de Arrepentimiento, y sus perniciosos efectos de comprometer a ciudadanos inocentes en las investigaciones, procesos y condenas por terrorismo³⁴. Finalmente, a través de normas de similar naturaleza y características de las disposiciones antes mencionadas se procede a establecer una serie de condiciones para el desarrollo de los procesos y el encarcelamiento de los presuntos o comprobados subversivos realmente atentatorias de la libertad, dignidad y la integridad personal³⁵. Es en este contexto en el cual, luego de una larga investi-

límite completamente desproporcionado al ejercicio de algunas de las garantías más importantes para conseguir la consagración de un debido proceso.

33 Algunas de esas restricciones son notorias en el caso «Castillo Petruzzi y otros», pues en dicho proceso, en estricta aplicación de la normatividad a la cual hacemos referencia, se proporcionó a los abogados de los condenados por terrorismo un acceso sumamente restringido al expediente que recogía dicho proceso (en ningún caso el plazo en cuestión fue por más de una hora, el cual le fue otorgado a los abogados de los presuntos subversivos chilenos solamente en una ocasión el día anterior a la lectura de la sentencia de primera instancia, muy a pesar que el expediente al que venimos haciendo referencia tenía una extensión de unos mil folios); y además, no se les permitió contar con asistencia legal desde la fecha de su detención hasta su declaración ante la división policial especializada en casos de terrorismo (DINCOTE), momento en el cual recién se les asignó un defensor de oficio.

Finalmente, los abogados de Castillo Petruzzi y los demás implicados en este proceso no pudieron interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación ni a los policías y militares que participaron en las investigaciones seguidas en contra suya. Frente a todas estas situaciones, no nos queda más que coincidir con la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando asume que aquí estamos ante flagrantes violaciones de los artículos 8.2.b, 8.2.c, 8.2.d y 8.2.f del Pacto de San José, vinculados a la oportunidad y medios adecuados para preparar la defensa, al derecho a elegir abogados y a interrogar testigos respectivamente.

34 Y es que el contexto en el cual los «arrepentidos» obtenían el recorte e incluso la exención de sus penas, el de la delación de sus antiguos camaradas, llevó a que muchas veces se efectuasen denuncias falsas que determinaron la detención e incluso condena de cientos de personas inocentes, las cuales no tenían mayor vinculación con actividades subversivas.

35 De acuerdo con lo previsto por uno de los Decretos Leyes aprobados luego del

gación policial, se produce la captura y detención del ciudadano chileno Jaime Castillo Petruzzi y de otras tres personas de la misma nacionalidad³⁶, todos ellos acusados de ser conspicuos miembros del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru³⁷, y por ende, sometidos a un juzgamiento ante el fuero militar peruano por traición a la patria.

En ningún momento se cuestiona si Castillo Petruzzi y sus compatriotas son inocentes del cargo que se les imputa (es más, los elementos que indicaban su participación en el MRTA fácilmente nos quitaban toda duda al respecto), sino que las pautas de procesamiento y reclusión aplicadas a estos casos han sido violatorias de varios derechos fundamentales. Es pues entonces que, luego de ser llevado este proceso a

autogolpe de 1992, el plazo máximo dentro del cual la Policía Nacional puede mantener la detenido por terrorismo sin ponerlo a disposición del juez competente puede ser prorrogada quince días adicionales a los quince ya previstos por la Constitución de 1979 para estos casos.

El plazo de treinta días sin posible participación judicial en esas labores de investigación se nos presenta entonces como una abierta y desproporcionada restricción a la libertad personal de quienes son detenidos en estas condiciones. Pero por si esto no fuese suficiente, en el caso «Castillo Petruzzi y otros» los cuatro detenidos por terrorismo permanecieron sin ser puestos a disposición de los jueces competentes por treinta y cinco a treinta y seis días, lo cual –aun admitiendo una eventual razonabilidad del plazo de detención de treinta días antes reseñado– implica una vulneración del derecho a la libertad personal a todas luces inaceptable.

Por otro lado, también en el contexto de los Decretos Leyes dados en 1992 se estableció para todos los detenidos por terrorismo agravado sean sometidos a un sistema de aislamiento celular continuo durante su primer año de reclusión. Ello vino complementado con prácticas como la de presentar a los detenidos a las diligencias de declaración ante las autoridades judiciales vendados, encapuchados, «amarrocados» o «engrilletados», lo cual a todas luces configura un conjunto de situaciones abiertamente violatorias de los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

36 Jaime Castillo Petruzzi, sindicado hasta el momento de su detención como el número tres dentro de la estructura de mando del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, fue detenido el 15 de Octubre de 1993. Un día antes de dicho acontecimiento habían sido capturados sus compatriotas María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez.

37 Los cuatro ciudadanos chilenos detenidos en Octubre de 1993 fueron los directos responsables de varios asesinatos y secuestros, así como de la conducción de las llamadas «cárceles del pueblo», lugares en donde los terroristas del MRTA retenían a importantes personalidades con el fin de obtener significativas cantidades de dinero a cambio de su liberación.

la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Alto Tribunal que sesiona en San José de Costa Rica condena al Perú por considerar que aquí se han vulnerado los artículos 1.1, 2°, 5°, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2.b, 8.2.c, 8.2.d, 8.2.f, 8.2.h, 8.5, 9° y 25° de la Convención americana de Derechos Humanos, disponiendo además que el Estado peruano efectúe un nuevo juzgamiento de los cuatro presuntos subversivos chilenos, esta vez sí respetuoso de todas las diversas garantías procesales propias de un debido proceso.

Por razones al parecer muy marcadas por la coyuntura pre-electoral que ya se vive en el Perú, el gobierno fujimorista y su entorno³⁸, luego de un curioso intento de declarar inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emprendida por el Consejo Supremo de Justicia Militar³⁹, ya no solamente se circunscribirán a

38 El Estado Peruano tiene el triste récord de ser el que ha recibido más condenas de la Corte Interamericana de estos últimos años, y además, el que posee más procesos abiertos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, procesos que en buena parte llegarían a ser de conocimiento de la Corte. Pero por si esto no fuese suficiente, luego de la resolución del caso «Castillo Petruzzi» debieran ser vistos por ese Alto Tribunal Internacional procesos como los seguidos contra el Estado Peruano por el empresario Baruch Ivcher o los ex integrantes del Tribunal Constitucional, procesos en donde la casi segura condena a las acciones asumidas por el gobierno fujimorista y su mayoría parlamentaria iban a tener unas repercusiones políticas francamente inconvenientes para un grupo político que está pretendiendo continuar manteniendo el control del poder luego de las elecciones presidenciales y parlamentarias de Abril del año dos mil.

39 Nos estamos aquí refiriendo al pronunciamiento emitido por la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar el 11 de Junio de 1999 y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» del día 12 de ese mismo mes y año. En dicho pronunciamiento, argumentándose una discutida y discutible superioridad de lo prescrito en el Texto constitucional peruano de 1993 frente a lo dispuesto en el Pacto de San José de Costa Rica, alega que los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han asumido competencias que no le corresponden y concluye que el fallo emitido por este Alto Tribunal Internacional es inejecutable. En nuestra modesta opinión, aun admitiendo un supuesto rango infraconstitucional de los tratados dentro del ordenamiento jurídico peruano, lo resuelto por este Consejo carece de todo sentido, pues la actuación y el pronunciamiento de la Corte Interamericana no se da como consecuencia de que exista un Pacto de San José sino fundamentalmente debido a que es el mismo artículo 205° de la Constitución Peruana de 1993 la norma por la cual se habilita a toda persona no conforme con lo resuelto por las instancias jurisdiccionales nacionales puede llevar su caso a un escenario tuitivo de carácter internacional.

rechazar el fallo emitido en su contra, sino que además mediante Resolución Legislativa número decidirá apartar al Perú de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, decisión a la cual además se asume como de aplicación inmediata.

Independientemente de algún aspecto del pronunciamiento de la Corte con el cual podríamos estar en desacuerdo⁴⁰, lo cierto es que en líneas generales el fallo de ese alto tribunal se nos presenta como ajustado a lo prescrito en la Convención americana y a lo resuelto anteriormente por esta importante instancia jurisdiccional en situaciones similares. Por otro lado, los argumentos esgrimidos por el actual gobierno peruano para sustentar su decisión (la constatación de una serie de eventuales perjuicios a la estrategia antisubversiva puesta en práctica por ellos y la consideración de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte como un mero acto unilateral claramente escindible de la suscripción del Pacto de San José, tratado cuya vigencia en el Perú asumen no haber menoscabado⁴¹ nos parecen débiles e insuficientes

40 Por ejemplo, nos parece equivocada la posición asumida por el Alto Tribunal cuando señala que el hecho de juzgar en tribunales peruanos a cuatro ciudadanos chilenos por supuesta traición a la patria no constituye una violación del derecho a la nacionalidad previsto en el artículo 20 del Pacto de San José de Costa Rica. Por otro lado, se nos presenta como sumamente tibio y poco claro el pronunciamiento efectuado por la Corte frente al siempre delicado tema de los llamados «jueces sin rostro», materia en la cual resultaba indispensable expresar una opinión bastante más concluyente que la recogida en el párrafo 133 de la sentencia que venimos comentando, párrafo en el cual se dice lo siguiente:

«[...] 133. Además, la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean “sin rostro”, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces».

41 La posición asumida por el actual gobierno peruano, además de buscar desinformar a la opinión pública de nuestro país con lecturas del fallo de la Corte Interamericana que bajo ningún concepto responden a la realidad, apunta a considerar a la suscripción del Protocolo por el cual el Estado Peruano se somete a la competencia de la Corte como un acto unilateral completamente escindible del compromiso asumido por el Perú al suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos. Con ello busca justificar su desentendimiento de la competencia contenciosa del Alto Tribunal al cual venimos haciendo referencia sin necesidad de denunciar el Pacto de San José y, consecuencia lógica de ello, sin tener que esperar un año para recién poder sustraerse de la obligatoriedad de los pronunciamientos efectuados por esa importante instancia jurisdiccional, tal como dispone en estos casos el mismo texto de la Convención Americana.

como justificantes de la postura asumida por el fujimorismo y sus seguidores sientan un pésimo y muy peligroso precedente: el de ser (por lo menos en el escenario latinoamericano) el primer país que tan radical y, abiertamente se niega a cumplir siquiera en términos formales con la sentencia de un Tribunal internacional cuya competencia había inicialmente admitido de forma completamente libre y soberana⁴².

Ahora bien, aun asumiendo la muy discutible postura de que nos encontremos frente a un acto unilateral, ni siquiera ello parece resultar argumento suficiente para justificar la posición defendida por el actual gobierno peruano, la cual abiertamente intentaría así desconocer principios y criterios de interpretación hoy plenamente aceptados por todos los países del mundo, principios como el *pro-homine* o el de intangibilidad de los tratados. La debilidad de la argumentación esgrimida por el fujimorismo y sus aliados es tal entonces que en nuestra modesta opinión no resiste ningún análisis medianamente riguroso. Sin embargo, ello no nos libera del reto planteado por un caso como éste, el cual es a saber el de como asegurar el pleno cumplimiento de lo resuelto por una instancia de la llamada Jurisdicción Internacional cuando un país sometido voluntariamente a su competencia intenta luego unilateralmente sustraerse de ella. Asimismo, cabe preguntarse sinceramente en este contexto cual es el verdadero valor y respeto reconocido a la Convención Americana de Derechos Humanos si es que no se admite la competencia de aquella instancia jurisdiccional cuya finalidad es precisamente la de sancionar a quien intenta vulnerar las prescripciones recogidas dentro de tan importante tratado internacional.

42 Justo es señalar como en 1998 ya se había producido alguna diferencia entre las diversas instancias destinadas a la tutela de los diferentes derechos y uno de los países hasta entonces signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos. Nos estamos aquí entonces refiriendo al caso de Trinidad y Tobago, al cual sucintamente pasaremos a referirnos.

El entrapamiento entre Trinidad y Tobago y todo el aparato tuitivo de derechos a nivel Interamericano se produce ante la intención de esa nación caribeña de ejecutar a una serie de personas que consideraban de suma peligrosidad para la propia estabilidad de dicho país. Sin embargo, dicha decisión no podía llevarse a la práctica en mérito a los compromisos asumidos por Trinidad y Tobago al suscribir la Convención americana de Derechos Humanos. Es entonces que el Estado antes mencionado, sin jugar a desconocer ningún pronunciamiento correctamente emitido o intentar cuestionar la legitimidad e idoneidad de aquellos que únicamente vienen limitándose a cumplir con sus obligaciones, opta por denunciar el Pacto de San José de Costa Rica, en Mayo de 1998, decisión que recién se ha hecho efectiva un año después, tal como prescriben las normas existentes al respecto. En síntesis, aun cuando nos encontremos ante una situación que tampoco merece nuestro respaldo, resulta imposible el intentar asimilar lo ocurrido en el caso de Trinidad y Tobago a las especiales características de lo sucedido en el Perú, salvo mejor parecer.

El problema es entonces en este caso específico, al igual que en otros similares que esperamos no vayan a volver a presentarse, el de cómo asegurar la ejecución de las sentencias emitidas por una instancia de la denominada Jurisdicción Internacional si es que algún Estado se resiste a aceptar dicho mandato, máxime si estos pronunciamientos, a diferencia con lo que ocurre por ejemplo con lo que pueda ocurrir en el escenario comunitario europeo⁴³, no cuentan siquiera con algún mecanismo de presión económica para así forzar su cumplimiento.

Ciñéndonos a lo que podría ser una interpretación más bien coherente con lo dispuesto por la Convención americana de Derechos Humanos y los diferentes tratados destinados a regular la estructura y funcionamiento de la Organización de Estados Americanos, lo único que cabría hacer frente a un caso como el generado por el actual gobierno peruano es, además de continuar con los procesos oportunamente iniciados ante el Sistema Interamericano de Derechos, el esperar que tanto el Secretario General como el pleno de la Asamblea de la OEA se pronuncien condenando enérgicamente a aquellas autoridades estatales cuya actitud se encuentra muy lejos de apuntalar los múltiples esfuerzos hoy y anteriormente efectuados para fortalecer la plena vigencia de los Derechos Fundamentales tanto dentro de los ordenamientos jurídicos de los diversos países como en el plano internacional⁴⁴.

43 Como es de público conocimiento, en el modelo comunitario europeo las labores destinadas a asegurar el pleno cumplimiento de la normatividad emitida por la UE y de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tienen como mecanismos de presión a su alcance el de la prohibición del acceso a los fondos comunitarios (fondos de invalorable relevancia para el funcionamiento de la economía de la mayor parte de los estados miembros) a los Estados renuentes a cumplir con este tipo de obligaciones que en su momento voluntariamente admitieron. Ahora bien, la aplicación de mecanismos similares en el ámbito de la protección Internacional de Derechos se nos presenta como muy compleja no solamente en mérito a la diferente naturaleza de los dos modelos comparados, sino también a la ausencia de recursos económicos a cargo de instancias como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recursos con los cuales dichas instancias si podrían contar con un instrumento destinado a asegurar la mayor exigibilidad de sus fallos.

44 En esta línea de pensamiento parece ubicarse la reciente decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la cual dicha instancia declara inadmisile la decisión peruana de rechazar la competencia contenciosa de ese Alto Tribunal. Ello implicará seguramente que los procesos continúen con un Estado peruano

La continuación de los procesos pendientes de resolución seguidos contra el Estado peruano y la realización de drásticos pronunciamientos condenatorios a la actitud asumida por sus actuales gobernantes devienen pues en este contexto en acontecimientos de indispensable realización para así preservar la credibilidad de todo el sistema interamericano de Derechos Humanos. Así por lo menos, quedará claro que en un mundo globalizado como el nuestro la defensa de los derechos es una obligación de ineludible cumplimiento para todo gobernante, so pena de convertirse y convertir al Estado que dirigen en un paria internacional. Sin duda esta condena de tipo más bien moral todavía parece insuficiente para asegurarnos el cumplimiento de los mismos, pero si lo comparamos con la situación existente hace algunos años al respecto, nos encontramos frente a un importante avance cuya relevancia no podemos soslayar, aun cuando los riesgos y asignaturas pendientes sobre el particular todavía son muy grandes, y es más, nos obligan a tomar grandes precauciones para no perder todo lo históricamente ganado con tanto esfuerzo.

Algunas notas sobre el particular a modo de conclusión

En un mundo como en el que nos toca vivir, mundo en el cual la plena vigencia de los Derechos Fundamentales es vista como un verdadero elemento promotor de una mejor convivencia y desarrollo de todas las personas, resulta entusiasmante comprobar como el llamado proceso de internacionalización de los Derechos Humanos ha permitido la configuración de un escenario tuitivo que no solamente repara las injusticias y desmanes cometidos en diversos países, sino que además está cumpliendo el importantísimo rol de reforzar o completar los mecanismos destinados a la tutela de esos derechos a nivel nacional, espacios en los cuales muchas veces los instrumentos previstos para desempeñar dichas labores no estaban todo lo bien diseñados que se quisiera o simplemente, a diferencia de lo que sucede en otros Estados, no existían o no funcionaban debidamente.

en situación de rebeldía. Queda entonces por verse si la intención de la Corte de no abdicar en sus funciones será explícitamente apoyada por los organismo del más alto nivel dentro de la Organización de Estados Americanos.

Ahora bien, ello no obsta para reconocer que dicho proceso es aún incompleto, y además, sujeto a una serie de marchas y contramarchas. Sin embargo, haciendo un balance de lo expuesto, el desarrollo de los mecanismos propios de la llamada Jurisdicción Internacional es positivo, obligando a los estudiosos del Derecho Constitucional como al resto de los ciudadanos a comenzar a mirar la labor de estas instituciones y preceptos sin el escepticismo que suele surgirnos cuando hacemos frente a algo a lo cual asumimos como poco eficaz, o, porque no decirlo, despojados de la desconfianza que nos provoca aquello que aparentemente sin mayor sustento parece atentar contra lo plasmado en nuestros ordenamientos jurídicos nacionales y poner en entredicho la soberanía de nuestros diversos Estados. La reacción aconsejable hoy pareciera ser pues exactamente la contraria, y la tarea a asumir, a la luz de los valiosísimos resultados que con ello podemos alcanzar, debiera más bien estar encaminada a apuntalar una mayor difusión y colaborar con un mejor desarrollo de las condiciones que permitan el pleno cumplimiento de los pronunciamientos emitidos por estas diversas instancias de jurisdicción internacional. En síntesis, el aprovechar las evidentes e innegables ventajas que estos nuevos espacios e instrumentos tuitivos nos proporcionan se nos presenta entonces como una tarea de indiscutible necesidad y conveniencia en la cual todos deberíamos colaborar, salvo mejor parecer.

Repensando el Código Civil peruano de 1984 en el umbral de un nuevo milenio

Carlos Fernández Sessarego

1. El conocimiento del ser humano como premisa para la comprensión del derecho

1.1. Repensando el Código Civil

Se nos ocurre, en el umbral de un nuevo milenio y haciendo un alto en el cotidiano quehacer, repensar sobre la orientación y el mensaje del Código civil peruano de 1984. Ello, más allá de sus bondades técnicas o de sus reconocidos aportes a la codificación comparada. Como es sabido, este elogiado Código civil fue elaborado durante un largo período de tiempo que se inicia el 1° de marzo de 1965, fecha en la que se constituye lo que se conoce como la Comisión Reformadora y concluye el 24 de julio de 1984, día de su formal promulgación¹.

La tarea que nos hemos propuesto, si bien es de suyo compleja, se facilita relativamente por la perspectiva que el tiempo transcurrido nos

1 La Comisión «encargada del estudio y revisión» del Código civil de 1936 – conocida como «Comisión Reformadora» – se crea mediante Decreto Supremo N° 95, del primero de marzo de 1965, suscrito por el Presidente de la República Arquitecto Fernando Belaunde Terry y por quien esto escribe, Ministro de Justicia por aquel entonces. La integraron los profesores de derecho doctores José León Barandiarán, Rómulo E. Lanatta Guihem, Jorge Vega García, Jorge Eugenio Castañeda, Héctor Cornejo Chávez, Max Arias Schreiber, Ismael Bielich Flórez, por el abogado en ejercicio doctor Félix Navarro Irvine, por un delegado de la Corte Suprema y por el suscrito quien la presidiría por tener la cartera ministerial ya señalada. La Corte Suprema eligió como su representante al Vocal Supremo doctor Alberto Eguren Bresani.

ofrece para intentar cumplir nuestro cometido. Deseamos captar el sentido, el significado y el mensaje que surgen del mencionado Código civil. Verificar si la mayoría de las instituciones que él regula responden a una posición ideológica determinada. Más allá de las incoherencias y desajustes que puedan encontrarse en su articulado y que son propios de la obra humana.

Ninguna obra humana satisface plenamente a su autor cuando éste es auténtico y humilde, cuando tiene sed de perfección. Tal vez, movidos por esta última razón, en 1992, acompañados de un numeroso y desprendido grupo de académicos, nos abocamos a revisar los aspectos técnicos del mencionado Código civil con la saludable y honesta intención no de sustituirlo por otro, sino tan sólo, de actualizarlo y perfeccionarlo ahí donde fuere necesario. Ello se explicaba, pues apenas había entrado en vigor y no contábamos ni con críticas negativas ni con una jurisprudencia que lo pusiera a prueba, sino tan sólo de enmendarlo. No había, por consiguiente y a nuestro entender, razón válida para redactar un nuevo Código civil.

Un código civil, en cuanto formal estructura normativa, prescribe y describe conductas humanas intersubjetivas valiosamente vivenciadas. Esa estructura puramente formal, desde que es de naturaleza lógica, tiene un contenido, que es vida humana en su dimensión coexistencial, valiosamente sensibilizada. La estructura formal de una norma jurídica, obviamente, no varía, es la misma en el tiempo, como el número cuatro será siempre el mismo molde formal que rellenamos con cualquier contenido real: cuatro hombres, cuatro manzanas, cuatro lápices. Es el contenido formalmente regulado el que cambia con el tiempo. La vida humana, que es libertad y es dinámica, cambia, asume situaciones nuevas, inéditas, a veces impredecibles. El derecho debe estar atento para regularlas, con sentido valioso y con toda oportunidad. Ello explica la periódica promulgación de leyes de enmiendas que cumplen la función de adecuar el contenido normativo a nuevas realidades existenciales.

Desde el día siguiente de la entrada en vigencia del Código civil de 1984 sentimos la necesidad de introducir en él enmiendas que permitieran suplir algunos vacíos advertidos o ciertas imperfecciones que conocíamos de antemano. Cabe recordar que el texto del Código fue elaborado por una comisión de juristas y revisado por otra en la que primaban los legisladores sobre los profesores de derecho. Ello explica-

ría la existencia de tales vacíos o imperfecciones, más allá de aquellos, los menos, provenientes de sus propios autores.

Fue por ello que en el Prólogo al Tomo IV de la Exposición de Motivos y Comentarios al Código Civil de 1984², publicada inmediatamente después de su entrada en vigencia, decíamos que el Código «pretende ser sólo un firme punto de partida para una constante y continuada reflexión, para un coherente repensamiento crítico del contenido del Código civil que asegure el ininterrumpido enriquecimiento de la ciencia jurídica que, en permanente confrontación con la realidad social valiosamente comprendida, permita introducir en él las oportunas y sagaces enmiendas que el tiempo inexorablemente exige, así como producir los desarrollos legislativos o reglamentarios que el momento histórico reclama». Y, agregábamos, «que los autores de la presente obra pretenden que las ideas enhebradas en sus páginas, que responden a las circunstancias de su época, sirvan de estímulo a las nuevas generaciones de juristas para que, al recoger su mensaje humanista, perseveren con redoblado tesón en el inasequible afán de perfección que dignifica la existencia humana»³.

En los párrafos del Prólogo de la Exposición de Motivos, antes transcritos, encontramos el proyecto que nos habíamos trazado en cuanto al Código civil: «introducir en él las oportunas y sagaces enmiendas que el tiempo inexorablemente exige» luego de «una constante y continuada reflexión, para un coherente repensamiento crítico del contenido del Código Civil [...]». Ello, movidos por «un inasequible afán de perfección que dignifica la existencia humana». He aquí la clave, la explicación del esfuerzo realizado en los últimos años, no exento de contratiempos, para cumplir con esta «inexorable» e «inasequible» tarea. Por ello estamos y continuamos en la brega a fin de actualizar y perfeccionar el Código civil y para preservar, con la mayor decisión que nace de una arraigada convicción, el «mensaje humanista» del Código que, para nosotros, es su mejor logro.

Somos conscientes que el propósito humanista que inspiró a los autores del Código civil de 1984 no se cumplió a cabalidad. Existen en

2 Los aportes de la Exposición de Motivos redactados por los autores de los diversos Libros del mencionado Código fueron compilados y publicados por Delia Revoredo Marsano.

3 **Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios al Código Civil**, segunda edición, Lima, 1988, pp. 18-19.

este cuerpo legal algunas pocas normas que lo desmienten por lo que merecen ser modificadas. A ello apunta, fundamentalmente, el intento por revisar el Código aunque imaginamos que no faltarán algunos miembros o asesores de la Comisión que pretendan lo contrario al no vivenciar los valores del humanismo que subyacen en muchos tramos de dicho cuerpo legal. Tal vez ellos responden a una trasnochada concepción individualista y patrimonialista del derecho, ayuna de ideales y valores que dignifican la vida en comunidad.

1.2. Ser humano y derecho

La filosofía de la existencia, de notoria gravitación en el derecho, con sus valiosos hallazgos permitió el impresionante vuelco que se experimentó, en la primera mitad del siglo XX, en la concepción del ser humano que, hasta ese momento, era considerado tan sólo como un ser racional. El «redescubrir» al ser humano como un ser con *libertad*, único, irrepetible, idéntico a sí mismo, facilitó comprender, con mayor diaphanidad, en qué consistía la dignidad del hombre.

Los valiosos hallazgos de la filosofía de la existencia son, en cierto modo, la respuesta que en ellos suscitan, principalmente, los horrores derivados de las dos guerras mundiales que se desencadenaron en el siglo pasado así como de los nuevos y numerosos atentados contra la persona que engendra la naciente era industrial. Estos cruciales acontecimientos, más el desarrollo natural del pensamiento filosófico representado, entre otros pensadores por Kierkegaard y Nietzsche, motivaron que los filósofos que habían centrado sus reflexiones en torno al ser de las cosas voltearan su mirada, presurosos y preocupados, sobre ellos mismos en un inédito afán por desentrañar, hasta donde ello fuera posible —lo que siempre fue y sigue siendo— el misterio del ser humano. Resonaba, con vigoroso eco y después de siglos, el desatendido llamado de Sócrates, que se sintetiza en el «conócete a ti mismo».

1.3. La gravitación de la concepción humanista

El conocimiento del hombre como ser libertad, temporal y coexistencial, que nos ofrece la filosofía de la existencia, tiene honda y amplia repercusión en el derecho. Los cardinales aportes de la filosofía de la existencia permitieron a los jusfilósofos repensar los supuestos mismos del

derecho y, a partir de ello, superar por unidimensionales las concepciones formalista, jusnaturalista y sociologista del derecho imperantes hasta entonces en el pensamiento jurídico. Como resultado inmediato de este proceso se pudo comprender, entonces, que una concepción unitaria del derecho suponía asumirlo como el resultado de la interacción dinámica de vida humana, valores y normas jurídicas. Es decir, en virtud de esta interacción dinámica, era posible reducir a la unidad los mencionados tres objetos que hallamos en la experiencia jurídica. A ello nos referiremos más adelante.

El conocimiento de la estructura del ser humano que nos aporta la filosofía existencial brindó a los juristas la posibilidad de comprender cómo el ser humano, la persona, es el eje y el centro del derecho y, con ello, el sentido y significado de esta disciplina. Este saber nos permitió comprender que el ser humano, por su propia calidad ontológica, tiene necesidades existenciales –verdaderos derechos naturales– que el derecho objetivo debe acoger a través de derechos subjetivos incorporados a los ordenamientos jurídicos positivos. Estas exigencias existenciales deben ser tuteladas a fin que el ser humano, en cuanto libre y proyectivo, pueda realizarse como persona, pueda cumplir con su proyecto de vida.

Dichas exigencias existenciales son permanentes, no varían con el tiempo. Son inherentes a la calidad ontológica del ser humano. No dependen necesariamente del derecho objetivo. Por el contrario, los derechos naturales exigen su concreción en normas tutelares a nivel del derecho positivo.

El ser humano, en tanto libre y proyectivo, es impredecible. Los derechos de la persona no constituyen, por consiguiente, un número cerrado de derechos sino que, por el contrario, ellos se expanden en el curso de la historia conforme se hacen presentes en la vida social nuevas exigencias existenciales que requieren protección. Estas nuevas exigencias se hacen patentes, por lo general, cuando surgen inéditas amenazas o agresiones al ser humano. Los derechos de la persona se encuentran en continua expansión, en conexión con el desarrollo de la conciencia social. Por ello no son un elenco o catálogo finito, terminado.

Es así que en el siglo XX aparecieron dos nuevos derechos de la persona en consonancia con amenazas y agresiones que sobre ella se cernían. Nos referimos al derecho a la intimidad personal y familiar y al derecho a la identidad personal. Los extraordinarios progresos tecnológicos en el campo de las comunicaciones hicieron posible que la

persona sintiera amenazado, cada vez más intensamente, el ámbito de su intimidad. El desarrollo tecnológico facilitó las intrusiones e injerencias arbitrarias e indebidas en la vida privada.

Son escasos los códigos civiles que contienen normas expresas protectoras de la intimidad personal. Ha sido la jurisprudencia la que, por lo general, ha tutelado este interés existencial. Para ello se ha fundado en las cláusulas generales o abiertas, como es el caso del artículo 2° de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 3° de la Constitución peruana de 1993. El artículo 14° del Código civil peruano de 1984 regula el derecho a la intimidad personal y familiar.

Igual sucede con el derecho a la identidad personal, el mismo que recién aparece en la década de los años ochenta del siglo pasado. Es también la jurisprudencia de algunos pocos países la que acoge este nuevo interés existencial. La persona requería ser protegida frente a todo intento de desfigurar o desnaturalizar su identidad mediante la atribución de conductas, pensamientos o creencias que no son propias de su personalidad. Es decir, se tutela la «verdad personal», el ser «yo mismo y no otro». Este novísimo derecho no se encuentra aún protegido por normas expresas, con la excepción de la Constitución del Perú de 1993, que la acoge en el inciso 1 de su artículo 2°, y por la reciente Constitución de la ciudad de Buenos Aires⁴.

El más completo conocimiento del ser humano ha generado un repensamiento de la institucionalidad jurídica. Son ya numerosas aquellas figuras jurídicas que se han adecuado a la nueva concepción del ser humano que nos trajo el siglo XX. Bastaría citar, entre ellas, a la propiedad y a la responsabilidad civil, que se haya en plena y dinámica evolución hacia un derecho de daños.

El conocimiento del ser humano permite conocer su estructura y, por consiguiente, los diversos aspectos de este privilegiado ente susceptibles de ser dañados. Un caso emblemático en este orden de ideas es el referido al daño a la persona, inimaginable pocos años atrás, donde sólo se tenía en cuenta el daño emergente, el lucro cesante y, en ciertas oportunidades, el llamado daño moral. La reparación del daño a la

4 No mencionamos la Constitución de Portugal en la medida que el concepto de identidad al cual apunta es sólo el estático, es decir, el que se refiere a aquellos caracteres de la persona que no varían con el tiempo. Deja de lado la identidad dinámica, la que es propia de un ser libre que va construyendo su propia personalidad.

persona, que aparece alrededor de los años setenta del siglo pasado, se haya en plena evolución y desarrollo.

Cabe destacar que la hondura de la influencia de la nueva concepción del ser humano en el derecho se comprueba en el hecho que, en la actualidad, el daño al proyecto de vida, que es el daño más grave que pueda sufrir la persona, ha sido recogido en la jurisprudencia argentina, en el Proyecto de Código civil de la Argentina –actualmente a nivel del Poder Legislativo– y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica. En el caso «María Elena Loayza Tamayo con el Estado Peruano» dicho tribunal alude y sustenta brillantemente el daño que se ha causado al proyecto de vida de la demandante⁵. Este reconocimiento internacional significa un aval del «derecho vivo» al daño al proyecto de vida.

Sólo cuando se tiene conciencia que el ser humano es una unidad psicosomática sustentada en su libertad, es posible identificar con detenimiento los alcances del daño a la persona y lograr su sistematización, hasta llegar a su expresión más radical que es el daño al proyecto de vida, es decir, aquel daño que afecta el ejercicio de la libertad. El daño a la persona puede recién ser comprendido cuando se revaloriza al ser humano, cuando se le aprehende en su peculiar calidad ontológica. La aparición de este nuevo daño comporta una revisión profunda de los criterios y técnicas para la protección del ser humano desde que no es posible aplicar, para este efecto, aquellos que se utilizan para indemnizar los daños a los objetos del mundo, a las cosas.

Mosset Iturraspe, al referirse a la inclusión del daño a la persona en el Código del 84 considera que este hecho es un aspecto sobresaliente de la evolución del derecho de daños «nacido al conjuro del artículo 1985° del Código civil peruano»⁶. El maestro argentino destaca que la materia se discutió por primera vez en el Congreso internacional celebrado en la Universidad de Lima en 1985. Ello ocurrió a raíz de una

5 Un comentario a este fallo formulado por el autor de este ensayo bajo el título de «El daño al “proyecto de vida” en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» puede encontrarse en la revista *Diálogo con la Jurisprudencia*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, N° 12, setiembre de 1999, p. 11 y ss. También se publicó en la Argentina, bajo el mismo título, en la *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Editorial La Ley, Buenos Aires, N° 4, agosto de 1999, p. 209 y ss.

6 Jorge Mosset Iturraspe, *El valor de la vida humana*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, tercera edición, 1991, p. 327.

ponencia presentada en esa ocasión y que, de esta reunión, la figura del daño a la persona «se extendió a toda América»⁷.

El conocimiento del ser humano permitió también precisar el sentido último y la razón de ser del derecho. De un derecho creado por y para seres libres y coexistentiales desplegados en su tiempo existencial. Descubrimos, sin sombras ni tonos grises, que el derecho tiene como centro de su preocupación al ser humano, que es su sujeto. El derecho asume como misión suprema la protección de la persona, en cuanto ser libertad, para que pueda convivir con los «otros» en términos de justicia y solidaridad, a fin de realizarse integralmente, con el propósito de que cada uno de los miembros de la sociedad pueda cumplir con su proyecto de vida, cooperando al bien común.

Como se aprecia de lo dicho, se ha producido toda una revolución en el derecho a partir de la nueva concepción de lo que es el ser humano. Ello ha producido un vuelco en cuanto a los supuestos de la disciplina jurídica cuyas consecuencias empiezan a hacerse notorias a nivel de la dogmática jurídica. Esta concepción del ser humano ha obligado a un repensamiento del derecho. Ello se explica por cuanto la persona se ha convertido en el eje y centro de la disciplina jurídica. A ello ha contribuido decididamente el «redescubrimiento» de un ser humano que no sólo es racional sino que fundamentalmente, como se ha reiterado, es un ser *libre, coexistencial y temporal*. Esta intuición ha permitido una extraordinaria profundización y ampliación del horizonte jurídico.

2. El individualismo como ideología y como sistema de vida

El Código civil de 1984 se sustenta, en grandes tramos, en una concepción humanista de lo jurídico la misma que, al igual que la teoría tridimensional del derecho, se fundamenta, a su vez, en una filosofía antropológica, de raíz cristiana, que se «redescubre», reafirma y desarrolla, en el período comprendido entre las dos grandes guerras mundiales que asolaron la humanidad en el siglo XX. Nos referimos a aquel extraordinario movimiento que se conoce como el de la filosofía de la

⁷ Jorge Mosset Iturraspe, «El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 23.

existencia. Sus aportes, en cuanto a la demostración de la estructura del ser humano en su radicalidad de ser libre y la de otros aspectos del mismo, nada o poco conocidos en precedencia, son de tal importancia y magnitud que permiten elaborar una renovada y realista concepción del derecho y de la persona⁸. Es a partir de esta renovada concepción personalista que se hace posible la revisión de los fundamentos de la institucionalidad jurídica. Ella resulta una tarea insoslayable, la misma que ya comenzó a ofrecer resultados satisfactorios⁹.

Cuando se promulga el Código civil peruano de 1936 imperaba en el mundo una concepción formalista-positivista del derecho, fundada en una visión predominantemente de carácter individualista y patrimonialista del hombre y del mundo. Es decir, de una posición en la cual, como se ha anotado, se concebía al ser humano como un ente aislado, encerrado en sí mismo, mirando sólo su propio yo, en actitud egoísta, con prescindencia del interés ajeno y del derecho de los demás. Se trataba de un hombre desvinculado de los «otros», desconectado de la sociedad que es su hábitat natural, donde el mayor interés a proteger era el patrimonio. En síntesis, de un ser humano considerado en «abstracto», fuera de la realidad social y para quien no contaba, o contaba poco, el valor solidaridad.

De otro lado, el ser humano era valorado sólo en cuanto productor de riqueza. El *homo faber* era el único que interesaba proteger jurídicamente. Las consecuencias de los daños a él ocasionados eran objeto de reparación mientras que aquellos que incidían en los seres humanos desvalidos no ocupaban el centro de la atención del derecho. Así, los religiosos, las amas de casa, los artistas, los desocupados, los inválidos, los jubilados, no eran tomados en consideración cuando se trataba de resarcir los daños que hubieren injustamente sufrido. Esta óptica

8 Las obras de Heidegger, Marcel, Jaspers, Zubiri, Mounier y Sartre son medulares para poder comprender al derecho bajo una nueva óptica a partir de la vida.

9 Sobre el proceso de revisión de la institucionalidad jurídica puede verse del autor de este libro El derecho en un período de transición entre dos épocas, en **Revista Jurídica del Perú**, Trujillo, enero-marzo de 1996, p. 61 y ss. y «El derecho en el fin del siglo XX». Un nuevo modo de hacer derecho, en *Scribas*, Arequipa, Indej, N° 4, 1998, p.129 y ss.

Sobre la gravitación de la filosofía de la existencia en la concepción personalista del derecho puede consultarse del autor **Derecho y persona**, tercera edición, p. 25 y ss.

patrimonialista hundía sus raíces en una concepción materialista de la vida. Se protegía el *haber*, no el *ser*.

2.1. El individualismo en el pensamiento de Mounier

Corresponde a Mounier una correcta aproximación a lo que significa el individualismo como concepción y como sistema de vida. Para el pensador francés el individualismo «es un sistema de costumbres, de sentimientos, de ideas y de instituciones que organiza el individuo sobre esas actitudes de aislamiento y de defensa». Como lo señala el propio Mounier, el individualismo fue la ideología y la estructura dominante de la sociedad burguesa occidental entre los siglos XVIII y XIX. Se basa en la concepción de un «hombre abstracto, sin ataduras ni comunidades naturales, dios soberano en el corazón de una libertad sin dirección ni medida, que desde el primer momento vuelve hacia los otros la desconfianza, el cálculo y la reivindicación». El sistema sustentado en el individualismo crea instituciones reducidas «a asegurar la no usurpación de estos egoísmos, o su mejor rendimiento por la asociación reducida al provecho». Como se advierte, se trata de un certero y penetrante análisis del pensador francés dotado de una insuperable claridad propia del genio galo.

El lúcido filósofo francés concluye su fino análisis de lo que significa el individualismo como ideología, como sistema de vida y de organización social, al expresar que, de conformidad con su descripción, «tal es el régimen de civilización que agoniza ante nuestros ojos, uno de los más pobres que haya conocido la historia». Finaliza afirmando, con serena convicción, que el régimen individualista «es la antítesis misma del personalismo», por lo que nos advierte, con certeza, que «es su adversario más próximo»¹⁰.

La completa descripción que intenta Mounier sobre el individualismo, que cubre al menos dos centurias de esplendor y una de decadencia, contribuye a aclarar, si cabe, los alcances de esta ideología que se afirma con la Revolución Francesa y que es recogida no sólo por el Código civil de los franceses de 1804 sino por casi todos aquellos códigos civiles que lo adoptan como modelo. Si el derecho es vida, y los

10 Emmanuel Mounier, *El Personalismo*, Editorial EUDEBA, Buenos Aires, 1962, p. 20.

códigos, en gran medida, traducen el acontecer social, es explicable que los cuerpos legales civiles de casi todo el siglo XX regulen normativamente las conductas humanas intersubjetivas bajo la inspiración de la concepción individualista. El Código civil peruano de 1936, tributario de los códigos europeos de la época, no se escapa a esta influencia. Ella le viene a través del propio Código civil francés de 1804, del español de 1889, del alemán de 1900, del suizo de 1907 y del brasileño de 1916.

El individualismo, como es sabido, surge como una reacción de la burguesía frente a las estructuras feudales. El individualismo exalta al ser humano aislado y, como apunta Mounier en la primera mitad del siglo XX, se arraiga en lo económico y en lo espiritual y, como es fácilmente comprobable, «todavía produce sus estragos entre nosotros»¹¹.

Las expresiones de Mounier, glosadas en precedencia, son comparadas por el grupo de filósofos y pensadores que se reúnen en torno a la famosa revista francesa *Esprit*. Ellas son el resultado del análisis de la ideología y de los comportamientos sociales efectuado desde la perspectiva del primer tercio del presente siglo. Muchos otros trabajos han sido dedicados en el curso de dicha centuria a poner en evidencia las notas distintivas de los alcances del individualismo. Pero, entre ellos, cabe destacar, por la calidad de la fuente de la cual proviene, por su asepsia e imparcialidad, aquella realizada en el último tercio del siglo XX por su Santidad Juan Pablo II.

2.2. El individualismo en el magisterio de Juan Pablo II

Juan Pablo II, en la Carta Encíclica *Evangelium vitae* ha descrito magistralmente el sentido y alcances de la concepción individualista de la vida humana al expresar que, en la práctica, dentro de ella se niegan trágicamente los derechos humanos con la afirmación de «un concepto de libertad que exalta de modo absoluto al individuo, y no lo dispone a la solidaridad, a la plena acogida y al servicio del otro». La vigencia de un individualismo exacerbado, donde la libertad personal carece de límites, donde se olvida el deber primario y genérico de no dañar al otro, «acaba por ser la libertad de los más fuertes contra los débiles destinados a sucumbir». Su Santidad, en concordancia con lo que ve-

11 Emmanuel Mounier, *El Personalismo*, p. 9.

nimos exponiendo, reconoce en la libertad «una esencial dimensión relacional». A la libertad propia del ser humano, en cuanto su núcleo existencial, no se le puede concebir aisladamente sino en relación con las libertades de los demás seres humanos en el seno de la comunidad.

Precisamente, esta natural coexistencialidad del ser humano que Juan Pablo II subraya, no admite una concepción meramente individualista del ser humano. La estructura del ser humano es, por ello, bidimensional: individual y social al mismo tiempo. De ahí que pueda sostenerse, sin temor a equivocarse, que el ser humano es social o no es.

En el mismo documento pontificio antes reseñado, Juan Pablo II explica que «cuando la libertad es absolutizada en clave individualista, se vacía de su contenido original y se contradice en su misma vocación y dignidad» y, añade, que con esta concepción individualista de la libertad «la convivencia social se deteriora profundamente», por lo que «si la promoción del propio yo se extiende en términos de autonomía absoluta, se llega inevitablemente a la negación del otro, considerado como enemigo de quien defenderse». De este modo, «la sociedad se convierte en un conjunto de individuos colocados unos junto a otros, pero sin vínculos recíprocos: cada cual quiere afirmarse independientemente de los demás, incluso haciendo prevalecer sus intereses»¹². Ello, como se advierte, contraría la propia naturaleza del ser humano, su simultánea estructura individual y social.

Juan Pablo II expresa que el eclipse del sentido de Dios y del hombre conduce inevitablemente a «un materialismo práctico, en el que proliferan el individualismo, el utilitarismo y el hedonismo»¹³. De este modo, se caracteriza al individualismo como una de las más definidas manifestaciones de lo que se aprehende, con toda razón y verdad, como un materialismo práctico. Es decir, un pragmatismo carente de ideales y principios, ayuno de valores. Ello conduce a una civilización deshumanizada, lindante con la amoralidad.

En los tiempos que corren una concepción cerradamente ortodoxa de economía de mercado, no obstante sus reconocidas bondades para la producción de riqueza, no asegura que el hombre no resulte esclavo de la misma. La prevalencia de esta posición, ajena a los correctivos que puedan hacerse necesarios, aparece el grave riesgo, contrario al huma-

12 Juan Pablo *Evangelium Vitae*, Editorial Salesiana, Lima, s/f, pp. 35-36.

13 Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, p. 41.

nismo, de colocar al ser humano al servicio de la economía y no ésta al servicio del hombre. Es por ello indispensable, de parte de gobernantes y economistas, enfocar en primer plano de atención al ser humano cuando se trata de la problemática de la economía de mercado. El mercado, por sí mismo y pese a su aporte positivo, no liberará al hombre de la miseria y, por lo tanto, el ser humano no estará en condiciones de realizarse como persona¹⁴. Se requiere de una acción complementaria de parte del Estado conducente a impedir las irregularidades que puedan provenir de una economía de mercado ciega a las necesidades del ser humano.

El pensamiento del filósofo francés Emmanuel Mounier y el del conductor de la Iglesia Católica, Juan Pablo II, a los que en este orden nos hemos referido, es verificado y complementado por diversos filósofos, pensadores, jusfilósofos y destacados juristas contemporáneos que reaccionan contra el sistema de vida impuesto por el individualismo. Citaremos, en el curso de las páginas que siguen, el pensamiento de algunos de ellos entre una multiplicidad de autores que se refieren al tema.

Así, como muy bien lo percibe el jurista uruguayo Gustavo Ordoqui, el individualismo trasciende al derecho, lo impregna de sus principios, lo marca y define en cierto tramo de la historia. Es por ello que el autor sostiene con razón que «el individualismo, por error, tiende a presentar los derechos de la persona aislados de su contexto, como fuera de la natural intersubjetividad que es propia de la experiencia jurídica». De ahí que para el individualismo, según Ordoqui, «los derechos subjetivos son absolutos» y ello «porque se pierde la dimensión social», sin tenerse en cuenta que «el yo es indesligable de los otros»¹⁵. El error radical del individualismo reside, precisamente y como lo anota Ordoqui, en considerar al ser humano en abstracto, desvinculado de los demás hombres, con quienes necesariamente tiene que coexistir en sociedad. La dimensión social del hombre, su estructura ontológica coexistencial, no puede ser ignorada.

14 Santo Tomás dijo en su momento que para iniciarse en la vida de la virtud se requería de un mínimo de bienestar material.

15 Gustavo Ordoqui Castilla, «Pautas y Criterios para la evaluación judicial del daño a la persona», en *Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas*, Tomo II, p. 413.

3. Individualismo y derecho

3.1. La histórica presencia del individualismo en el derecho

La visión del ser humano centrada puramente en una concepción individualista tuvo, y sigue teniendo en grandes tramos, una dominante presencia en el derecho en cuanto regulador de vida humana¹⁶. El derecho, no lo podemos olvidar, es creado por el hombre, por lo que es un producto cultural. El derecho, en este sentido, es primariamente vida humana viviente. De ahí que todo lo que está en la vida se halla en el derecho, dentro o fuera de su estructura fomal-normativa. Lo jurídico recoge el sentido de una cultura, de una manera de pensar y de vivir. Los seres humanos, explicablemente y en su inmensa mayoría, son tributarios de la ideología de su tiempo. Los códigos, a través de sus normas, que son pensamiento, congelan una determinada cultura, una cierta visión del mundo y del hombre. Por ello, como muy bien lo señalara el eminente comparatista René David, el derecho, los códigos, constituyen un medio idóneo para conocer el modo de vida y el estilo de pensamiento de un determinado grupo humano en cierto tramo de la historia.

De ahí que el sistema individualista de vida se halle visceralmente enclavado en el derecho de los siglos XVIII y XIX y se proyecta hasta el siglo XX. Su influencia está presente en el pensamiento de los juristas, gravita permanentemente en el proceso de codificación, inspira las resoluciones judiciales, alienta la regulación de las instituciones jurídicas. Su arraigo es masivo, las adhesiones con que cuenta siguen aún siendo numerosas en los días que corren. Es difícil oponer la solidaridad al egoísmo individualista, no es fácil hacer prevalecer la justicia ante la irritante injusticia¹⁷.

16 Sobre la tensión entre el individualismo y el comunitarismo ver Lino Rodríguez-Arias, Bustamante, **Del derecho liberal al derecho comunitario**, Editorial Temis, Bogotá, 1995.

17 Sobre la influencia del individualismo en su versión neoliberal puede consultarse de autores varios el libro **Neoliberalismo y desarrollo humano**, editado por el Instituto de Ética y Desarrollo de la Escuela Superior Antonio Ruiz Montoya, Lima, 1998.

3.2. Un caso emblemático: la noción de «derecho subjetivo»

Bastaría citar algunos cuantos notorios casos de individualismo jurídico –tanto por la trascendencia de lo dicho como por la calidad de los juristas que lo dicen–, para comprobar la gravitación del individualismo en el pensamiento y en la construcción de las instituciones jurídicas que hemos heredado. Uno de estos casos, emblemático por excelencia, es el referido a la tradicional y difundida noción de «derecho subjetivo». Autores exponentes de su tiempo, de la categoría de un Windscheid o de un Ihering, formularon una teoría en torno a la significación jurídica del derecho subjetivo. Su concepción respondía a los dictados del individualismo dominante en el momento histórico que les tocó vivir. Su pensamiento en esta materia, como en otras muchas, fue recogido, sin excepción, por los juristas de su tiempo y sus ecos llegan hasta nuestros días.

En el Perú de los años cuarenta y cincuenta del siglo XX, período de nuestra formación universitaria, los grandes maestros peruanos exponían dogmáticamente la noción de derecho subjetivo forjada por ambos, con los matices diferenciales que son conocidos. No existía otra alternativa en el pensamiento de la época. Continuaron haciéndolo por muchos años más. Con gran dificultad, su pensamiento, al influjo de la corriente de pensamiento personalista, va siendo paulatinamente sustituido por una moderna concepción sustentada en una distinta antropología filosófica, en correspondencia con lo que acontece en el devenir de la vida social. Teoría y realidad, dentro de esta nueva perspectiva, guardan estrecha armonía.

Inspirado en el individualismo jurídico, Windscheid definió al «derecho subjetivo» como «un poder de la voluntad» atribuido por la norma al titular del mismo¹⁸. Según este clásico autor «los derechos existen en cuanto el ordenamiento jurídico ha declarado decisivo para la actuación de un precepto emanado de él, la voluntad de una persona». Ihering, bajo la misma influencia¹⁹, lo considera como «la tutela jurídica de un interés del individuo». Estas clásicas y difundidas definiciones, que comúnmente imperan sin mayor análisis crítico hasta nuestros días, no

18 Windscheid, *Diritto delle pandette*, Tomo I, Torino, 1925, p. 144.

19 Rudolf von Ihering, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, T.IV, Madrid, de Baillye Bailliere, 1905, p. 364 y ss.

prestan ninguna atención al derecho de los demás en el ámbito social sino tan sólo a «la omnímoda voluntad o al exclusivo interés del individuo».

Ambas teorías están centradas en la egoísta voluntad o el interés del individuo, aislado de su comunidad, desvinculado de los demás seres olvidando que con ellos, y gracias a ellos, hace su vida, construye su futuro, se proyecta y lo preserva. Ambas posiciones prescinden del interés de los «otros», como si sólo cada uno de nosotros existiera sobre la faz de la tierra. Dentro de esta tendencia era perfectamente lógico que los derechos subjetivos se estimasen absolutos, por lo que en su ejercicio «regular» podíase lesionar impunemente el derecho ajeno sin responsabilidad alguna para el agente del daño. No se legislaba aún sobre el abuso del derecho, que es una institución contemporánea por la cual se protege el interés existencial de los demás en ausencia de un expreso derecho subjetivo que cumpla con tal finalidad.

3.3. La concepción predominantemente patrimonialista del derecho

El exacerbado individualismo reinante en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX que, como se sabe, es expresión de un momento histórico, condujo, como era natural, a una concepción predominantemente patrimonialista del derecho. Lo que interesaba primordialmente al legislador, hombre de su tiempo, era la protección normativa de la propiedad individual, privada, absoluta y exclusiva del individuo. El derecho de propiedad, dentro de la soberbia individualista, fue considerado como un derecho calificado de «absoluto, sagrado e inviolable». Así aparece diseñado en el Código de Napoléon. Bien sabemos en la actualidad, gracias a la nueva concepción del hombre, que no existen derechos absolutos, que todo derecho conlleva en su seno el deber genérico que es el de no dañar al «otro» en el ejercicio de un derecho subjetivo.

De otro lado, lo único «sagrado» es el ser humano que, según la teología católica es templo del espíritu santo. Finalmente, sabemos también que no existen derechos «inviables», que todo derecho puede ser transgredido desde que el ser humano es libre de cumplir con su deber o de incumplirlo. La inviolabilidad carece de sustento técnico. Es, tan sólo, una aspiración ética.

La propiedad se erigió en el centro de atención de los sistemas jurídicos positivos. Baste recordar, como penosa anécdota, que en las

Constituciones peruanas de 1979 y 1993 se sigue aún considerando al derecho de propiedad como un derecho «inviolable», situación que, paradójicamente, no se menciona tratándose de los derechos fundamentales de la persona, como son los derechos a su vida o a su libertad²⁰. Se trata, sin duda, de un rezago, tal vez subconsciente en algunos casos, de una concepción meramente individualista de la propiedad.

El individualismo, llevado a sus extremos de predominio absoluto del egoísmo sobre la solidaridad, genera un modelo de sociedad «caracterizada por el predominio de lo económico sobre lo político y lo jurídico, por una parte, y la exaltación de la fuerza y la inclinación a los métodos de violencia, por otra». Es este el sintético panorama que esboza Rodríguez-Arias Bustamante, que tiene su correlato en la realidad de ciertas sociedades contemporáneas. Observamos como, en ciertos ordenamientos jurídicos nacionales, el elemento dominante en la concepción del hombre y del mundo es lo material o patrimonial sobre lo espiritual. Como sostiene el autor, ello es «verdaderamente lamentable, como el empleo de la fuerza, cada vez más acentuada, lo cual amenaza por destruir las garantías de la seguridad a que aspiran todos los seres humanos». Ello conduce, en última instancia, a la destrucción o, cuando menos, a la peligrosa atenuación del Estado de Derecho²¹. ¿No es ésta, de alguna manera y en cierta medida la experiencia del Perú de la última década del siglo XX? ¿No es éste acaso el «materialismo pragmático» al que tan claramente alude Juan Pablo II en la Encíclica

20 Nos referimos a los artículos 125° de la Constitución de 1979 y 70° de la Constitución de 1993. Este último numeral prescribe que: «el derecho de propiedad es inviolable». Aparte del singular hecho que los constituyentes de 1979 y 1993 reservaron el calificativo para aplicarlo al caso del derecho de propiedad, es dable señalar que, en principio y en cuanto al ser humano es libre, es capaz de cumplir con su propio deber o incumplir con él, violando en este caso la prescripción normativa. Es decir, que señalar que un derecho es «inviolable» significa tan sólo una aspiración ético-axiológica, por lo que no condice con una buena técnica legislativa. Desde nuestro punto de vista, esta situación representa un rezago de una trasnochada visión exarcebada individualista y patrimonialista del derecho, donde el centro y eje del mismo no se halla en la persona humana sino en la propiedad. Es este el único interés existencial que para el constituyente merecería ser «inviolable», con prescindencia o anteponiéndose a los derechos a la vida o la libertad, por ejemplo.

21 Lino Rodríguez-Arias Bustamante, *Del derecho liberal al derecho comunitario*, pp. 23-24.

Evangelium Vitae?²². ¿No será éste, acaso, la causa de la profunda crisis moral de la sociedad contemporánea a la que la generalidad de las personas identifica con diversos tipos o modalidades de «corrupción», algunos de las cuales conocemos con estupor a través de las informaciones que nos ofrecen los medios de comunicación social?

El individualismo extremo conduce a un pragmatismo donde lo límite ya no es la inmoralidad sino la amoralidad. Los que profesan esta visión del mundo y del hombre terminan por colocar en el ápice su escala de valores a su conveniencia, a la utilidad, en vez de los cimeros valores del amor, la solidaridad y la justicia que otorgan sentido y dignifican la vida humana. Se trata de una grave deshumanización de la convivencia humana que hay que combatir y desterrar hasta donde ello es humanamente posible.

3.4. El lento destierro de la concepción individualista

Felizmente, no obstante su secular arraigo y su persistente presencia en la vida comunitaria, la posición eminentemente individualista-patrimonialista va siendo lentamente desterrada de la normatividad contemporánea, pese al renacer de un extremo y gélido neoliberalismo económico en el último tercio del siglo XX. Como comprobación de este proceso de destierro del individualismo extremo cabe destacar el hecho de que en Alemania, una enmienda constitucional del 19 de marzo de 1956, enuncia en su primer artículo que «la dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección». Esta declaración representa, entre muchas otras similares producidas en otras latitudes, una creciente toma de conciencia del significado y primado de los derechos fundamentales derivados de la dignidad del ser humano y, consiguientemente, una paulatina reacción contra el «materialismo pragmático» que nos agobia e impide o limita el normal y equilibrado desarrollo de la personalidad humana.

Bajo la inspiración de la filosofía de la existencia y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en gran medida la concreta normativamente, los códigos civiles de Bolivia de 1976 y el reciente código de Quebec, entre otros, siguen una nueva directiva de principios. En el artículo 3º del primero de los citados códigos civiles se

22 Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, p. 41.

declara que «los derechos de la personalidad son inviolables», posición que difiere de aquella lamentablemente adoptada por nuestros constituyentes de 1979 y de 1993 para quienes, como se ha apuntado, sólo el derecho de propiedad sería inviolable.

El artículo 10º del reciente Código civil del Quebec enuncia que «la persona humana es inviolable». Al mencionar a la persona humana, en cuanto titular de todos sus derechos naturales, resultan por consiguiente inviolables todos aquellos que la protegen dentro del respectivo ordenamiento jurídico. En este mismo sentido, el artículo 1º de la derogada Constitución peruana de 1979 proclamaba que la persona era el bien supremo del Estado y de la sociedad aunque, contradictoriamente y como está dicho, reservaba el calificativo de «inviolable» para caracterizar el derecho de propiedad. Es decir, en otros términos, lo que la Constitución estableció es que el ser humano es un fin en sí mismo, mientras que el patrimonio es tan sólo un indispensable instrumento a su servicio.

El artículo 2º de la Constitución italiana de 1947 proclama que «la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como sujeto singular o en las formaciones sociales, donde desarrolla su personalidad». Este artículo constitucional, que funciona como cláusula abierta o en blanco, ha permitido a los jueces italianos proteger todos los derechos naturales o intereses existenciales de la persona, estén o no tutelados por norma expresa del ordenamiento jurídico positivo. De otra manera no se explica que la jurisprudencia de la península haya recogido y protegido simples intereses existenciales como son la intimidad o la identidad, los que no cuentan con norma expresa que los tutele dentro de dicho ordenamiento jurídico. Los jueces se han fundado en dicha norma constitucional para acogerlos, sustentándose en la libertad y la dignidad del ser humano y la consiguiente inviolabilidad de sus derechos naturales.

Como se aprecia, en todas las Constituciones antes mencionadas y en otros dispositivos citados, el término de «inviolable» se reserva, como debe ser, para la vida humana, para el ser humano, y no para la propiedad como indebidamente aún lo sigue haciendo la Constitución de 1993 siguiendo de este modo, acríticamente, las huellas de su antecesora la Constitución de 1979. Esperemos que este grueso error —o involuntario e inadvertido desliz— no se repita en la próxima Carta Magna. Y decimos desliz, porque de la lectura de su bello Preámbulo se

infiere su inspiración humanista desde que se reconoce expresamente «la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado». Esta declaración, acorde con la naturaleza del ser humano, justifican nuestra apreciación.

Un paso adelante de singular importancia en el reconocimiento y gravitación de la concepción personalista fue dado con ocasión de aprobarse un 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este valioso instrumento, que acaba de cumplir cincuenta años de vigencia, sirvió de inspiración a las constituciones y a los códigos civiles promulgados en la segunda mitad del siglo XX que, después de un prolongado olvido y preterición de parte del derecho positivo, reconocen y protegen los derechos fundamentales de la persona.

Lamentablemente, y bien lo sabemos por propia experiencia, los gobiernos autoritarios o dictatoriales suelen desconocer en la práctica, con mayor o menor intensidad, los derechos fundamentales del ser humano violándolos, a menudo, sistemáticamente. A los gobernantes más o menos autoritarios no les interesa la protección del ser humano. Sus pragmáticos antivalores son su propia conveniencia para mantenerse en el poder, sofocando cualquier intento de rebeldía o de protesta. No obstante estas duras experiencias cíclicas negativas, contrarias a la dignidad del ser humano que viven algunos países —entre ellos, el nuestro—, será seguramente contrarrestada en un próximo futuro a través de un proceso de globalización jurídica que, en la huella de aquella de índole económico-financiera, empieza a percibirse en el mundo. Este será, sin duda, un factor de importancia para frenar, mitigar o impedir tales actos de barbarie que aún temporalmente asolan a la humanidad. En este sentido es lamentable que el Perú, junto con Uruguay, sean los únicos países latinoamericanos que aún no han suscrito el Tratado de Roma de creación del Tribunal Penal Internacional, el que perseguirá a los delincuentes que, en cualquier latitud, cometan crímenes contra el ser humano, con prescindencia de su raza, creencias o ubicación geográfica. Se trata, sin duda, de un avance extraordinario en el sentido de protección del ser humano.

4. La concepción individualista-patrimonialista y el Código civil de 1936

Es útil mostrar cómo el Código civil de 1936, tributario de su tiempo y de las fuentes de las que se nutrieron sus autores, tenía como centro de su interés la protección del patrimonio, con desmedro de la tutela del ser humano. Como todos los códigos civiles de su tiempo apenas tenían unas cuantas normas destinadas a la protección del ser humano. En el Código civil de 1936 sólo se mencionaban los derechos al nombre y al domicilio. No se tutelaban los derechos fundamentales a la vida, la libertad, la integridad psicosomática, el honor, la intimidad, entre otros.

4.1. Contexto histórico-ideológico en el que se elabora el Código de 1936

La Constitución peruana de 1933, que regía en el período de nuestra formación jurídica, no tutelaba los derechos de la persona. Su exclusiva preocupación, como aquella de la mayoría de las cartas magnas que la antecedieron en el tiempo, era básicamente diseñar la institucionalidad del Estado y la regulación las relaciones entre éste y los ciudadanos. Dicha Constitución se constituiría en el fundamento del Código civil de 1936.

Es bajo la inspiración de una filosofía individualista, heredada del Código civil de los franceses de 1804, que se redacta el Código civil de 1936. Ello explica, por ejemplo que, entre otras razones, en el Libro dedicado al Derecho de las Personas sólo se consideraran dignos de tutela jurídica tan sólo el nombre y el domicilio, con absoluto desconocimiento de los derechos fundamentales a la vida, a la libertad, a la identidad, a la integridad psicosomática, al honor o a la intimidad, para citar sólo algunos de los más importantes derechos del ser humano sustentados en su propia dignidad de ser libre y coexistencial. La pobreza del Libro Primero del Código civil de 1936 en el tratamiento de los derechos fundamentales de la persona, como ha sido resaltada por varios de sus comentaristas, era notoria. Se hacía indispensable, por consiguiente, reestructurar íntegramente dicho Libro Primero a partir de una visión personalista del derecho. Dicho Libro había devenido obsoleto. No era posible enmienda alguna. Había que reestructurarlo desde su misma base ideológica.

La concepción individualista, como se ha anotado, se halla estrechamente unida a la predominante presencia de una visión patrimonialista de la vida y, por ende, del derecho. La acumulación de riqueza y su casi nula distribución, la producción de rentas, la protección de lo habido, son el natural y explicable corolario del individualismo que sólo tiene en consideración la satisfacción de las necesidades del individuo en soledad. Lo más importante, lo decisivo, dentro de la mentalidad individualista es el «haber» en desmedro del «ser». Dentro de esta concepción marcada por el egoísmo, más importante resulta ser la tutela del patrimonio que la protección del ser humano considerado en sí mismo.

La concepción individualista-patrimonialista se refleja en la construcción de casi todas instituciones jurídicas plasmadas bajo su inspiración ideológica. La propiedad, en su manifestación normativa, es un derecho «absoluto, sagrado e inviolable». Ninguno de estos calificativos es aplicado, sin embargo, a la vida humana. Se reservan, como está dicho, tan sólo para calificar «jurídicamente» al patrimonio. Esta es la cosmovisión dominante en la época en que se formula el Código civil de 1936 y de la que, explicablemente, no lograron desprenderse, totalmente, los constituyentes de 1979 y de 1993.

Tan intensa y vasta fue –y en alguna medida lo sigue siendo– la presencia del individualismo-patrimonialista que esta concepción se trasunta en todas las disciplinas jurídicas, se aloja en el corazón de todas las instituciones jurídicas. No sólo la propiedad resulta «inviolable», como se ha señalado sino que, por ejemplo, en el área de la responsabilidad civil lo que se protege es al *homo faber*, al ser humano sólo en cuanto productor de rentas. Para la jurisprudencia comparada, hasta hace muy pocos años, carecía por ello de sentido proteger al ser humano, considerado en sí mismo, si es que él no generaba riqueza. El valor que tenía el ser humano para el derecho se hallaba en función de la riqueza que producía. Su protección jurídica se medía en atención a sus haberes. No interesaba, por consiguiente, el ser humano en cuanto tal. Por ello, muchos seres humanos no productores de riqueza quedaban marginados de la tutela del derecho ante los daños de que podían ser víctimas. Era el caso, entre otros y como lo hemos señalado, de las amas de casa, de los niños, de los ancianos, de los desocupados, de los discapacitados, de los jubilados, de los sacerdotes, de los que, en general, dedican su vida, con total desprendimiento, al servicio de los demás.

La gravitación del individualismo, si bien ha disminuido en intensidad en años recientes, no ha desaparecido totalmente de la escena jurídica. Ello es reflejo de lo que acaece en el mundo en que vivimos. Su presencia aún se advierte bajo diversas manifestaciones. Ella es avivada desde la vertiente económica por un capitalismo salvaje, por un neoliberalismo extremo y eviscerado que no admite regulación alguna de protección al débil, por una teoría del costo-beneficio que pretende arrasar con los valores supremos vivenciados en las relaciones jurídicas, como son la justicia o la solidaridad, para ser sustituidos por otros, que si bien son importantes, resultan de menor jerarquía axiológica, como es el caso de la utilidad o la conveniencia.

4.2. Período de transición entre dos épocas

Pese a la situación antes referida, se observa que en ciertos sectores del derecho, en concordancia con la vida, se está desplazando, no sin fatiga y esfuerzo, la influencia absoluta del individualismo-patrimonialista. Ello nos hace intuir y pensar, como lo hemos reiteradamente expresado en otras sedes que, no obstante los rebrotes individualistas que se advierten en la actualidad, nos encontramos en un período de transición entre dos épocas. Una transición que tiene como meta un futuro –no sabemos cuán lejano esté– signado por el humanismo. Hemos dedicado algunas páginas en otras sedes al análisis de este fenómeno²³.

Prueba de este proceso de cruenta transición ideológica, en el cual se advierte que en ciertas áreas del derecho la influencia individualista se halla en retirada, es el notorio viraje producido en cuanto a la noción de «derecho subjetivo» que en su tiempo, como es sabido, preconizaran Windscheid y Ihering. De ser un derecho absoluto, un indiscriminado e ilimitado poder de voluntad individual, va transformándose en lo que se ha dado en llamar «situación jurídica subjetiva». Dentro de los alcances de este concepto, el derecho subjetivo pierde su falsa calidad de derecho «absoluto», con que lo nimbó el individualismo, para ceder paso a una concepción concorde con la realidad de la vida social y con los hallazgos de una contemporánea antropología filosófica.

23 Ver Carlos Fernández Sessarego, «El derecho en un período de transición entre dos épocas», *Revista Jurídica del Perú*, Editora Normas Legales, Trujillo, enero-marzo de 1996.

El «derecho subjetivo» se presenta dentro de esta nueva óptica acompañado siempre de un correspondiente deber. Como las dos caras de una moneda, derecho y deber son inseparables. No hay derecho que no contenga ínsito en su seno un determinado deber frente a los demás, como tampoco es imaginable un deber que no signifique un cierto derecho. El deber aludido puede ser genérico, es decir, presente en toda la normatividad jurídica y, además, propio de cada figura del derecho. El deber genérico, que se halla presente y actuante en todos los derechos subjetivos, es el de no dañar. Ello supone que en el ejercicio de un derecho no se puede impunemente causar un perjuicio a otro. Lo dicho significa que no existe un derecho subjetivo absoluto en tanto está siempre inherentemente limitado, al menos, por el genérico deber de «no dañar»²⁴.

En el artículo 19º del Código civil peruano de 1984 encontramos un caso en el cual se señala expresamente que el nombre es «un derecho y un deber». En esta situación el deber genérico es no dañar a otro a través de un uso indebido del nombre. El deber específico, propio de la figura, es el de no cambiar de nombre. Ello, en cuanto el nombre es uno de los signos distintivos de la identidad del sujeto, con el cual general y normalmente, se le individualiza en sociedad. Claro está que este deber de no cambiar de nombre reconoce algunas excepciones por todos conocidas, como es el caso de las homonimias intolerables, los nombre ridículos, extravagantes, lesivos al honor, entre otros casos que el juez deberá apreciar.

Otro caso en el que se hace patente la transición entre dos épocas, una dominada por el individualismo-patrimonialista y la otra bajo el signo de un humanismo solidario, es el que se observa tratándose de la tutela del ser humano. Observamos como en las más recientes Constituciones, inspiradas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se hace referencia a los derechos fundamentales del ser humano. Esta actitud se traslada a ciertos códigos recientes. Tanto en unas como en otros se incluyen cláusulas generales, abiertas o en blanco, de protección preventiva, unitaria e integral de la persona. Ello significa, por consiguiente que en lo que atañe a los derechos de la persona no existe un

24 Una mayor información sobre el tema concerniente a la «situación jurídica subjetiva» se puede encontrar en Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992 p. 54 y ss.

número cerrado de derechos. Es decir, que no es necesario que un derecho natural, que una exigencia existencial sustentada en la dignidad del ser humano, requiera de norma expresa que lo tutele para que sea amparada por el juez. En esta hipótesis el juez fundamenta su fallo, como se ha señalado, en la facultad que le concede el ordenamiento a través de las cláusulas generales y abierta de protección del ser humano.

Ni la Constitución peruana de 1933, ni el Código civil de 1936, como no podía ser de otra manera, incorporaron dentro de sus respectivos articulados una cláusula general de tutela preventiva, integral y unitaria de la persona. Tampoco aludieron a la protección de cualquier interés existencial o derecho natural derivado de la dignidad misma de la persona, aunque no estuviere expresamente considerado por una determinada norma jurídica. Esta omisión resultaba muy grave en la medida que, según los postulados del positivismo jurídico que inspiraron al codificador de 1936, sólo era de aplicación por el juez aquello taxativamente previsto por la ley. No habíase aún configurado un derecho genérico de tutela de la persona como es el que aparece en el artículo 4º de la Constitución peruana de 1979 y en el artículo 5º del Código civil de 1984, lo que significa un evidente y positivo desarrollo en materia de protección preventiva, unitaria e integral del ser humano²⁵.

En el artículo 5º del Código civil de 1984, en concordancia con lo dispuesto en su momento en la Constitución de 1979, incluye también una cláusula abierta pues, al lado de la protección expresa de los derechos fundamentales de la persona a la vida, la libertad, a la integridad psicosomática, al honor, prescribe que gozan también de la misma protección los «demás inherentes a la persona humana».

Lo expresado en el párrafo anterior marca la abismal diferencia conceptual y normativa entre la magra protección a la persona dispensada por el Código civil de 1936 y aquella amplia tutela preventiva, unitaria e integral brindada por el Código civil de 1984. El salto de calidad,

25 Los artículos 4º de la Constitución de 1979 y 3º de la de 1993 contienen una ejemplar cláusula general redactada en los siguiente términos: «La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno». El art. 5º del Código civil peruano de 1984 recoge este principio cuando, al referirse a algunos derechos fundamentales de la persona, extiende la protección jurídica a «los demás inherentes a la persona humana».

como ha sido puesto en evidencia por los comentaristas del Código civil de 1984, es por demás elocuente.

5. Alcances de la concepción personalista

5.1. Origen y significado del personalismo

El personalismo es una elaborada expresión del humanismo. Es, en síntesis, un humanismo. Por ello suelen utilizarse ambos términos como sinónimos. En cierta medida, lo son. En las líneas que siguen se hará referencia a algunos matices propios del personalismo.

Como lo señala Mounier en su bello y denso libro titulado **El Personalismo**, la palabra «personalismo» encuentra su origen en los primeros años del siglo XX. La empleó Renouvier por primera vez en Francia en 1903 para calificar su filosofía. Luego cayó en desuso en este país para ser posteriormente retomada en Estados Unidos por algunos seguidores de Walt Whitman. Reaparece en Francia en 1930 para designar las primeras indagaciones publicadas en torno a este concepto en la revista *Esprit*. Es utilizada por algunos grupos próximos a esta revista, a propósito de la crisis política y espiritual que estallaba en Europa después de la primera guerra mundial de 1914-1919. Como apunta Renouvier, en 1947 el conocido **Diccionario Filosófico** de Lalande le otorga carta de ciudadanía en su quinta edición mientras que, contra el uso corriente del vocablo, el diccionario Larrouse le otorga al término «personalismo» el significado de egocentrismo. Como observa Mounier, la palabra personalismo «sigue una marcha indecisa y ramificada: la de una inspiración que se busca y ensaya sus vías»²⁶. En esto último reside la amplitud y grandeza del personalismo²⁷.

No obstante lo expresado por Mounier, y como él mismo lo advierte, lo que se llama personalismo «no es, de ningún modo, una novedad». El personalismo entronca en una larga tradición. En una tradi-

26 Emmanuel Mounier, **El Personalismo**, p. 5.

27 Según otra versión, el personalismo «surgió como reacción de unos pensadores cristianos ante la crisis mundial del año 1929, que intenta superar al liberalismo y al socialismo, despojándolos de sus excesos extremistas: el sentido del individuo o la colectividad» Ver Lino Rodríguez-Arias Bustamante, **Del derecho liberal al derecho comunitario**, p.4.

ción que se proyecta vigorosamente al futuro. El vocablo pudo haber sido acuñado a comienzos del siglo XX pero la concepción que él revela es de larga data histórica.

Según el citado filósofo francés, el personalismo no es un sistema cerrado de pensamiento. El personalismo es una filosofía, es una actitud. Como bien lo expresa Mounier, el personalismo «no rehuye la sistematización, pues el orden es indispensable en los pensamientos: conceptos, lógica, esquemas de unificación no sólo son útiles para fijar y comunicar un pensamiento que sin ellos se disolvería en intuiciones opacas y solitarias; sirven para sondear esas intuiciones en sus profundidades». Son por ello, «instrumentos de descubrimiento al mismo tiempo que de exposición». Como postula Mounier, por cuanto determina estructuras, «el personalismo es una filosofía y no solamente una actitud»²⁸. Actitud y filosofía centradas sobre el valor de la persona humana.

5.2. La idea central del personalismo

La idea central de la filosofía personalista es la existencia de personas libres y, en tanto tal, creadoras. El ser humano deja de ser, solamente, un ente racional. Su núcleo existencial es la libertad. La libertad es constitutiva de la existencia creada. Por ello la persona es estimativa, estructuralmente dispuesta a valorar, lo que le permite proyectar. El ser humano es, así, estimativo. Pero, por ser libre y temporal, es también proyectivo. Por ser libre, la persona es dinámica e impredecible. Precisamente, y como anota Mounier, por ser impredecible ella «disloca toda posibilidad de sistematización definitiva»²⁹.

La libertad y la persona son indefinibles. Como lo recuerda el propio Mounier, sólo se pueden definir los objetos exteriores al ser humano, los objetos que tenemos ante la mirada. La persona no es un objeto. El ser humano es el sujeto que conoce, que enfrenta a los objetos del universo. Como bien lo describe el autor, «la persona no es el más maravilloso objeto del mundo, un objeto al que conoceríamos desde fuera, como a los demás». Es, por el contrario, «la única realidad que podemos conocer y que al mismo tiempo hacemos desde dentro»³⁰. La

28 Emmanuel Mounier, *El Personalismo*, p. 5.

29 Emmanuel Mounier, *Op. cit.*, p. 6.

30 Mounier, Emmanuel, *Op. cit.*, pp. 6-7.

realidad humana, como apunta Julián Marías, es la única que conocemos directamente³¹.

Tratar a la persona como un sujeto, como a un ser presente y no como a un objeto, supone, como apunta Mounier³², «reconocer que no se puede definirlo, clasificarlo, que es inagotable, que está henchido de esperanzas, y que sólo él dispone de ellas: es concederle crédito». El ser humano es un universo de posibilidades, de iniciativas, de opciones para realizar su vida. Es un ser complejo, de una riqueza extraordinaria del cual poco sabemos a pesar de los valiosos hallazgos de la filosofía de la existencia.

5.3. La aprehensión del ser humano como libertad

Es cierto, sin embargo, que podemos aprehender desde el exterior ciertos aspectos de cada ser humano. Observamos su contorno físico, sus características, los rasgos de su personalidad. Podemos analizar su sangre, someterlo a pruebas de laboratorio, determinar sus enfermedades. Es decir, lo podemos tratar como a un objeto del saber fisiológico. Podemos también conocer muchos de sus atributos, como los atinentes a su creencia religiosa, sus convicciones políticas, su nacionalidad, su ocupación. Es decir, podemos aprehender desde el exterior muchas facetas de este ser impredecible que es el ser humano, pero nunca podremos conocerlo y comprenderlo en su totalidad unitaria. No seremos capaces, desde el exterior, de penetrar en la intimidad de su ser libertad. No es viable una comprensión filosófica ni una explicación científica, total y absoluta, sobre el ser humano. Como anota Jaspers, la compleja estructura existencial hace que el hombre sea siempre más de lo que se sabe sobre él³³. O, como apunta Mounier, «mil fotografías combinadas no conforman un hombre que camina, que piensa y que quiere»³⁴.

El ser humano, cada persona, debe utilizar diversas vías de conocimiento para inquirir sobre sí mismo, para saber algo de sí mismo. No

31 Julián Marías, *Mapa del mundo personal*, Alianza Editorial, primera reimpresión, 1994, p. 12.

32 Emmanuel Mounier, *Op. cit.*, p. 21.

33 Karl Jaspers, *La fe filosófica*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1968, p. 54.

34 Emmanuel Mounier, *Op. cit.*, p. 6.

sólo es posible, como antaño se sostenía, que la vía racional era la única posible para lograr este propósito. La vía no intelectual, como las intuiciones, las emociones o los sentimientos, son también experiencias reveladoras del ser humano. A esta vía de conocimiento Francisco Miró Quesada Cantuarias la define con la expresión *ontostesia*, en contraposición con la *ontognosis* que es la vía del conocimiento racional. La *ontostesia* es la sensibilidad del ser. El autor nos revela, en armonía con el aporte de la filosofía de la existencia, que las vías emocionales adquieren fundamental importancia en la aproximación a nuestro ser personal. Sostiene, por ello, que es «una puerta de entrada preciosa para el estudio del ser del hombre, pues aunque no es una captación cognoscitiva de este ser, es un contacto directo con él, que puede servir para una ulterior penetración intelectual»³⁵. Para Heidegger y Sartre la revelación *ontostésica* de la libertad se da en la angustia³⁶. Angustia a la que alude Kierkegaard como «el vértigo de la libertad», es decir, el instante en que «la libertad fija la vista en el abismo de su propia posibilidad y echa mano a la finitud para sostenerse»³⁷.

A propósito de lo dicho, en los días que corren va adquiriendo carta de ciudadanía el referirse no sólo a una inteligencia lógica o matemática sino, al lado de ellas y de otras formas de inteligencia, el resaltar la inteligencia emocional. Se suele sostener por algunos autores que la «inteligencia emocional» nos permite tomar conciencia de nuestros sentimientos, comprender los sentimientos de los que nos rodean, penetrar en el dinámico meandro de nuestras frustraciones, odios, amores, empatías. La *ontostesia* nos pone directamente frente a lo que somos.

La libertad, en cuanto núcleo existencial del ser humano, es incognoscible e indemostrable y, por consiguiente, indefinible³⁸. Sartre confirma esta apreciación cuando afirma que la libertad es indefinible e innombrable³⁹. Si es verdad que la libertad «comprueba mi existencia,

35 Francisco Miró Quesada Cantuarias, *Ensayos I (Ontología)*, Imprenta Santa María, Lima, 1951, pp. 27-28.

36 Martín Heidegger, *El ser y el tiempo*, p. 217. Para este filósofo la angustia hace patente al ser libre «para la libertad de elegirse y empuñarse a sí mismo».

37 Sören Kierkegaard, *El concepto de la angustia*, Espasa-Calpe, Buenos Aires, segunda edición, 1943, p. 67.

38 Karl Jaspers, *La fe filosófica*, p. 56.

39 Jean Paul Sartre, *El ser y la nada*, III, Editorial Iberoamericana, Buenos Aires, 1949, p.17.

mi ser, por el contrario, no puede ser objeto de comprobación»⁴⁰. Cada ser humano, utilizando diversas vías de conocimiento, se aproxima a su núcleo existencial. Se sensibiliza y vivencia la libertad mediante un infrecuente movimiento de interiorización. Podemos sentir la libertad, comprobar que somos libres, pero es imposible comunicar la libertad en tanto no es objetiva. La libertad se vive, se capta en la angustia, en momentos culminantes de nuestras vidas, cuando debemos adoptar, por nosotros mismos, decisiones trascendentales que marcan nuestro destino. O, simplemente, no se llega jamás en el curso de la existencia a hacer patente nuestro ser.

Por lo expuesto, como sostiene Jaspers, los seres humanos conocemos mejor lo que «no somos», lo que se ubica en el mundo exterior frente a nosotros, que lo que cada ser humano es⁴¹. No obstante que el hombre existe y sabe que existe es, en última instancia, un misterio para sí mismo. El ser humano se convierte por consiguiente «en el máximo misterio cuando vislumbra que en su finitud parecen extenderse hacia el infinito sus posibilidades»⁴².

La persona, en cuanto unidad psicosomática sustentada en la libertad, no obstante lo dicho, no puede ser confinada en lo indecible. Como apunta Mounier, una experiencia rica que penetra en el mundo se expresa «en una creación incesante de situaciones, de reglas, y de instituciones». Pero, como sostiene el propio autor, «como este recurso de la persona es indefinido, nada que lo expresa lo agota, nada de cuanto lo condiciona lo sojuzga». La persona es una «actividad de autocreación, de comunicación y de adhesión, que se aprehende y se conoce en un acto, como movimiento de personalización»⁴³.

Es importante distinguir, en la unidad de la libertad, los dos instantes en que ella se presenta. La libertad es el ser del hombre. Por ello, sólo la muerte le pone fin. Es una instancia nuclear, subjetiva, inescudable. A esta libertad le es inherente su capacidad de convertirse de decisión, en que ella consiste, en acto, en conducta, en comportamiento. Es decir, proyectarse hacia el exterior, ejercitarse. No es lo

40 Gabriel Marcel, *El misterio del ser*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1953, p. 226.

41 Karl Jaspers, *Op. cit.*, p. 45.

42 Karl Jaspers, *Op. cit.*, p. 45.

43 Emmanuel Mounier, *Op. cit.*, p.7.

mismo, por lo tanto, la libertad, en que consiste el ser humano, y la proyección de la libertad que, en el ámbito de las constituciones y los códigos, se le suele designar como «desarrollo de la personalidad». Estos actos, que son manifestaciones exteriores o fenomenalizadas de la libertad, están protegidos por el derecho. Hasta no hace mucho se les conocía también como «las libertades», que merecían ser «garantizadas» por las constituciones políticas.

Este distingo tiene una importante finalidad práctica como es la de comprender que la llamada «capacidad de goce», que es inherente a la libertad, no puede ser objeto de limitación o restricción legal alguna. En cambio, dicha capacidad convertida en acto, en ejercicio, está sujeta a las disposiciones del derecho. Es decir, sólo la capacidad conocida como de ejercicio o de obrar es susceptible de limitación legal⁴⁴. Todos los seres humanos gozan de los mismos derechos.

5.4. Coexistencialidad y temporalidad del ser humano

El personalismo descubre al ser humano como un ente coexistencial, que realiza su vida con los «otros» en el seno de la comunidad. Contrariamente a la concepción individualista, para el personalismo es inconcebible el ser humano aislado, incomunicado, encerrado en su propia mismidad. El ser humano está en comunicación, es, de suyo, comunicación. Como sostiene Jaspers, en la comunicación la existencia encuentra su ser al unirse con otra persona. La persona es, por naturaleza, comunicable.

Contrariamente a la posición asumida por el personalismo en concordancia con la estructura existencial del ser humano, el primer cuidado del individualismo, como apunta Mounier, es «centrar al individuo sobre sí». En cambio, el primer cuidado del personalismo, es «descentrarlo para establecerlo en las perspectivas abiertas de la persona». El primer movimiento del ser humano es un movimiento hacia el otro⁴⁵. El primer acto de la persona es suscitar con otros una sociedad

44 No se pudo incluir esta concepción en el artículo 3° del Código civil vigente. Felizmente, la Comisión que está proyectando en la actualidad una ley de enmiendas ha aprobado una nueva redacción de este numeral a fin de concretar normativamente esta posición.

45 Emmanuel Mounier, *Op. cit.*, p.20.

de personas, «cuyas estructuras, costumbres, sentimientos y, finalmente, instituciones, estén marcadas por su naturaleza de personas: sociedad cuyas costumbres solamente comenzamos a entrever y esbozar»⁴⁶.

Vivir es convivir. La existencia es coexistencia. Se trata de diversas maneras de expresar que el ser humano no es sólo un ser «individual», singular, único e irrepetible, sino que también, simultáneamente, es un ser «social». La existencia y la coexistencia son las dos dimensiones de la estructura del ser humano. Heidegger lo refiere como un «ser-en-el-mundo», Sartre lo describe como «un-ser-para-el-otro», mientras que Zubiri encuentra que una dimensión ontológica de la persona es la de «ser- con» y Jaspers alude a la «comunicación» como constitutiva de su ser. Todas estas expresiones presentan a la persona como un ser que, necesariamente, tiene que realizarse con los demás en sociedad. Por ello Julián Marías sentencia que «vivir es, a la vez, estar en el mundo y convivir»⁴⁷.

Mounier, al mencionar la dimensión coexistencial del ser humano, expresa que «casi se podría decir que sólo existo en la medida que existo para otros, y en última instancia ser es amar». Las otras personas no limitan la realización de la persona sino que, por el contrario, «la hacen ser y desarrollarse». De ahí que afirme que la persona «no existe sino hacia los otros, no se conoce sino por los otros, no se encuentra sino en los otros»⁴⁸. Son hermosas y precisas las expresiones de Mounier que transcribimos. Su lectura nos permite comprender mejor la bidimensionalidad del ser humano y, en especial, en qué consiste la dimensión coexistencial del ser humano, su ser social.

La estructura del ser humano no se agota en su bidimensionalidad libertad-coexistencialidad. Es, además, un ser temporal⁴⁹ y, por lo tanto, histórico. Es tiempo existencial ínsito en el tiempo universal. Es libertad coexistencial desplegada en el tiempo existencial. El tiempo existencial aparece con el ser humano en la concepción y se agota en el momento de la muerte. Es el alfa y el omega del hombre. Su existencia terrenal. Es el fugaz instante del vivir humano en el universo son fronteras, en el tiempo infinito.

46 Emmanuel Mounier, *Op. cit.*, p. 21.

47 Julián Marías, **Mapa del mundo personal**, p.11.

48 Emmanuel Mounier, *Op. cit.*, p. 20.

49 Sobre el tiempo existencial Martín Heidegger, **El ser y el tiempo**, traducción del alemán por José Gaos, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1951.

El ser humano por ser temporal está situado en un lábil presente, tiene pasado y futuro. Es decir, el tiempo que fugó y aquél que está por venir. En el presente, sustentado en su pasado, el ser humano proyecta su vida futura. Si el ser humano no fuese temporal no podría proyectarse, trazar su destino, en cuanto ser libre, contando con los demás en su dimensión coexistencial. Este es el sujeto del derecho, el centro y el eje de la disciplina jurídica. Su creador, destinatario y protagonista.

5.5. Del Cristianismo a la filosofía de la existencia

Las verdades expuestas constituyen, como remarca el propio Mounier, el personalismo mismo. Le son inherentes. De ahí que constituya un pleonasma designar a la civilización que persigue como personalista y comunitaria. Estas verdades, añade el autor, expresan, frente al individualismo y al idealismo persistentes, que «el sujeto no se nutre por autodigestión, que nadie posee sino lo que da, o aquello a lo que se da, que nadie alcanza su salvación totalmente solo, ni social ni espiritualmente»⁵⁰.

El Cristianismo, como nos lo recuerda Mounier, aporta de golpe, entre los anteriores tanteos de aproximación al ser humano, «una visión decisiva de la persona». Como expresa con acierto, hoy día no se aprecia en toda su magnitud el escándalo que esa noción aportada por el Cristianismo significó para el pensamiento y la sensibilidad de los griegos. El Cristianismo nos presenta un ser humano libre, capaz de perderse o salvarse. El pecado no sería comprendido si el hombre no fuera libre.

Recordamos el impacto que nos causó cuando ingresamos a la Universidad en 1943 la lectura de algún libro –cuyo título se perdió en la bruma del tiempo– que reportaba en sus páginas un revelador debate entre Bossuet y San Agustín sobre la libertad del hombre y la intervención de Dios en su vida. Sostenía el primero, comparando al ser humano con un reloj, que Dios lo pone en marcha y lo abandona a su suerte. San Agustín, por el contrario, sostenía que Dios intervenía en la vida del hombre siempre que éste reclamara su ayuda a través de la oración. Es decir, que si se le pedía con convicción, podía adelantar o retrasar el reloj si se presentase algún contratiempo en su mecánico discurrir. En

50 Emmanuel Mounier, *Op. cit.*, p. 21.

ello radica, precisamente, el valor de la oración, del evangélico «pedid y recibiréis».

Los aportes del Cristianismo quedaron confinados en el campo de la teología, por lo que no trascendieron mayormente a la filosofía. De ahí que se refiera al ser humano como «un ser racional», sin alusión alguna a su núcleo existencial que es la libertad espiritual. De ahí que Boecio, en el siglo VI d.c. lo concibe como «una unidad de substancia racional». Así nos lo enseñaron en su momento. Probablemente así se seguirá enseñando en la actualidad.

Más allá de las contribuciones de algunos filósofos en lo que concierne al conocimiento de la persona, en el decurso de la historia posterior a la aparición del Cristianismo, corresponde a la filosofía existencial, como está dicho, el habernos brindado hallazgos de extrema importancia para una mejor aprehensión de lo que es la persona. Así lo reconoce el propio Mounier cuando manifiesta «que el existencialismo ha contribuido en gran medida a reavivar problemas personalistas: la libertad, la interioridad, la comunicación, el sentido de la historia». Entre los filósofos existencialistas se refiere, en particular a Marcel, de raigambre cristiana, y a Jaspers, agnóstico, como aquellos que aportan una contribución capital a la descripción de las estructuras del universo personal⁵¹.

Desde que tomamos contacto con la filosofía de la existencia en la década de los años cuarenta, siendo alumnos de la que fuera Facultad de Letras de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, comprendimos la trascendencia de sus aportes de la filosofía de la existencia en lo atinente a un más próximo y profundo conocimiento de las estructuras del ser humano y, ciertamente, en cuanto a un esclarecimiento de lo que significa el derecho «en» y «para» la vida humana. Personalmente, los hallazgos del existencialismo, como lo hemos puesto de manifiesto, nos fueron de capital utilidad para bosquejar y sustentar en 1950 la teoría tridimensional del derecho así como para comprender el derecho bajo una óptica personalista. Todo ello se comprobó, además, en el laboratorio de nuestra propia experiencia personal, a través de nuestras vivencias y de la atenta observación de la realidad.

51 Emmanuel Mounier, *Op. cit.*, p. 11.

Más allá de las modas filosóficas, de los nuevos aportes enriquecedores del conocimiento del ser humano, no podemos prescindir de la decisiva contribución de la filosofía de la existencia en este inacabado esfuerzo por aproximarnos al ser humano. En este sentido, cabe señalar, coincidiendo con lo expresado en 1985 por un autor español, que la «onda sísmica» del existencialismo «sacude el alma de varias generaciones de intelectuales» y que «aún hoy, cuando el reflujo de su impacto se hace patente, permanece oculta su huella en la atmósfera general que impregna la conciencia del hombre actual»⁵². Corroboramos esta apreciación desde la perspectiva en que históricamente estamos ubicados, o sea, aquella de comienzos del siglo XXI.

6. Personalismo y derecho

El personalismo, que surge de la crisis mundial de 1929, pretende humanizar el derecho, insertar la solidaridad en la vida de relación, preservar la libertad, sustentar la dignidad de la persona, proteger la iniciativa individual. El personalismo aparece como una comprensible y necesaria reacción contra el liberalismo y el socialismo extremos y dogmáticos. El personalismo intenta superar los materialismos que se expresan en el liberalismo y en el socialismo «despojándolos de sus excesos extremistas en el sentido del individuo o la colectividad»⁵³. El personalismo pretende conciliar y armonizar los fines individuales y sociales «sobre la base del reconocimiento, el respeto y el rango preferencial que en la jerarquía de los valores corresponde a la persona humana»⁵⁴. Ello, reconociendo la estructura bidimensional del ser humano en cuanto, simultáneamente, es un ser individual sustentado en su libertad y un ser social, coexistencial, inserto estructuralmente en la sociedad.

El personalismo, apoyado en la filosofía de la existencia, nos proporciona la oportunidad de comprender, a plenitud, el sentido del

52 Pedro Fontán Jubero, *Los existencialismos: clave para su comprensión*, Editorial Cincel, Madrid, 1985, p. 17.

53 Lino Rodríguez Arias-Bustamante, *Del derecho liberal al derecho comunitario*, p.4.

54 Lino Rodríguez Arias-Bustamante, *Del derecho liberal al derecho comunitario*, citando a José Castán Tobeñas, p. 4.

derecho como protector de la libertad en que ontológicamente consentimos dentro del bien común, que es el bien de todos y el de cada uno.

Al exaltar la libertad aprehendemos que el derecho es creado por el hombre y para el hombre a fin de crear las condiciones exteriores necesarias para realizar su proyecto de vida. El derecho sólo puede ser creado y propuesto a seres libres. Los seres humanos en sociedad tienen la opción de decidir, en cuanto libres, de cumplir con su propio deber o incumplirlo. Sólo se pueden proponer permisiones y prohibiciones a seres libres. Por lo expuesto, sin comprender al ser humano como un ser libertad no entenderíamos que sea el derecho. El derecho protege la libertad del ser humano a fin de permitirle vivir de acuerdo a su personal proyecto de vida.

El derecho es una exigencia existencial del ser humano. Ello es comprensible si tenemos en cuenta su estructura coexistencial. El ser humano no puede convivir, en cuanto ser social, sin reglas de conducta. Las conductas humanas intersubjetivas deben ser valoradas para ser jurídicamente normadas. Por ello, decimos, el derecho es una exigencia existencial. El ser humano no podría vivir y convivir sin el derecho.

La nueva concepción del derecho, el viaje a sus entrañas, permitieron la elaboración de la teoría tridimensional. El derecho no puede explicarse ni comprenderse como una totalidad a través de visiones que, sin dejar de ser ciertas, son fragmentarias, parciales. Por ello ni el formalismo, ni el jusnaturalismo ni el sociologismo, por sí solos, logran brindar una versión satisfactoria de cuál sea el objeto de estudio de la disciplina jurídica. Estas concepciones parciales del derecho son superadas desde una óptica tridimensional. Es así que para el tridimensionalismo la noción unitaria del derecho surge de la interacción dinámica de vida humana, valores y normas jurídicas. El derecho no es sólo vida humana coexistencial, ni sólo valores ni sólo normas jurídicas. Ninguno de estos tres objetos, por sí sólo, es derecho, pero ninguno de ellos puede faltar cuando pretendemos comprender que sea el derecho. La concepción tridimensional es fiel a la realidad, no se aparta de ella para obtener sus conclusiones⁵⁵.

55 Ver Carlos Fernández Sessarego, *El derecho como libertad*, segunda edición, Universidad de Lima, Lima, 1987 y *Derecho y persona*, tercera edición, Editorial Grigley, Lima, 1998.

El personalismo, como se ha señalado, permite centrar el derecho en la persona. Ella es el objeto primario de su protección en cuanto es fin en sí misma. El patrimonio, indispensable para el vivir, es sólo un instrumento a su servicio, del cual se vale, entre otros elementos, para realizarse.

7. Del individualismo del Código civil de 1936 al personalismo del Código de 1984

7.1 El personalismo del Código Civil de 1984

El Código civil de 1984 se inspiró, en grandes tramos, en el personalismo humanista. Así lo reconocen los juristas nacionales y extranjeros que lo han analizado y estudiado en profundidad. Las opiniones que de ellos glosaremos en las páginas siguientes así lo demuestran. Sus juicios críticos constituyen un invalorable testimonio en cuanto a determinar la inspiración personalista del Código civil de 1984 y de sus aportes innovadores.

Cómo dicho Código fue una obra colectiva, no siempre las instituciones o las normas que lo integran responden plenamente a una concepción personalista. Ella deja una huella más visible, más elocuente, en ciertos libros o en determinadas instituciones, mientras se difumina o desaparece en otras. Existen, por ellos «baches», rezagos de un individualismo-patrimonialista. El Código civil, por la razón expuesta, no es parejo al asumir el personalismo. No siempre se atiende al ser humano como un ente privilegiado.

Ello también es explicable porque no fue tarea fácil cambiar plenamente la mentalidad de los codificadores que fuimos entrenados, desde nuestra formación universitaria, a reflexionar bajo los parámetros de una concepción individualista-patrimonialista alojada en la tradición y que se plasmaba en las normas de la codificación comparada, incluyendo el Código civil peruano de 1936. Transitar de una concepción individualista y patrimonialista a una humanista supone un vuelvo ideológico de tal trascendencia que no siempre se logra asimilar ni rápida ni plenamente. Y, por cierto, existen juristas que no aceptan el cambio, que no sensibilizan el valor y la consiguiente primacía de la persona humana.

Es útil ilustrar lo dicho con algún ejemplo revelador. El artículo 584° dispone que para ser declarado pródigo se deben cumplir dos requisitos. El primero, que tenga cónyuge o herederos forzosos y, el segundo, que haya dilapidado bienes que exceden de su porción disponible. Debemos partir del hecho que la prodigalidad es un trastorno mental. Ello implica que a quien debe atenderse preferentemente es a la persona del dilapidador. Para ello no es necesario que tenga cónyuge o herederos forzosos ni, por supuesto, hay que esperar que dilapide hasta un tercio de su patrimonio. La atención a la persona debe ser inmediata y no estar en función de otros requisitos de carácter patrimonial. Ella debe iniciarse, sin dilación, apenas se tenga conciencia del trastorno mental que sufre el pródigo para proceder de inmediato el tratamiento médico que corresponda. No hay que aguardar el cumplimiento de «plazos» marcados por una matemática pérdida patrimonial.

Análoga situación a la reseñada en el párrafo anterior se hace patente en el caso del artículo 585° del mencionado cuerpo legal. Según este dispositivo, para ser declarado incapaz por mala gestión, teniendo cónyuges o herederos forzosos, se debe esperar a que la persona que sufre este específico trastorno mental pierda por dicha causa la mitad de sus bienes. En este caso, el tratamiento médico del ser humano mal gestor no puede estar condicionado a que tenga dichos parientes ni a perder la mitad de su patrimonio. Se observa que, en ambas situaciones, la preocupación del codificador es proteger preferentemente los intereses patrimoniales de los parientes y, en un segundo instante, a la persona humana afectada por un trastorno mental. El caso no exige un mayor comentario.

Cabe señalar, no obstante lo dicho, que los casos expuestos y algunos otros más que hemos detectado no invalidan la inspiración personalista del Código civil vigente. Su orientación humanista es indiscutible y ella ha sido valorada por eminentes juristas allende nuestras fronteras. La huella histórica del Código civil de 1984 será, por ello, indeleble. Estamos seguros que dicho cuerpo legal soportará, incólume, los embates y los esfuerzos que puedan hacerse para debilitar la inspiración que lo define y caracteriza.

7.2. La apreciación de los juristas nacionales

Es necesario recordar la opinión del maestro José León Barandiarán sobre el Código civil peruano de 1984. Al referirse al Libro Primero

sobre el Derecho de las Personas expresa «que está considerada como una parte excelente» y que «dentro y en comparación a los otros Códigos vigentes se sabe que el Libro del Derecho de las Personas en nuestro Código es el mejor entre los códigos del mundo». León Barandiarán, con la sabiduría de que hacía gala, agrega al respecto que «ningún otro código del mundo que hemos revisado para nuestra ponencia en esta parte es tan completo como la ponencia de los derechos de la personalidad [...]».

El maestro León Barandiarán nos ofrece un valioso testimonio cuando relata que «cuando se produjo en 1985 el Congreso Internacional organizado por la Universidad de Lima, los profesores extranjeros, sobre todo los italianos, estimaron que el peruano era el mejor Código del mundo, especialmente por esta parte del Derecho de las Personas»⁵⁶.

Otros destacados juristas peruanos han manifestado también sus comentarios respecto a la inspiración humanista de nuestro Código civil de 1984. Entre ellos podemos citar a Max Arias Schreiber, Fernando Vidal, Juan Espinoza Espinoza, Yuri Vega Mere, entre otros.

Max Arias Schreiber ha destacado como cuando se inició el trabajo de redacción del Código civil, en un lejano 1965, la mayoría de los miembros de la Comisión Reformadora, no obstante sus calidades académicas y profesionales, no habían aún tenido noticias de la concepción personalista del derecho. Ello, expresa, en virtud de que todos los componentes de dicha Comisión, incluyendo al que esto escribe, fueron formados dentro de los parámetros individualistas-patrimonialistas del derogado Código civil de 1936. En este sentido nos ofrece un revelador testimonio sobre como fue gestándose, a través del tiempo que duró la elaboración del Código civil de 1984, una concepción humanista de sus instituciones. Nos dice a este propósito que «aún cuando en sus orígenes el nuevo Código se inspiraba en la concepción liberal e individualista de la mayoría de los miembros de la Comisión

56 Estas apreciaciones fueron expresadas en la presentación del libro del autor *Derecho de las Personas*, Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código civil peruano en el año de 1986 y que aparece en el volumen titulado «Estudios Jurídicos en honor de los Profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias Schreiber Pezet», Editorial Cuzco, Lima, 1988, p. 413. Esta presentación se reproduce en la séptima edición del mencionado libro del autor publicado por la Editorial Grigley en 1998.

Reformadora –lo que desde luego era explicable debido a su formación– lentamente fue filtrándose una concepción de corte netamente humanista y social [...]». Fue así que «en suma mientras en el Código de 1936 predominaba un criterio que se ha calificado de patrimonialista, el Código actual tiene al ser humano como centro de imputación del derecho y lo material –siendo desde luego muy importante– es un medio o instrumento de aquel. Se dice entonces que este Código es humanista por excelencia»⁵⁷.

Fernando Vidal Ramírez, por su parte, ha puesto de relieve el sentido renovador del Código civil en este singular aspecto al reconocer que «en el ordenamiento del Derecho de las Personas, el Código pone énfasis en una concepción humanista [...]»⁵⁸.

Yuri Vega Mere, deja constancia que el Código civil del 84 «ha sido (y es) objeto de admiración en distintos y múltiples países latinoamericanos y europeos. En particular, en la República Argentina, cuyos más destacados exponentes de la civilística nos han visitado a lo largo de estos años, ha servido de fuente para los proyectos de unificación del derecho privado, lo que dice bastante de las bondades de nuestro Código»⁵⁹. El autor expresa que en su concepto «el Código abre una nueva época, que la historia del derecho evaluará con mayor objetividad». El Código, señala, «ha sido considerado original en diversos aspectos y ha sido citado y explicado en el extranjero». A manera de testimonio personal, manifiesta que «este hecho lo hemos vivido, con gran satisfacción, en Italia»⁶⁰. Destaca, al respecto, que nuestro Código «contiene cuantiosos aportes que han sido objeto de comentarios y loas por parte de juristas de diversos países» y que no cree equivocarse «en señalar que ellos se aprecian, básicamente, en materia de personas y contratos»⁶¹.

57 Max Arias Schreiber, *Luces y sombras del Código civil*, Tomo I, Librería Studium, Lima, 1991, p. 19.

58 Fernando Vidal Ramírez, «El artículo 1º del Código civil peruano y su criterio sobre el comienzo de la vida humana», *Themis*, Revista de Derecho, N° 30, Universidad Católica, Lima, noviembre de 1994, p. 55.

59 Yuri Vega Mere, *Derecho Privado*, Editorial Grigley, Lima, Tomo I, 1996, pp. 103-104.

60 Yuri Vega Mere, *op. cit.*, p. 105.

61 Yuri Vega Mere, *op. cit.*, p. 109.

7.3 Comentarios de civilistas allende nuestras fronteras

Numerosos juristas, tanto nacionales como extranjeros, a través de libros, revistas y conferencias han destacado el original aporte personalista del Código civil de 1984 y la ruptura ideológica que él representa en relación con el pasado inmediato. Según algunos, este significativo vuelco abre una nueva era en la codificación comparada. Se supera, así, una antigua tradición que encuentra su origen en el Código civil de los franceses de 1804, inspirador ideológico de la codificación de los siglos XIX y del siglo XX. En alguna oportunidad hemos dejado expresa constancia que, más allá de los aportes o bondades que pueda ofrecer el Código civil de 1984, lo más rescatable en él es el haber podido plasmar normativamente, en grandes tramos, una concepción personalista del derecho⁶². Nuestra opinión es compartida por algunos finos, agudos y cultos intérpretes de nuestro Código civil.

Entre los juristas del país probablemente ninguno desconoce el contraste que existe entre el tratamiento de la protección de la persona dispensado por el Código civil de 1936 y aquel brindado por el Código de 1984. Ello es elocuente por lo no requiere mayor demostración. Basta leer y comparar los textos del Libro Primero de ambos cuerpos legales para advertirlo.

Por ello, lo importante es conocer la opinión que sobre el Código civil de 1984 ha sido formulada por civilistas y comparatistas extranjeros de renombre. Muchos de ellos, apenas promulgado el Código civil de 1984, lo analizaron y vertieron sus comentarios en congresos internacionales o en diversas publicaciones. Ello, sin duda, es motivo de satisfacción, lo que no significa, por cierto, que no continuemos atentos a los reclamos de la realidad con el objetivo muy preciso de contribuir a adecuar el contenido de las normas jurídicas a dichas urgencias.

Hemos escogido, al acaso, algunos de dichos comentarios, los mismos que transcribimos en las páginas siguientes. A manera de introducción señalaremos, por ejemplo, que el notable jurista argentino Atilio A. Alterini, refiriéndose al Código del 84, al destacar que en los tiempos que corren «se va llegando con muchos tropiezos» a una concep-

62 Carlos Fernández Sessarego, «¿Qué tiene de original el Código civil peruano de 1984?», en la revista *Testimonio*, Lima, diciembre de 1994.

ción personalista del derecho, expresa que en este Código, y en coincidencia con la Constitución peruana de 1979, se considera a la persona humana como el bien supremo del derecho, de la sociedad y del Estado⁶³.

Por su parte, el jurista italiano Sandro Schipani, en una intervención que tuviera en el Congreso Internacional reunido en Lima en 1988 y organizado por el Colegio de Abogados de esa ciudad, reiterando opiniones vertidas en otra oportunidad, sostuvo que «del Código civil de 1984 ha sido también subrayada su contribución a la plasmación en precisas disposiciones normativas, del principio de la centralidad de la persona para el derecho [...]»⁶⁴. La síntesis que ensaya Schipani refleja perfectamente el principio personalista que inspira el Código del 84.

El creativo jurista italiano Francesco D. Busnelli, profesor de la Universidad de Pisa, al referirse a tutela dispensada a la persona humana por el artículo 17° del Código de 1984 expresa que, a pesar que su formulación definitiva ha perdido parte de la fuerza innovativa con la que fue proyectado por el ponente del Libro Primero, «permanece todavía como una norma importante». Y, añade, que es «según me consta, la primera vez que un código otorga un alcance general a la acción inhibitoria en el cuadro de la tutela de los derechos de la personalidad, modificando la tradición codificadora —a la cual se uniforma también el vigente Código civil italiano— que concibe dicha acción como remedio ocasional y no siempre referido a la tutela de la persona»⁶⁵.

7.4. Las reflexiones de Fernando Fueyo Laneri

Para destacar la diferencia existente entre el tratamiento del derecho de las personas en los Códigos civiles peruanos de 1936 y de 1984, hemos considerado pertinente glosar los comentarios que esta ostensible si-

63 Atilio Alterini A., «Daño a la persona», en **Temas de Derecho Privado**, Colegio de Escribanos de Buenos Aires, 1993, p. 34.

64 Sandro Schipani, discurso publicado en **Nuevas tendencias y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano**, Editorial Cuzco, Lima, 1990, p. 15.

65 Francesco Busnelli D. «La tutela civil de la persona humana: una comparación entre el Código argentino de Vélez y el nuevo Código civil peruano» en **Tendencias y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano**. p. 51

tuación le merecen a un jurista de la talla del que fuera Fernando Fueyo Laneri, el civilista más destacado del siglo XX en el mundo jurídico chileno.

Fueyo Laneri, el eminente y recordado civilista chileno, al constatar la evolución que venía produciéndose en el derecho a través de un insensible tránsito de un exacerbado individualismo patrimonialista a un personalismo solidario, señala que «sin distinguir épocas o ambientes en particular, lo cierto es que, habida cuenta de que el Derecho civil se polariza firmemente en torno a la persona, y que ésta va logrando en aquél, día a día, el tratamiento hondo e integral que verdaderamente le corresponde, como se comprueba en lo legislativo con el reciente ejemplo que nos ofrece el Código civil peruano de 1984»⁶⁶. Nuestro Código civil vigente resulta así, según Fueyo Laneri, un claro ejemplo, una muestra concreta, de un instante feliz en el incesante proceso de evolución que, paulatinamente, venía produciéndose en el derecho en el curso del siglo XX donde, a partir de una concepción que lo hacía girar en torno al patrimonio, se proyecta hacia otra de carácter humanista en la cual la persona se constituye en su centro y eje.

Para el civilista chileno antes mencionado, el Código civil peruano de 1984 tiene el mérito indiscutible de, adelantándose a otros cuerpos legales, concretar normativamente la nueva concepción personalista que se abría lentamente paso a través de la doctrina. Consideramos, desde nuestro punto de vista, que el aporte personalista destacado por Fueyo Laneri es el mayor logro de nuestro Código civil de 1984, el mismo que hay que defender y mantener ante los embates de un exagerado y extremista individualismo neoliberal así como de toda laya de materialismos pragmáticos, cualquiera fuera su signo ideológico.

Fueyo Laneri pone de manifiesto, a través de un acucioso estudio comparativo, el evidente contraste existente entre el tratamiento legislativo de los derechos de la persona que otorgaba el Código civil derogado de 1936 y aquel que le dispensa el Código civil de 1984. En este sentido, se muestra contundente en cuanto a sus apreciaciones sobre el significado y alcances del Código Civil de 1936 en lo que concierne al tratamiento de tales derechos. Es así que afirma, en esclarecedora sín-

⁶⁶ Fernando Fueyo Laneri, Sobre el derecho de la persona a propósito del nuevo Código de la República del Perú, en *El Código civil peruano y el sistema jurídico Latinoamericano*. Cultural Cuzco, Lima, 1986, p. 172.

tesis, que «las disposiciones legales que intentaban infructuosamente regular el derecho de las personas en el Código Civil derogado de 1936, y que había regido en el Perú desde el 30 de agosto de 1936, aparecen no sólo como incompletas, insuficientes y obsoletas, sino francamente más bien como magras e ingenuas».

Luego de los calificativos transcritos en lo que atañe al Código civil de 1936, Fueyo Laneri agregaba, refiriéndose al actual Código civil de 1984, que «el progreso logrado a este respecto resulta, pues, extraordinario y hemos de felicitarnos por ello»⁶⁷. El autor, con los elocuentes adjetivos que utiliza para describir la orfandad en el tratamiento del derecho de las personas en el derogado Código Civil de 1936 deja constancia, mediante su autorizada opinión, de la notoria diferencia existente entre los Códigos civiles de 1936 y de 1984 en lo que atañe al interés y énfasis que ambos cuerpos legales ponen en lo que concierne a la protección de la persona humana.

La valiosa y objetiva apreciación de Fueyo Laneri, quien fuera el más completo y versado civilista chileno de los últimos cincuenta años, es inobjetable. Ella nos muestra, desde la perspectiva que otorga la distancia, el notable contraste entre las disposiciones del Código civil de 1936 en materia del derecho de las personas, que resultaban, utilizando sus propias expresiones, «incompletas, insuficientes, obsoletas, magras e ingenuas». La riqueza descriptiva que utiliza Fueyo Laneri nos releva de mayor comentario a la vez que justifica el análisis crítico que nos mereció, en un lejano 1964, el contenido del Libro Primero del Código de 1936. Al respecto, en aquel año redactamos un ensayo proponiendo decididamente su reestructuración⁶⁸.

67 Fernando Fueyo Laneri, Sobre el derecho de las personas a propósito del nuevo Código de la República del Perú en *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, p. 174.

68 Carlos Fernández Sessarego, «Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Libro Primero del Código civil peruano». Este ensayo tuvo en su momento una amplia difusión. Fue publicado en la revista *Mercurio Peruano*, Lima, mayo-junio, 1964; en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado del Perú*, Lima, enero-diciembre 1965 y en el volumen *Nuevas orientaciones en el derecho*, Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1965. Posteriormente fue recogido como el primer capítulo del libro del autor titulado *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*, editado por la Universidad de Lima, Lima, 1984. Este ensayo fue considerado por los profesores Fernando Vidal Ramírez y Carlos Torres y Torres Lara como el único publicado, con sentido estrictamente crítico, sobre el Código civil de 1936.

Los certeros comentarios de Fueyo Laneri, que datan de 1985, como está dicho, nos relevan de mayores precisiones. No obstante, habría que agregar que el contraste que se advierte en cuanto al notable número de figuras jurídicas incorporadas en el nuevo Libro Primero del Código civil de 1984 y las magras disposiciones del Código de 1936, ponen también de manifiesto, como se ha apuntado, un viraje radical entre los supuestos casi exclusivamente individualistas que inspiraron el Código civil derogado y los de carácter personalista que subyacen en la mayoría de las normas del Código civil vigente.

Fueyo Laneri, al referirse al Código civil peruano de 1984 en su conjunto, expresa que un Código «como éste, que es de extraordinario número de libros, nada menos que diez, acusa, simultáneamente, un notable realce de las personas naturales, en una Sección Primera, y las jurídicas, en una Sección Segunda». Al verificar este hecho remarca – lo que ha sido también enfatizado por numerosos comentaristas de nuestro Código civil – que: «El derecho de las personas, que así se denomina el Libro I, encabeza y domina realmente el conjunto de Libros de que se compone el Código [...]»⁶⁹. Con estas expresiones el jurista chileno pone de manifiesto la preeminencia que en el Código civil peruano de 1984 ha adquirido el otrora disminuido derecho de las personas.

Como síntesis de sus comentarios el civilista chileno, al referirse al cambio ideológico y técnico que representa el Código civil de 1984 con referencia al derogado Código civil de 1936 y a nivel de la codificación comparada, señala que «el cambio experimentado ha de ser considerado notable y servirá de magnífico precedente para futuras reformas legislativas en otras naciones [...]»⁷⁰. En este sentido se ha cumplido el vaticinio de Fueyo Laneri desde que otros Código civiles han tomado como uno de sus modelos el Código civil peruano de 1984. Es el caso, entre otros, de Argentina y Puerto Rico.

Los aportes y, sobre todo, la inspiración personalista del Código del 84, movieron a Fueyo a presentar ante el Congreso Internacional celebrado en Lima entre el 9 y el 11 de agosto de 1985 bajo el nombre de

69 Fernando Fueyo Laneri, «Sobre el derecho de las personas en el nuevo Código de la República del Perú» en *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, p. 174.

70 Fernando Fueyo Laneri, *Op. cit.*, p. 173.

«El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano» una moción tendente a la elaboración de un Libro sobre Derechos de la Persona «que pudiera proponerse a los Estados de América Latina como nueva legislación para su eventual incorporación al Código civil respectivo». Sugería en la moción «iniciar los estudios teniéndose a la vista el texto del Libro Primero del Código civil peruano, cuya bondad técnica se ha ponderado en este Congreso por sus participantes» y que los profesores de Derecho Civil se reunieran, lo antes posible, para tal efecto.

La moción presentada por Fueyo Laneri fue aprobada por unanimidad en la sesión de clausura del mencionado Congreso Internacional. En la ciudad de Bogotá en 1987, organizada por la Universidad Externado de Colombia, se produjo la primera reunión. Las ponencias presentadas se publicaron, años después, en el volumen titulado «La persona en el sistema jurídico latinoamericano»⁷¹. Lamentablemente, la iniciativa quedó trunca pues desde aquella fecha no nos hemos vuelto a reunir.

Finalmente, el jurista chileno manifiesta que el Código civil peruano «supera a los códigos civiles de Latinoamérica en lo que concierne a esta materia (derecho de las personas) códigos que, siendo todos bastante antiguos para nuestro tiempo, no han recogido las correspondientes concepciones contemporáneas que circulan en los libros nacionales o extranjeros, de un modo u otro, a veces imperfectamente y con deficiente sistematización [...]»⁷².

7.3. La opinión de Pietro Rescigno

Para el maestro y tratadista italiano Pietro Rescigno, el Código civil peruano de 1984 «es un texto legislativo de gran interés para el jurista de Europa continental y, en particular, para el italiano»⁷³. Al comparar el Libro Primero del mencionado Código con la Constitución de 1979 —que, según su parecer, sufre de excesiva prolijidad—, señala que asume

⁷¹ *La persona en el sistema jurídico latinoamericano*, Universidad Externado de Colombia, 1995.

⁷² Fernando Fueyo Laneri, *Op. cit.*, p. 192.

⁷³ Pietro Rescigno, «Comentarios al Libro del Derecho de las Personas del nuevo Código civil peruano de 1984», en *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, p. 235.

«una posición de notable interés»⁷⁴. Un interés que se centra no sólo en las novedades introducidas sino en su enfoque personalista.

El profesor de la Universidad de Roma, al recordar que el Código civil italiano de 1942 es una obra «de rigurosa formulación teórica, ciertamente entre las más notables del siglo», sostiene que la lectura actualizada del Código del 42, cumplida a la luz de la aplicación que la jurisprudencia y la doctrina han realizado en cuarenta años, ha ejercido, como ya se ha puesto en evidencia, decisiva influencia sobre el Código civil peruano, sin querer negar con ello el concurso de otros motivos inspiradores». Sin embargo, al constatar este hecho pone de manifiesto «la utilidad que significa una lectura atenta del código peruano destinada a buscar y obtener respuestas a preguntas y problemas que entre nosotros (los juristas italianos) adquieren carácter de actualidad»⁷⁵. Es de suma importancia recoger, en todo su valor, esta autorizada apreciación de Rescigno sobre el Código civil peruano. De ella se desprende la utilidad que este cuerpo legal tiene para el estudioso italiano —muchos de los cuales de alguna manera se han ocupado de este Código— que se interesa, como señala Rescigno, en hallar soluciones a problemas de actualidad aún no resueltos en la península.

En el sentido antes indicado, al referirse al Código de 1984 el maestro italiano reconoce que «con particular riqueza, a veces inclusive con excesiva abundancia tratándose del Libro del Derecho de las Personas, de él puede también extraer soluciones el lector europeo ligado a códigos más antiguos que aquel italiano»⁷⁶. Las expresiones de Rescigno constituyen un desinteresado elogio que obliga a mantener la inspiración humanista del Código y, simultáneamente, a revisar periódicamente sus instituciones para adecuarlas a las exigencias de la realidad.

Cabe destacar la opinión de Rescigno, transcrita en precedencia, en el sentido que al jurista italiano y al europeo, en general, le resulta de utilidad el estudio de un Código civil como el peruano de 1984 en tanto puede encontrar en su texto soluciones a cuestiones que aún están pendientes de resolución en el ámbito jurídico de un país como Italia. Rescigno, en los múltiples coloquios sostenidos con él en más de una década, puso siempre en evidencia no sólo los aportes del Código de

74 Pietro Rescigno, *Op. cit.*, p. 238.

75 Pietro Rescigno, *Op. cit.*, p. 235.

76 Pietro Rescigno, *Op. cit.*, p. 236.

1984 sino, especialmente, enfatizó la inédita propuesta personalista que ofrece este cuerpo legal. No podía ocultar su asombro que ello proviniera de un Código civil elaborado en un lejano país en vías de desarrollo.

Siete años después de haber vertido las apreciaciones anteriormente glosadas, Rescigno vuelve a ocuparse del Código civil peruano de 1984 con la hondura de pensamiento que lo caracterizan. Esta vez fue en un extraordinario Congreso Internacional reunido en la Universidad de Génova en conmemoración de los quinientos años del encuentro de dos mundos. En esta singular ocasión, Rescigno expresó, a título de testimonio personal, que «el conocimiento del área latinoamericana ha pasado por mí, sobre todo, a través de la lectura del Código peruano», al que consideró «entre los más modernos y mejor elaborados del lejano Continente»⁷⁷. Por ello, estimó que el Código civil peruano «constituye un observatorio ideal, porque se advierte, con riqueza y sensibilidad, una atención a la materia de las personas, físicas y jurídicas»⁷⁸. Como se advierte, el maestro europeo reafirma, en esta nueva oportunidad, similares positivos comentarios a los que vertiera en Lima en el año de 1985 sobre el Código civil peruano de 1984 y su Libro Primero sobre el Derecho de las Personas.

Rescigno apunta que «colocar como apertura del Código el Derecho de las Personas significa resaltar la prioridad y centralidad de la persona»⁷⁹. El profesor de la Universidad de Roma se explica este hecho en el sentido que «se trata de una opción que corresponde a precisas concepciones ideológicas recordadas y resumidas en la alusión que se ha efectuado en el Congreso a la consideración de los hechos, valores y de las normas en la obra legislativa así como en el trabajo del intérprete»⁸⁰. Las precisas concepciones ideológicas a que se refiere Rescigno son el personalismo y el tridimensionalismo jurídico. Con su fina y honda percepción el profesor italiano ha logrado aprehender las raíces ideológicas del Código de 1984.

77 Pietro Rescigno, «*La circolazione dei modelli giuridici europei nel mondo latino-americano*», en *Il diritto dei nuovi mondi*, Cedam, Génova, 1994, p. 166.

78 Pietro Rescigno, *Op. cit.*, p. 172.

79 Pietro Rescigno, *Op. cit.*, p. 240.

80 Pietro Rescigno, *Op. cit.*, p. 240.

7.6. La posición de Víctor Pérez Vargas

El destacado jurista costarricense Víctor Pérez Vargas, en la ponencia que presentara al Congreso Internacional sobre «Los diez años del Código civil: balance y perspectivas», organizado por la Universidad de Lima en setiembre de 1994 expresó, refiriéndose a este Código que «tras décadas de estancamiento legislativo el Derecho Privado en América Latina, el nuevo Código ha reivindicado el Derecho Civil como estructura legislativa a favor de la persona y de sus cualidades esenciales». Al recordar que «muchos juristas extranjeros han elogiado la contribución del Código civil del Perú y que los propios juristas peruanos consideran que el mejor aporte del Código civil peruano es el Libro de las Personas», concluye manifestando que «en mi criterio, el gran valor del Código civil peruano es su contribución a la integración de nuestros pueblos sobre una base axiológica personalista»⁸¹. Como lo hemos puesto en evidencia, coincidimos plenamente con la apreciación del profesor de la Universidad de Costa Rica cuando expresa que la mayor contribución del Código civil peruano de 1984 es el nuevo modelo que ofrece sustentado en una concepción personalista.

Pérez Vargas realiza un interesante análisis de los principios personalistas contenidos en el Código civil del 84 y de sus aportes a la codificación comparada. Como síntesis conclusiva de sus apreciaciones manifiesta que dicho Código significa «un salto axiológico cualitativo que ha dado con este monumento jurídico el mismo sistema latinoamericano, ya que el Código peruano ha iluminado con su doctrina personalista todo el Derecho civil latinoamericano». Desde nuestra perspectiva, más allá de los aportes novedosos que los críticos y comentaristas hayan encontrado en el Código civil peruano del 84 en cuanto al Derecho de las Personas, aquello de mayor importancia, lo trascendente en el tiempo es, precisamente, el vuelco que significa abandonar, hasta donde ello ha sido posible y aconsejable, la exclusiva inspiración individualista proveniente del Código civil de los franceses de 1804 para sustituirla, con convicción, por una concepción personalista y solidaria.

81 Víctor Pérez Vargas, «El aporte personalista del Código civil peruano», en *Los diez años del Código civil: balance y perspectivas*, Universidad de Lima, Lima, 1995, Tomo I, p. 35.

Apostilla

Como se aprecia de los comentarios de juristas nacionales y extranjeros que analizan y comentan con detenimiento, sapiencia y profundidad el Código civil peruano de 1984 –que hemos glosado en precedencia– ellos coinciden en sus apreciaciones en cuanto resaltan su aporte personalista. Los historiadores del derecho, con la perspectiva que les otorga el tiempo, podrán destacar en el futuro que el Código civil peruano de 1984 significó el primer esfuerzo, el precursor intento, por recoger en su articulado una inspiración humanista. Verificarán en qué medida ello se cumplió. Comprobarán seguramente, que con dicho Código se dio inicio a una nueva etapa en la codificación comparada. Ello, en tanto pretendió alejarse de la filosofía individualista y patrimonialista propia del Código civil de los franceses de 1804 y de todos los códigos civiles que en él se inspiraron durante los siglos XIX y XX, para sustituirla por una concepción personalista que hace del hombre el centro y el eje del derecho.

Heading South But Looking North: Globalization and Law Reform In Latin America¹

Joseph R. Thome

Throughout Latin America, law reform is in the air. After decades of neglect, its legal systems are experiencing substantial if not drastic processes of reform and transformation. The administration of justice in particular has been singled out as inefficient, if not corrupt, inaccessible to most, unable or unwilling to respond to human rights abuses, and largely irrelevant to the needs of modern economies.

These reform processes respond to global and domestic actors and pressures. On the surface, both share the goal of helping to cement good governance, including the rule of law, throughout Latin America. This apparent goal consensus, however, can be broken down into two different orientations which reveal not only agreement but also overlapping and sometimes conflicting goals:

- a) Market Orientation: an appropriate legal environment including uniform, predictable and enforceable rules securing property and contract rights is viewed as crucial for modernizing the Latin American economies and incorporating them into a global economy characterized by unrestricted trade and free-market efficiency;
- b) Democratic Orientation: an effective rule of law is also deemed vital for consolidating democratic institutions; making legal systems more transparent, responsive to social needs and accessible to the

¹ Paper presented at Law & Society 2000 Annual Meeting Miami Beach, Florida, May 26-29, 2000. A version of this paper will be published in Fall 2000, University of Wisconsin Law Review.

disadvantaged sectors of society; and preventing human rights violations while simultaneously becoming more efficient in preventing and sanctioning criminal activity.

Furthermore, both domestic and global actors also seem to agree that reaching these somewhat contradictory goals would require a more independent, effective and accessible administration of justice, including broad powers of judicial review and new civil and criminal trial institutions and processes throughout the complex set of institutions that make up the administration of justice sector. Indeed, in recent years several Latin American nations have incorporated reform proposals into national legal frameworks through constitutional amendments or new legislation.

But this apparent harmony of interests, goals and means may mask conceptual vagueness as well as tensions and contradictions between global and national goals and policies, and, indeed, even among themselves. Establishing market-friendly legal frameworks can clash with the democratic goal of facilitating access to the courts to historically excluded interests, such as non-unionized workers, women, and the poor in general. Similarly, a majority population facing rising criminality may use democratic means to push for stricter and more efficient law enforcement, even at the expense of the human rights of those suspected of criminal activity. Finally, potential distortions of programs or implementation problems also are sometimes overlooked. Correa (1993:97), for instance, has pointed out that dominant elements of the judiciary may outwardly support legal reform but, perceiving it as threatening to their corporative interests or status within the administration of justice, may operate behind the scenes to undermine or control the process.

This hard to unravel socio-legal tapestry calls for deep studies of reform goals, of social, political and national and global contexts in which the reform processes are inserted, and of the various conflicts, tensions and sometimes unforeseen consequences these reforms mask or have produced. Fortunately, these studies are beginning to emerge, though empirical and evaluative studies still are hard to come by. While this paper does not pretend to be the product of empirical and field country studies, it will try to bring to light some of the values and premises underlying both global and domestic reform policies, and

examine other sometimes unstated but nevertheless relevant factors which affect both the articulation and implementation of reform goals, including the links between global and domestic actors and forces on these processes of legal reform.

1. The Global Perspective of Legal Reform in Latin America

Because of perceived links between the rule of law, democracy and development, legal reform has become a focal point in the world of international assistance. The world, of course, has changed; the end of the Cold War and the collapse of the Soviet Union and the emergence of Western hegemony no doubt played a key role in the emergence of this emphasis on democratic institutions and market-oriented development. On the one hand, international human rights have become part of national political agendas, pointing to the need for legal reform to meet its principles. On the other hand, the «Washington Consensus» has become [...] the dominant paradigm in development thinking [...]» As such, it «[...] promotes markets as allocative institutions, favors privatization and promotes closer linkages to the global economy». Meeting this goal requires an appropriate legal framework, making legal reform essential (Trubek, 1996: 224-225).

To a large extent this global process has provided the opportunity to focus on the economic failures, corruption, human rights abuses and similar ills plaguing most of the developing nations, to a large degree blamed on the prevalence of undemocratic or patrimonial regimes and institutions. As Donnelly puts it (1999: 610): «democracy, although not strictly necessary for development [...] may restrict predatory misrule that undermines development». True enough, the systematic denial of civil and political rights does not necessarily hinder economic development, as shown by the experience of Europe and the United States in the 19th century, and South Korea, Taiwan, Brazil and Chile in recent decades, bringing into question the relevance of a democratic legal environment for the development of free-market economies. Nevertheless, while the power of human rights and of such concepts as democracy and rule of law should not be overemphasized, the Vienna declaration of 1993 constitutes a strong endorsement of the universality of such rights and most states today appeal to human rights, democracy

and development as way of establishing national and international legitimacy. Moreover, «[...] civil and political rights, by providing accountability and transparency, can help to channel economic growth into national development rather than private enrichment» (Donnelly, 1999:610-611.). This position in turn has led to a perceived need for a liberal constitutional order with political pluralism, fair elections, a strong and independent judiciary and an efficient and responsible administration. Constitutionalism, as it were, has «come in from the cold» (Ghai, 1993:52-53.)

Liberal constitutionalism is indeed relevant for Latin America, particularly in view of current transitions from authoritarian to democratic regimes and from state-intervened economies to free markets and insertion in global economies. The components of this transition include the separation of state and civil society, the rule of law, and the limitation of the scope of governmental power. Liberal constitutionalism and the rule of law embody certain basic values emphasizing individual civil, political and property rights, underpinned by the concept of the equality of all citizens under the law. This is a powerful ideology which can be, and some would argue, has been, used to legitimate the dominance of elites and Western regimes throughout the world while at the same time limiting the arbitrary power of the state. (Ghai, 1993:53-56.)

The debate about legal reform thus takes us to the role of the State and law in the current globalization process. The State now must contend with different forces; nationally, it must deal with all the demands and constrictions of the internal political process, and internationally, it must respond to global economic and political processes and pressures. This scenario introduces complexities into classical notions of the State and necessarily impacts on the affected legal spheres.

In Latin America, the received concept of legal science became ingrained as a foundational principle of the new legal systems within decades of their independence in the early 19th century. As befits a «science», law was perceived as rational and non-political. Responding to similar drives to mold national states out of diverse factions and ethnicities, the emerging Latin American nations also received the concept of 'legal positivism' from Europe; the State was to be the sole source of law and all other norms given a subsidiary status as social,

religious, or, in the case of the indigenous peoples, primitive norms. Official legal statism, however, never fully established a true monopoly over legal relations. Aside from national law, both local and supra-national law continued to play important roles in regulating individual, social and state behavior. Indeed, these legal pluralities have become more prominent and recognized in the current globalization process.

Latin American countries also embraced the original French doctrine of separation of powers under which courts were to play a relatively minor role in the legal process. For one thing, they were not to make law, only to interpret and apply it. Under this doctrine, there are, strictly speaking, no binding precedents, nor *erga omnes* judicial review of the constitutionality of statutes, as contrasted to the constitutionality of its application to a specific, individual case. While courts usually can review the legality of administrative actions, this review is usually limited to the specific and particular application of executive power, and has no broad ranging application to the law or regulation under consideration. Civil Law countries have been moving toward a US type of judicial review, but this is a recent development and has yet to become the norm throughout Latin America.

Needless to say, the end of the millennium brought with it new challenges to the paradigms of modernity reflected in such notions of the State and law. For Santos legal systems are hybrid, as they reflect multiple modernities and traditions. In Latin America, for instance, the pre-modern, the modern and the post-modern co-exist even among the same people. Though Latin America always was active in world markets, the more recent and complete integration into North-dominated global economies make legal hybridization even more evident. Following Santos, we could say that the process of globalization consists of two principal modes:

«Globalized localism», describes the process by which by which a local condition succeeds in extending its reach over the globe, with the capacity of designating any other condition as «local». Examples can go from the proliferation of fast food outlets to the management strategies of first world corporations. Indeed, some would argue that the current programs of legal reform to a large degree reflect this process, as US or European legal institutions become the basis for such reforms. «Localized globalism», on the other hand, refers to the impact of the received institution on the local context, and conversely, how this local

context, such as a different legal and political culture, in turn affects the received institution or process. A legal reform with very similar imported components produces results in, say, Costa Rica that are different from those in Peru. In any case, the resulting institutions will not match those from the «exporting» nation.

The dynamic relationship between these two modes substantially affects the shape and content of current legal reform programs. This is a «frontier zone», charged with ambiguities, where different contexts and realities will produce different results (Sassen, 1999.) As examined in more detail below, for instance, the World Bank's law reform policies and programs have become more socially sensitive and inclusive, shifting from a narrow market orientation focus to a wider lens that includes the indigenous, the poor, and other marginalized sectors of society. In my view, this evolution probably reflects a «localizing» effect; as the Washington elaborated Bank policies and programs moved South, new and often conflicting voices were heard and the Bank began to readjust its agenda. The Bank, however, has yet to resolve inherent contradictions or conflicts within its new broader agenda.

The World Bank: Law Reform Policies and Implementation Strategies

Legal reform, particularly as regards the role of the judiciary in social and economic development, has become an essential ingredient among multilateral agency policies and programs. The World Bank is a major player in promoting legal reform. According to the General Counsel, Legal Department of the World Bank, for instance,

The World Bank's activities to strengthen institutions and policies affecting legal and judicial systems have grown markedly in the past few years. The Bank has prepared 10 free-standing judicial reform operations that have been approved by the Board, and another 14 are currently under preparation. In addition, 15 other projects address legal and judicial issues from a broad systemic perspective, such as reforms of the law-making process and the judiciary and alternative dispute resolution mechanisms. Beyond that, there are some 350 operations in 87 countries that finance specific legal reform activities (Rigo Sureda, 1999: 20.).

Initially, the Bank's focus seemed narrowly fixed on «rethinking the role of the state and the current mode of development [...]», in order

to place «[...] a greater reliance on markets and the private sector, with the state acting as an important facilitator and regulator of private sector activity and development». Achieving this end would require a major reform effort, including «[...] the building of a legal framework for development, and enforcement of the rule of law» (Aiyer, in Rowat et al., 1995:vii.) The judiciary, as an essential component of this process, would have to foster an enabling legal and judicial environment conducive to trade, financing and investment. In the view of the Bank, however, the Latin American judiciary had become an impediment to these ambitious goals due to its inefficiency, as characterized by lengthy case delays, limited access to justice, a lack of transparency and predictability, and poor public confidence in the system. Thus, the goal of sustainable economic development was perceived at risk because of the lack of enforcement of the rule of law. Dakolias (1995:167-169), a Bank official deeply involved in its law reform efforts, also viewed judicial reform as a key component for promoting economic development, inasmuch as autonomous and dependable judicial systems are a basic condition for membership in the global economy, entailing the responsibility of bringing about harmonization of law and assuring foreign traders and investors that the law will be applied in accordance with international or regional standards.

As the Bank became more aware of the complexity of the «judicial sector», its role in society, and of the problems involved in attempting to push for reforms in societies with conflicting interests, groups, and institutions, the Bank's articulation of policies and strategies for legal reform have become more nuanced and contextualized. As of 1995, for instance, it recognized that implementing reforms would require a gradual or incremental process feasible within the political and economic capacity of each nation. Given political limitations and pragmatic considerations, the Bank found coalition building necessary. Moreover, the Bank was seemingly aware that the initial push for reform process should come from within the affected country; with grass root involvement, town meetings and other local participation suggested as mechanisms for raising the necessary broad base of support (Dakolias, 1995: 225-231).

However, a 1996 study by The Lawyers Committee of Human Rights (Lawyers Committee) and the Venezuelan Program for Human Rights Education (PROVEA) of the World Bank-financed Venezuela Judicial

Infrastructure Project documented wide gaps between the Bank's articulated policies and its actions. Launched in 1992, this judicial reform project was supported by a \$30 million Bank loan and its technical assistance; indeed, it was «[...] "marketed" as the Bank's flagship involvement in this area, setting the stage for a number of other judicial reform projects in Latin America and elsewhere» (Lawyers Committee, 1996:1).

The Report cites the Bank's recognition that reform could not be imposed from the outside. Moreover, The Bank also emphasized the need for prior diagnostic studies and set out several essential criteria for program implementation. But as of 1996, «[...] the Bank's record to date in each of these areas has, unfortunately, been mixed at best» (Lawyers Committee, 1996:3.) The Project was not part of a comprehensive reform strategy; there was no broad government commitment to reform; reform strategies failed to address crucial structural impediments to judicial independence; access to justice concerns were not addressed; and, there was no broad based participation in the design and development of the Project. Consequently, actual accomplishments were limited in scope (Lawyers Committee, 1996:6-10.)

True enough, the Bank's policy articulations now reflect a broader understanding of the diverse goals, principles, and interests affected by law reform programs. For instance, the Bank has linked development to the protection of human rights, which in turn depends on a strong, accessible, and independent judiciary. At the same time, the Bank has asserted that «accessible and efficient courts are essential to the attainment of sustainable and broad-based economic growth. In any society striving to achieve economic growth, the government must guarantee that contracts are honored and property rights are respected, and that domestic and foreign investors trust it to ensure that their investments enjoy legal protection. with access» (Press Backgrounders, 1999.) The Bank also has stressed that human rights in developing countries are best safeguarded by improving the conditions of indigenous communities. Programs to fulfill this goal include improving the quality of education, health and sanitation, land reform and judicial reform.

James D. Wolfensohn, the president of the World Bank, is well aware that market economies rewards some more than others. Referring to developing countries, he recognizes that populations «remain split

along a fault line that separates the lives and aspirations of the rich and poor» (N.Y. Times, 2000:10.) Moreover, he regards legal systems as crucial, in that without the protection of human and property rights and a comprehensive framework of laws, no equitable development is possible. A government must ensure that it has effective systems of property, contract, labor, bankruptcy, commercial codes, personal rights laws, and other elements of a comprehensive legal system that is effectively, impartially, and cleanly administered by a well-functioning, impartial, and honest judicial and legal system (Cited by Rigo Sureda, 1999: 19.).

Still, the Bank's policy articulation and program emphasis reflect contradictory goals, apparently not acknowledged by the Bank, and its positions seemingly continue to largely reflect a «Globalized localism» orientation.

This is not to say that the Bank's policy and strategy positions are irrational and indefensible. But the inherent contradictions in the Bank's policies and program raise important questions that can vitally affect the implementation of its programs. The diversity of interests and even conflicts between different sectors of society must be recognized and addressed. A prime example is the problem of rising criminality and the social demand for more effective police, which clearly engenders tension between the demands for «law and order» and the internationally recognized human rights of due process and humane treatment of those accused of criminal activity. Similarly, Guatemalan landless peasants will read the Bank's call for land reform in a manner that will inevitably clash with the landowner's interpretation of the World Bank's strongly held position that contract and property rights are essential for development. Conflicts between indigenous peoples asserting their ancestral land rights and the interests of local or foreign investors, government contract in hand, have become commonplace, sometimes leading to the abandonment of projects. If eventually a type of judicial or other «official» intervention is required, how should these conflicts be resolved? Through «customary» indigenous law and institutions, or in accordance to the newly reformed and «efficient» national legal systems that the Bank has been promoting?

To be sure, as noted, the Bank appears to have learned from its experience and to have broadened its policy and programmatic agenda. Nonetheless, the judiciary remains the cornerstone of the Bank's legal

reform programs. But is such an emphasis well-placed? Even a superficial overview of Latin America's legal history reveals a judiciary with little social relevance, usually subservient to the executive on most important political issues as long as its corporative prerogatives were preserved, and mostly engaged in routine activity. Indeed, the image of the judge largely remains that of a faceless bureaucrat adverse to innovation. Despite some important exceptions such as Costa Rica and some clearly dedicated and innovative judges, most Latin American judiciaries have yet to show a genuine commitment to the full panoply of democratic institutions and rights.

Indeed, we could view with skepticism the relevancy of adopting «modern» and expensive judicial processes in at least those countries where the «rule of law» has seldom been legitimate and many people cannot even read. Judicial review powers and independence for a nation's Supreme Court together with sophisticated computerized systems, for example, may be irrelevant for most people, whose interaction with «law» is generally limited to low level bureaucrats and the police. In this context, will an improved official administration of justice necessarily lead to a more accessible judiciary for everyone, or simply to a more efficient mechanism to protect the interests of the advantaged sectors of society?

None of the above is to deny that the judiciary and legal processes in Latin America do not need substantial improvement. Their inadequacies and problems have been well documented. But there are clear risks in using models from the North to fix the legal «insufficiencies» without due regard to the particular needs and contexts of the Southern «receiving» societies.

1. The National Perspective, or Localizing the Global

Global policies and programs, even if agreed upon, often are mediated and given new meaning or even diverted by national reality. Moreover, the dynamic relationship between global and local forces also affects the exporting agency, which may begin to question some of its initial premises, policies and operational strategies. A case in point is the evolution of the World Bank's positions regarding the law reform programs it has promoted in Latin America.

Understanding the local context thus is necessary to shift from an ethnocentric «globalizing» perspective to a «localizing» one; this exercise should provide different— if at times overlapping— questions and issues that are more rooted in the particular social context. Throughout Latin America, for instance, «Rule of Law» principles and processes are proclaimed in official documents and reiterated in substantive legal norms. But in practice they are often absent from or unevenly distributed, producing a gap between the ideal “law in the books” and the operative “law in action”, even within Latin America’s more “developed” societies. This situation predates the authoritarian regimes of the 70s and 80s and, unfortunately, continue in some degree to plague both re-democratized societies (eg., Argentina, Brazil, Chile, and El Salvador) and others that arguably did not suffer from authoritarian regimes (eg., Colombia, Mexico and Venezuela). Indeed, according to Pinheiro, «Since the return of democratic rule to many countries in Latin America, relations between governments and members of society have been characterized by illegal and arbitrary use of power», with many authoritarian practices and violations of human rights unaffected by political changes or elections (1999:1.).

This situation is largely due to the socio-political context, which has a direct impact on the norms, processes, institutional structures and culture of a given legal system. In most of Latin America, for instance, judicial systems traditionally were politicized, usually intertwined with or dependent on the executive, even as they retained substantial corporative autonomy. This patrimonial trait, a part of the region’s colonial heritage, became even more evident in the 1920s and 1930s when in response to pressure from below and the economic crises of the times, Latin American societies embarked on nationalist, import substitution development programs conducted by an interventionist regulatory and welfare State dominated by the Executive branch.. Since the public sector was to prevail over market forces, the Executive assumed a key role in resolving conflicts among various key economic sectors and enterprises, where political and ideological considerations were often deemed more important than economic efficiency or legal prescriptions. In the process, the role of the judiciary became relatively minimal, as important conflicts were aired and resolved in other arenas -administrative agencies, semi-autonomous state enterprises or the offices of a Minister or the President himself (Co-

rea, 1993: 94; Perez Perdomo, 1993: 132-135.) The courts were relegated to such functions as deciding debt collection cases, or to processing common criminals (white collar crime was largely ignored.)

This process had very negative consequences for an already weak Administration of Justice. Judges came to have little social relevance and mostly engaged in routine activity; the image of the judge became that of a bureaucrat adverse to innovation. The State for its part invested little in the administration of justice, which had to make do with obsolete technology, poor organization, and poorly paid and trained judges. Inefficiency, influence peddling and even corruption became common place throughout court houses of Latin America.

At the normative level, codes of civil and criminal procedure dating from the mid-nineteenth century and other dated legislation still burden the administration of justice in most of Latin America with a document-based time consuming and expensive process. In Uruguay, for instance, the recently repealed code of civil procedure dated from 1879, itself a copy of the Spanish Code of 1850 which contained many medieval elements (Marabotto, 1993.) In addition, institutional/structural problems still plague the administration of justice throughout Latin America. Overcrowded dockets resulting from an insufficient number of poorly paid judges to handle case loads and the lack of adequate resources, in conjunction with civil and criminal procedures dominated by documentary, non-oral processes handled in chambers, encourages the resolution of cases by non-judicial staff, such as *actuarios*, or *secretarios* (Correa, 1993: 8). Not rarely, a judge will barely skim over a case dossier produced by his law clerk and sign the findings with little or no analysis of her own. This is particularly serious in criminal prosecutions, raising issues of due process.

In most countries of Latin America, the judiciary is a public civil service career which nevertheless has been traditionally organized as a closed system. While externally subject to varying degrees of political control by the Executive, Supreme Courts generally exercise iron-hand control over internal court administration, including entry level selection and promotion of lower court judges. Once a member of the judiciary, a young judge is assigned to a lower trial court in one of the provinces, gradually moving up the career ladder into higher and better paid judicial positions and more amenable living conditions. If he perseveres and does not get into conflicts with the higher appellate courts and the

Supreme Court, he might eventually be named to an Appellate Court or even to the Supreme Court. This system perpetuates a patronage system which rewards obeisance and good connections. But some progress is evident. A product of legal reform programs, new judicial schools in Chile, Uruguay and other countries appear to be eroding the patronage system. Merit has become a relevant criteria for selection, with preference being given to candidates who have successfully completed the full course or special seminars at the new judicial schools (CEJU,1993.).

A combination of social, structural and cultural forces also have made it difficult to attain effective access to justice, particularly for the more disadvantaged sectors of society. In Chile, for instance, a 1993 survey (Correa and Barros,1993:73-89) indicated that only 32% of those who had suffered some criminal act (by far their most common «legal problem») actually called or went to the police to complain, and of those, a full 57% in effect received no response whatsoever. In the end, out of every 100 victims of a criminal act, only 1.5 obtained a full criminal prosecution against a defendant. It is hardly surprising, then, that 71% of those who denounced a criminal act concluded that their recourse to justice had been a waste of time, and that a full 68% of those who suffered a criminal act never bothered even to complain to any authority. For them, at least, «justice» was unattainable. Civil litigation is not any more accessible. As in most countries, for instance, litigating in Argentina does not come cheap: aside from lawyer's fees, as of late 1993 parties filing civil or commercial complaints must deposit in escrow with the court 3% of the amount claimed, recoverable only if the plaintiff wins the case (Prado,1993.)

Finally, the legal culture, that is, prevailing perceptions of what the legal system stands for together with actual practices and customs that have become ingrained in the profession, can vitally affect its accessibility and effectiveness. Most Latin Americans have very negative opinions towards the legal processes in general and the administration of justice in particular. In Argentina, for example, 61% of the sample of a 1992 Gallup poll pointed to an inefficient judicial system as the most important cause of corruption (cited in Moreno Ocampo,1993:199.) Similarly, a 1993 survey in lower income areas of the three major Chilean cities revealed that 83 percent of the sample had very negative perceptions of the administration of justice system in general, deeming

it inefficient, discriminatory, arbitrary, slow, and corrupt (Correa and Barros, 1993: 23-26.).

Despite the paucity of empirical studies of the legal culture of the Latin American judiciary or other legal actors, legal and other scholars have long been concerned with the historical and social roots of the Latin American legal culture. Maier (1993:29-31), for instance, points to the cultural heritage from the colonial period. At the time of the conquest, the Spanish crown was engaged in a process of nation building and of centralizing power in an absolute monarchy. As it did with other institutions, the Spanish colonial regime imposed on its colonies a judicial system based on its own political model; namely, a centralized, hierarchical system with highly developed control mechanisms over the lower courts (Saez, 1998:1280.) The judiciary was structured as a bureaucratic organization, where power was delegated from the top down to inferior officials, and where every judge and other judicial personnel was a functionary at the service of the State, not of the individual. The judicial system thus was not really conceived as an institution to resolve the conflicts of the population at large, but rather as a component of the administration of State power; that is, as an instrument of social control.

This legal tradition was only partially affected by the process of independence in Latin America (Maier, 1993:32-35.) Rhetorical articulations of liberal ideology notwithstanding, independence and the replacement of absolute monarchism by Republican forms of government did not result in a new social order but rather in the replacement of an Iberian elite by its local or «criollo» counterpart, which did not particularly want to share political power with the impoverished masses. While the liberal reforms of 19th century Europe enlarged the sphere of individual rights, established the separation of powers and promoted greater citizen participation in the political process, their impact was attenuated in the vastly different social context of Latin America.

Despite recent reform efforts, the administration of justice in Latin America to a large extent continues to be based on a bureaucratic model; as such, it is hierarchically organized and retains a written process which facilitates the internal control of the proceedings (and the judicial functionaries), but strictly limits participation in the process by the affected parties. This is a model which still reflects the centralizing,

patrimonial and non-participatory politico/legal culture inherited from Spanish colonial rule. As Moreno Ocampo puts it, «The law in this tradition is a means for the exercise of State power for the purpose of controlling its subjects» (1993:200.).

The legal profession largely continues to follow the «liberal» tradition of solo practice or, in the case of the larger and more «modern», internationally oriented firms, to be organized around families, akin to «legal dynasties» But the increasing sophistication and internationalization of these more modern legal practitioners, many with graduate degrees from the most prestigious law schools in the U.S., does not necessarily involve the absorption of human rights or democratic values. By and large, these «modern» lawyers are dedicated to private practice increasingly involving the structuring of business deals with domestic or foreign investors in accordance with internationally-accepted criteria, but with little if any concern with issues touching on the role of law in society (Dezalay and Garth, 1998: 58-60.).

Though certainly not the only cause, to some extent the persistence of this legal culture can be linked to the traditional mode of legal education long dominant throughout Latin America. Notable exceptions apart, the five to six year formation and training received by law students lacks the broadening enrichment of critical debate but is rather anchored in traditional pedagogy based mostly on foreign legal sources, authoritarian in style, encyclopedist and with an emphasis on memorization. Given the «rationalist natural law» basis of the Codes, knowing their content is to know «the law». This thesis is inculcated throughout the long years of law school and reiterated in a legal scholarship with scant relations to reality, forming a dogmatic system of knowledge and truth few have been able to question or resist (Dezalay and Garth 1998: 32-33.) Legal scholarship and education to this day, despite growing critiques and some notable exceptions, continues largely unchanged.

The practical and instrumental aspects of the legal process are largely «learned» through work experience; as regards the more «modern» aspects of the law this opportunity is generally limited to those with the appropriate connections or who have managed to attend the more elite law schools. In any case, this aspect of the prevailing «legal culture» is not particularly conducive to a participatory democratic discourse or process, at a time when Latin American societies are engaged in serious efforts of «redemocratization» and economic modernization. To some

degree, legal systems and institutions have lost relevance in face of the social and economic needs of the region (Faría, 1993:14,25.).

Conclusions

Perceptions of an interdependent and complex global economy/democratization relationship with legal systems in general and its justice sectors in particular has led the World Bank, other global players, as well as national reformers, academics and economic and modernizing elites to demand changes in the administration of justice, leading to complex legal reform processes.

As noted, a primary rationale for the World Bank's active support for law reform projects in Latin America is the premise that secure and predictable legal environments are necessary for investment and market oriented development. But some careful students of Latin American legal systems question this premise, arguing instead that the certainty that investors seek has historically been more related to political rather than legal or judicial structures. To be sure, weak and inefficient judiciaries, crowded dockets and other similar deficiencies are a reality throughout Latin America. But cases involving small debtors, minor offenses, common crime (as opposed to white-collar crime or corruption), among other problems, are the most frequent type of cases confronting the judicial systems in the region. The big players tend to solve their disputes in other settings, such as the top levels of administrative or executive agencies or international arbitration arenas (de la Barra, 1998.) .

Even when, as in Argentina, effective innovations are adopted partially in response to foreign investors who want guarantees through legal institutions, these tend to be limited to private dispute resolution processes, such as mediation or arbitration, which function «outside but around the public institutions of the state» (Dezalay and Garth, 1998:95.)² As a result, they conclude that the World Bank legal reform project in Argentina, initiated in 1992, «...has not resulted in any tangible results» (1998:89.) Given this context, perhaps the Bank and other multilateral agencies should reconsider their premise which considers the the judiciary as the primary institutional actor in producing the stability assumed to be necessary for market development.²

What of the presumed relationship between law and democratic institutions in Latin America? Latin American reformers, profoundly influenced by their harsh experiences under authoritarian regimes, have come to consider the an effective justice sector as a key factor for consolidating their as yet fragile redemocratization processes. As Correias notes (1986: 212-218), the only currently viable political and social project for Latin America is liberal democracy, which in turn implies a respect for the rule of law. Yet, these reform mongers would be the first to recognize that Latin American courts by and large do not carry a legacy as defenders of human rights or democratic institutions. As already argued, this is not solely due to lack of resources, inadequate technical training and other institutional deficiencies. Far more important are the legal and judicial cultures that have developed over centuries as a reflect of Latin America's political and social structures and processes. Saez insightfully recognizes that reform of the official judicial structure must go in tandem with relevant changes in informal institutions and organizational arrangements, as these largely have a controlling effect over the formal system (1998: 1319.) «Indeed, one of the basic questions confronting any reform effort is how much change can be produced within the justice sector, if extra-sectoral behavior remains relatively untouched» (Hammergren, 1998: 13.) The World Bank itself in a relatively recent policy statement suggests that judicial reform programs should «address the political, economic and legal causes at the root of an inefficient and inequitable judiciary,» as otherwise, «[...] there will be a minimal probability for success» (Lawyers Committee, 1996:6, quoting from an unspecified Bank source.

What, then, are the prospects for the current and proposed legal reforms in Latin America?

The financial resources available from various foreign donors have without a doubt influenced the process of reform. Nevertheless, several countries initiated reform projects and have made headway in their agenda prior to the arrival of the global agents or with minimal external or technical assistance. These include Brazil, Chile, Costa Rica, and Uruguay, with varying degrees of success (Hammergren, 1998: 23.) Indeed, critical re-evaluations and reformulation of their legal systems and important changes can be observed throughout the region. Traditional legal culture, For instance, is being challenged, and several law schools also have become active in legal reform movements,

becoming more active in critical and policy oriented legal research and publications, and slowly introducing curriculum reform and clinics into their programs. Perhaps the most notable experiment, funded by the Ford Foundation, is an active public interest clinical program carried out among Law Schools in Argentina, Chile and Peru, which periodically meet to discuss their experiences and co-ordinate activities. (Gonzalez Morales, 1997.) Structural innovations include CEJU, the judicial school recently instituted in Uruguay, which has become the major source of candidates for the judiciary and the public prosecutor's office, in the process loosening the traditional hold of the Supreme Court over entry into the judicial career. Moreover, CEJU workshops are training sitting judges in ADR techniques as well as bringing them up to date on other legal developments and innovations. In Argentina, the Ministry of Justice has an well-organized program of mediation training and diffusion and has introduced it as an essential component in its legal aid clinics in four lower-income neighborhoods. Other countries also have inaugurated new judicial academies and are in the process of replacing the investigative (inquisitorial) magistrates with an independent public prosecutor's office, introducing oral hearings into their civil and criminal procedures and substantially improving its legal aid and public defender programs.

However, while oral trials and other innovative reforms can vastly improve the administration of justice, they require complementary structural improvements, including better trained judges and supportive, adequate physical space to enable judges to hold hearings with the presence of opposing parties, counsel and even interested public, computerization of judicial processes and computer links to essential legal data, and improvements in other public services whose timely collaboration is essential for an efficient administration of justice, such as the investigatory police, other departments who must issue official reports or statistics, the public registries, and the like. Thus, even if the proposed reforms would lead to the desired goals, their implementation face difficult fiscal, political and technical hurdles that may well be beyond the capabilities of national entities and their external allies (Hammergren, 1998:25 et seq.).

The rule of law and an accessible, efficient and fair administration of justice can be one of the essential building blocks for an effective democracy. But potentially adverse side effects from law reform projects

cannot be ignored; a pure free-market approach, for instance, will inevitably lead to a concentration of resources in a privileged few. Thus, if the poor are to participate more evenly from economic growth, they must be provided with effective access to the allocation of goods and services, including justice. Similarly, if the long neglected but recently assertive indigenous peoples are to participate in the hoped for benefits of the reforms and become empowered as citizens, then neither global nor local actors can ignore the reality of "legal pluralism". Diverse and operational legal systems exist throughout Latin America; they are part of the legal universe and ignoring them is but social denial (Guevara and Thome, 1992.) Similarly, recognition and attention is due to the increasing and largely justified demands from provincial and municipal sectors for increased fiscal and political autonomy, calling for an end to the traditional system of centralized authority which prevails over most of Latin America.² While the global economy is producing a push toward supra-national law and judicial review, indigenous and regional movements are at the same time «localizing» law and politics, initiating a process of redistribution of sovereignty where the state loses power in both directions (Merryman, 1985: 158).²

In discussing recent World Bank funded legal reform programs in Africa, McAuslan critically analyzes the Bank's premises and approaches to legal reform, questioning whether «[...] legal development [...] can achieve good governance and can develop the market economy in both developing and transitional countries [...]» (1997:25.) Given this challenge, what should be the response of global agencies and other actors involved in legal reform? At the risk of being simplistic, I would suggest looking back before heading South, and once heading South, looking South. A logical starting point would be to carefully re-examine the Law and Development programs of the 1960s and 70s, also premised on the centrality of law for promoting development in the less developed countries.² To be sure, the world has changed since then, but nevertheless Law and Development's overall lack of success raises questions and provides lessons relevant to current global legal reform efforts. Indeed, one could ask, if 'law' didn't lead to 'development' then, why should it now?

To start, one need look no further than the 1974 seminal report by the Research Advisory Committee on Law and Development of International Legal Center. ² After recognizing the flawed focus of the

Law and Development movement of the 60s and 70s, this report called for a more realistic view of the role of law, emphasizing the need to go beyond formal rules to determine who has access to legal processes and how decisions are actually made. The report also emphasized the need for socio-legal research that goes beyond the premise that law plays a positive role but rather recognizes that it can distort or even be an obstacle to development, while hiding behind the facade of change and legal equality (McAuslan, 1997:26.) After all, [...] it is seldom the rules of law that are truly significant or interesting about a foreign legal system; it is the social and intellectual climate, the institutional structures, and the procedures characteristic of the legal system that are instructive» (Merryman, et al., 1994: p.viii) While almost platitudes for contemporary scholars, these concepts nevertheless are often ignored even as given lip service in current law reform aid packages.

It has become common place to emphasize that «Disjointed efforts to judicial reform cannot succeed unless they are linked to measures addressing the deeply rooted political, technical, and structural factors which inhibit effective functioning of the judiciary». Reform is not neutral -it will produce conflicts between «winners» and «losers» (Pinheiro 1999:12.) How can these problems be addressed? Among the practical courses of action future law reform programs could adopt is to ensure the full involvement of local actors, including not just government officials and representatives of opposition parties, but also representatives of indigenous groups and grass root organizations as well as experienced sociologists, political scientists, legal scholars, members of the bar, and other relevant individuals or groups. This participation is essential for pre-implementation studies, as well as follow-up studies or continuing assessments of the projects in question. Moreover, it also is necessary for maintaining the principle that the choice and direction of legal reform, a political decision, rests with each country and not with the agency disbursing the loans and providing external advisors (Faúndez, 1997:3).

There also is a distinct need to foster closer links between the academic and practitioner community through periodic workshops involving both communities. Collaboration of academic and donor and other relevant institutions is needed for creating and organizing non-degree training programs and teaching materials on aspects of law and development. More than one scholar has pointed out the need for

a renewed focus on comparative studies on the law and the process of reform in both developed and developing countries, including the study of how indigenous institutions evolve and adapt to modern functions (McAuslan, 1997: 34; 43).

In any case, both global and national actors involved in processes of law reform should not dismiss the too often ignored lessons from the past. Not least among these is that all reforms are political. Global inputs and technical expertise by themselves are not sufficient; national support from key constituencies is crucial. Moreover, while foreign institutions should be considered, they must be relevant to local contexts. Finally, reform actors should be prepared for long and unpredictable journeys. There are no quick and easy fixes to long-standing social problems (Id., 37).

References

SRI RAM Aiyer

- 1995 "Foreword", in Malcolm Rowat, Malik, W.H., and Dakolias, M., eds., *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*, Proceedings of a World Bank Conference, Technical Paper No.3 (The World Bank, Washington D.C.).

CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE URUGUAY (CEJU)

- 1993 Interview, Supervisory Commission, Montevideo, Uruguay. September 21. (Notes on file with author).

Jorge CORREA SUTIL

- 1993 The Judiciary and the Political System in Chile, in Erwin P. Stotzky, ed., *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary* (Boulder, Colo., Westview, pp. 89-106).

Jorge CORREA S. y Luis BARROS L., editores,

- 1993 *Justicia y Marginalidad; Percepción de los pobres*, Santiago, (Corporación de Promoción Universitaria y Dirección de Estudios Sociológicos de la Universidad Católica de Chile).

Oscar CORREAS

- 1986 "La Democracia y las Tareas de los Abogados en América Latina", in Joaquim Falcao, de Trazegnies, et al., *Los Abogados y la Democracia en América Latina*, ILSA, Ecuador, 207.

Maria DAKOLIAS,

- 1995 A Strategy for Judicial Reform, 36 *Va. Journal of International Law* 167.

Maria DAKOLIAS

- 1999 Court Performance Around the World: A Comparative Perspective, 2 *Yale Human Rights & Development L.J.* 87-142.

Rodrigo DE LA BARRA COUSIÑO

- 1998 Legal Reform in Latin America: Legal and Market Relations in Context, Paper presented at ASIL Proceedings of the 92nd Annual Meeting, Washington D.C. On file with author.

Marcus FARO DE CASTRO

- 1997 The Courts, law, and democracy in Brazil, *International Social Science Journal*, UNESCO, Blakewell Press, Oxford, June.

Yves DEZALAY and Bryant GARTH

- 1998 Argentina: Law at the Periphery and Law in Dependencies: Political and Economic Crises and the Instrumentalization and Fragmentation of Law, ABF Working Paper #9708, American Bar Foundation, Chicago.

Jack DONELLY

- 1999 Human Rights, Democracy, and Development, 21 *Human Rights Quarterly*, 608-632.

José Eduardo FARIA

- 1990 El poder judicial frente a los conflictos colectivos, *El Otro Derecho*, ILSA (Bogotá), No.5. Marzo 1990, pp. 5-34.

Julio FAUNDEZ

- 1997 Legal Technical Assistance, in Faundez, ed., *Good Government and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries*, St. Martin's Press, New York.

Yash GAI

- 1993 *Constitutions and Governance in Africa: A prolegomenon*, in Sammy Adelman and A. Paliwala, *Law and Crisis in the Third World*, Hans Zell Publishers, New Jersey, pp. 51-75.

James GARDNER

- 1980 *Legal Imperialism*, Univ. Of Wisconsin, Madison.

Armando GUEVARA and Joseph R. THOME

- 1992 "Notes on Legal Pluralism," *Beyond Law*, ILSA, Bogotá, No. 5, July, 75-104.

Felipe GONZALEZ and Felipe VIVEROS, eds.

- 1999 *Defensa Juridica del Interes Publico, Cuadernos de Analisis Juridico*, Universidad Diego Portales, Santiago.

Linn Hammergren

- 1998 *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America: The Peruvian Experience in Comparative Perspective*, (Westview Press, Boulder.)

INTERNATIONAL LEGAL CENTER

- 1974 *Research Advisory Committee on Law and Development, Law and Development: The Future of Law and Development Research* (Uppsala: ILC and the Scandinavian Institute of African Studies).

Edmundo JARQUIN and Fernando CARRILLO, eds.

- 1998 *Justice Delayed: Judicial Reform in Latin America*, Inter-American Development Bank, Johns Hopkins University Press, Washington D.C..

LATIN AMERICAN WEEKLY REPORT

- 2000 New tally of FDI inflows to region, 8 February, London, p.63.

LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS AND VENEZUELAN

- 1996 Program for Human Rights Education and Action, Halfway to Reform: The World Bank And The Venezuelan Justice System, Lawyers Committee for Human Rights and Venezuelan Program for Human Rights Education and Action, New York.

Judge Ana LORENZO

- 1993 Trial judge at Civil Court No. 8, Montevideo, Uruguay; Observation of Preliminary Hearing and Interview, Judge Lorenzo and three other judges, Montevideo, September 24, 1993 (notes on file with author)

Dennis LYNCH

- 1978 Lawyers in Colombia: Perspectives on the Organization and Allocation of Legal Services, 13 Texas International Law Journal, 199.

Julio MAIER, Luis TORELLO et al.

- 1993 Reformas Procesales en America Latina: la oralidad en los procesos, Santiago, Corporación de Promoción Universitaria.

Patrick MCAUSLAN,

- 1997 Law, Governance And The Development Of The Market: Practical Problems And Possible Solutions, in Julio Faundez, ed., Good Government and Law (Macmillan Press, London, and St. Martin's Press, New York).

John Henry MERRYMAN

- 1977 Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement, 25 The American Journal of Comparative Law 457.

Matt MOFFETT

2000 "Latin America Supplants Asia on Direct Investment", Wall Street Journal, Feb. 22, pp. A-21 to A-24.

MERRYMAN, John Henry

1985 The Civil Law Tradition, 2d. Edition, Stanford University Press, Stanford.

MERRYMAN, John Henry, Davis S. CLARK and John O. HALEY

1994 The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, East Asia, The Michie Co., Charlottesville.

Luis MORENO OCAMPO, with the collaboration of Roberto DE MICHELE

1993 En Defensa Propia: Cómo salir de la corrupción, Editorial Sudamericana, Buenos Aires.

THE NEW YORK TIMES

2000 U.N. Trade Meeting Brings Nations Rich and Poor No Closer, 02/ 20/, p. 10.

Rogelio PEREZ PERDOMO

1993 Justice in the Times of Globalization: Challenges and Perspectives for Change in the Administration of Justice in Latin America, Justice and Development in Latin America and the Caribbean (The Inter-American Development Bank, Washington D.C.

Paulo SERGIO PINHEIRO

1999 The Rule of Law and the Underprivileged in Latin America: Introduction, in Juan Mendez, Guillermo O'Donnell and Paulo Sergio Pinheiro, The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America, Notre Dame Press, South Bend.

Cristian Riego

1997 The Chilean Criminal Procedure Reform, thesis submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Laws -LL.M -at the University of Wisconsin Law School. (On file at the UW Law School)

Andres RIGO SUREDA

- 1999 Legal and Judicial Reform: Lessons of Experience and the Bank's Future Role, in Andres Rigo Sureda and Waleed Haider Malik, eds., *Judicial Challenges in the New Millenium: Proceedings of the Second Ibero-American Summit of Supreme Courts and Tribunals of Justice*, World Bank Technical Paper no. 450, The World Bank, Washington, D.C.

Andres RIGO SUREDA and Waleed HAIDER MALIK, eds.

- 1999 *Judicial Challenges in the New Millenium: Proceedings of the Second Ibero-American Summit of Supreme Courts and Tribunals of Justice*, World Bank Technical Paper no. 450, The World Bank, Washington, D.C.

Felipe SAEZ

- 1998 The Nature of Judicial Reform in Latin America and Some Strategic Considerations, 13 *American University International Law Review* 1267.

Saskia Sassen

- 1999 Globalization, Lecture, Department of Sociology, University of Wisconsin, October 4. (Author's notes, on file).

Boaventura DE SOUSA SANTOS

- 1995 *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, New York, 1995.
- 1997 Globalization, Law and Democracy Seminar, University of Wisconsin Law School, Madison, Fall, 1997 (Author's class notes, on file).

LA TERCERA

- 2000 Reportajes, Andres Velasco remueva la Concertacion, Santiago, Chile, February 27, 2000, p. 6 (www.tercera.com/diario/02/27).

Joseph R. Thome

- 1998 Searching for Democracy: the Rule of Law and the Process of Legal Reform in Latin America, Paper presented at the Workshop on Reforma Judicial, Motivaciones, Proyectos, Caminos Recorridos, Caminos por Recorrer, Instituto Internacional de Sociologia Juridica, 6 y 7 de abril, Onati, Gipuzkoa, Spain (on file with author; also available at <http://darkwing.uoregon.edu/~caguirre/lawandsociety.htm>.)

David Trubek

- 1974 Law and Development: Then and Now, ASIL Proceedings of the 90th Annual Meeting, Washington D.C., March 27-30, 1996, pp.223-226 David Trubek and Marc Galanter, Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development, 1974 Wisconsin Law Review 1062.

UNDP

- 1997 Governance for Sustainable Human Development, UNDP Policy Document, United Nations Development Programme, January (<http://magnet.undp.org/policy/default.htm>)

Esteban VALENZUELA

- 1999 Modernity: an Endless Goal in Chile- Two old and one new item on the Chilean agenda for the year 2000: poverty, democratization and political cultural reform, Directed Research Paper, Summer 1997 (on file with author). Vienna Declaration and Programme of Action, U.N. GAOR, World Conf. On Hum. Rts., 48th session, 22nd plen. Mtg., part 1 par 8, U.N. Doc. CONF.157 (1993), as cited in Donnelly.

William C. WHITFORD

- 2000 The Rule of Law, Madison, Draft of July 6, 1999, forthcoming in Univ. of Wisconsin Law Review, Fall. Ms. on file with author.

The World Bank

- 1999 Press Conference: World Development Report 1999/2000 "Entering the 21st Century", The World Bank, Washington, D.C., Sept. 15 (on file with author).

The World Bank

- 1999 Press Backgrounders, Development, Human Rights, and Judicial Reform, The World Bank, December, (www.worldbank.org/html/extdr/pb/pbhr.htm).

The World Bank

- 1999 News Release No. 2000/141/LAC, World Bank Launches Paper on Justice and Indigenous Peoples in Latin America, The World Bank, Dec. 9, (www.worldbank.org/html/extdr/extme/141.htm).

Dirigiéndose al sur pero mirando al norte: globalización y reforma del Derecho en América latina*

Joseph R. Thome

En toda Latinoamérica la reforma del Derecho está en el aire. Después de décadas de negligencia, sus sistemas legales están experimentando procesos sustanciales sino drásticos de reforma y transformación. La administración de justicia en particular ha sido distinguida como ineficiente, sino corrupta, inaccesible para la mayoría, incapaz o sin disposición para responder a los abusos de derechos humanos, y mayormente irrelevante para las necesidades de las economías modernas.

Estos procesos de reforma responden a actores y presiones nacionales y mundiales. En la superficie, ambos comparten la meta de ayudar a consolidar un buen ejercicio del gobierno, incluyendo el régimen de derecho, en toda Latinoamérica. No obstante, este consenso objetivo puede desglosarse en dos orientaciones diferentes que revelan no sólo acuerdos sino también sobreposición y algunas veces objetivos en conflicto:

- a) Orientación del mercado: un medio legal apropiado que incluya reglas uniformes, predecibles y ejecutables que garanticen la propiedad y los derechos contractuales se considera como crucial para modernizar las economías latinoamericanas y para incorporarlas en la economía global caracterizada por comercio irrestricto y rendimiento del mercado libre;

* Ponencia presentada en la Junta Anual de Derecho y Sociedad 2000. Miami Beach, Florida, del 26-29 de mayo del 2000. Una versión de esta ponencia se publicará en otoño del 2000 en la Revista de Derecho de la Universidad de Wisconsin.

- b) Orientación democrática: un imperio de ley efectivo se considera también como vital para consolidar las instituciones democráticas; haciendo que los sistemas legales sean más transparentes, sensibles a las necesidades sociales y accesibles a los sectores de la sociedad desfavorecidos; y para evitar las violaciones de los derechos humanos al mismo tiempo que para hacerse más efectivos en la prevención y la sanción de la actividad criminal.

Además, tanto los actores nacionales como mundiales también parecen acordar que alcanzar estas metas algo contradictorias requerirá una administración de justicia más independiente, efectiva y accesible, que incluya amplios poderes de revisión judicial y nuevas instituciones para juicios y procesos civiles y penales en todo el complejo conjunto de instituciones que constituyen la administración del sector de justicia. En realidad, en años recientes varias naciones de Latinoamérica han incluido propuestas de reformas en los marcos legales nacionales a través de modificaciones constitucionales o nueva legislación.

Pero esta aparente armonía de intereses, metas y medios puede enmascarar cierta vaguedad conceptual así como tensiones y contradicciones entre las metas y políticas nacionales y globales, y, en realidad, incluso entre éstas. Establecer marcos legales amistosos con el mercado puede chocar con el objetivo democrático de facilitar el acceso a las cortes a intereses históricamente excluidos, tales como trabajadores no sindicalizados, mujeres y los pobres en general. De manera similar, una mayoría de la población que enfrenta una creciente criminalidad puede usar medios democráticos para ejercer presión para lograr un cumplimiento de la ley más eficiente y más estricto incluso a costa de los derechos humanos de aquellos sospechosos de actividad criminal. Finalmente, las distorsiones potenciales de los programas o implementación de problemas también se pasan por alto algunas veces. Correa (1993:97), por ejemplo, ha señalado que los elementos dominantes del poder judicial pueden apoyar aparentemente la reforma legal pero, percibiéndolos como amenazantes para sus intereses corporativos o estatus dentro de la administración de justicia, pueden operar entre bastidores para minar o controlar el proceso.

Este tapiz socio-legal difícil de desenmarañar exige estudios profundos de objetivos de reforma, de contextos sociales, políticos y nacionales y globales en los cuales se insertan los procesos de reforma, y de los

diversos conflictos, tensiones y algunas veces consecuencias imprevistas que estas reformas ocultan o han producido. Afortunadamente, estos estudios están comenzando a surgir, a pesar que aún es difícil conseguir estudios empíricos y evaluadores. Si bien este trabajo no pretende ser el producto de estudios de campo y empíricos, tratará de sacar a la luz algunos de los valores y las premisas que subyacen en las políticas de reforma tanto nacionales como globales, y de examinar otros factores algunas veces no formulados pero no obstante relevantes que afectan tanto la articulación como la implementación de objetivos de reforma, incluyendo los vínculos entre los actores nacionales y globales y las fuerzas sobre estos procesos de reforma legal.

1. La perspectiva global de la reforma legal en Latinoamérica

Debido a los vínculos percibidos entre el régimen de derecho, democracia y desarrollo, la reforma legal ha devenido un punto focal en el mundo de la ayuda internacional. El mundo, claro está, ha cambiado; el fin de la Guerra Fría y el colapso de la Unión Soviética, así como la aparición de la hegemonía occidental, sin duda alguna, desempeñó un papel clave en el surgimiento de este énfasis en las instituciones democráticas y en el desarrollo orientado al mercado. Por un lado, los derechos humanos internacionales se han convertido en parte de agendas políticas nacionales, dirigiéndose a la necesidad de reforma legal para cumplir sus principios. Por otro lado, el «Consenso Washington» ha devenido en «[...] el paradigma dominante en el pensamiento del desarrollo [...]». Como tal, éste «[...] promueve mercados como instituciones de distribución, favorece la privatización y promueve vínculos más cercanos con la economía global». Lograr esta meta exige un marco legal apropiado, hacer que la reforma legal sea esencial (Trubek, 1996:224-225).

En gran medida este proceso global ha brindado la oportunidad de centrarse en las fallas económicas, la corrupción, los abusos de derechos humanos y males similares que plagan la mayor parte de las naciones en desarrollo, en gran medida debido a que prevalecen regímenes patrimoniales e instituciones no democráticas. Como dice Donnelly (1999:610): «la democracia, a pesar de que no es estrictamente necesaria para el desarrollo [...] puede limitar el desgobierno de rapiña que

mina el desarrollo». La negación sistemática de los derechos políticos y civiles no necesariamente dificulta el desarrollo económico, tal y como lo muestra la experiencia de Europa y de los Estados Unidos en el siglo XIX, y Corea del Sur, Taiwán, Brasil y Chile en décadas recientes, cuestionando la relevancia de un medio legal democrático para el desarrollo de economías de mercado libre. No obstante, si bien el poder de los derechos humanos y de conceptos tales como democracia y régimen de derecho no debe sobre enfatizarse, la declaración de Viena de 1993 constituye un fuerte endoso de la universalidad de dichos derechos y la mayoría de los estados hoy en día apelan a los derechos humanos, democracia y desarrollo como una forma de establecer la legitimidad nacional e internacional. Más aun, «[...] los derechos civiles y políticos, al proporcionar rendición de cuentas y transparencia, pueden ayudar a canalizar crecimiento económico hacia el desarrollo nacional más que el enriquecimiento privado» (Donnelly, 1999: 610-611). Esta posición a su vez ha llevado a una necesidad percibida por un orden constitucional liberal con pluralismo político, elecciones justas, un poder judicial fuerte e independiente y una administración eficiente y responsable. El constitucionalismo, ha sido «acogido» (Ghai, 1993: 52-53).

El constitucionalismo liberal es en realidad relevante para Latinoamérica, particularmente en vista de las transiciones actuales de regímenes autoritarios a democráticos y de economías intervenidas por el estado a mercados libres e inserción en economías globales. Los componentes de esta transición incluyen la separación del estado y la sociedad civil, el régimen de derecho, y la limitación del alcance del poder gubernamental. El constitucionalismo liberal y el régimen de derecho incluyen ciertos valores básicos que enfatizan los derechos de propiedad, políticos y civiles individuales, apuntalados por el concepto de igualdad de todos los ciudadanos de conformidad con la ley. Esta es una ideología poderosa que puede ser, y algunos argumentarán, ha sido, utilizada para legitimizar el dominio de elites y regímenes occidentales en todo el mundo, limitando al mismo tiempo el poder arbitrario del Estado (Ghai, 1993:53-56).

De esta manera, el debate acerca de la reforma legal nos lleva al rol del Estado y el derecho en el actual proceso de globalización. El Estado ahora debe luchar con diferentes fuerzas; nacionalidades, debe tratar con todas las demandas y constricciones del proceso político interno, e internacionalidad, debe responder a procesos y presiones políticos y

económicos globales. Este escenario introduce complejidades a las nociones clásicas del Estado y necesariamente tiene impacto en las esferas legales afectadas.

En Latinoamérica, el concepto recibido de ciencia legal está profundamente arraigado como un principio de fundación de los nuevos sistemas legales dentro de décadas de su independencia a comienzos del siglo XIX. Como corresponde a una «ciencia», el derecho se percibió como racional y no político. Respondiendo a impulsos similares para moldear estaciones nacionales partiendo de diversas facciones y etnicidades, las naciones latinoamericanas nacientes también recibieron el concepto de «positivismo legal» de Europa; el Estado debía ser la única fuente de derecho y a todas las otras normas se les daba un estatus de subsidiaria como social, religiosa, o, en el caso de la gente indígena, normas primitivas. No obstante, el estatismo legal oficial nunca estableció por completo un monopolio verdadero sobre las relaciones legales. Adicionalmente al derecho nacional, tanto el derecho local como el supra-nacional siguió jugando un papel importante en la regulación del comportamiento individual, social y del estado. En realidad, estas pluralidades legales se han vuelto más prominentes y reconocidas en el actual proceso de globalización.

Los países de Latinoamérica también abarcaron la doctrina francesa original de separación de poderes según la cual las cortes debían jugar un rol relativamente menor en el proceso legal: no debía hacer la ley, sólo interpretarla y aplicarla. Según esta doctrina, no existen precedentes vinculantes, ni revisión judicial *erga omnes* de la constitucionalidad de las leyes, como se contrasta con la constitucionalidad de su aplicación a un caso específico, individual. Si bien las cortes por lo general pueden revisar la legalidad de las acciones administrativas, esta revisión por lo general se limita a la aplicación específica y particular del poder ejecutivo, y no tiene una aplicación amplia con la ley o reglamento en consideración. Los países de Derecho civil se han estado moviendo hacia un tipo norteamericano de revisión judicial, pero éste es un desarrollo reciente y no se ha convertido aún en la norma en toda Latinoamérica.

Huelga decir que el final de milenio trajo consigo nuevos retos a paradigmas de modernidad reflejados en dichas nociones del Estado y el derecho. Para Santos los sistemas legales son híbridos, ya que reflejan múltiples modernidades y tradiciones. Por ejemplo en Latinoamérica,

lo pre-moderno, lo moderno y lo post-moderno coexisten incluso entre la misma gente. A pesar de que Latinoamérica siempre estuvo activa en los mercados mundiales, la reciente y completa integración en las economías globales dominadas por el norte hace que la «hibridización» legal sea incluso más evidente. Según Santos, podríamos decir que el proceso de globalización consta de dos modos principales:

«Localismo globalizado», describe el proceso mediante el cual una condición local logra ampliar su alcance en todo el mundo, con la capacidad de designar cualquier otra condición como «local». Los ejemplos pueden ir desde proliferación de los distribuidores de comida rápida hasta las estrategias de administración de compañías del primer mundo. En realidad, algunos argumentarían que los actuales programas de reforma legal en gran medida reflejan este proceso, ya que las instituciones legales europeas o norteamericanas devienen en la base de dichas reformas.

«Globalismo localizado», por otro lado, hace referencia al impacto de la institución recibida sobre el contexto local, e inversamente, cómo este contexto local, tales como una cultura política y legal diferente, a su vez afecta la institución o proceso recibidos. Una reforma legal con componentes importados bastante similares produce resultados en, digamos, Costa Rica que son diferentes a los que produce en el Perú. En cualquier cosa, las instituciones resultantes no coincidirán con aquellas de la nación «exportadora».

La relación dinámica entre estos dos modos afecta en forma sustancial la forma y el contenido de los programas de reforma legal actuales. Esta es una «zona de frontera», cargada de ambigüedades, en donde contextos y realidades diferentes producirán resultados diferentes (Sassen 1999). Tal y como se examina detalladamente más adelante, por ejemplo, los programas y las políticas de reformas del derecho del Banco Mundial se han vuelto más sensibles socialmente hablando, cambiando de una orientación de mercado restringido a un lente más amplio que incluye al indígena, el pobre, y otros sectores marginales de la sociedad. Desde mi punto de vista, esta evolución probablemente refleja un efecto «localizador»; a medida que las políticas y los programas del Banco elaborados en Washington se dirigen al sur, se oyeron nuevas y a menudo conflictivas voces y el Banco comenzó a reajustar su agenda. No obstante, al Banco le falta resolver contradicciones inherentes o conflictos dentro de su nueva agenda más amplia.

1.1 El Banco Mundial: políticas de reforma del Derecho y estrategias de implementación

La reforma legal, en particular en lo que se refiere al rol del poder judicial en el desarrollo económico y social, ha devenido en un ingrediente esencial entre las políticas y programas de las agencias multilaterales. El Banco Mundial es un jugador importante en la promoción de la reforma legal. Según el asesor general del Departamento Legal del Banco Mundial, por ejemplo, las actividades del Banco Mundial para reforzar las instituciones y las políticas que afectan los sistemas legales y judiciales han crecido marcadamente en los últimos años. El Banco ha preparado diez operaciones de reforma judicial autónomas que han sido aprobadas por el Directorio, y otras catorce están en proceso de preparación. Además, otros quince proyectos tratan temas legales y judiciales desde una perspectiva sistemática amplia, tales como reformas del proceso de elaboración de leyes y el poder judicial y mecanismos alternativos para la resolución de disputas. Además de esto, hay unas trescientas cincuenta operaciones en ochentisiete países que financian actividades específicas de reforma legal (Rigo Sureda, 1999:20).

Inicialmente, el centro de atención del Banco parecía estar estrechamente fijado en «repensar el rol del Estado y el modo actual de desarrollo [...]», con la finalidad de colocar «[...] una mayor confianza en los mercados y el sector privado, con el Estado actuando como un facilitador importante y regulador de la actividad y desarrollo de la actividad del sector privado». Alcanzar este objetivo requeriría un importante esfuerzo de reforma que incluya «[...] la elaboración de un marco legal para el desarrollo, y cumplimiento del régimen de derecho». (Aiyer, en Rowat *et. al.* 1995:vii). El poder judicial, en su calidad de componente esencial de este proceso tendría que fomentar un medio judicial y legal habilitante que lleve al comercio, financiamiento y la inversión. No obstante, según la opinión del Banco el poder judicial de Latinoamérica se ha convertido en un impedimento para estas metas ambiciosas debido a su ineficiencia, tal y como se caracteriza por las largas demoras en los casos, el limitado acceso a la justicia, la falta de transparencia y predictibilidad, y la pobre confianza del público en el sistema. Así, el objetivo del desarrollo económico sostenible se percibió en riesgo debido a la falta de ejecución del régimen de derecho. Dakolias

(1995: 167-169), un funcionario del Banco que está muy involucrado en sus esfuerzos de reforma del derecho, también considera la reforma judicial como un componente clave para promover el desarrollo económico, puesto que los sistemas judiciales autónomos y confiables constituyen una condición básica para ser miembro de la economía global, acarreando la responsabilidad de traer consigo la armonización del derecho y asegurando a los comerciantes exteriores y los inversionistas que la ley se aplicará de acuerdo con las normas regionales e internacionales.

A medida que el Banco está más consciente de la complejidad del «sector judicial», su rol en la sociedad, y de los problemas que implica tratar de lograr reformas en sociedades con intereses, grupos e instituciones en conflicto, la articulación del Banco de las políticas y las estrategias para la reforma legal han devenido más matizadas y contextualizadas. Por ejemplo, desde 1995 reconoció que implementar reformas requeriría un proceso gradual o un aumento factible dentro de la capacidad política y económica de cada nación. Dadas las limitaciones políticas y las consideraciones pragmáticas, el Banco encontró que la construcción de coalición era necesaria. Además, el Banco aparentemente sabía que el empujón inicial para el proceso de reforma debía venir desde dentro del país afectado; habiéndose sugerido como mecanismos para elevar la base amplia necesaria de apoyo la participación a nivel popular, reuniones en las ciudades y otras participaciones locales. (Dakolias, 1995: 225-231).

No obstante, un estudio de 1996 realizado por el Comité de Abogados de Derechos Humanos (Comité de Abogados) y el Programa Venezolano para la Educación de Derechos Humanos (PROVEA) del Proyecto de Infraestructura Judicial de Venezuela financiado por el Banco Mundial documentó amplias brechas entre las políticas articuladas del Banco y sus acciones. Lanzado en 1992, este proyecto de reforma judicial se vio apoyada por un préstamo del Banco por \$30 millones y su asistencia técnica; en realidad, se «[...] “comercializó” como el compromiso insignia del Banco en esta área, preparando el escenario para una serie de otros proyectos de reforma judicial en Latinoamérica y en otros lugares» (Comité de Abogados, 1996:1).

El Informe cita el reconocimiento del Banco de que la reforma no podría imponerse desde fuera. Además, el Banco también enfatizó la necesidad de estudios de diagnóstico previos y estableció diversos cri-

terios esenciales para la implementación del programa. Pero a partir de 1996, «[...] el registro del Banco a la fecha en cada una de estas áreas, desafortunadamente, se ha mezclado en el mejor de los casos» (Comité de Abogados, 1996: 3). El proyecto no era parte de una amplia estrategia de reforma; no había amplio comité de gobierno que reformar; las estrategias de reforma no trataban los impedimentos estructurales cruciales para la independencia judicial; no se trataba el acceso a los asuntos de justicia; y, no había una participación de ancha base en el diseño y desarrollo del proyecto. En consecuencia, los logros reales se veían limitados en su alcance (Comité de Abogados, 1996: 6-10).

En realidad, las articulaciones de política del Banco ahora reflejan una comprensión más amplia de las diversas metas, principios e intereses que se ven afectados por los programas de reforma del derecho. Por ejemplo, el Banco ha vinculado el desarrollo con la protección de los derechos humanos, lo que a su vez depende de un poder judicial fuerte, accesible e independiente. Al mismo tiempo, el Banco ha declarado que «las cortes accesibles y eficientes son esenciales para lograr un crecimiento económico sostenible y de ancha base. En cualquier sociedad que busca lograr crecimiento económico, el gobierno debe garantizar que los contratos sean cumplidos y que se respeten los derechos de propiedad, y que los inversionistas nacionales y extranjeros confíen en éste para asegurar que sus inversiones gocen de protección legal, con acceso» (Press Backgrounders, 1999). El Banco también ha manifestado que los derechos humanos en los países en desarrollo se salvaguardan mejor al mejorar las condiciones de las comunidades indígenas. Los programas orientados a lograr este objetivo incluyen la mejora en la calidad de la educación, salud y sanidad, reforma de la tierra y reforma judicial.

James D. Wolfensohn, el presidente del Banco Mundial, sabe bien que las economías de mercado recompensan a unos más que a otros. Al hacer referencia a los países en desarrollo, él reconoce que las poblaciones «permanecen divididas a lo largo de una línea de falla que separa las vidas y las aspiraciones de los ricos y de los pobres» (N.Y. Times, 2000: 10). Además, él considera los sistemas legales como cruciales, en el sentido que sin la protección de los derechos humanos y de propiedad y un marco de leyes completo, no es posible lograr un desarrollo equitativo. Un gobierno debe garantizar que tiene sistemas efectivos de propiedad, contractuales, laborales, de insolvencia, códigos comerciales, leyes de derechos personales, y otros elementos de un sistema legal

cabal que sea administrado en forma efectiva, imparcial y limpia mediante un sistema legal y judicial que funcione bien, imparcial y honesto (Citado por Rigo Sureda, 1999: 19).

Incluso, la articulación de la política del Banco y el énfasis del programa refleja metas contradictorias, aparentemente no reconocidas por el Banco, y sus posiciones aparentemente continúan para reflejar en gran medida una orientación «localismo globalizado».

Esto no es para decir que las posiciones de estrategia y política del Banco son irracionales e indefendibles. Pero las contradicciones inherentes en las políticas y los programas del Banco plantean importantes interrogantes que pueden afectar en forma vital la implementación de sus programas. Se debe reconocer y tratar la diversidad de intereses e incluso conflictos entre los diferentes sectores de la sociedad. Un ejemplo importante es el problema de la criminalidad en aumento y la demanda social por políticas más efectivas, lo que claramente engendra tensión entre las demandas por «ley y orden» y los derechos humanos internacionalmente reconocidos de debido proceso y trato humano de aquellos acusados de actividad criminal. En forma similar, los campesinos sin tierras de Guatemala interpretarán el llamado del Banco para una reforma de la tierra en una forma que inevitablemente chocarán con la interpretación del terrateniente de la posición fuertemente sostenida del Banco Mundial de que los derechos contractuales y de propiedad son esenciales para el desarrollo. Los conflictos entre los indígenas sosteniendo sus derechos ancestrales a la tierra y los intereses de los inversionistas locales o extranjeros, contrato del gobierno, se han convertido en tópicos comunes, algunas veces llevando a abandonar los proyectos. Si a la larga se requiere un tipo de intervención judicial u otra intervención «oficial», ¿cómo se resolverían estos conflictos? ¿A través de leyes indígenas «comunes» e instituciones, o de conformidad con los sistemas legales nacionales «eficientes» y reformados que el Banco ha estado promoviendo?

Para estar seguro, tal y como se ha mencionado, el Banco parece haber aprendido a partir de su experiencia y ha ampliado su política y agenda de programas. Sin embargo, el poder judicial sigue siendo la piedra angular de los programas de reforma legal del Banco. ¿Pero un énfasis tal ha sido bien colocado? Incluso una visión superficial de la historia legal de Latinoamérica revela un poder judicial con poca relevancia social, por lo general subordinado al poder ejecutivo en la ma-

yoría de temas políticos importantes en la medida que sus prerrogativas corporativas sean preservadas, y mayormente comprometido en actividad rutinaria. En realidad, la imagen del juez sigue siendo aquella de un burócrata sin rostro adverso a la innovación. A pesar de algunas excepciones importantes tales como Costa Rica y algunos jueces claramente dedicados e innovadores, la mayoría de los poderes judiciales latinoamericanos no han mostrado aún un compromiso verdadero con la panoplia total de instituciones y derechos democráticos.

En realidad, podríamos ver con escepticismo la relevancia de adoptar procesos judiciales costosos y «modernos» en por lo menos aquellos países en donde el «régimen de derecho» rara vez ha sido legítimo y mucha gente ni siquiera sabe leer. Los poderes de revisión judicial e independencia para una Corte Suprema de una nación junto con los sofisticados sistemas computarizados, por ejemplo, pueden ser irrelevantes para la mayoría de gente, cuya interacción con la «ley» por lo general está limitada a burócratas de bajo nivel y la policía. En este contexto, ¿una mejor administración oficial de justicia necesariamente llevará a un poder judicial más accesible para todos, o simplemente a un mecanismo más eficiente para proteger los intereses de los sectores de la sociedad aventajados?

Nada de lo antedicho es para negar que el poder judicial y los procesos legales en Latinoamérica no necesitan mejoras sustanciales. Sus insuficiencias y problemas han sido bien documentadas. Pero existen riesgos claros en el uso de modelos que vienen del norte para fijar las «insuficiencias» legales sin considerar debidamente las necesidades particulares y los contextos de las sociedades «receptoras» del sur.

2. La perspectiva nacional, o localización de lo global

Las políticas y programas globales, incluso si se han acordado, a menudo están mediadas y se les da nuevos significados o incluso se ven desviados por la realidad nacional. Además, la relación dinámica entre las fuerzas locales y globales también afecta la agencia exportadora, que puede comenzar a cuestionar algunas de sus premisas iniciales, políticas y estrategias operacionales. Un caso es la evolución de las posiciones del Banco Mundial en relación con los programas de reforma del derecho que ha promovido en Latinoamérica.

De esta manera, la comprensión del contexto local es necesaria para cambiar de una perspectiva etnocéntrica «globalizadora» a una «localizadora»; este ejercicio proporcionará interrogantes y temas diferentes –si no algunas veces que se superpongan– que están más arraigados en el contexto social en particular. En toda Latinoamérica, por ejemplo, los principios y proceso de «régimen de derecho» son proclamados en documentos oficiales y reiterados en normas legales sustantivas. Pero en la práctica a menudo están ausentes o desigualmente distribuidos, produciendo una brecha entre el «derecho en libros» ideal y el «derecho en acción» operativo, incluso dentro de las sociedades más desarrolladas de Latinoamérica. Esta situación depreda los regímenes autoritarios de la década de los años 70 y 80 y, desafortunadamente, continúa en cierta medida para plagar tanto las sociedades re-democratizadas (por ejemplo, Argentina, Brasil, Chile, y El Salvador) y otras que discutiblemente no sufrieron de los regímenes autoritarios (por ejemplo, Colombia, México y Venezuela). En realidad, de acuerdo con Pinheiro, «desde el retorno de la ley democrática a muchos países en Latinoamérica, las relaciones entre los gobiernos y los miembros de la sociedad se han visto caracterizadas por un uso ilegal y arbitrario del poder», con muchas prácticas autoritarias y violaciones de derechos humanos que no se han visto afectadas por los cambios políticos o elecciones (1999:1).

Esta situación se debe mayormente al contexto socio-político, el cual tiene un impacto directo sobre las normas, procesos, estructuras institucionales y cultura de un sistema legal dado. En la mayor parte de Latinoamérica, por ejemplo, los sistemas judiciales tradicionalmente fueron politizados, por lo general entrelazados o dependiendo del poder ejecutivo, incluso en la medida que retenían sustancial autonomía corporativa. Este rasgo patrimonial, parte de la herencia colonial de la región, se hizo incluso más evidente en la década de los años 20 y los años 30 cuando en respuesta a la presión proveniente de abajo y la crisis económica de los tiempos, las sociedades de Latinoamérica emprendieron programas de desarrollo de sustitución de importación nacionalistas llevados a cabo por un Estado regulador intervencionista y benefactor dominado por el Poder Ejecutivo. Debido a que el sector público debía prevalecer sobre las fuerzas del mercado, el Poder Ejecutivo asumió un papel clave en la resolución de conflictos entre diversos sectores económicos clave y empresas, en donde las consideraciones

ideológicas y políticas a menudo se consideraron más importantes que la eficiencia económica o las prescripciones legales. En el proceso, el papel del poder judicial devino relativamente mínimo, ya que los conflictos importantes fueron aireados y resueltos en otras arenas –agencias administrativas, empresas estatales semiautónomas o las oficinas de un Ministro o del Presidente mismo (Correa, 1993: 94; Perez Perdomo, 1993: 132-135). Los tribunales fueron relegados a funciones tales como decidir los casos de cobro de deudas, o al procesamiento de criminales comunes (los crímenes de cuello blanco fueron ampliamente ignorados).

Este proceso tenía consecuencias muy negativas para una Administración de Justicia que ya era débil. Los jueces llegaron a tener muy poca relevancia social y mayormente se encargaron de la actividad rutinaria; la imagen del juez se convirtió en la de un burócrata adverso a la innovación. El Estado por su parte invirtió muy poco en la administración de justicia, la cual tenía que arreglárselas con tecnología obsoleta, organización pobre, y jueces mal pagados y mal entrenados. La ineficiencia, la influencia ambulante e incluso la corrupción se hicieron comunes en todos los tribunales de Latinoamérica.

A nivel normativo, los códigos de procedimiento civil y penal que databan de mediados del siglo diecinueve y otra legislación anticuada aún cargan la administración de justicia en la mayor parte de Latinoamérica con un proceso basado en documentos que es costoso y toma mucho tiempo. Por ejemplo en Uruguay, el Código de Procedimientos Civiles recientemente derogado databa de 1879, el cual era una copia del Código Español de 1850 que contenía muchos elementos medievales (Marabotto, 1993). Además, los problemas institucionales/estructurales aún plagan la administración de justicia en todo Latinoamérica. Los expedientes atestados que resultaban de una cantidad insuficiente de jueces mal pagados para tratar la carga de casos y la falta de recursos adecuados, junto con los procedimientos civiles y penales dominados por procesos documentarios no orales tratados en el despacho de jueces, alienta la resolución de casos mediante personal no judicial, tales como actuarios, o secretarios (Correa, 1993: 8). No pocas veces un juez revisa apenas por encima un expediente producido por su secretario y firma los fallos con poco o ningún análisis. Esto es particularmente serio en procesos penales, planteando cuestionamientos de debido proceso.

En la mayoría de países de Latinoamérica, el Poder Judicial es una empresa de servicio civil público que no obstante ha sido organizado en forma tradicional como un sistema cerrado. Si bien está externamente sujeto a diferentes grados de control político por parte del Poder Ejecutivo, las Cortes Supremas por lo general ejercen control con mano de hierro sobre la administración interna de las cortes, incluyendo selección del nivel de ingresos y promoción de los jueces de tribunales inferiores. Una vez que un miembro del poder judicial, un juez joven es asignado a un tribunal inferior en una de las provincias, subiendo en forma gradual la escalera de la carrera hacia puestos judiciales más altos y mejor pagados y condiciones de vida más tratables. Si persevera y no entra en conflictos con las cortes de apelación superiores y la Corte Suprema, podría ser nombrado para una Corte de Apelación o incluso para la Corte Suprema. Este sistema perpetúa un sistema de empleados públicos que recompensa la reverencia y las buenas conexiones. Pero es evidente cierto progreso. Un producto de los programas de reforma legal, nuevas escuelas judiciales en Chile, Uruguay y otros países parecen estar erosionando el sistema de empleados públicos. El mérito se ha convertido en un criterio relevante para la selección, dándose preferencia a los candidatos que han concluido exitosamente el curso completo o los seminarios especiales en los nuevos colegios judiciales (CEJU, 1993).

Una combinación de fuerzas sociales, estructurales y culturales han hecho que sea difícil lograr un acceso efectivo a la justicia, particularmente para los sectores con menos ventajas de la sociedad. En Chile, por ejemplo, un estudio llevado a cabo en 1993 (Correa y Barros, 1993: 73-89) indicó que sólo 32% de aquellos que habían sufrido algún acto criminal (de lejos su «problema legal» más común) llamaron o fueron a la policía para presentar su denuncia, y de éstos, un total de 57% no recibieron respuesta alguna. Al final, de las cien víctimas de un acto criminal, sólo 1.5 obtuvo un proceso penal completo contra un demandado. Entonces, es asombroso que 71% de los que denunciaron un acto criminal concluyeron que recurrir a la justicia había sido una pérdida de tiempo, y que un 68% de los que sufrieron un acto criminal nunca se molestaron ni si quiera en presentar su denuncia a alguna autoridad. Para ellos, por lo menos la «justicia» era inalcanzable. Los juicios civiles ya no son accesibles. Como en la mayoría de países, por ejemplo, litigar en Argentina no resulta económico; además de los

honorarios del abogado, desde fines de 1993, las partes que inician una acción civil o comercial deben hacer un depósito en garantía en la corte que asciende al 3% del monto demandado, recuperable sólo si el demandante gana el caso (Prado, 1993).

Finalmente, la cultura legal, es decir, las percepciones prevalecientes de lo que representa el sistema legal junto con las prácticas y usos reales que están engranados con la profesión, pueden afectar de manera vital su acceso y efectividad. La mayoría de los latinoamericanos tienen opiniones muy negativas respecto a los procesos legales en general y la administración de la justicia en particular. En Argentina, por ejemplo, 61% de la muestra de una encuesta de Gallup de 1992 señaló un ineficiente sistema judicial como la causa más importante de la corrupción (citado en Moreno Ocampo, 1993: 199.) De manera similar, una encuesta de 1993 en áreas de menores ingresos de las tres principales ciudades de Chile revelaron que 83 % de la muestra tenía percepciones muy negativas de la administración del sistema de justicia en general, considerándolo ineficiente, discriminatorio, arbitrario, lento y corrupto (Correa y Barros, 1993: 23-26).

A pesar de la insuficiencia de los estudios empíricos de la cultura legal del sistema judicial de América Latina y otros actores legales, expertos en derecho y otras áreas han estado por mucho tiempo preocupados por las raíces históricas y sociales de la cultura legal de América Latina. Maier (1993: 29-31), por ejemplo, apunta a la herencia cultural del período colonial. Al momento de la conquista, la corona española estuvo comprometida en un proceso de formación de naciones y de poder centralizador en una absoluta monarquía. Como lo hizo con otras instituciones, el régimen colonial español impuso en sus colonias un sistema judicial basado en su propio modelo político; a saber, un sistema jerárquico centralizado con mecanismos de control altamente desarrollados sobre las cortes de instancias menores (Saez, 1998: 1280). El sistema judicial fue estructurado como una organización burocrática, en la que el poder era delegado verticalmente a los funcionarios de niveles inferiores, y en los que cada juez y cualquier otro personal judicial era un funcionario al servicio del Estado, no de la persona. El sistema judicial por lo tanto no era concebido como una institución para resolver conflictos de la población en su totalidad, sino como un componente de la administración del poder del Estado; es decir, como un instrumento de control social.

Esta tradición legal sólo se vio parcialmente afectada por el proceso de independencia en América Latina (Maier, 1993: 32-35). Las articulaciones retóricas de la ideología liberal, sin perjuicio de la independencia y del cambio de una monarquía absoluta por las formas republicanas de gobierno no daba como resultado un nuevo orden social sino más bien un cambio de una elite ibérica por su contraparte local o criolla, que no quería en particular compartir el poder político con las masas empobrecidas. Si bien las reformas liberales de la Europa del siglo XIX ampliaron la esfera de los derechos individuales, establecieron la separación de poderes y promovieron una mayor participación ciudadana en el proceso político, su impacto fue atenuado en el contexto social tan diferente de América latina.

A pesar de los recientes esfuerzos de reforma, la administración de justicia en América Latina en gran medida continúa basada en un modelo burocrático, como tal, se encuentra jerárquicamente organizada y conserva un proceso escrito que facilita el control interno de los procesos (y los funcionarios judiciales), pero limita de manera estricta la participación en el proceso por las partes afectadas. Este es un modelo que aún refleja la cultura legal/política no participativa patrimonial, centralizadora, heredada de la norma colonial española. Como Moreno Ocampo lo señala, «la ley en esta tradición es un medio para un ejercicio del poder del Estado con el fin de controlar sus asuntos» (1993: 200).

La profesión legal continúa en gran parte siguiendo la tradición «liberal» de la práctica individual, o en el caso de compañías de orientación internacional, más grandes y más «modernas», la de estar organizadas alrededor de familias, similares a las «dinastías legales». Pero la sofisticación e internacionalización de estos practicantes legales más modernos, muchos con grados de las más prestigiosas escuelas de Derecho en EE.UU., no comprende necesariamente la absorción de los derechos humanos o los valores democráticos. En gran medida, estos abogados «modernos» están dedicados a la práctica privada que cada vez más comprende la estructuración de operaciones comerciales con inversionistas locales o extranjeros de conformidad con criterios internacionalmente aceptados, pero con poca, si alguna, preocupación sobre temas que abarcan el rol de las leyes en la sociedad (Dezalay y Garth, 1998: 58-60).

A pesar de que ciertamente no es la única causa, en gran medida, la persistencia de esta cultura jurídica puede estar vinculada al modelo tradicional de educación legal dominante en toda América Latina. Salvo notables excepciones, la formación de cinco a seis años y el entrenamiento recibido por los estudiantes de Derecho carece del amplio enriquecimiento del debate crítico y está más vinculada a la pedagogía tradicional basada en su mayoría en fuentes legales extranjeras, de estilo autoritario, enciclopédico y con énfasis en la memorización. Dada la base de «leyes naturales racionalistas» de los Códigos, conocer su contenido es conocer «la ley». Esta tesis es inculcada a lo largo de los años de la escuela de Derecho y reiterada en un saber legal con escasas relaciones con la realidad, formando un sistema dogmático de conocimiento y verdad que pocos han podido cuestionar o resistir (Dezalay y Garth, 1998: 32-33). El saber y la educación legal hoy en día, a pesar de las continuas críticas y algunas notables excepciones, continúa siendo, en gran medida, invariable.

Los aspectos prácticos e instrumentales del proceso legal se «aprenden» en gran medida a través de la experiencia laboral; respecto a los aspectos más «modernos» de la ley, esta oportunidad está generalmente limitada a aquellos con las conexiones apropiadas o que han tratado de asistir a escuelas de Derecho más elitistas. En cualquier caso, este aspecto de «cultura legal» prevaleciente no conduce en particular a un discurso o proceso democrático participativo, en un momento cuando las sociedades latinoamericanas están comprometidas en serios esfuerzos de «redemocratización» y modernización económica. En cierta medida, los sistemas e instituciones legales han perdido relevancia frente a las necesidades sociales y económicas de la región (Faria, 1993: 14, 25).

Conclusiones

Las percepciones de una interdependiente y compleja relación economía global/democratización con los sistemas legales, en general, y sus sectores de justicia, en particular, han llevado al Banco Mundial, a otros actores globales, así como reformistas nacionales, académicos y elites económicas y modernizadoras a solicitar cambios en la administración de justicia, que conducen a complejos procesos de reforma legal.

Tal como se observó, un fundamento principal para el apoyo activo del Banco Mundial para los proyectos de reforma legal en América Latina es la premisa que los ambientes legales seguros y predecibles son necesarios para la inversión y un desarrollo orientado al mercado. Pero algunos cuidadosos estudiantes de sistemas legales de América Latina cuestionan esta premisa, argumentando en lugar de ello que la certeza de que los inversionistas buscan ha estado históricamente más relacionada con estructuras judiciales políticas antes que legales y judiciales. Con seguridad, los sistemas judiciales débiles e ineficientes, los expedientes acumulados y otras deficiencias similares son una realidad en todo América Latina. Pero los casos que comprenden a los pequeños deudores, delitos menores, crímenes comunes (opuestos a la corrupción o crímenes de altos funcionarios), entre otros problemas, son el tipo de casos más frecuentes que confrontan los sistemas judiciales en la región. Los grandes jugadores tienden a resolver sus disputas en otros escenarios, como los tribunales arbitrales internacionales o las agencias ejecutivas o administrativas (De la Barra, 1998).

Incluso cuando, como en Argentina, se adoptan innovaciones efectivas parcialmente en respuesta a inversionistas extranjeros que quieren garantías a través de instituciones legales, éstas tienden a estar limitadas a procesos de resolución de disputas privadas, como mediación o arbitraje, que funcionan «fuera pero alrededor de las instituciones públicas del Estado» (Dezalay y Garth, 1998: 95). Como resultado, llegan a la conclusión de que el proyecto de reforma legal del Banco Mundial en Argentina, iniciado en 1992, «[...] no ha dado resultados tangibles» (1998: 89). Dado este contexto, quizás el Banco y otras agencias multilaterales deban reconsiderar su premisa que considera que el poder judicial es el actor institucional principal en producir la estabilidad asumida que será necesaria para el desarrollo de mercado.

¿Qué pasa con la presunta relación entre instituciones legales y democráticas en América Latina? Los reformistas de América Latina, profundamente influenciados por sus duras experiencias bajo los regímenes autoritarios, han llegado a considerar al sector de justicia efectivo como un factor clave para consolidar sus aún frágiles procesos de democratización. Tal como Correa lo anota (1986: 212-218), el único proyecto actualmente viable en términos sociales y políticos para América Latina es la democracia liberal, que a su vez implica un respeto por las normas legales. Incluso, estos traficantes de reformas no serían los

primeros en reconocer que las cortes de América Latina en gran medida no llevan un legado como defensores de derechos humanos o instituciones democráticas. Tal como se argumentó anteriormente, no solamente se debe a una falta de recursos, entrenamiento técnico inadecuado y otras deficiencias institucionales. Más importante que eso son las culturas legales y judiciales que se han desarrollado a través de los siglos como un reflejo de los procesos y estructuras sociales y políticos. Saez, muy perspicazmente, reconoce que la reforma de la estructura judicial oficial debe ir a la par de los cambios relevantes en las instituciones informales y los acuerdos de organización, pues éstas en gran medida reconocen un efecto controlador en el sistema formal (1998: 1319). «Incluso, una de las preguntas básicas que confrontan cualquier esfuerzo de reforma es cuánto cambio producen dentro del sector judicial, si el comportamiento fuera de los sectores permanece relativamente invariable» (Hammergren, 1998: 13). El mismo Banco Mundial en una declaración de política relativamente reciente sugiere que los programas de reforma judicial deben tratar las causas legales, políticas y económicas en la raíz de un sistema judicial ineficiente e inequitativo, pues de otra manera, «[...] habría una mínima probabilidad de éxito» (Lawyers Committee, 1996:6), citando a una fuente bancaria no especificada.

¿Cuáles son entonces las perspectivas de las reformas legales propuestas y actuales en América Latina?

Los recursos financieros disponibles de varios donantes extranjeros han influido, sin lugar a duda, en el proceso de reforma. No obstante, varios países iniciaron proyectos de reforma y han avanzado en su agenda antes de la llegada de los agentes globales o con mínima asistencia externa o interna. Estos países comprenden Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay, con diferentes grados de éxito (Hammergren, 1998: 23). Incluso, se pueden observar reevaluaciones y reformulaciones críticas de sus sistemas legales e importantes cambios en toda la región. La tradicional cultura legal, por ejemplo, está siendo objetada, y muchas escuelas de leyes han pasado a ser activas en sus movimientos de reforma legal, haciéndose más activas en sus publicaciones e investigaciones legales, críticas, orientadas a la política, e introduciendo lentamente reformas curriculares y clínicas en sus programas. Quizás, el experimento más notable, financiado por la Fundación Ford, es un programa clínico de interés público activo realizado entre Escuelas de Leyes en

Argentina, Chile, y Perú, que periódicamente se reúnen para tratar sus experiencias y coordinar actividades (Gonzales Morales, 1997). Las innovaciones estructurales comprenden CEJU, la escuela de Derecho recientemente instituida en Uruguay, que se ha convertido en la principal fuente de candidatos para el sistema judicial y la oficina del procurador público, como parte de un proceso por liberar la tradicional influencia de la Corte Suprema sobre el ingreso en la carrera judicial. Más aún, los talleres CEJU están entrenando jueces en técnicas de ADR así como actualizándolos en otras innovaciones y desarrollos legales. En Argentina, el Ministerio de Justicia tiene un programa bien organizado de entrenamiento en mediación y difusión y ha introducido como un componente esencial en su clínica de ayuda legal en cuatro vecindarios de bajos ingresos. Otros países también han inaugurado academias judiciales y se encuentran en el proceso de reemplazar a los magistrados investigadores (inquisidores) con una oficina de procurador público independiente, introduciendo audiencias orales en sus procesos civiles y penales y mejorando de manera sustancial sus programas de defensoría pública y legal.

No obstante, si bien los juicios orales y otras reformas innovadoras pueden ampliamente mejorar la administración de justicia, éstos también requieren mejoras estructurales complementarias, como jueces y personal de apoyo mejor entrenado, espacio físico adecuado para permitir a los jueces realizar audiencias con la presencia de las partes opositoras, asesores e incluso público interesado, computarización de procesos judiciales y vínculos informáticos a datos legales esenciales, y mejoras en otros servicios públicos cuya colaboración oportuna es esencial para una eficiente administración de justicia, como la policía de investigaciones, otros departamentos que deben emitir informes oficiales o estadísticas, los registros públicos y similares. De esta manera, incluso si las reformas propuestas llevan a las metas deseadas, su implementación enfrenta dificultades que pueden ir más allá de las capacidades de entidades nacionales y sus aliados externos (Hammergren, 1998: 25 y ss.)

El régimen de la ley y una administración justa, accesible y factible de justicia pueden constituirse en los pilares para una democracia efectiva. Pero los efectos colaterales potencialmente adversos de los proyectos de reforma de ley no pueden ser ignorados; un puro enfoque de libre mercado, por ejemplo, llevará inevitablemente a una concentra-

ción de recursos en unos cuantos privilegiados. De esta manera, si los pobres van a participar de manera más uniforme del crecimiento económico, deben contar con un acceso efectivo a la asignación de bienes y servicios, incluyendo justicia. De manera similar, si los indígenas por tanto tiempo descuidados pero recientemente confiados participan en la esperanza de los beneficios de las reformas y adquieren la fuerza de los ciudadanos, ni los actores nacionales ni los globales podrán ignorar la realidad del «pluralismo legal». Existen diversos sistemas legales operacionales en toda América latina; son parte del universo legal e ignorarlos no es más que una negación social (Guevara y Thorne, 1992). De manera similar, el reconocimiento y la atención se debe a las cada vez mayores demandas justificadas de los sectores municipales y provinciales para la mayor autonomía fiscal y política, que busca un extremo del sistema tradicional de la autoridad centralizada que prevalece sobre la mayoría de América Latina. Si bien la economía global está llevando a una ley y una revisión judicial supranacional, los movimientos indígenas y regionales están al mismo tiempo «localizando leyes y políticas, iniciando un proceso de redistribución de soberanías donde el estado pierde el poder en ambas direcciones» (Merryman, 1985: 158).

Al discutir los recientes programas de reforma legal financiados del Banco Mundial en Africa, McAuslan críticamente analiza las premisas y enfoques del Banco a un reforma legal, cuestionando si «[...] el desarrollo legal [...] puede lograr un buen gobierno y puede desarrollar la economía de mercado tanto en países en desarrollo como en países en transición [...]» (1997:25). Considerando este reto, ¿cuál debe ser la respuesta a las agencias globales y otros actores involucrados en la reforma legal? A riesgo de ser simplista, sugeriría mirar hacia atrás antes de dirigirse hacia el sur, y una vez que se dirija hacia el sur, mirar hacia el sur. Un punto de inicio lógico, sería reevaluar cuidadosamente los programas de Derecho y desarrollo de los años sesenta y los setenta, también sobre las premisas de la centralidad de la ley para promover el desarrollo en los países menos desarrollados. Con seguridad, el monto ha cambiado desde entonces, no obstante, la falta de éxito total de Derecho y desarrollo despierta incógnitas y da lecciones relevantes a los actuales esfuerzos de reforma legal global. Incluso, uno se puede preguntar, si la «ley» no condujo al «desarrollo», entonces, ¿por qué lo haría ahora?.

Para empezar, uno necesita mirar el informe germinal de 1974 del Comité de Asesoría para las Investigaciones sobre Derecho y Desarrollo del Centro Legal Internacional. Después de reconocer el centro defectuoso del movimiento de Derecho y desarrollo de los sesenta y setenta, este informe clamaba por una visión más realista del rol de la ley, enfatizando la necesidad de ir más allá de las normas formales para determinar quién tiene acceso a los procesos legales y cómo se toman las decisiones efectivamente. El informe también enfatizó la necesidad de una investigación socio legal que va más allá de la premisa de que la ley desempeña un papel positivo sino que más bien reconoce que puede distorsionar o incluso ser un obstáculo para el desarrollo, al esconderse detrás de la fachada del cambio y la igualdad legal (McAuslan, 1997:26). Después de todo, «[...] raras veces los regímenes de la ley son verdaderamente significativos o interesantes en cuanto al sistema legal extranjero se refiere; son el clima social e intelectual, las estructuras institucionales, y la características de los procesos del sistema legal los que son instructivos» (Merryman *et. al.*, 1994: p.viii). Si bien son casi trivialidades para los entendidos contemporáneos, estos conceptos con frecuencia son ignorados incluso como un servicio accesorio en los paquetes de ayuda a la reforma de ley actuales.

Se ha convertido en un lugar común enfatizar que los «esfuerzos reunidos para la reforma judicial no pueden tener éxito a menos que estén vinculados a medidas que tratan los factores estructurales, técnicos, políticos profundamente enraizados que inhiben el funcionamiento efectivo del poder judicial». La reforma no es neutral –producirá conflictos entre los «ganadores» y los «perdedores» (Pinheiro 1999:12). ¿Cómo se pueden tratar estos problemas? Entre los cursos de acción prácticos que los programas de reforma de ley futuros pueden adoptar está el de asegurar la total participación de los actores nacionales, incluyendo no sólo a los funcionarios del gobierno sino a los representantes de las partes de oposición y también a los representantes de grupos indígenas y organizaciones de base así como sociólogos experimentados, científicos políticos, eruditos en derecho, miembros del colegio, y otras personas o grupos relevantes. Esta participación es esencial para los estudios de reimplementación, así como para los estudios de seguimiento o evaluaciones continuas de los proyectos en cuestión. Más aún, también es necesario para mantener el principio de que la lección y la dirección de la reforma legal, una decisión política, descan-

sa con cada país y no con la agencia que desembolsa préstamos y proporciona asesores externos (Faúndez, 1997: 3).

También hay una necesidad específica de promover vínculos más cercanos entre la comunidad de académicos y practicantes a través de talleres periódicos que comprendan a ambas comunidades. La colaboración de académicos y donantes y otras instituciones relevantes es necesaria para crear y organizar programas de entrenamiento con grado y materiales de enseñanza en aspectos de derecho y desarrollo. Más de un entendido ha señalado la necesidad de un enfoque renovado sobre estudios comparativos en la ley y los procesos de reforma en países desarrollados y en desarrollo, incluyendo el estudio de cómo las instituciones indígenas evolucionan y se adaptan a funciones modernas (McAuslan, 1997: 34', 43).

En cualquier caso, tanto los actores globales como nacionales involucrados en los procesos de reforma legal no deben descartar las lecciones tan frecuentemente ignoradas del pasado. Entre estas lecciones, sin ser la más pequeña, es que todas las reformas son políticas. La información global y la experiencia técnica en sí misma no es suficiente, el apoyo nacional de los componentes claves es crucial. Más aún, si bien se deben considerar las instituciones locales, éstas deben ser relevantes en los contextos locales. Finalmente, los actores de reforma deben estar preparados para embarcarse a viajes largos e impredecibles. No pueden haber puntos de llegada rápidos y fáciles para problemas sociales de tanto tiempo (Id., 37).

El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil

Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre

1. René Demogue, los medios y los resultados

A pesar de nuestra opinión adversa a distinguir las obligaciones en aquellas que eventualmente serían de medios y aquellas otras que eventualmente serían de resultados, este criterio clasificatorio ha calado profundamente en la doctrina de nuestra tradición jurídica, y en la actualidad, para analizar diversas responsabilidades específicas, existen no pocos juristas que continúan asumiendo su plena validez, la misma que no es novedosa, pero que tampoco constituye una de antigua data, pues su planteamiento recién se produjo en el año 1925, cuando el famoso profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, René Demogue, publicó el quinto y último tomo de su Tratado de las Obligaciones en General.

Sin duda, las doctrinas del profesor citado revolucionaron en gran parte los conceptos sobre inejecución de obligaciones a pesar de que Demogue sólo se ocupó del tema que aquí tratamos entre las páginas 538 y 545 del quinto tomo de su Tratado.

¿Y en qué consistía la doctrina de Demogue?

El referido tratadista¹ anotaba que la obligación del deudor no era siempre de la misma naturaleza, ya que podía ser una obligación de resultados o una obligación de medios.

¹ René Demogue, *Traité des Obligations en Général*, Tomo V, pp. 538-545. Librairie Arthur Rousseau et Cie., 14, Rue Soufflot, 14, París, 1923.

Demogue se encargó de precisar que esta división no estaba ausente de analogía con aquella otra del Derecho Penal que clasificaba a los delitos en formales y materiales. Estos últimos se caracterizan por el resultado, en tanto que los primeros se caracterizan por el empleo de medios que ordinariamente conducen a producir un resultado.

Explicando la distinción en sede de obligaciones Demogue plantea y desarrolla brevemente veintiocho ejemplos que lo llevan a efectuar la citada distinción en las obligaciones.

Jorge Horacio Alterini² señala —de manera muy acertada— que se polemiza entre los autores sobre si debe o no atribuírsele a Demogue la paternidad de la dicotomía entre obligaciones de resultado y de medios. Sin embargo, el profesor argentino pone de relieve que aun cuando pudiera admitirse la existencia de algunos vestigios anteriores a Demogue, las teorías jurídicas deben ser atribuidas no a quienes tímidamente se atreven a hilvanar algunas consideraciones solitarias sino a aquellos que con base conceptual definida, nutren al mundo del Derecho con exposiciones sistemáticas y orgánicas

Así, a pesar de que hay quienes buscan los antecedentes de las obligaciones de medios y de resultados en el Derecho Romano, en el antiguo Derecho Francés, en algún pasaje de Domat, en Lasson o incluso en Planiol, no debe existir duda de que quien dio organicidad (aunque a nuestro criterio bastante relativa) a la distinción de las obligaciones de medios y de resultados, fue René Demogue.

1.1 Los seguidores de Demogue

Dentro de los partidarios de la distinción de las obligaciones de medios y de resultados, tenemos a un gran número de autores, entre ellos a Josserand, los Mazeaud, Enneccerus, Betti, Hernández Gil, Spota y Cazeaux y Trigo Represas.

Josserand³ sostiene que hay obligaciones que tienden a la obtención de un resultado determinado que deberá observar en condiciones y dirección determinadas. Expresa que las primeras son las obligacio-

2 Jorge Horacio Alterini, *Obligaciones de Resultado y de Medios*. En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XX, Editorial Bibliográfica Argentina, p. 700 y ss.

3 Louis Josserand, *Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II, pp. 83-84. Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1952.

nes de resultado, en tanto que las segundas son las obligaciones de medios; en aquellas el deudor ha prometido ejecutar un acto determinado, positivo o negativo, por ejemplo, transportar los viajeros o las mercancías de un punto a otro, o construir una casa; en las segundas se ha comprometido solamente a portarse de determinado modo, en tal dirección, a poner en marcha su industria, su actividad, su talento, a prestar sus cuidados, a brindar sus esfuerzos –a fin de obtener un resultado, sin duda– pero sin garantizar el éxito.

Josserand vuelve a citar el recurrido caso del médico que promete, no curar la enfermedad, sino prestar cuidados concienzudos y atentos, conforme a los conocimientos de la ciencia.

Para Josserand esta distinción corresponde a una realidad cuyo interés se manifiesta, en primer lugar, en el terreno de la responsabilidad contractual, y más especialmente en el de la prueba; ya que la inejecución de una obligación de resultado está establecida por el hecho mismo de que el resultado proyectado no se ha obtenido, mientras que la inejecución de una obligación de medios se deduce solamente de la no observancia por el deudor de los deberes de diligencia, vigilancia, prudencia! competencia, etc., que había asumido; en una palabra, de una falta que ha cometido y cuya prueba, que incumbe al acreedor descontento, no dejará de tener dificultad. De acuerdo con esto –dice Josserand–, el paciente de un médico no obtendrá una indemnización sino en el caso de que pruebe que aquél no le ha dado los cuidados concienzudos, atentos y de conformidad a las prescripciones de la ciencia, que le debía contractualmente.

1.2. La doctrina ecléctica

Recuerda Jorge Horacio Alterini⁴ que de la misma manera como la teoría de Demogue contó con entusiastas seguidores, hubo también quienes levantaron grandes reparos. Pero algunos autores asumieron parcialmente sus doctrinas.

Jorge Horacio Alterini⁴ emplea los términos de Alsina Aienza, cuando expresa que el mérito de Demogue radica en haber puesto de

⁴ Jorge Horacio Alterini, «Efectos de la resolución del contrato por incumplimiento». En: *Temas de Derecho Civil*, pp. 703-704. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980.

relieve la trascendencia de la pulcra delimitación del contenido de las obligaciones, en conexión con las reglas de la carga de la prueba, pero admite que sus virtudes no deben ser exageradas. En tanto, Luis María Boffi Boggero —maestro de Jorge Horacio Alterini— afirma que esta ingeniosa teoría puede facilitar la solución más justa de los siempre complejos problemas de la responsabilidad, si se le asigna un papel menos ambicioso que el perseguido por sus más fervientes partidarios.

De este modo, y colocándose en una posición intermedia, el discípulo de Boffi Boggero añade que en torno al tema no cabe ni el excesivo optimismo ni la crítica despiadada, pues la construcción de Demogue tiene el valor de haber penetrado por senderos que se consideraban suficientemente explorados, de haber indicado nuevos rumbos a quienes abordaran problemas probatorios, y aun el de haber desbrozado algunas dificultades. Pero, no obstante ello, dicha teoría no llega a conformar un edificio de sólidos cimientos e inmutables estructuras.

Para Jorge Horacio Alterini, resulta claro que el avance de la teoría no puede detenerse con críticas «del nivel de las que indican, por ejemplo, que toda obligación tiene por objeto un resultado, lo que siendo indiscutible si nos formamos una imagen genérica del resultado, no lo es si le damos el alcance referencial que a esta idea le adjudica Demogue».

El profesor argentino agrega que si bien fines y medios se combinan en las obligaciones, es también cierto que en algunos casos esos fines están previstos en forma expresa en la obligación, como es en la de resultado; y ocurre que en otros se verifica una suerte de abstracción de esos fines respecto del contenido de la obligación, que si bien normalmente es apta para alcanzarlos, se extingue por el mero obrar diligente del deudor a quien sujeta (en lo que el citado profesor califica como obligación de medios).

Esmein, por su parte, decía que toda obligación tiene por objeto un cierto resultado, ya que de no tenerlo carecería de objeto, y el objeto es elemento necesario de toda obligación.

Para Marton, las obligaciones de medios no son más que obligaciones que consideran un resultado parcial en relación con el verdadero fin más amplio, aunque éste haya quedado fuera de la obligación.

En tanto que Ripert y Boulanger enuncian casos en que la obligación del deudor comprende tanto un cierto resultado como los medios considerados apropiados para lograrlo.

Según Aguiar, las obligaciones de medios y las de resultado, funcionan de la misma forma con relación a la prueba del incumplimiento, porque los medios son, como el resultado, el objeto de la obligación, pues la diferencia no se encuentra allí, sino en que los medios y resultados prometidos consistan en un hacer o en un omitir, y en que la negativa sea pura, respecto de la cual quien niega, nada prueba, o que envuelva una afirmación, en la cual la prueba deba ser hecha por quien niega.

Para Busso la distinción no abarca todas las posibilidades y, por otro lado, muchas veces ambas categorías se confunden.

1.3 Los detractores de Demogue

Uno de los más severos críticos modernos de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados es el profesor argentino Ernesto Clemente Wayar⁵, quien señala que entre ellas no hay diferencias ontológicas, siendo su distinción sólo aparente, pues en aquellas que la tradición llama «de medios» es siempre posible encontrar un «resultado», lo que se comienza a comprender cuando se acepta que en toda obligación hay medios y que en toda obligación también se persigue resultados.

Como segundo fundamento del combate a este criterio clasificatorio, Wayar sostiene que el objeto del derecho del acreedor equivale a un resultado que él espera de la conducta de su deudor y que la prestación o conducta del deudor es el medio productor de aquel resultado. Dentro de tal orden de ideas, resultado y medio son dos elementos que están íntimamente ligados dentro de la estructura de toda relación obligacional, pues constituyen parte de su esencia.

Por ello expresa que afirmar que hay obligaciones de medios en las cuales no se promete ni se debe un resultado, equivaldría a sostener que en ciertos supuestos el derecho del acreedor carece de objeto.

Sostiene el profesor citado que el hecho de que en algunas obligaciones el medio o prestación adquiriera singular importancia, no autoriza a prescindir del resultado.

⁵ Ernesto Clemente Wayar, *Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo I, pp. 128-130. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

Dice Wayar que, a pesar de no tener la misma jerarquía, de ninguna manera podrá decirse que en un caso el interés del enfermo en curarse no merezca la misma protección jurídica que el interés del vendedor en recibir el dinero, pues en uno y otro caso el resultado esperado por el acreedor debe gozar de idéntica protección, lo que no ocurrirá si, como punto de partida, se admite que en la obligación de medios el deudor no se compromete a obtener un resultado.

Y, en tercer término, Wayar expresa que en la llamada obligación de medios, la prestación (es decir, la conducta debida) persigue siempre un resultado, que no es otro que satisfacer el interés del acreedor.

Wayar afirma que sería un verdadero dislate suponer que quien adeuda un medio no se preocupe por lograr el resultado, habiendo siempre un punto en donde el objeto del derecho del acreedor se confunde con el resultado a que apuntan los medios que proporciona el deudor, por lo que considera imposible escindir los medios del resultado.

Sin embargo, no compartimos la conclusión que extrae Wayar de este problema, al decir que cuando el enfermo⁶ no recupera su salud, a pesar de haber seguido el tratamiento indicado por el médico, bien cabe decir que, como acreedor, su interés no ha sido satisfecho y que la prestación cumplida por el médico, con prescindencia de la eficacia o utilidad de los medios empleados, tampoco ha alcanzado su objetivo, que era, precisamente, curar al enfermo, habiéndose frustrado, según Wayar, tanto el objeto del crédito como la finalidad a que apuntaba la prestación cumplida.

Estimamos que en estas últimas expresiones existe cierta contradicción, pues por un lado no es posible decir que la prestación no ha alcanzado su objetivo, asumiendo que ella se ha ejecutado, ya que sería caer en la contradicción de siempre (de las obligaciones de medios y de resultados), desconociendo que dicho resultado se cumple con la ejecución misma de la prestación, vale decir, con la conducta del médico en hacer todo cuanto esté a su alcance para curar al paciente.

Conviene poner énfasis en que si el médico ha hecho todo lo posible para sanar al paciente y ha procedido con la diligencia ordinaria requerida, no sólo habrá ejecutado medios, sino también habrá cumplido con el resultado, pues el resultado del que hablamos no es otro que el propio tratamiento para curar la enfermedad.

6 Como puede apreciar el lector, nadie ha dejado de lado este ejemplo.

Dicho resultado jamás ha consistido en prometer sanar al paciente. Por eso, si el paciente no se cura, no podríamos decir que el médico no habría ejecutado su prestación, porque ello implicaría afirmar que no habría conseguido los resultados a que se obligó. Igualmente, tampoco podríamos decir que no habría obtenido los resultados prometidos, pues si procedió adecuadamente, habría ejecutado de manera idónea la prestación debida.

Además de Wayar, se cuenta entre los detractores de la doctrina de Demogue, entre otros autores, a Ripert y Boulanger, Breccia, Brigant, Miccio, Carresi y Ospina⁷.

Como ha sido expresado por nosotros, no creemos factible dividir a las obligaciones en aquellas que se podrían considerar de medios y otras que recibirían el nombre de obligaciones de resultado(s).

Pero más allá de las consideraciones hasta aquí vertidas, hemos estimado necesario analizar con cierta minuciosidad las expresiones de quien fue creador de esta clasificación, el profesor René Demogue.

A nuestro entender Demogue, a quien no nos atreveríamos a restarle mérito alguno por haber planteado tesis tan novedosa en 1925, construyó su teoría con ejemplos usualmente contradictorios y sin una doctrina medular. No obstante ello, la inmensa mayoría de autores que conocieron la obra de Demogue, fueron persuadidos por sus ideas, las mismas que siguen siendo fuente de consideración en el análisis jurídico de diversos tratadistas contemporáneos.

Para rebatir a Demogue es indispensable recordar cuál es el concepto que asume respecto a la obligación civil propiamente dicha.

En las primeras páginas de su Tratado⁸, Demogue expresa que la obligación moderna traduce el concepto de la obligación tal y como ésta se forma dentro de las civilizaciones avanzadas en su evolución, pudiendo ser mejorado, al expresar que «hay obligación cuando una persona está comprometida respecto a otra a dar, hacer o no hacer».

Resulta claro que el concepto de Demogue respecto a las obligaciones civiles es el predominante en nuestra tradición jurídica y en el Derecho del siglo XX. De igual modo, este concepto ha sido asumido

7 Citados por: Manuel De la Puente y Lavalle, *El Contrato en general*. Segunda Parte, Tomo VI, p. 45. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Volumen XI, de la Biblioteca Para leer el Código Civil, Lima, 1991.

8 René Demogue, *Op. cit.* Tomo I, p. 3.

por el legislador peruano –aunque nunca de manera explícita– en todos los Códigos Civiles que han tenido vigencia en nuestro país, incluyendo, obviamente, el Código de 1984.

También es necesario recordar que tal es el concepto de obligación que siempre hemos adoptado⁹.

Adicionalmente, toda obligación implica la existencia de un objeto, el mismo que constituye la prestación, es decir la actividad humana que consiste necesariamente en un dar, en un hacer, o en un no hacer.

Hemos dicho en forma reiterada que si nos atenemos a la naturaleza de la prestación, toda obligación, de manera ineludible, es de dar, de hacer o de no hacer. Esto equivale a decir que no cabe un cuarto criterio clasificatorio.

De lo expresado se infiere claramente que la obligación es concebida de manera tradicional como el compromiso a una actividad propia, la misma que si se cumple adecuadamente constituye o configura el pago y, de esta forma, extingue la obligación.

No existen, por tanto, obligaciones que para su ejecución no impliquen realizar una actividad propia por parte del deudor, que se traducirá en un efectivo dar, hacer o no hacer, aclarando que en este último caso, es decir en las obligaciones negativas, lo prevaleciente es una inacción del deudor.

Desde esta óptica, empieza a tornarse imposible distinguir cuál sería el medio y cuál sería el resultado.

Si adoptamos como ejemplo una obligación de dar una suma de dinero, es claro que probablemente el deudor no requiera efectuar mayores gestiones o actividades para cumplir con ella. Podríamos imaginar el supuesto usual de que el deudor cuente con el dinero debido,

9 Como expresamos en la Primera Parte de nuestro tratado (Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, *Tratado de la Obligaciones*, Primera Parte, Tomo I, p 101. Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen XVI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1984), consideramos que la obligación constituye una relación jurídica que liga a dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, debe cumplir una prestación a favor de la otra, llamada acreedor, para satisfacer un interés de este último digno de protección. Dentro de esa relación jurídica corresponde al acreedor el «poder» o «derecho de crédito» para exigir la prestación. Si el deudor, vinculado en tal forma, no cumple la prestación o la cumple defectuosamente, por razones a él imputables, responde con sus bienes de dicho incumplimiento, en razón del elemento coercitivo previsto por la ley.

en efectivo, y cuando el acreedor fuese a cobrarle, se lo entregara en sus propias manos. En este caso, asumiendo la equivocada clasificación de obligaciones de medios y de resultado, podría decirse que dicho deudor se habría obligado a un resultado, ya que para la ejecución del mismo carecerían de relevancia los medios empleados.

Sin embargo, recurriendo al mismo ejemplo, podríamos llegar a la conclusión inversa, es decir a que se trata de una obligación de medios, si consideráramos que dicho deudor, al momento de contraer la obligación, no contaba con el dinero necesario para pagarla, y que para lograr su objetivo tuvo que realizar diversos trabajos, cobrar varios créditos, efectuar transferencias de dinero en cuentas bancarias, es decir emplear diversos medios, algunos complejos, para honrar su deuda.

Este escenario nos situaría, probablemente, ante una obligación de medios, ya que en ella las actividades previas al pago resultarían singularmente importantes para el cumplimiento de la obligación.

Como puede apreciarse en un simple y frecuente caso, como es el pago de una suma de dinero, él podría conllevar desde una actividad tan sencilla como que el deudor introduzca la mano en su bolsillo, obtenga el dinero y lo entregue al acreedor, basta un conjunto de actividades tan complejas como aquellas que formaban parte de la segunda variante de nuestro ejemplo.

Así, ¿acaso resultaría posible —dentro del criterio clasificatorio negado por nosotros— preguntamos si estamos ante una obligación de medios o ante una obligación de resultados?

Ello es imposible. Lo correcto resulta aludir únicamente a las obligaciones según su naturaleza y, en el caso propuesto, a una obligación de dar.

Como toda obligación implica un deber de conducta, es claro que siempre se va a necesitar de determinados medios (que son la actividad propiamente dicha) para cumplir la obligación, pero no existe ningún espacio vacío o algún «agujero negro» entre la actividad desplegada para el pago y el pago mismo. Esa actividad constituye parte del pago, en tanto que el pago se efectúa realizando dicha actividad.

Ni siquiera podríamos decir que se trata de dos caras de una misma moneda. Es la misma cara de la misma moneda, que debe apreciarse de manera integral y no fraccionada.

Si en la obligación más simple, que ha sido ilustrada con el ejemplo de dar una suma de dinero, resulta imposible demostrar esa diferencia

entre los pretendidos medios y los pretendidos resultados, ya podemos imaginar que esa distinción es menos factible de ser apreciada en obligaciones cuya prestación implique la realización de actividades algo más complejas.

Siempre dentro del terreno de las obligaciones de dar, podríamos plantearnos el caso en que el deudor se obligara a la entrega de un bien cierto, por ejemplo un automóvil, el mismo que deberá conservar por el lapso de una semana, para luego entregarlo a su acreedor.

Esta es una simple obligación de dar, pero para los partidarios de las obligaciones de medios y de resultados, tal vez podría ser interesante ingresar a discutir la mucha o poca importancia que tendría el deber de conservación del bien que pesa sobre el deudor, y los escasos o considerables esfuerzos que deberá realizar para conducir el automóvil a destino y entregarlo al acreedor.

No sólo sería imposible, sino inútil, que los hombres de Derecho ingresásemos en este tipo de «sutilezas de escuela». Tal distinción carecería de interés práctico, pues al Derecho de Obligaciones solamente le concierne conocer en qué consiste la prestación asumida por el deudor y que éste la cumpla, aplicándose al tema los muy razonables principios de equidad en torno a la carga de la prueba, ya sea si la obligación se ha cumplido o si ella no se ha ejecutado.

Dentro de las propias obligaciones de dar, el lector podría imaginar el caso de aquéllas que consisten en la entrega de bienes inciertos para lo cual —como se sabe— el Derecho exige que se efectúe una elección previa a la entrega por parte del deudor (o, si ello se hubiera pactado, por el acreedor o por un tercero).

Podría decirse que si el deudor escoge, tal vez llegaría a encontrarse en una situación algo compleja, si resultara difícil determinar qué bienes conforman una calidad no inferior a la media de la especie y, ulteriormente, al efectuar la elección, se determinara que el bien es de calidad inferior a la media.

A lo expresado es posible agregar numerosas dificultades que puede asumir el deudor para entregar el bien, el mismo que (prescindiendo, para efectos académicos, de las prohibiciones legales existentes) podría consistir en un elefante de tres años de edad, que deberá ser capturado vivo en Sudáfrica y entregado al propietario de un zoológico privado ubicado en la localidad campestre de Cieneguilla, en las afueras de Lima.

Nadie duda que ese deudor tendrá que pasar por la ejecución de una serie de actividades que revestirán un alto grado de dificultad (imaginemos el solo hecho de capturar vivo al elefante), además de realizar infinidad de trámites administrativos y ejecutar un conjunto de actividades destinadas a trasladar vía marítima a dicho elefante desde el puerto más cercano en Sudáfrica hasta el puerto del Callao, y luego conducirlo, vía terrestre, desde el Callao hasta Cieneguilla.

El cumplimiento de esta obligación, sin duda, originará problemas al deudor, pero aun imaginando que ellos fuesen muchos o pocos, nada importaría hablar de «medios» o de «resultados». Lo relevante es que el animal deberá entregarse sano y salvo al acreedor en su zoológico de Cieneguilla.

Saliéndonos de las obligaciones de dar e ingresando a las obligaciones de hacer, quisiéramos mencionar tres ejemplos que consideramos ilustrativos.

En el primero, imaginemos que un pintor se obliga con el propietario de un inmueble a pintar todos los ambientes del mismo, tanto internos como externos, con una pintura de marca y color previamente convenidos y proporcionada por el dueño de la casa.

Aquí es claro, tratándose de una obligación de hacer, que el deudor deberá adoptar una conducta determinada con el propósito de pintar efectivamente todo el inmueble. Ahora bien, el lector podrá apreciar que no resulta posible distinguir entre la labor misma de pintar la casa y el resultado que consiste en acabar de pintarla. Si ello lo fuera, tendría que asumirse la posibilidad de distinguir entre la ejecución de la prestación y su cumplimiento, lo que sería absurdo, ya que dicha ejecución y ese cumplimiento son exactamente lo mismo, en la medida que el pintor culminará de ejecutar su prestación en el preciso momento en que termine de pintar la casa, habida cuenta que mientras esté pintándola, estará cumpliendo con la prestación debida.

Sería irracional intentar distinguir en esta obligación los medios y los resultados.

Además, debe tenerse en cuenta que de considerarse que esta obligación no tiene carácter *intuitu personae*, ella bien podría ser ejecutada por un tercero a quien el deudor delegue el cumplimiento de su obligación, o el supuesto intermedio en que el pintor se valiera de terceros para dicho cumplimiento. En estos casos, como en todos aquellos donde resulte posible el pago por un tercero, se podría llegar al absurdo de

interpretar que el resultado puede ser obtenido por el deudor sin haber empleado ningún medio propio, sino la ejecución por un tercero. Así, tendríamos ausencia de medios propios, pero logros de resultados propios. De esta forma, si quisiéramos aplicar a estos supuestos la teoría que combatimos, lo único que obtendríamos es un conjunto de absurdos.

Ahora imaginemos dos ejemplos de obligaciones de hacer *intuitu personae*.

Uno de ellos consiste en el cantante que se obliga con una empresa de espectáculos a realizar un concierto, dentro de las especificaciones que han sido materia del contrato celebrado.

En este caso, si el cantante debe instalar los equipos de luces, sonido, efectos especiales, etc., además de brindar el concierto a que se ha obligado, podríamos preguntarnos, ¿dónde comienzan los medios, dónde terminan dichos medios, dónde comienzan los resultados y dónde finalizan esos resultados?

Podría interpretarse que los «medios» comienzan con la instalación de los equipos, pero a ello podría replicarse que dichos «medios» tal vez habrían comenzado antes, cuando el cantante y su empresa empezaron a hacer las gestiones necesarias para su traslado al lugar del concierto.

Por otro lado, se podría sostener que los medios concluirían al terminar de instalarse los equipos y de haber finalizado los ensayos, tanto por parte del cantante como de su grupo coreográfico. Pero este razonamiento también podría ser contradicho, si precisamos que todo el soporte técnico, a la par que los ensayos de la obra, terminarán de ser medios útiles cuando concluya el propio cumplimiento del concierto.

Si bien podría argumentarse que el inicio del concierto representaría el principio del resultado, a ello se podría oponer el argumento de que el concierto es medio y resultado en sí mismo, al igual que todas las actividades previas a su realización, que también constituyen medios y resultados en sí mismas, imposibles de distinguir tanto en el plano teórico como en el terreno práctico.

Nuestro tercer ejemplo de obligaciones de hacer, recalca en una obligación de hacer que concluye en un dar, y que es de naturaleza *intuitu personae*.

Un pintor, artista de nota, es contratado por el fundador de una empresa para que le haga un retrato. En este caso podríamos referirnos a que los medios van a constituir el hacer propiamente dicho de la

obligación (es decir pintar el cuadro), en tanto que el resultado consistirá en la entrega del cuadro.

Pero este razonamiento podría ser cuestionado si pensamos que el pintor, luego de culminar su obra, deberá dirigirse al domicilio del referido personaje (si se hubiera convenido que el pago se realizara en el domicilio del acreedor), a efectos de cumplir con la entrega del cuadro. En esta hipótesis se podría argumentar que los medios no terminan sino en el momento en que el cuadro es llevado a destino (el domicilio del acreedor).

Sin embargo, el mismo caso podría ser apreciado desde una óptica radicalmente distinta, si se razonara que sólo cuando el bien llegue a destino se habría cumplido con ejecutar la obligación (vale decir, con el pretendido resultado).

Lo dicho deja en claro que podríamos llegar al caos absoluto, a la par que a un interminable y ocioso juego de palabras, cuando sabemos que en estos casos la obligación del deudor (que es una de hacer que concluye en un dar), no podría ser ejecutada si no se pinta y entrega el cuadro.

Entonces, ¿dónde estarían los medios y dónde los resultados? ¿O no será que ambos conceptos se encuentran indisolublemente ligados?

A continuación mencionemos un ejemplo de obligaciones de no hacer,

Es el caso de un químico al servicio de un laboratorio farmacéutico. Este profesional se encontraría obligado a no revelar durante el proceso de investigación ni al concluirlo las fórmulas y elementos en general de que está compuesto el fármaco. Aquí podríamos preguntarnos, ¿cuáles serían los medios y cuáles los resultados en esta obligación de no hacer?

¿Acaso podría sostenerse que el medio consiste en guardar silencio durante los meses que dure la investigación y que el resultado consistiría en que la investigación culmine manteniéndose la reserva del caso?

Si así fuese, llegaríamos a la conclusión de que el resultado no sería otra cosa que la consecuencia natural de la ejecución de todos los medios empleados, lo que en otras palabras significaría decir que el resultado sería la suma de los medios, esto es de todo el plazo durante el cual el químico deba guardar en secreto el proceso, los compuestos y la fórmula.

¿Pero acaso no resultaría ilógico pensar que el resultado, consecuencia natural de los medios empleados, fuera algo distinto que el fiel

cumplimiento de los propios medios? ¿Acaso puede distinguirse entre guardar el silencio debido durante el proceso de investigación, etapa por etapa, y guardar dicho silencio luego de concluido el proceso?

En este caso se aprecia que los medios constituyen el propio resultado y que el resultado no es otra cosa que la ejecución misma de los medios. Por tanto, insistir en la pertinencia de este tipo de clasificaciones es absolutamente errado.

Por lo demás, la teoría de René Demogue –independientemente de sus méritos e indiscutible originalidad– no constituye un todo orgánico en materia conceptual, en donde prime un análisis lógico y se llegue a conclusiones de rigor científico.

La doctrina de Demogue no deja de ser un conjunto inorgánico de veintiocho supuestos señalados a manera de ejemplo, bajo el único hilo conductor de distinguir si constituyen obligaciones de medios u obligaciones de resultados.

Entonces para refutar a Demogue con sus propios argumentos, no es posible enfrentar una teoría orgánica, sino esa casi treintena de ejemplos, en donde el propio Demogue –más allá de sus conclusiones fragmentadas– deja muchísimas dudas y un número no menor de contradicciones insalvables.

Analicemos cada uno de los supuestos que para Demogue dan mérito a la construcción teórica de las obligaciones de medios y de resultados.

Luego de expresar que las obligaciones de resultado se caracterizan por el propio resultado, y que las obligaciones de medios se caracterizan por el empleo de medios que ordinariamente conducen a producir ese resultado, Demogue considera como primer supuesto de obligación de resultados al caso en el cual una persona se obliga a transportar un paquete.

Asigna a este caso tal calificación, por estimar que se espera la producción de dicho resultado. Sin embargo, el citado profesor prescinde absolutamente de analizar si el referido transporte requiere –para conseguir el resultado esperado– del empleo de los medios necesarios, los cuales podrían, sin duda, revestir, dependiendo de las circunstancias, poca, alguna o mucha importancia o dificultad. Tal vez si Demogue hubiera recalado en el empleo de dichos medios, habría llegado a la conclusión de que el ejemplo materia de tratamiento era uno de obligación de medios.

Para nosotros, sin embargo, no existe esa inquietud, en la medida que los medios están indisolublemente ligados a los resultados, de modo tal que sería inconcebible pensar en la entrega inadecuada del paquete, sin que se hubieran ejecutado a plenitud los medios que conducen a tal efecto (y que no hubiere ocurrido un evento de caso fortuito, fuerza mayor o ausencia de culpa).

Por lo demás, ésta es, dependiendo de la perspectiva que se observe, una obligación de hacer que concluye en un dar (transportar el paquete y entregarlo) o una obligación de dar propiamente dicha. La naturaleza de la obligación podrá variar de acuerdo a la importancia que otorguemos al transporte y a la entrega del propio paquete. Sin embargo, calificarla de un modo o de otro carece de relevancia, pues tanto su transporte como ulterior entrega constituyen el objeto de la prestación debida.

El segundo ejemplo citado por Demogue es también uno de obligación de resultados, y se refiere a aquella persona que se obliga a construir un edificio.

Es evidente que a entender de Demogue, lo que importa aquí es la entrega del edificio terminado de construir, pero en este caso, al igual que en el anterior, y tal vez en grado más notorio, serán importantes los medios que el deudor utilice para la construcción del edificio, sin cuyo empleo nunca podría obtenerse el resultado, el mismo que, por lo demás, no es otra cosa que haber terminado de ejecutar la prestación debida.

Por otra parte, preocupa cuando Demogue señala que en estas obligaciones los resultados son esperados, asumiendo el peligroso criterio de sentirse «dueño del futuro», ya que *a priori* jamás podrá saberse si se conseguirá el resultado que se busca, por más que el deudor haga todo lo que esté a su alcance para obtenerlo.

No menos polémico resulta el tercer ejemplo de Demogue, que califica como una obligación de medios, al considerar que el banco, cuando contrata con un cliente el alquiler de una caja de seguridad, sólo está obligado a adoptar ciertas medidas de precaución, custodia, conservación y vigilancia para con dicha caja.

Aquí Demogue señala que el banco únicamente se obliga a ello y no al resultado de que el cliente pueda encontrar incólumes los bienes que hubiera depositado en la caja de seguridad.

No vemos qué existe de especial en esta obligación, pues en ella, como en cualquiera otra, el deudor se obliga a ejecutar una prestación.

En este caso el banco estaría obligado a ejecutar una prestación de hacer, que implica un comportamiento propio de custodia respecto de la caja de seguridad del cliente, al igual que asume una prestación de no hacer, en el sentido de no abrir ni manipular en modo alguno la caja de seguridad o su contenido.

Por lo demás, en estos casos resultaría de plena aplicación el régimen probatorio de inejecución de obligaciones, en la eventualidad de que, por ejemplo, se hubiese producido la pérdida total o parcial, por robo, del contenido de la caja de seguridad que el cliente ha contratado en la bóveda del banco.

Ante dicho incumplimiento, conforme a la legislación peruana, deberá presumirse que él obedeció a culpa leve del banco, pudiendo el cliente afectado agravar la responsabilidad de la institución financiera, si probara que dicho incumplimiento obedeció a dolo o culpa inexcusable. Dentro del mismo régimen legal peruano, el banco, a su turno, tendría la posibilidad de eximirse de responsabilidad, demostrando que el incumplimiento ocurrió a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias de la obligación, o por causas derivadas de caso fortuito o fuerza mayor o de ausencia de culpa.

En el caso analizado de las cajas de seguridad de los bancos, vemos que poco importa hablar de medios o de resultados. Simplemente corresponde referirnos a las obligaciones asumidas por el banco, a su cumplimiento, a su eventual incumplimiento y a las causas que hubieran motivado este incumplimiento.

En cuarto lugar Demogue, cita otro ejemplo de una obligación que califica como de medios: la del guardián que se obliga a vigilar una propiedad, caso en el cual, según Demogue, esa persona sólo debe adoptar precauciones y no promete que el dueño la encontrará intacta.

Resulta claro que en este caso nos encontramos ante una obligación de hacer *intuitu personae*, a través de la cual dicho guardián se compromete a resguardar el bien de la manera más adecuada. Pero, ¿acaso podría sostenerse que el guardián únicamente es contratado para estos efectos y no para entregar el bien al propietario, cuando corresponda, en las mismas condiciones en que lo recibió? ¿Acaso sólo interesan las precauciones que adopte y no los resultados que obtenga fruto de dichas precauciones? ¿Cómo se podría desligar el cumplimiento de la prestación de hacer del resultado mismo, a la par que cómo se podría desligar dicho resultado del correcto cumplimiento de la obligación asumida?

Utilizando la clasificación creada por el propio Demogue, podríamos llegar a sostener que en este caso estaríamos en presencia de una obligación de resultados y no de una de medios. Pero tan absurdo sería sostener lo primero como lo segundo, pues simple y llanamente nos encontramos frente a una obligación de hacer.

El quinto ejemplo citado por René Demogue es el del conductor de un vehículo, respecto de quien considera que sólo contrae una obligación de medios con el viajero, en relación al equipaje de mano que este último no haya hecho registrar.

Ante todo, el equipaje de mano no registrado como equipaje acompañado, constituye parte de las pertenencias del viajero, como sería el caso del bolso para una señora, del maletín de un ejecutivo, del juguete de un niño o de alguna prenda de vestir que el pasajero lleve en la mano para la eventualidad de algún cambio climático en el lugar de destino o en el propio trayecto.

Si el transportista permite que los pasajeros porten estos equipajes, podría no estar obligado a su custodia en términos tan absolutos como sí lo estaría respecto al equipaje registrado, pero sí estará obligado a permitir que estos pasajeros puedan portar, con la comodidad del caso, el equipaje de mano, y a permitirles que lo depositen en algún lugar del vehículo a fin de que puedan llegar a destino con total resguardo de su integridad.

En este caso resulta imposible, a todas luces, determinar cuál sería el medio y cuál sería el resultado.

Se trata, en suma, de una simple prestación que consiste en hacer todo lo posible para que el equipaje no sufra daños en el transporte, además de la prestación de no hacer que se asume para evitar que dichos bienes sean manipulados por el propio transportista o por la tripulación de manera indebida.

El sexto ejemplo citado por Demogue es el del médico, quien no promete la curación del paciente sino sólo sus cuidados. Es evidente que dentro de su lógica califica a tal obligación como una de medios.

El ejemplo del médico ha sido y es utilizado de manera reiterada por toda la doctrina de nuestra tradición jurídica, prácticamente como un arquetipo de la pretendida distinción entre medios y resultados.

En términos generales es desde luego imperativo que un médico actúe con ética y de modo diáfano, obligándose a tratar a su paciente con la mayor diligencia y con los conocimientos que posea, a fin de

brindarle el tratamiento que considere más adecuado para la curación o alivio de su dolencia. Si la pregunta se refiere a cuál es la obligación que asume el médico, resulta claro que es una de hacer, la misma que consiste en realizar todo cuanto esté a su alcance para lograr la mejoría del paciente.

No podría sostenerse en este caso que el médico se haya obligado a curar al paciente, porque ello constituiría una promesa irresponsable.

Entonces podemos llegar a concluir que en el caso de la obligación del médico respecto al paciente, no es que el intentar curarlo sea obligarse a los medios para obtener necesariamente un resultado ulterior, ya que el resultado ulterior no ha sido materia de la obligación asumida por el médico con el paciente.

No entendemos la razón por la cual la obligación de tratar a un paciente deba ser considerada como un medio y no como un fin en sí mismo, ya que sólo si se prometiese la curación los intentos del médico por lograr que sane el paciente tal vez pudieran ser vistos como un medio. Pero, a nuestro entender, tal promesa sólo constituiría un acto ajeno a la ejecución de la prestación asumida.

El séptimo ejemplo que inquieta a Demogue es saber si el hospedante tiene respecto al turista una obligación de resultados en relación al equipaje que este último hubiera llevado al establecimiento.

El establecimiento de hospedaje está obligado a mantener la custodia que las circunstancias, categoría y demás consideraciones aconsejen respecto a dicho equipaje, custodia que constituye parte de una obligación de objeto plural, con prestaciones de hacer y de no hacer.

Nos preguntamos, ¿en este caso cuáles serían los medios y cuáles los resultados? Sin duda, resultados y medios se identifican con la ejecución de la propia prestación.

Luego, en octavo lugar, Demogue aborda el tema de la obligación de seguridad que tiene la empresa respecto del obrero, la misma que él califica como de medios, en contraposición a un sector de la doctrina que la considera de resultados.

Nos parece irrelevante la discusión abierta por Sainctelette y recogida por Demogue, pues es claro que toda empresa, y especialmente las dedicadas a cualquier actividad industrial, deberán tomar las medidas de seguridad adecuadas, con el propósito de que no se produzcan accidentes entre los trabajadores, en la misma medida en que los trabajadores deberán adoptar todas las precauciones necesarias a fin de evitar

cualquier accidente. De esta forma, al tener ambas partes deberes impuestos tanto por la ley como por la relación contractual que las vincula, si ocurriese un accidente, el caso se reduciría a probar quién incumplió con esos deberes de seguridad, lo que, en buena cuenta, representa conocer quien fue el culpable del accidente producido.

En noveno lugar, Demogue piensa que la obligación del conductor de un automóvil respecto a las personas que transporta, es una obligación de resultados.

Para nosotros es claro que se trata de una obligación de hacer propiamente dicha y que no merece un tratamiento distinto —en cuanto al régimen probatorio— que cualquier otra obligación nacida de fuente contractual y que hubiera sido materia de incumplimiento. Nos parece absurda la sutileza planteada por Demogue en el sentido de que el conductor no promete tomar todas las medidas ordinarias para el transporte y observar las precauciones que imponen la prudencia y los reglamentos de tránsito, sino que solamente se obliga a conducir al pasajero sano y salvo a su destino.

Esta distinción no resulta razonable, en la medida que podría ser imposible conducir a un pasajero —sano y salvo— a destino si se contravinieran todas las medidas de seguridad (incluyendo las más elementales) y se violaran todos los reglamentos de tránsito (incluyendo aquellos preceptos de observancia básica). Lograr el resultado sin el empleo de los medios idóneos equivaldría a algo así como ganar la lotería sin haber comprado un boleto.

No está demás decir que el régimen probatorio en esta materia deberá ser el general de inejecución de obligaciones contractuales.

Igualmente inútil es la discusión que Demogue plantea como décimo supuesto, cuando se pregunta si en el contrato de remolque marítimo se promete el resultado o solamente hacer todo lo posible para conseguir tal resultado.

Aplicamos a este caso, *mutatis mutandis*, las mismas consideraciones formuladas con ocasión del supuesto inmediatamente anterior.

Como décimo primero, décimo segundo y décimo tercer ejemplos, Demogue considera como obligaciones de resultados la del inquilino, la del depositario y la del comodatario, respecto a la devolución del bien que se les ha entregado.

En estos tres casos podemos apreciar con mayor nitidez la irrelevancia de tal distinción.

Decimos esto, porque cualquiera de los tres contratantes está obligado a conservar adecuadamente el bien y a mantenerlo en el estado en el que lo recibió, devolviéndolo en esas condiciones, sin mayor deterioro que el que imponga el uso normal del bien (en los casos del inquilino y del comodatario) e intacto (en el caso del depositario).

Para nosotros es claro que los tres contratantes deberán conservar adecuadamente el bien; que el inquilino y el comodatario deberán usarlo de manera responsable, sin ocasionarle daños, y que el depositario no podrá usar el bien, salvo autorización expresa del depositante. Así, teniendo como premisa que el bien debe ser devuelto en el mismo estado en el que se entregó, si hubiera sufrido deterioro cualquiera de los tres contratantes mencionados se encontraría obligado a repararlo (si ello fuera posible) y a devolverlo en las mismas condiciones en que lo recibió. Todo esto, abordando el problema a grandes rasgos, y con prescindencia de la causa que hubiera ocasionado el daño, lo que no constituye materia de este estudio.

De otro lado, en los tres casos señalados por Demogue como obligaciones de resultado, también podría sostenerse, empleando su misma lógica, que se trata de obligaciones de medios, en la medida que si los bienes alquilados, prestados o depositados, no se cuidaran adecuadamente o no se repararan (si ya hubiesen sufrido daño), el deudor estaría imposibilitado de cumplir con su obligación.

En décimo cuarto lugar, y calificándola como una obligación de medios, Demogue cita el caso del mandatario o representante que promete trabajar con la debida prudencia para ocuparse de intereses ajenos (los del mandante).

¿Aquí cuáles serían los medios y cuáles los resultados? ¿Acaso en un supuesto de inejecución no tendrían que responder sólo quienes hubiesen actuado culposa o dolosamente? ¿Acaso podría conseguirse el objeto del mandato, si no se actuara ciñéndose a los términos de la relación contractual?

En décimo quinto lugar, y en sede de responsabilidad extracontractual, estima Demogue que un chofer sólo tiene una obligación de medios (la de actuar con prudencia), estando obligado a no causar daño a nadie.

Esta distinción es verdaderamente bizantina.

Más allá de lo relativo a los reglamentos de tránsito, vale decir a cuestiones de orden administrativo, es claro que para el Derecho de

Obligaciones interesará que el conductor no cause un daño a otro, pues será el hecho generador del daño aquél que originará la aplicación de los preceptos de responsabilidad extracontractual, en la misma medida en que si no hubiese daño no habría obligación que indemnizar.

Ahora bien, si el conductor causó daños a terceros, tendrá el deber de indemnizarlos, a menos que demuestre que el daño se originó sin su culpa o que obedeció a caso fortuito, a fuerza mayor o a culpa de la víctima, habiendo actuado dicho conductor con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

En décimo sexto lugar, Demogue califica como obligaciones de resultados a aquellas derivadas de responsabilidad por riesgo creado, comprendiendo dentro de las mismas el supuesto de responsabilidad del comitente (décimo séptimo supuesto), de los hechos de los dependientes (décimo octavo supuesto), de los hechos de los animales (décimo noveno supuesto), de los daños producidos por las cosas (vigésimo supuesto), de la ruina de los edificios (vigésimo primer supuesto) y de los daños causados por menores de edad (vigésimo segundo supuesto).

Por nuestra parte, pensamos que dentro de la propia lógica de Demogue sería cuestionable la calificación de estas obligaciones como de resultados, pues aquellos eventuales responsables, en los ejemplos a que hemos hecho referencia, tendrían que haber adoptado todas las precauciones del caso con el propósito de que no se produjeran daños a terceros respecto de aquellos bienes, animales, cosas, negocios o personas que tuvieran bajo su custodia o responsabilidad.

Posteriormente, en su vigésimo tercer supuesto, Demogue califica como obligación de resultados aquella que la ley impone al inquilino respecto al arrendador, en caso de que este último sufra las consecuencias de un incendio producido en el inmueble, considerando que ello debe ser así porque el inquilino ha prometido al arrendador un resultado, consistente en la restitución del inmueble.

No vemos en esta hipótesis ninguna obligación susceptible de calificarse como de medios o de resultados. Simplemente se puede decir que la responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones obedece a una infracción de la obligación de conservar el bien de manera óptima (obligación de hacer) o, en todo caso, de la obligación de no hacer consistente en abstenerse de realizar cualquier acto que pudiera implicar riesgo o peligro para la conservación del inmueble.

Aquí también se confunden los medios y los resultados. Es imposible que ellos sean distinguidos. En todo caso, simplemente debe hablarse de obligaciones de hacer y de no hacer; y de si éstas se cumplen o no.

Más ilógico resulta todavía cuando Demogue distingue la obligación que acabamos de mencionar (que califica como de resultados) de aquella que tiene el inquilino respecto del vecino, en relación a los eventuales daños que le causan un incendio producido en el inmueble que ocupa (vigésimo cuarto supuesto). Demogue considera que en este caso el arrendatario no debe a su vecino un resultado, sino únicamente el tomar las medidas impuestas por la prudencia.

Pensamos que en este caso no son necesarias mayores consideraciones para combatir el planteamiento de Demogue, pues tal distinción obedece más al criterio de que la primera obligación es una nacida de fuente contractual, en tanto que la segunda proviene de fuente extracontractual, hecho que en este caso no puede conducirnos a otorgar soluciones jurídicas distintas a un mismo problema (todo ello, naturalmente, con prescindencia de la mecánica probatoria).

Independientemente de los supuestos calificados por Demogue como obligaciones de medios y de resultados, deviene en equivocada la idea expresada por él, compartiendo el parecer de Gabba, cuando estima que en todos los contratos que versen sobre los servicios de una persona experta, no nos encontraremos en presencia de una obligación de carácter contractual, pues dicho acto otorga al deudor la facultad de emplear su libertad, de modo tal que si hace un uso indebido de ella se configuraría un supuesto de responsabilidad extracontractual.

Esta distinción es contraria a la razón y al Derecho. Para calificar a una obligación como contractual o extracontractual debe prescindirse de su contenido u objeto, ya que en estos casos lo importante es la fuente que le ha dado origen o nacimiento.

Resulta de evidencia palmaria que si la obligación ha nacido de un contrato, deberá calificarse como contractual, en tanto que si hubiera tenido origen en la ley, recibirá el calificativo de legal o extracontractual, ocurriendo lo propio respecto al calificativo que merece la inejecución de obligaciones originadas en el incumplimiento de obligaciones de uno u otro tipo.

Como vigésimo quinto supuesto, Demogue califica a la obligación que asume un abogado como una de medios (al igual que la del mé-

dico, supuesto ya mencionado por Demogue y del cual nos hemos ocupado en páginas precedentes).

Es absurdo considerar que el abogado de conducta responsable asuma con su cliente una obligación de medios. Si de lo que estamos hablando (ya que pueden existir infinidad de variantes) es del caso en que el abogado se obliga a asumir la defensa de un cliente en un proceso judicial (típico ejemplo académico de nuestra tradición jurídica sobre este particular), dicho profesional se estará obligando –entre otras prestaciones– a un hacer, el mismo que consiste en defender a su cliente de acuerdo a sus conocimientos, aptitudes y capacidades, respetando las normas básicas que imponen el Código de Ética Profesional, la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como las leyes procesales y sustantivas pertinentes.

Sin perjuicio de volver sobre el punto al tratar este tema! como singularmente ilustrativo, de la teoría del hecho ajeno (promesa de la obligación o del hecho de un tercero), es claro que el abogado cumple con ejecutar la obligación asumida, si es que se ciñe a aquello que ha sido materia de convenio con su cliente, con prescindencia del resultado del proceso judicial, vale decir, de si gana o pierde el juicio, o si se produce la culminación del mismo con una resolución que no ampare plenamente las pretensiones del demandante (o denunciante) ni del demandado (o denunciado).

¡Cuándo terminarán de entender algunos autores que en un supuesto de esta naturaleza tampoco puede hablarse de medios ni de resultados, ya que si se quisiera emplear esta terminología, las actividades desplegadas por el abogado (es decir los medios) constituirían a su vez el propio resultado, el mismo que no consiste en otra cosa que asumir una idónea defensa de su cliente en el proceso!

De otro lado, hace mal Demogue en expresar que las actividades de todo obrero (vigésimo sexto supuesto), sea del grado que fueren, constituyen una obligación de resultados.

Si lo que llevó al profesor francés a esta afirmación es el hecho de que la actividad del obrero implica un menor razonamiento que el del abogado o el del médico, está equivocado, pues esta situación resulta irrelevante, ya que lo que importa es que la obligación sea ejecutada. Aquí tampoco hay medios ni resultados. Simplemente hay una obligación que tiene que cumplirse.

Pero más grave es equiparar la actividad de cualquier obrero con la de un arquitecto (vigésimo séptimo supuesto), señalando que en este caso también la obligación será de resultados, pues dichos resultados pueden ser conseguidos de manera casi certera con la tecnología apropiada.

De esta última afirmación surgiría la interrogante de si en el fondo Demogue consideró a las obligaciones de medios como aquellas cuyo resultado es incierto (pues, dada la tecnología existente, no se podría asegurar que el mismo se vaya a producir), en tanto que calificaría como obligaciones de resultados a aquellas «de cumplimiento casi certero» (siempre atendándose a los avances de la ciencia y de la tecnología).

Nada nos puede hacer predecir, por más avanzados que sean los medios con los que contemos, que, dentro de la distinción de Demogue, se va a llegar a cumplir un resultado. Y, además, avanzados o no que sean los medios, siempre se les tendrá que emplear como actividad, la que, en sí misma, constituye ejecución de la prestación debida (con lo que se entremezclan y confunden —una vez más— los inútiles conceptos de medios y de resultados).

Finalmente, Demogue concluye sus ejemplos con el de la obligación de dar un bien cierto (vigésimo octavo y último supuesto), que la considera como una obligación de resultados, y a cuyo análisis aplicamos los conceptos que ya hemos explicado, salvo el caso de transferencia de un bien inmueble determinado, que luego examinamos.

Para concluir nuestros comentarios en torno al tema de las obligaciones de medios y de resultados, debemos subrayar que tal distinción nos parece inútil, en la medida que todo deudor, cualquiera que sea su actividad, profesión, u oficio, se obliga a ejecutar una obligación, ya sea de dar, de hacer o de no hacer. Y, precisamente, cumplirá dando, haciendo o no haciendo aquello a que se obligó.

Los hombres de Derecho no debemos partir del supuesto que todas las personas, cuando contraen una obligación, asumen necesariamente un deber de conducta que deba ir más allá de lo que convengan como acreedor y deudor.

Nos explicamos.

En el típico caso del médico, utilizado a manera de ejemplo por Demogue y comentado por nosotros, consistente en el profesional que recibe en consulta a un paciente, es evidente que el paciente, el médico y la sociedad en su conjunto tienen el más ferviente deseo de que el paciente se cure de la dolencia que padece. Pero no deben confundirse

estos buenos deseos con aquello que constituye el objeto de la obligación, pues el mismo consiste en hacer todo lo que esté al alcance de sus conocimientos médicos para sanar al paciente.

Creemos que esta confusión entre los buenos deseos de que se presente una situación posterior óptima condujo a Demogue, entre otras razones, a pretender diferenciar, jurídicamente hablando, los medios de los resultados, cuando medios y resultados son exactamente lo mismo, porque en el Derecho de Obligaciones, salvo determinados casos de excepción que serán analizados de inmediato, nunca podrá conseguirse un resultado sin el empleo de los medios necesarios. Esto equivale a decir que, también en el lenguaje jurídico, nunca podrá pagarse, en estricto, si no se ejecuta la prestación.

2. La obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble cierto como supuesto excepcional a la regulación común de las obligaciones.

Como se sabe, el principio por el cual la sola obligación de enajenar hace al acreedor propietario de un bien inmueble cierto, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (recogido por el artículo 949º del Código Civil Peruano de 1984), es un precepto que viene siendo reiterado desde los inicios de nuestra codificación civil, pasando por el Código de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 y por los Códigos de 1852 y de 1936.

Pero dicho principio no nació en el Derecho Peruano, sino que tuvo su origen en el Derecho francés, con el Código Napoleón. Esto obedeció a la enorme revalorización, luego del proceso revolucionario, del derecho a la propiedad privada, el mismo que fue mencionado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como un derecho natural del hombre.

Por otra parte, cuando la estabilidad retornó a Francia, primero con el Directorio y luego con Napoleón Bonaparte, el derecho de propiedad fue consolidándose y se adoptó como el principal de los derechos naturales del hombre. Se podría decir que en los hechos se consagró su sacralización, tal como se había establecido en la Declaración referida.

Sin duda que como la libertad, la independencia y la seguridad económica exigían en Francia la existencia de un derecho de propiedad sólido

y estable, el Código de 1804 elaboró todo el sistema de protección de las obligaciones y contratos, en absoluto resguardo del más importante derecho patrimonial sobre el que se construía esa nueva sociedad.

De ahí que el *Code* estableció un principio absolutamente excepcional, el mismo que no tenía otra finalidad que asegurar una electiva transferencia del derecho de propiedad.

De esta forma, los artículos 1182º, 1582º y 1583º acogieron el principio por el cual cuando un deudor se obligaba respecto al acreedor a transferirle la propiedad de un bien cierto, dicha transferencia operaba acto seguido del nacimiento de la obligación de enajenar.

El sistema francés, con sus bondades y defectos, fue adoptado por la legislación civil peruana, probablemente sin mayor reflexión, pues los motivos que llevaron al legislador de 1804 a incluir esas normas, no fueron materia de discusión explícita en el Derecho peruano.

Ahora bien, dentro de nuestra línea de pensamiento, en el sentido de que los contratos –por sí mismos– no transfieren la propiedad de bienes, sino que ellos simplemente son creadores, modificatorios, regulatorios o extintivos de obligaciones, tenemos entonces que el contrato sólo es capaz de crear la obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble cierto, pero no de transferir dicha propiedad.

Esto significa que cuando hablamos de la transferencia de propiedad, nos estamos refiriendo a la ejecución de la prestación debida.

Entonces pueden surgir, como de hecho surgieron, algunas interrogantes: ¿cómo podría entenderse que la obligación de transferir una propiedad inmueble en el Perú constituye la ejecución de una prestación, si toda prestación consiste en una actividad humana de dar, hacer o no hacer?

Y ello obedece a que el artículo 949º del Código Civil prescribe que la propiedad inmueble se transfiere por la sola obligación de enajenar, sin que el deudor necesite ejecutar la prestación, la misma que se ve cumplida por la simple aplicación de la norma legal.

Lo expresado obedece a que el precepto nacional, por tener su fundamento en los textos franceses, entiende que tratándose de la más importante de las obligaciones susceptibles de ser asumidas por los seres humanos, no da oportunidad para que el deudor incumpla (sometiéndolo al régimen general de inejecución de obligaciones), sino que la propia ley –a través del artículo 949º, en el caso peruano– da por ejecutada automáticamente la prestación.

Hemos querido mencionar el artículo 949º del Código Civil, pues el mismo constituye una excepción al cumplimiento de las prestaciones por parte de quienes asumen tal obligación, ya que en estos casos es la propia ley la que la ejecuta.

Finalmente, y como conclusión, el lector podrá apreciar que en este caso tampoco resulta posible hablar de obligaciones de medios y de resultados, ya que la obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble se cumple por mandato de la propia ley, inmediatamente después que se contrae tal obligación.

3. La promesa de la obligación o del hecho de un tercero como excepción al régimen común de ejecución de las obligaciones.

Cuando criticamos la teoría de René Demogue sobre las obligaciones de medios y de resultados, nos referimos, entre otros, al ejemplo relativo a las obligaciones de los abogados para con sus clientes, como un caso ilustrativo.

No es que dicho tema constituya el único supuesto del razonamiento que vamos a efectuar en el análisis de las obligaciones de medios y de resultados, sino que, al ser uno de los mencionados con mayor frecuencia por la doctrina, y, por tanto, de los más conocidos, nos da pie para abordar la materia.

Si la doctrina del Derecho de Contratos omite pronunciarse sobre el particular, valgan estas páginas para plantear la necesidad de una reflexión acerca del tema, a la vez que para emitir nuestro propio parecer.

Siguiendo un hilo conductor del problema, nos referiremos concretamente al caso del abogado que, al asumir el patrocinio de un proceso judicial, se obligue con su clientes a «ganar el juicio».

Aquí podría pensarse que Demogue tenía razón y que existen obligaciones de resultados (por oposición a las de medios), siendo este supuesto el de una obligación de resultados.

En una hipótesis como la descrita, no deseable dentro del campo de la ética profesional, pero común en la práctica, el abogado únicamente está prometiendo que su cliente vencerá en el proceso, vale decir, que su pretensión (si se tratara de un proceso civil, por ejemplo) será declarada fundada, en última instancia, o que el cliente ganará el juicio por

la ocurrencia de cualquier otra circunstancia que conduzca a similares resultados.

Existe una frase muy antigua en relación a los procesos judiciales, la misma que reza que «en un juicio no basta tener la razón sino que a uno se la quieran dar». Esto significa que todo proceso judicial, por más razones jurídicas sólidas que una persona aduzca, implica necesariamente un grado de aleatoriedad, en la medida en que nadie puede tener la absoluta certeza que será vencedor. Esto porque ni las partes ni sus abogados son quienes se encargan de resolver el litigio. Las sentencias judiciales son pronunciadas por los magistrados y, por ello, son terceros en relación a las partes contratantes (abogado y cliente).

De esta forma, cuando el abogado promete a su cliente que vencerá en el juicio, no se trata de otra cosa que de la promesa del hecho de un tercero.

La promesa de la obligación o del hecho de un tercero es un tema que ha merecido interesante regulación en los artículos 1470°, 1471° y 1472° del Código Civil Peruano de 1984, al igual que tuvo anterior tratamiento, entre otros, por el Código Civil francés, el Código Civil chileno, el Código Civil colombiano, el Código Civil ecuatoriano, el Código Civil venezolano de 1880, el Código suizo de las Obligaciones, el Código Civil argentino, el Código Civil italiano de 1942, el Código Civil venezolano de 1942, el Código libanés de las Obligaciones, el Código Civil de la Provincia de Québec y el Código Civil boliviano de 1976 y luego por el Código Civil paraguayo de 1987.

La promesa de la obligación o del hecho de un tercero surge para el Derecho y es recogida por el Código Civil peruano de 1984, dentro del marco de algunas figuras en las cuales se produce cierta apertura de la estricta aplicación del principio *res inter alios acta*, en conjunto con el contrato por persona a nombrar y el contrato en favor de tercero.

El Código Civil, independientemente de regular la promesa de la obligación o del hecho de un tercero dentro de la Parte General de Contratos (artículos 1470°, 1471° y 1472°), emplea esta figura de manera directa y específica únicamente al tratar en el contrato de compraventa, en el contrato de donación y en el contrato de arrendamiento, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, cuando el promitente promete al promisorio que el tercero (propietario del bien) celebrará con dicho promisorio el respectivo contrato de compraventa, donación o arrendamiento.

Estudiando en su conjunto al Código Civil respecto a esta materia, se llega a la conclusión de que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es una figura o mecanismo contractual a través del cual el promitente puede prometer al promisario que un tercero asumirá con respecto a este último cualquier obligación posible y lícita, o que dicho tercero realizará cualquier acto de las mismas características.

Nosotros no coincidimos con ninguno de los pareceres esbozados por la doctrina de nuestra tradición jurídica sobre su naturaleza.

Si bien, por una parte, resulta seductora la posición que sostiene que estamos frente a una obligación de garantía (pues si el tercero no cumple el hecho o no se obliga de acuerdo a lo prometido por el promitente, este último deberá indemnizar al promisario), por otra parte también reviste interés un último planteamiento esbozado por el doctor Manuel de la Puente, en el sentido de que el promitente, además de lo señalado, asume el deber de actuar con la diligencia ordinaria requerida con el propósito de persuadir a ese tercero a fin de que asuma una obligación frente al promisario o cumpla un hecho en su favor.

Pero los referidos planteamientos merecen algunas objeciones de fondo.

La primera estriba en que el promitente nunca está prometiendo la realización de una prestación propia, ya sea de dar, de hacer o de no hacer, pues aquello que constituye objeto de la promesa, es decir objeto de la obligación del promitente, es que el tercero haga algo o se obligue a algo (previamente convenido entre promitente y promisario).

Es probable que en un caso de esta naturaleza, el promitente despliegue determinadas actividades a fin de lograr que el tercero realice el hecho o contraiga la obligación. En buena cuenta, podría interesar al promitente ejecutar estas gestiones, si ellas van a conducirlo a obtener un resultado positivo respecto de aquello que ha prometido.

Pero debe quedar en claro que el promitente no está prometiendo que él mismo hará algo, vale decir que no está obligándose a la ejecución de una prestación propia, sino a que se ejecute una prestación ajena. Así, si hiciera algo no es porque ese hacer constituya objeto de su obligación, sino que actuaría por considerarlo conveniente a sus intereses, pues bien podría mantenerse en total inactividad, o que equivale a decir que no hiciera absolutamente nada y, no obstante ello, se produjera el hecho o la obligación del tercero.

Indudablemente la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es una figura que no puede ser explicada dentro de los cánones habituales del Derecho de Obligaciones y Contratos, partiendo de la idea de que en este caso se produce el quebrantamiento de la existencia de la prestación, entendida como la actividad que debe realizar el deudor para pagar, consistente en un dar, un hacer o un no hacer.

Decimos esto porque en la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el deudor no debe dar, hacer o no hacer absolutamente nada, ya que simplemente ha prometido que se producirá la obligación o el hecho del tercero.

Ahora bien, el lector podrá preguntarse ante una situación de esta naturaleza, si el compromiso asumido por el deudor (promisario) no consistiría exactamente en una obligación civil, ya que ésta tiene por objeto una prestación, y en este caso no la habría.

Ello es cierto, ya que si se quisiera explicar el fenómeno de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero a través de las doctrinas tradicionales, o cediéramos a la tentación de calificar a este contrato como uno de garantía, necesariamente tendríamos que ingresar al terreno de las obligaciones de medios y de resultados, distinción que combatimos.

Entonces, ¿cuál es la naturaleza jurídica del compromiso asumido por el promitente?

El promitente asume para con el promisario el deber jurídico de contenido patrimonial consistente en que un tercero se obligue o realice un hecho determinado. Debemos poner énfasis en que se trata de un deber jurídico y no sólo de un deber moral, pues se crea un vínculo, reconocido por el Derecho, a través del cual el promitente sólo cumplirá cuando se produzca el hecho ajeno o la obligación ajena.

Pero este deber jurídico de contenido patrimonial, con características atípicas que le permitiría integrar una clasificación más de las obligaciones y deberes, carece de prestación propia, ya que aquí el promitente (deudor), en estricto, no debe realizar absolutamente nada para que la prestación del tercero se cumpla (para que el tercero se obligue o haga algo).

Pensamos que el Derecho debe reconocer que en estos casos estamos en presencia de una obligación *sui generis*, pues no tiene prestación propia sino prestación ajena y el tercero no se encuentra obligado a cumplir con ella.

El segundo elemento que nos resulta de interés, y que respalda el criterio de que el deber jurídico aludido no deja, en rigor, de ser una obligación, es que la figura posee indudablemente el elemento de coerción, propio del Derecho de Obligaciones.

Nos explicamos.

Si la promesa asumida por el promitente, cuando fuere incumplida, no acarree ninguna consecuencia jurídica, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero no sería algo distinto a un deber moral, pues sería irrelevante que se cumpliera o no lo prometido (en cuanto a las consecuencias jurídicas respecto del deudor promitente). A éste le daría lo mismo si se cumple o incumple el objeto de la promesa, porque en caso de incumplimiento no se vería expuesto a sanción alguna.

Es claro que si alguien promete algo, sin la existencia de una contraprestación que ejecute el promisorio a favor del promitente, no habríamos salido del campo de los deberes morales. Todo esto se reduciría a un conjunto de «buenas intenciones», que no merecerían que el Derecho se detenga a analizar y a dar sustento.

Ahora bien, imaginemos un caso similar, pero en el cual el promisorio sí asumiese frente al promitente la obligación de pagada una contraprestación, si es que el tercero ejecutara o se obligara a lo prometido por el promitente.

En este caso, el ejemplo ya se acercaría más a uno con contenido jurídico, pues el compromiso asumido por el promitente, de tener éxito, va a merecer una compensación o retribución por parte del promisorio.

Pero el tema todavía no se encontraría completo, en la medida que se hubiera pactado que si el tercero no ejecutara el hecho prometido o no se obligara, el promitente no debiese pagar absolutamente nada al promisorio. Una situación así podría cuestionarse en el sentido de si podría formar parte del Derecho de Obligaciones, en la medida que el tema carecería del elemento de coerción, ocurriendo —en la práctica— que el promitente deudor podría —tranquilamente— «dejar de cumplir», perdiendo el derecho a la contraprestación convenida, pero viéndose libre de cualquier deber indemnizatorio frente al promisorio.

Sin embargo, hemos empleado una expresión condicional pan referirnos a si este caso formaría parte del Derecho de Obligaciones, en tanto que al no haberse obligado el promitente a la ejecución de una prestación propia, sino a una prestación ajena, dicha prestación, en lo que respecta a las actividades propias del promitente, sería una prestación vacía.

Así, visto el tema desde esta perspectiva, no repugnaría al Derecho que el promitente, ante el incumplimiento de su promesa, no tenga deber alguno de indemnizar al promisario.

Sin embargo, admitimos que una situación como la descrita resultaría altamente discutible.

Pero la regulación que el Código Peruano ha dado al tema nos releva de tener que plantearnos un supuesto como el que acabamos de anotar, en la medida en que a través del artículo 1470° se establece que el promitente quedará obligado a indemnizar al promisario si es que no se llegara a cumplir lo prometido.

Es más, el artículo 1472° establece que incluso podría pactarse de manera anticipada el monto de dicha indemnización.

Resulta, no obstante, discutible que el artículo 1471° establezca que la indemnización a cargo del promitente tiene carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero. Decimos esto, porque la expresión «sustitutoria» nos hace recordar la mecánica de las obligaciones facultativas, en donde existe una prestación principal y una accesoria, debiendo el deudor cumplir con la prestación principal, pero teniendo la facultad de sustituirla con la accesoria.

Sin embargo, en la obligación facultativa la sustitución a que hemos aludido no opera de manera subsidiaria, ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación principal, pues si la prestación principal fuese nula o imposible de cumplir, la obligación facultativa se extinguiría, aunque la prestación accesoria fuera válida o posible de cumplir (argumento del artículo 1160° del Código Civil peruano).

En la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el deudor no goza de esa facultad de sustitución en el pago, ya que mientras esté vigente el plazo pactado para que se produzca el cumplimiento de la obligación o el hecho del tercero, el promitente no podría liberarse pagando la «indemnización» sustitutoria.

De lo expuesto podemos concluir que la prestación sustitutoria de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, no es una prestación que represente una alternativa para el pago.

Nos queda claro que de no cumplirse la obligación o el hecho del tercero, el promitente deudor deberá pagar la indemnización, como una especie de sanción, no precisamente resarcitoria, como veremos más adelante. Pero también resulta claro que si se incumpliera lo prometido y se pagara la indemnización, el promitente deudor habría

cumplido, pero no aquello que prometió, pues el tercero ni se obligó ni realizó acto alguno.

El promitente paga la prestación indemnizatoria con carácter subsidiario, ya que el Derecho entiende que si él no tenía, dentro de la esfera de sus posibilidades, la de cumplir por sí mismo con aquello que prometió, sino se produce el hecho o la obligación del tercero dicha promesa incumplida (por más que haya implicado una prestación ajena) no podría quedar impune. De ahí que se prevé la referida prestación sustitutoria, que en realidad, como se ha dicho, tiene carácter subsidiario, la misma que sí implica una prestación en sentido estricto, pues puede y debe ser ejecutada por el promitente deudor.

La denominada prestación sustitutoria no tiene carácter indemnizatorio, aunque así la califique el Código Civil, por cuanto entendemos que no está destinada a resarcir daños y perjuicios, sino simplemente a reemplazar la promesa que no se ha podido cumplir.

Por ello, nada tendría de extraño que la denominada prestación sustitutoria de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, consista en bienes distintos al dinero, o, incluso, en prestaciones de diversa naturaleza, ya sean de hacer o de no hacer. Este es, sin duda, otro rasgo importante que distingue a este tipo de obligaciones de aquellas de carácter resarcitorio, las mismas que –por regla general y salvo casos de excepción como los de una cláusula penal– siempre consistirán en dinero.

De lo expuesto también puede deducirse que cuando en virtud de lo establecido por el artículo 1472° del Código peruano se pacta anticipadamente el monto de la indemnización, dicho convenio no tendría la naturaleza jurídica de una cláusula penal, pues su función, igualmente, no sería resarcitoria, sino meramente compensatoria.

Uno de los temas que resulta imprescindible abordar al referirnos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, es el de la responsabilidad por el incumplimiento de dicha promesa.

De acuerdo a los principios generales que inspiran la figura bajo estudio y, en especial, el contenido de los artículos 1470°, 1471° y 1472° del Código Civil, queda claro que es regla general que en caso de incumplimiento de la promesa, el promitente deudor tiene que ejecutar la prestación subsidiaria (mal llamada sustitutoria). Pero lo que no se encuentra explícito es si dicha prestación subsidiaria deba pagarse sea cual fuere la causa que hubiese ocasionado el incumplimiento de la promesa.

Estamos planteando, en buena cuenta, el tema de que una circunstancia no imputable al promitente, sobreviniente a la celebración del contrato, determinase que al tercero le fuese imposible cumplir con el hecho o no pudiera contraer la obligación que constituye el objeto de la promesa.

El doctor Manuel de la Puente y Llavalle¹⁰ sostiene que si este fuere el caso, la obligación principal (vale decir, el cumplimiento de lo prometido) quedaría extinguida por aplicación del artículo 1316º del Código Civil, cuyo principio general es que la obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

Entendemos que estos serían los sanos principios aplicables al caso, pues la promesa debería seguir, si se quiere de manera indirecta, la suerte de la prestación que constituye el objeto de dicha promesa.

Decimos esto, por cuanto la promesa de la obligación o del hecho de un tercero contiene una «prestación» que hemos denominado como «vacía», en el entendido de que en estricto no existe prestación alguna, ya que quien es deudor y promitente no se encuentra obligado a ejecutar ninguna prestación propia.

Ahora bien, teniendo en consideración lo expuesto, resultaría injusto que el promitente tuviera que responder por la imposibilidad de la promesa cuando ella obedeciera a caso fortuito, fuerza mayor o a alguna causa que no fuera imputable al deudor promitente.

Sin embargo, debemos precisar que cuando nos referimos a causa no imputable al deudor promitente, aludimos sólo al hecho de que sin su culpa deviniera en imposible la ejecución de la prestación ajena (por ejemplo, que muriese el tercero antes de vencido el plazo pactado entre promitente y promisorio para que dicho tercero ejecutara el hecho o contrajese la obligación).

En relación al tema de la diligencia ordinaria, debemos expresar que resultará absolutamente indiferente, para estos efectos, si el deudor promitente actuó o no con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

Ello queda claro, en la medida que tal promitente no se ha obligado a la ejecución de un acto propio, de modo que no podría exigírsele que

10 Manuel De la Puente y Llavalle, *El Contrato en general*, Segunda Parte, Tomo VI, pp. 87-88.

actúe con diligencia, cuando ni siquiera está obligado a desplegar actividad alguna, como ya ha sido expresado.

Eso significa que podríamos encontrarnos en el caso extremo de un deudor que realizara todos los actos que se encuentren a su alcance para lograr que se haga efectivo el hecho o la promesa por parte del tercero y si, a pesar de ello, el tercero no cumpliera con el hecho o no contrajera la obligación, el promitente deudor habría incumplido la promesa y, en razón de ello, tendría que ejecutar la prestación de carácter subsidiario.

Ahora bien, más allá de lo expresado en estas páginas, nada impediría que el promitente deudor pactase con el promisorio acreedor que el primero asuma las consecuencias si la prestación objeto de la promesa deviniese en imposible por causa no imputable, incluyendo, por cierto, el caso fortuito o fuerza mayor. Este convenio ampliatorio de responsabilidad sería perfectamente lícito conforme al artículo 1317º del Código Civil.

Para finalizar nuestras apreciaciones sobre la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, debemos subrayar que la importancia de haber abordado este tema se deriva del típico ejemplo del abogado litigante, en la modalidad de aquel que promete a su cliente un «resultado», vale decir, que vencerá en el proceso.

En síntesis, podemos afirmar que en este caso queda claro que los medios y los resultados se confunden, no existiendo distinción o línea divisoria alguna entre ellos, dado que dicho abogado ha prometido a su cliente un hecho que no depende del citado profesional, sino de terceros, esto es de los magistrados que resuelvan la causa.

4. A modo de conclusión

Para concluir con el tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil, como ha podido apreciar el lector, hemos querido exponer la teoría de René Demogue que dio nacimiento a esta materia y luego citar algunas posiciones esbozadas por la doctrina, pero fundamentalmente hemos deseado dejar en claro nuestra tesis adversa a distinguir las obligaciones en aquellas que pudieran ser de medios y otras que pudieran ser calificadas como de resultados.

Para combatir a Demogue hemos recurrido a analizar puntualmente todos los supuestos en que dicho profesor basó su teoría. De ello queda claro que resulta artificiosa la distinción, ya que toda obligación implica necesariamente la existencia de un objeto denominado prestación, la misma que el deudor va a tener que ejecutar a favor del acreedor; y esa prestación –forzosamente– será de dar, de hacer o de no hacer.

Por ello hemos subrayado que la ejecución de las prestaciones no es algo que se origine «por arte de magia», sino que necesariamente implicará la realización de actividades por parte del deudor.

Esas actividades no constituyen otra cosa que la ejecución o pago de una obligación civil. De allí que si la obligación se ejecuta como aspira el Derecho, estaremos en presencia de un cumplimiento idóneo, y, en la medida que el mismo se aleje de dicha idoneidad, entraremos al terreno del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso o, simplemente, habremos llegado al campo de la inejecución total de la obligación.

Es así que la ejecución de una prestación no puede ser vista como medio para cumplir, pues ejecutar una prestación constituye el cumplimiento propiamente dicho de la misma.

En consecuencia, no es que hayan medios y ulteriores resultados. Si se percibe al medio como algo independiente del resultado, llegaríamos al absurdo de sostener que una prestación se cumple o ejecuta (medio) pero no se paga (ausencia de resultado).

El Derecho de Obligaciones se ciñe estrictamente a aquello que ha sido convenido por las partes, de modo tal que no es otro el régimen de cumplimiento.

Sin embargo, al abordar el tema de las mal llamadas obligaciones de medios y de resultados, hemos desarrollado caso por caso el ensayo de Demogue, con el fin de demostrar lo artificioso de esa distinción.

Y también hemos expuesto, con el propósito de evitar malos entendidos, dos puntos que han concitado nuestra particular atención: la obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble cierto y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Ocurre que la obligación de transferir la propiedad de un inmueble cierto, como lo hemos expresado, constituye en el Perú un supuesto excepcional a la regulación común de las obligaciones.

Recuérdese, al respecto, que el artículo 949° del Código nacional establece que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado

hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Esto significa que la obligación de transferir la propiedad, excepcionalmente tiene por objeto una prestación que no va a ser ejecutada por el deudor, sino que la propia ley la da por ejecutada inmediatamente después de haber nacido, prestación *sui generis* (que hasta podríamos denominar «vacía») que constituye una situación atípica con base en razones históricas propias del nacimiento y contexto del Código Civil Francés, las mismas que se instalaron en el Derecho Peruano desde el Código de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

El segundo supuesto de excepción al régimen común de ejecución de las obligaciones que hemos abordado es el relativo a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, materia de la que el Código nacional se ocupa prolijamente –como en su oportunidad lo señalamos– en sus artículos 1470º, 1471º y 1472º.

Dentro del análisis que hemos efectuado sobre la materia, existe un punto que podría llevar al lector a considerar equivocadamente que en este caso podríamos estar ante un supuesto de obligaciones de resultados (por contraposición a las llamadas obligaciones de medios).

Y es que en la promesa de la obligación o del hecho de un tercero el promitente cumple frente al promisario cuando se produce el hecho ajeno o cuando el tercero se obliga. Pero, tanto en uno como en otro caso, el promitente deudor ha prometido algo que él mismo no va a ejecutar y, además, puede decirse con fundamento que ha prometido algo cuya ejecución se encuentra total y absolutamente fuera de su alcance, lo que más allá de razones fácticas se explica objetivamente en no haberse obligado a la ejecución de una prestación propiamente dicha.

Pero en el caso de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero tampoco hay medios ni resultados, en estricto. Únicamente hay cumplimiento con la realización del hecho por parte de una tercera persona o de la naturaleza, o cuando ese tercero contraiga una obligación con el promisario.

Se trata de un apasionante tema que si bien es propio del Derecho de los Contratos, resulta indispensable abordarlo en Derecho de Obligaciones, para salvar cualquier objeción en torno a las supuestas obligaciones de medios y de resultados.

Por lo demás, estos dos casos de excepción (la obligación de transferir propiedad y la promesa) tienen autonomía conceptual propia y

características históricas *sui generis*, que de manera alguna pueden conducirnos a apreciarlos fuera de su contexto o, peor aún, a extraer de ellos conclusiones indebidas.

Como corolario de todo lo expuesto, debemos subrayar que si se aceptaran las diferencias esbozadas por un sector de la doctrina entre obligaciones de medios y de resultados, esto afectaría considerablemente el tema probatorio en caso de inejecución de obligaciones.

Sin embargo, como dicha diferenciación es artificiosa, la prueba debe efectuarse de acuerdo con lo prescrito en el Código Civil peruano de 1984, vale decir que se regirá por lo dispuesto en los artículos 1329°, 1330° y 1331° de dicho cuerpo sustantivo¹¹. En tal sentido, fue claro para el legislador nacional que tal distinción resulta ficticia, razón por la cual no la aceptó.

Lima, septiembre del 2000.

11 Los textos de los referidos numerales son los siguientes:

Artículo 1329°.- «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

Artículo 1330°.- «La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío, o defectuosa».

Artículo 1331°.- «La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

El proceso de codificación del Derecho privado en Perú y Argentina

Atilio Aníbal Alterini
Carlos A. Soto

El proceso de codificación del Derecho privado en Perú y en Argentina se inició en forma paralela durante el siglo XIX.

Ambos países, hermanos en su esencia, tienen, además, un objetivo común que los acerca hoy todavía mucho más: lograr que sus sociedades disfruten de los beneficios que sólo las instituciones coherentes con la realidad y con los principios jurídicos pueden brindar, esto es, el bienestar social.

El fenómeno histórico de la codificación es de suma importancia para entender el proceso jurídico, por lo que realizaremos una breve reseña de este proceso en ambos países.

1. La codificación en el Perú

La codificación civil en el Perú comienza con el gobierno del Libertador Simón Bolívar, cuando en 1825 nombra una Comisión encargada de elaborar los códigos Civil y Criminal presidida por don Manuel Lorenzo de Vidaurre. Lamentablemente, esta Comisión nunca funcionó, pues –según el historiador peruano Jorge Basadre Grohman– el Perú no contaba aún con su Carta Política.

Posteriormente, mediante un Decreto del 22 de octubre de 1831, el Presidente Agustín Gamarra dispuso el establecimiento de una Comisión Codificadora General para que se encargara de elaborar el Código Civil. Ella tampoco funcionó.

La Constitución Política de 1834 estableció, en una de sus disposiciones transitorias, que anualmente la Corte Suprema en la apertura de

sesión debía presentar al Congreso los proyectos de códigos de la legislación nacional, empezando por el Civil. El Presidente de la Corte Suprema don Manuel Lorenzo de Vidaurre asumió la redacción del Código Civil y entre agosto de 1834 y 1836 presentó su proyecto con una exposición de motivos, pero no fue tomado en cuenta.

En el año de 1836 aconteció un hecho histórico en la vida republicana del Perú: los departamentos de Arequipa, Ayacucho, Cusco y Puno se constituyeron en un Estado libre e independiente bajo la denominación de estado Sud-peruano y por decreto del 22 de junio de 1836 adoptaron el Código Civil boliviano, el cual ya se encontraba vigente desde 1830 y era copia fiel del Código Civil francés de 1804. Unos meses después ocurrió otro hecho similar. El 11 de agosto de 1836 se erigieron en el estado Nor-peruano los departamentos de Lima, Libertad, Junín y Amazonas. Ese mismo año, el 28 de octubre, el Mariscal Andrés de Santa Cruz estableció la Confederación Perú-Boliviana, integrada por los estados Nor-peruano, Sur-peruano y Bolivia, y mediante decreto del 1º de noviembre de 1836 dispuso la aplicación de los Códigos bolivianos, con ligeras modificaciones, al Estado Nor-peruano.

Ambos Códigos –Sur-peruano y Nor-peruano–, tuvieron una vida efímera, pues en 1838 el Presidente Luis José Orbegoso los derogó totalmente.

Ante la ausencia de norma civil vigente, nuevamente se aplicó la legislación española que era dispersa y confusa, además de alejada de la realidad sudamericana.

En 1845 el Presidente Ramón Castilla nombró una nueva Comisión Codificadora. Esta Comisión concluyó su trabajo en 1848. Así, el 22 de noviembre de 1850 Ramón Castilla promulgó los Códigos Civil y de Enjuiciamientos Civiles postergando su vigencia por el plazo de siete meses. En este lapso de *vacatio legis* se produjo la transmisión del mando supremo al general José Rufino Echenique, quien en mayo de 1851 solicitó la suspensión de la ley dictada por el Presidente Ramón Castilla. De esta manera, en junio de 1851 se ordenó la suspensión de la entrada en vigencia de ambos códigos y se nombró otra Comisión presidida por el jurista Andrés Martínez –esta Comisión trabajó sobre la base del proyecto de 1847-1848– y por fin el 29 de diciembre de 1851 se promulgaron los Códigos Civil y de Enjuiciamientos Civiles, entrando en vigencia el 29 de julio de 1852. Este Código Civil recibió una marcada influencia del Código Civil francés de 1804.

La gran mayoría de autores se refieren al Código de 1852 como el primer Código Civil peruano, en virtud de su aplicación en toda la República. Sin embargo, si bien este Código tuvo gran importancia en la vida jurídica del Perú, pues estuvo vigente por más de ochenta años, no deben olvidarse los otros tres cuerpos legales reseñados.

Consecuentes con el cambio, los juristas peruanos de la primera etapa del siglo XX no tardaron en redactar otro Código Civil. De esta forma, el 30 de agosto de 1936 promulgaron un nuevo Código Civil y postergaron su vigencia hasta el 14 de noviembre del mismo año. Sus fuentes principales –según las actas de la Comisión– fueron los Códigos Civiles de Francia, Argentina, Alemania, Suiza y Brasil.

Posteriormente, en 1965, la comunidad jurídica peruana propugnó el estudio y revisión del Código Civil de 1936. En esta perspectiva, se creó una Comisión Reformadora que terminó elaborando el actual Código de 1984, constituyendo una fuente importante en su redacción el nuevo Código Civil italiano de 1942. El vigente Código Civil fue promulgado el 24 de julio de 1984 y se encuentra vigente desde el 14 de noviembre del mismo año.

En síntesis, el Perú ha contado con seis códigos civiles todos, excepto uno, vigentes luego de su promulgación.

Sin embargo, con inmediata posterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código Civil de 1984, sus propios autores – entre otros juristas – plantearon la necesidad de reformar algunos de sus artículos e, inclusive algunas de sus instituciones, con la finalidad de corregir o enmendar errores. En realidad, al día siguiente de su promulgación, los autores del Código ya exigían enmiendas, en razón de que la Comisión Revisora del Proyecto modificó (o simplemente no acogió) algunos planteamientos de los juristas integrantes de la Comisión Reformadora. Tal es el caso – por mencionar uno solo – del autor del Libro Primero de Derecho de las Personas del Código Civil, doctor Carlos Fernández Sessarego, quien ha escrito que «[...] la reforma del Libro Primero del Código Civil quedó planteada al día siguiente de su promulgación. Preocupaba [...] que algunos planteamientos del ponente del Libro Primero del Código Civil, no obstante su probada bondad, no fueran acogidos por la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, contrariando la opinión mayoritaria de la doctrina o de la legislación comparada que avalaba tales propuestas».

Vemos en esta actitud que una de las características ejemplares en la comunidad jurídica peruana es su inquietud por el cambio coherente y sistemático. En este sentido, el Perú se encuentra actualmente en un proceso de reforma de sus Códigos Civil y de Comercio.

En la difusión del Código Civil de 1984 y en el planteamiento de reformas urgentes tuvo una destacada participación el doctor Carlos Fernández Sessarego, quien en su condición de Director del Centro de Investigaciones de la Universidad de Lima convocó a partir de 1992 a todos los profesores de derecho civil para trabajar en el estudio y revisión del Código Civil de 1984 con la finalidad de elaborar un Proyecto de enmiendas. Este trabajo culminó en 1994 y en ese año el profesor Fernández Sessarego entregó al entonces Presidente del Congreso Constituyente doctor Carlos Torres y Torres Lara el Proyecto de enmiendas que habían elaborado los juristas convocados. Dicho proyecto se publicó el 07 de enero de 1995 en el Diario Oficial «El Peruano».

Sin lugar a dudas, otro motor que impulsó la reforma del Código Civil de 1984 fue el «gran cambio» cuantitativo y cualitativo de las estructuras económicas, sociales y políticas. Igualmente, en la realidad peruana la estructura jurídica del sistema peruano ha sido objeto de cambios debido a que surgieron nuevas formas de contratación; de un nuevo sistema de contratación: la contratación en masa o predispuesta; la aparición de un nuevo elemento en la sociedad: el consumidor; el actual rol de la empresa en producción y distribución de bienes y servicios; la unificación de las obligaciones y contratos; entre otros temas de gran importancia. Todo ello en adición a las variadas reformas legislativas en distintas áreas del derecho peruano, específicamente desde 1992.

Indiscutiblemente, un hito de enorme importancia en el Perú lo constituye la promulgación de una nueva Constitución Política en 1993, la cual contempla un sistema económico y político distinto y, que en forma expresa rechaza la intervención del Estado en las relaciones contractuales. En efecto, el artículo 62° de la Constitución Política peruana señala:

«La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contrac-

tual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la vía judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente».

Los sucesos señalados motivaron que en el medio político-jurídico peruano se gestara un movimiento destinado a reformar el Código Civil de 1984, a fin de evitar que se convierta en un código de letra muerta.

Somos partidarios de considerar que cuando los presupuestos sociales, económicos, políticos, tecnológicos e ideológicos se transforman, se torna necesaria una reforma de las estructuras jurídicas para evitar el divorcio entre ley y realidad. Es necesario también desechar normas obsoletas, ineficaces e inútiles. Por el contrario, esa realidad debe sustituirse por leyes modernas, vigentes, ágiles y eficaces que brinden seguridad a sus destinatarios, garanticen el libre desenvolvimiento de sus actividades económicas y se conviertan en verdaderos mecanismos de desarrollo y progreso. Negar la necesidad de la reforma equivale a ponernos una venda en los ojos o, como en la alegoría de la caverna de Platón, observaríamos la «realidad» en las sombras que de ella arrojan las instituciones infectadas de dogmatismos caducos, lo que a todas luces no sólo es ineficiente, sino peligroso, ya que crea los tan temidos «mercados negros».

En este orden de ideas no podemos olvidar que la sociedad está en constante evolución y, siendo la codificación el vehículo de manifestación más idóneo del derecho, es necesario un remozamiento, una actualización, una adecuación de las instituciones jurídicas con la realidad.

Para algunos autores, la codificación iniciada con el Emperador Justiniano en su *Corpus Juris Civile* —cuya máxima expresión la constituye el Código Napoleón de 1804— parece haber llegado a su fin debido a la revolución y los cambios ideológicos, a la incesante transformación industrial y la creciente producción en masa. Ciertamente, aunque la respetamos, nosotros no participamos de esta tesis, pues si bien la tecnología —mediante los soportes electrónicos— viene sustituyendo al libro, no es totalmente cierto que con ello se produzca la desaparición de los códigos o cuerpos de leyes sistemáticos.

Por todos los fundamentos indicados, el 22 de noviembre de 1994 el Congreso Constituyente Democrático dictó la Ley N° 26394 creando una Comisión denominada *Comisión especial encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil*. Posteriormente, el 22 de octubre de 1996 el Congreso de la República publicó la Ley N° 26673, reconstituyendo la Comisión de Reforma del Código Civil y ampliando el número de sus miembros.

En la actualidad, los miembros de la Comisión de Reforma del Código Civil son los Congresistas doctores Jorge Muñoz Zíches, Oscar Medelius Rodríguez, Jorge Avendaño Valdez y Lourdes Flores Nano; y los juristas Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda, Carlos Fernández Sessarego, Carlos Cárdenas Quirós, Augusto Ferrero Costa, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Guillermo Velaochaga Miranda y Fernando Vidal Ramírez. La Secretaría Técnica se encuentra a cargo de los doctores Silvana Migliori Figueroa, Fernando Zambrano Ortiz y del suscrito Carlos Alberto Soto Coaguila.

La Comisión eligió como Presidente Honorario a uno de los más representativos juristas del medio peruano, el doctor Manuel de la Puente y Lavalle.

Pese a su corta edad, el Código Civil peruano – según los juristas peruanos – exige una reforma, pero ¿cuáles son las razones para reformarlo?. El Presidente de la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano, doctor Jorge Muñoz Zíches, en el marco del I Congreso Nacional de Derecho Civil sobre la Reforma del Código Civil Peruano planteó las razones que motivaron la necesidad de revisar el Código Civil con la finalidad de proponerle reformas urgentes. Las razones son:

- a) Se han producido diversos avances en la ciencia y en la tecnología como la reproducción humana asistida, la fecundación *in vitro*, el proyecto genoma humano, los trasplantes de órganos, la contratación computarizada, entre otros.
- b) Se han producido diversas modificaciones parciales del Código por medio de otros textos legales.
- c) Resulta necesario adecuar las normas del Código Civil a la Constitución Política de 1993, caracterizada esta última por la relativización y flexibilización de los derechos económicos y sociales, el debilitamiento del Estado en cuanto a su función en la actividad produc-

tiva y el giro de la economía hacia una opción de libre mercado. Igualmente, es imprescindible concordar los postulados de la Constitución de 1993 con las del Código Civil. Un ejemplo es el artículo 62° de nuestra Carta Política que regula lo que en doctrina se conoce como la «santidad de los contratos» en contradicción con el artículo 1355° del Código Civil que permite la intervención del Estado en las relaciones contractuales.

- d) Se han detectado una serie de defectos en las figuras e instituciones del Código.
- e) Existe la necesidad de regular una serie de contratos modernos, que hoy en día son de uso frecuente en nuestro país.
- f) La unificación de las reglas del derecho civil y del derecho comercial en un solo texto de derecho privado, de acuerdo a la nueva tendencia en el derecho moderno. Esta unificación se inició con el Código de 1984, pero no fue completa. La razón de la unificación radica en la imposibilidad teórica y práctica de seguir dividiendo a los actos jurídicos, obligaciones y contratos en civiles y mercantiles. Por lo tanto, se requiere que el Código Civil recoja y regule todas las reglas aplicables a los actos civiles y mercantiles.

Los codificadores peruanos, conscientes de una reforma al Código Civil, se preguntaron si la reforma debía ser total o parcial. Frente a ello, la Comisión Peruana ha decidido no alterar la estructura del actual Código ni reformarlo en su integridad, sino proponer modificaciones necesarias.

Consideramos importante aclarar que las reformas necesarias y urgentes no constituyen simples *maquillajes*, tampoco implican deshacerse del Código Civil de 1984 y elaborar uno nuevo. La decisión de la Comisión de proponer modificaciones urgentes y necesarias al Código Civil de 1984 con el objeto de dotar al Perú de un Código Civil dinámico, funcional y eficaz, es unánime.

En esta medida, somos conscientes de que las instituciones no envejecen, sino que son sus contenidos, funciones y dinámica los que cambian.

Desde su instalación, la Comisión de Reforma del Perú ha desplegado todas sus fuerzas para lograr el objetivo propuesto. En esta perspectiva, ha creado Subcomisiones de trabajo que presentan al pleno de la Comisión propuestas de reforma a introducirse en cada uno de los

Libros del Código Civil, incluyéndose el Título Preliminar o Parte General.

Hasta la fecha se han aprobado las modificaciones al Título Preliminar, al Libro de Derecho de las Personas, al Libro del Acto Jurídico, la Sección de la Parte General de los Contratos y actualmente se vienen aprobando las modificaciones al Libro de los Derechos Reales.

Expresábamos que una de las razones para reformar el Código Civil peruano de 1984 era la tendencia unificadora de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles en razón que es muy complicado –por no decir imposible– distinguir en la práctica unos de otros. En este sentido, la doctrina y la realidad exigen la unificación de ambos textos legales o la incorporación de estas figuras jurídicas a los códigos civiles.

Existen importantes antecedentes legislativos de la unificación civil y comercial. Un reciente proyecto unificador es el Proyecto de Código Civil de Argentina de 1998, pero no es el primer intento de unificar los Códigos Civil y Comercial en Argentina, pues existen otros anteriores; sin embargo, el mencionado proyecto argentino que consta de 2532 artículos es muy novedoso, pues no solo unifica los Códigos Civil y Comercial, sino que incorpora nuevas figuras jurídicas que han venido surgiendo en la vida diaria, como los denominados contratos modernos y la contratación masiva, encontrándose también en este proyecto la Teoría General de Títulos Valores y los Contratos Asociativos.

En el Perú, la corriente unificadora también responde a una necesidad. En efecto, mediante la Ley N° 26595 se creó una Comisión especial encargada de elaborar el proyecto de Código de Comercio. No obstante, esta Comisión fue facultada para presentar un proyecto de Código de Comercio o un texto que lo sustituya.

La Comisión de Reforma del Código de Comercio decidió optar por una técnica legislativa distinta, tomando como sustento de ello la realidad comercial. Recordemos que el vigente Código de Comercio data de 1902 y a los noventa y siete años de vigencia ha sufrido modificaciones sustanciales ocasionando una desmembración de su contenido en leyes especiales, lo cual ha generado que no quede casi nada del texto original del Código. El vetusto Código de Comercio hoy en día ya no tiene sentido y, podríamos afirmar que se encuentra muerto antes de ser derogado.

La decisión de la Comisión de Reforma del Código de Comercio del Perú ha sido la de redactar una Ley marco del empresariado toman-

do como categorías centrales a la empresa y al empresario, que hoy son los ejes de la economía.

Esta ley marco del empresariado intenta ser la base legal de toda la actividad empresarial, comprendiéndose dentro de ésta a la Ley General de Sociedades, la Ley General de Cooperativas, las asociaciones civiles, las fundaciones y otras formas de organización individual o colectiva.

Los trabajos de esta Comisión se han culminado exitosamente y, en el mes de abril de 1999 se ha entregado a la Comisión Permanente del Congreso de la República los anteproyectos de la Ley marco del empresariado, la Ley del Contrato de Seguro y la Ley de la Navegación y el Comercio Marítimo para su aprobación y correspondiente publicación.

Con estas propuestas legislativas se derogarían el Código de Comercio y todo lo relativo a las obligaciones y contratos mercantiles contemplados en el Código de Comercio deberá ser recogido en las reformas al Código Civil de 1984.

El Perú no ha optado por un Código único Civil y Comercial como la Argentina, pues considera que no es necesaria la dación de un nuevo Código de Comercio y menos la fusión de los Códigos Civil y Comercial, basta la incorporación de las obligaciones, actos jurídicos y contratos que regula el Código de Comercio de 1902 al Código Civil peruano. En cuanto a las áreas especiales como el derecho de seguros y el derecho marítimo se ha optado por leyes especiales.

No debemos olvidar que en el Código Civil de 1984 el Perú mercantilizó de alguna manera el viejo tronco del sistema jurídico. El artículo 2112° derogó cinco contratos contenidos en el Código de Comercio: los de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza mercantil. El artículo 1353° sujetó a todos los contratos, inclusive los innominados, a las reglas generales del Código Civil. El artículo 196° presumió la onerosidad de las garantías sobre determinados créditos. El artículo 1055° admitió, junto a la entrega material, la entrega jurídica de la prenda. El artículo 1382° estableció la obligatoriedad de la oferta. El artículo 1758° remitió a la habitualidad del ejercicio profesional en el contrato de prestación de servicios para presumir la aceptación entre ausentes, entre otros temas.

Recientemente, con fecha 19 de octubre de 1999 el Congreso de la República del Perú ha delegado en la Comisión Permanente del Congreso la facultad de aprobar la Ley Marco del Empresariado, la Ley del

Contrato de Seguro y la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, otorgándole al efecto 180 días.

2. Un nuevo código civil para Argentina: el proyecto de 1998

En Argentina, el 25 de setiembre de 1869 se promulgó el Código Civil por Ley N° 340, estableciéndose en esta misma ley «que el Código Civil redactado por el doctor Vélez Sarsfield, regiría desde el 1° de enero de 1871». No tardaron los juristas argentinos en poner en marcha una reforma al Código Civil. Así, en 1926 Juan Antonio Bibiloni preparó el Anteproyecto de 1926 y una Comisión especial redactó el Proyecto de 1936. Pero esas iniciativas no fructificaron, tanto que el profesor Guillermo Borda llegó a decir que se convirtieron en «polvo, ceniza, nada».

En 1950 fue impulsado en Argentina otro proyecto de reformas, que culminó con el Anteproyecto de 1954, obra dirigida por el profesor Jorge Joaquín Llambías, pero fue frustrado enseguida por uno de los tantos episodios de la intolerancia política en este siglo tumultuoso. Ni siquiera fue publicado, sólo circuló entre algunos pocos profesores en una edición limitada y precaria hecha en *rotaprint*, y recién en 1967 la Universidad Nacional de Tucumán le dio difusión con forma de libro.

En materia mercantil, según explica Carlos Torres y Torres Lara, «el comercio varía día a día y las necesidades económicas así lo exigen», pero «no hay tiempo para dictar nuevos Códigos, pues mientras las Comisiones estudian cómo lograr una nueva codificación, el Código sigue siendo modificado por partes». Los Códigos de Comercio, en definitiva, «quedan literalmente descuartizados». En concordancia a ello, en la Introducción a las Notas Explicativas del Proyecto argentino de Código único de 1987 fue señalado que «lo que hoy se conoce como Código de Comercio es, principalmente, la presentación conjunta de una variedad de leyes especiales». Esto sucedió tanto en Argentina como en Perú.

En Argentina se intentó una y otra vez reformar los Códigos del Derecho Privado, con la idea básica de unificarlos y de modernizarlos bajo la forma del denominado Derecho Privado o Derecho Privado Patrimonial. Y es que en el Derecho vivo se ha producido la

comercialización del Derecho Civil -antes bien que la civilización del Derecho Comercial- lo cual deriva de la masificación de la nueva sociedad, todos cuyos integrantes participan en actividades mercantiles. Al respecto señalaba con razón Ripert que una persona que no adquiriera ningún inmueble puede pasar la vida sin acudir a una escribanía, pero no puede dejar de acudir, hasta cotidianamente, a un banco.

Para determinar si la unificación que se ha producido es una tarea útil es necesario explorar si, en un determinado sistema jurídico, se dan los indicadores que destaca Mario Rotondi. Ellos son la incorporación al Código Civil de los principios propios de los contratos comerciales por ejemplo: la doctrina de la apariencia, la fuerza jurídica de los usos, la interpretación conforme a la buena fe-probidad, la mora automática, la cláusula resolutoria tácita, el anatocismo, el sometimiento del concurso de los no comerciantes a igual procedimiento que el aplicado a los comerciantes y la sujeción al juez mercantil. Los particularismos de la legislación de la navegación. La generalización de los títulos valores. Todos esos indicadores se dan claramente en Argentina, en especial porque su Código Civil recogió la mayoría de los principios mercantiles a través de la reforma que le introdujo la Ley N° 17.711 en el año 1968.

En Argentina, en 1986, la Cámara de Diputados de la nación creó una Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial, la cual encomendó la redacción del correspondiente proyecto a una Comisión Especial Honoraria. El Proyecto de Código Único fue sancionado por esa Cámara en 1987, y varios años después por el Senado, que no le introdujo ninguna modificación. Se convirtió así en ley, pero fue íntegramente vetada por el Poder Ejecutivo.

En 1992 la Cámara de Diputados de la nación designó una Comisión Honoraria, que preparó el denominado Proyecto de la Comisión Federal de esa Cámara, sancionándolo en 1993 y remitiéndolo al Senado, pero éste no lo trató. En su redacción fueron tenidos «especialmente en cuenta los proyectos de reforma del Código Civil realizados hasta la fecha, entre ellos el de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987».

También en 1992 el Poder Ejecutivo Nacional designó otra Comisión Honoraria, la cual elaboró el denominado Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional de 1993. Fue enviado al Senado, pero tampoco recibió tratamiento alguno.

Luego, en 1995, el Poder Ejecutivo designó otra Comisión Honoraria, a la que encargó «el estudio de las reformas que considere necesarias a fin de dar conclusión a un texto homogéneo en todo el referido cuerpo legal», a cuyo fin le dio el cometido de «proyectar la unificación del Derecho Privado» y «su reforma y actualización, de manera integral», en consonancia con los dos proyectos de unificación de la legislación civil y comercial de 1993; así como incorporar «las instituciones que se consideren convenientes para acompañar el proceso de modernización que ha emprendido el país», atendiendo a la reforma de la Constitución Nacional de 1994, y a los Tratados con jerarquía constitucional (artículo 75°, inciso 22, Constitución Nacional argentina), en cuanto contienen «disposiciones relativas a materias de los Derechos civil y comercial». El 8 de julio de 1999 el Presidente de la Nación remitió ese proyecto a la Cámara de Diputados, donde actualmente tramita en sede de la Comisión de Legislación General.

Los firmantes de este último proyecto son los profesores doctores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera, Horacio Roitman y el suscrito Atilio Aníbal Alterini, quienes han colaborado conjuntamente con los integrantes de la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano en la elaboración de la obra que presentamos.

¿Qué perspectivas tiene el Proyecto argentino de 1998?. Cualquier observador objetivo puede advertir el alto interés que ha despertado en el breve tiempo transcurrido desde su presentación al Ministerio de Justicia en el mes de diciembre de 1998.

El mayor entusiasmo proviene de los más jóvenes, para quienes resulta intolerable que continúen siendo operativas normas que fueron adecuadas para el siglo XIX, pero que son incompatibles con la reforma constitucional argentina de 1994, con los tratados dotados de jerarquía constitucional, y con las exigencias de la economía de mercado. El Código de Comercio argentino pone todavía el acento en la responsabilidad resultante del transporte en «falúas» y en «canoas» (artículo 206°); el sistema se ocupa del agente (artículo 1151°, Código Civil), quien habría viajado a caballo o en barco, y de la celebración del contrato por correspondencia (nota a los artículos 1150° al 1154°, Código Civil); el Código Civil argentino no menciona a las máquinas ni en el texto ni en las notas del Título en el que trata de los hechos ilícitos, en tanto aplica unos sesenta artículos a regular la administración de la

tutela, y diecisiete a legislar sobre la búsqueda y adquisición de tesoros. El Código de Comercio alude al mensajero (artículo 215°), y asume como novedad tecnológica a la correspondencia telegráfica (artículo 214°; el telégrafo había sido patentado en 1840), porque lo normal en el sistema era comunicarse mediante el correo (artículo 246°), lo cual podía determinar que hubiera demoras notables en la transmisión de la manifestación de la voluntad (artículo 236°).

Todo ello es congruente con la época de sanción del Código Civil argentino: en 1869 no habían luz eléctrica, teléfonos, fonógrafos, lino-tipia, lapiceras fuente, automóviles propulsados a nafta o a diesel, neumáticos de caucho, películas flexibles para fotografía, cine, submarinos; no se cultivaban bacterias; no se conocía la causa de la tuberculosis ni la del tétanos, ni los rayos X, ni los virus filtrables; no había sido fundado el psicoanálisis, ni se había descubierto la radiación del átomo de uranio.

Pero, evidentemente, las cosas han cambiado de modo radical, primero por el auge de la sociedad industrial que los viejos Códigos no tomaron en cuenta y, en la segunda mitad de este siglo, por la irrupción de la era postindustrial o tecnológica, así como por el reciente –pero avasallador– fenómeno de la globalización.

Argentina está en situación de tener un Código Civil moderno, a compás de los tiempos actuales, que sea –además– el primero del siglo XXI. Pero hay que superar escollos importantes, que existen en ese país, pero de ninguna manera son exclusivos ni excluyentes. Es sugestivo que en todo sistema en el que se intenta modificar la legislación aparezca un cortejo más o menos semejante de contradictores.

Están, por una parte, los misoneístas, los que tienen miedo al cambio, algunos de ellos actuando como reformistas en el discurso y como gatopardistas en la acción. Una de sus técnicas es demorar los hechos, sobre lo cual en Argentina hay mala experiencia. El Proyecto de Bibiloni fue analizado durante cuatro años, en especial por la Sección de Derecho Civil del Instituto Argentino de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados –que publicó varios volúmenes con las actas de las deliberaciones– y aunque, como afirmó el profesor Lafaille en un discurso pronunciado en el II Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1939), era en síntesis «el Código puesto al día, según nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia», no recibió siquiera tratamiento legislativo. El Proyecto de Código Único de 1987

estuvo por años en el Senado, opinó quien quiso, pero esa Cámara no le introdujo ninguna modificación.

Están los que sienten afectados sus intereses, porque sus libros perderán actualidad, porque tendrán que seguir estudiando y trabajando, y se resisten entonces al progreso legislativo. Alguien los considera partícipes necesarios de una «conspiración de los editores».

Están los desinformados, que creen que por conocer algunas obras de áreas especiales y la legislación de unos pocos países son expertos en todo, y se sienten habilitados para cuestionar todo.

Están los admiradores del derrumbe, los que tienen como lema «mejor que construir es destruir», a quienes les es indiferente la construcción de un edificio pero quedan extasiados ante su destrucción.

Están los sofistas, que disponen de todo el cortejo imaginable de argumentos falsos. Suelen abusar de la petición de principio, y predicar enfáticamente por su sola voz, sin haber hecho análisis alguno, «esta solución es mala». O utilizan la *mutatio elenchi*, argumentando sobre lo que no está en discusión. O aplican la falsa generalización, extendiendo al todo la crítica a lo singular.

Están también los admiradores del dictador Mustafá Kemal Atatürk, quienes creen que como en Turquía en los años veinte, se puede imponer a la sociedad el Código que se le ocurra a cualquiera; es decir, están los que piensan que sólo es admisible su propio Código, el que a ellos les gusta. Es muy grave que se olviden que un Código de Derecho Privado es un pacto social de la vida ciudadana, un resultado del consenso que atañe al «Derecho común, esto es -diría Alfredo Orgaz-, al Derecho que interesa inmediatamente a la generalidad de los hombres, sin distinciones de actividades y profesiones».

Pero los más temibles son los académicos de los que se ocupó Umberto Eco –en el ensayo «De Pathmos a Salamanca», contenido en su libro *Appocalittici e integrati*–, que actúan en función de Profetas del Apocalipsis, como el sabio de Salamanca. El sabio de Salamanca, profesor en la Universidad homónima a fines del siglo XV, era experto en astronomía y en geografía, y conocía todo lo que enseñaban los textos antiguos acerca del modelo de Ptolomeo. Pero Colón demostró que se podía llegar al Levante por el Poniente, por lo cual perdieron valor los libros de astronomía y de geografía de los que el sabio de Salamanca era el profeta y el difusor autorizado, y los nuevos técnicos de la Tierra vinieron a ser los navegantes, los exploradores, los que tenían capaci-

dad para adaptarse a la nueva visión de las cosas. Frente a esa novedad, al sabio de Salamanca se le presentaron dos alternativas. Una, convertirse en Profeta del Apocalipsis y, sin poder negar que América existía, sostener que su descubrimiento era moral y culturalmente negativo, que era malo que América existiera, que resultarían graves daños para la humanidad, y gritar a la gente «a dónde iremos a parar». Otra alternativa fue convertirse en experto en la nueva realidad, y - textualmente de Eco - seguir siendo «maestro de vida para millares de discípulos».

No hay dudas de que lo deseable es que tales académicos asuman que se han producido transformaciones, y se pongan rápidamente al día, porque - como señalaba Josserand - o el Derecho se adecua a los hechos, o los hechos prescinden del Derecho. Y prescinden también de sus operadores.

De nuevo, por última vez, la misma pregunta: ¿qué perspectivas tiene el proyecto argentino de Código Civil de 1998?. Depende de la racionalidad de los juristas, de la medida en que los legisladores comprendan la realidad social y sus necesidades, del criterio de los intelectuales a los que la comunidad respeta académicamente.

3. El acta de Arequipa

En la ciudad de Arequipa, en el mes de agosto se llevó a cabo el histórico Encuentro de las Comisiones Reformadoras de cuatro países que vienen reformando sus Códigos Civiles, nos referimos a Perú, Argentina, Bolivia y Puerto Rico, quienes se reunieron en el marco del «II Congreso Internacional de Derecho Civil». En este importante evento las cuatro Comisiones referidas suscribieron el 7 de agosto lo que se denominó «El Acta de Arequipa», la que por su importancia transcribimos en el presente trabajo.

«Las Comisiones de Reforma de los Códigos Civiles de Argentina, Bolivia, Perú y Puerto Rico, reunidas en el marco del II Congreso Internacional de Derecho Civil denominado “Encuentro de las Comisiones de Reforma de los Códigos Civiles de Perú y Argentina” y “15 años del Código Civil Peruano y su Proceso de Reforma” en la ciudad de Arequipa - Perú, realizado entre el 04 y 07 de agosto de 1999, declaran:

- I. Que la codificación es el método más adecuado para la expresión del derecho privado, como lo demuestra el vasto movimiento codificador que se aprecia en todos los sistemas jurídicos;
- II. Que la vigencia innegable de ese método exige la puesta al día de los códigos existentes, para adecuarlos a las nuevas realidades sociales, culturales, políticas, económicas y tecnológicas;
- III. Que la internacionalización de las relaciones jurídico-económicas y el proceso de globalización imponen perseguir la armonización de las codificaciones en todo cuanto sea posible, incluso en sus lineamientos generales de técnica legislativa, respetando los particularismos de cada sociedad;
- IV. Que la armonización en sectores relevantes del derecho privado es posible en América Latina, por la pertenencia a la familia romano-germánica, lo que constituye un indudable factor de identidad cultural;
- V. Que la redacción de los nuevos Códigos o la revisión de los existentes, se ha de hacer sobre la base de algunos principios fundamentales:
 - a) Su adecuación a la Constitución de cada Estado y a la eventual pertenencia a comunidades de integración;
 - b) La recepción y regulación de los derechos humanos, de modo que los códigos sigan siendo la fuente mas próxima y efectiva de la protección de la persona;
 - c) La protección de los débiles y el respeto de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre sujetos con equivalente poder de negociación;
 - d) Reformular los principios de la contratación, los procesos de informatización y de circulación de los bienes, para adecuarlos a necesidades modernas y para contemplar instituciones comunes al desarrollo económico de los pueblos, con herramientas dinámicas y actualizadas, todo ello en un marco de equidad;
 - e) El reconocimiento de las nuevas formas de propiedad;
 - f) El establecimiento de un sistema equilibrado de responsabilidad civil;
 - g) El fortalecimiento de la familia;
 - h) El respeto por las minorías;

- i) El reconocimiento de la identidad cultural de las poblaciones indígenas;
- j) El facilitamiento, a través de la legislación interna, de la integración regional.

VI. Que las comisiones de Argentina, Bolivia, Perú y Puerto Rico se comprometen a:

- a) Estar en comunicación permanente para intercambiar opiniones e información;
- b) Propiciar la difusión de sus trabajos;
- c) Recomendar la rápida difusión de sus tareas y la sanción de los códigos o reformas en función de los principios expuestos [...]».

Efectos de la retroactividad en materia de ineficacia de los actos jurídicos

Lizardo Taboada Córdova

Los negocios jurídicos, que en nuestro Código civil son denominados «actos jurídicos», constituyen sin lugar a dudas la especie más importante de hechos jurídicos voluntarios, por cuanto a través de ellos los particulares tienen la posibilidad de satisfacer las múltiples y variadas necesidades en su vida de relación con otros sujetos de derecho. No debe olvidarse sin embargo, que los negocios jurídicos, para ser caracterizados y tutelados como tales, deben estar orientados al logro de funciones socialmente razonables y dignas. Además de ello, los negocios jurídicos deben tener un contenido perfectamente lícito, que no atente contra el orden público, las buenas costumbres, ni las normas imperativas. Por ello, debe quedar claramente establecido que los negocios jurídicos son celebrados para que produzcan válidamente efectos jurídicos, pues si no se llegan a producir los efectos jurídicos, buscados por los sujetos como simples efectos prácticos, no tendría sentido alguno que los sujetos celebraran negocios jurídicos.

Queda evidenciada pues la importancia de la producción de los efectos jurídicos tanto en el campo de los negocios jurídicos como de los contratos, pues lo que distingue un negocio jurídico y contrato válidamente celebrado y eficaz de otro que no lo es, es justamente la producción de los efectos jurídicos, bien se trate de la creación, modificación, regulación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales o extrapatrimoniales. Esto significa entonces que los negocios jurídicos y contratos se celebran para ser eficaces, por cuanto en tanto lo sean, permitirán que los sujetos autorregulen sus intereses privados satisfaciendo sus más variadas y diferentes necesidades.

Sin embargo, sucede en muchos casos que los negocios jurídicos y contratos no son eficaces, pues no llegan en ningún caso a producir efectos jurídicos, o porque los efectos jurídicos que se han producido inicialmente llegan a desaparecer por un evento posterior a la celebración de los mismos. Bajo estos supuestos estamos dentro de lo que se denomina en doctrina «ineficacia» del negocio jurídico o del contrato. Consiguientemente, la categoría genérica que describe todos los supuestos en los cuales los negocios jurídicos y contratos no son eficaces, por no haber producido nunca efectos jurídicos, o por desaparecer posteriormente los efectos jurídicos producidos inicialmente, recibe el nombre genérico de ineficacia. Las razones de la ineficacia son distintas, pero en términos genéricos la ineficacia bien sea esta inicial, o sobreviniente, es consecuencia por regla general del incumplimiento de un requisito de orden legal, bien sea al momento de la celebración del negocio jurídico, o con posterioridad a la misma, que justifique que no se produzcan nunca los efectos jurídicos deseados, o que los efectos jurídicos ya producidos desaparezcan. Sin embargo, por excepción, en algunos casos de ineficacia sobreviniente, la misma puede ser consecuencia no del incumplimiento de un requisito de orden legal, sino de la voluntad de las mismas partes, como sucede en los supuestos de resolución voluntaria. Esto significa que las partes en aplicación del principio de autonomía privada pueden disponer que un negocio jurídico o contrato libremente celebrado por ellas, que ha venido produciendo normal y válidamente todos sus efectos jurídicos, deje de producirlos por resolución voluntaria. Pero, en términos generales, la ineficacia sea inicial o sobreviniente, es siempre producto del incumplimiento de un requisito o aspecto de orden legal.

La ineficacia estructural es aquella que se presenta al momento mismo de la celebración del negocio jurídico, es decir, se trata de un negocio jurídico afectado por una causal de ineficacia desde el momento mismo de su celebración o formación. Sin embargo, no basta que se trate de una causal de ineficacia que se presente al momento de la formación, sino que además de ello es necesario que la causal suponga un defecto en la estructura del negocio jurídico. En otros términos, todos los supuestos de ineficacia estructural, como su propio nombre lo indica claramente, suponen un negocio jurídico mal formado, mal estructurado, con un defecto congénito, de modo tal que se trate de un negocio jurídico con un defecto intrínseco. Debe recordarse que en los

casos de rescisión, que es uno de los supuestos de ineficacia funcional, la causal también es coetánea a la celebración del negocio, pero totalmente ajena a un defecto en su estructura, razón por la cual no se puede confundir la rescisión con los supuestos de ineficacia estructural o invalidez. En tercer lugar, como nota distintiva de la ineficacia estructural o invalidez, debemos señalar que la misma se fundamenta exclusivamente en el principio de legalidad, pues todas las causales de invalidez vienen siempre establecidas por la ley, no puede ser consecuencia del pacto entre las partes. Vale decir, la invalidez no puede ser pactada, no puede ser acordada por las partes que han celebrado un negocio jurídico.

Ahora bien, por el contrario, la ineficacia funcional, a diferencia de la ineficacia estructural o invalidez, supone en todos los casos, un negocio jurídico perfectamente estructurado, en el cual han concurrido todos sus elementos, presupuestos y requisitos de orden legal, sólo que dicho negocio jurídico por un evento ajeno a su estructura debe dejar de producir efectos jurídicos. Y es por ello que se dice que en los supuestos de ineficacia funcional, los negocios jurídicos tienen también un defecto, pero totalmente ajeno a su estructura, no intrínseca, sino extrínseco. Esto significa en consecuencia, que los negocios jurídicos atacados o afectados por causales de ineficacia funcional o sobreviniente, son negocios jurídicos perfectamente bien estructurados y conformados, pues el defecto que se presenta posteriormente es totalmente extraño a la conformación estructural del negocio jurídico.

Del mismo modo, en los supuestos de ineficacia funcional, a diferencia de los supuestos de invalidez, por regla general el defecto se presenta con posterioridad a la celebración o formación del negocio jurídico y es por ello que se habla de ineficacia funcional o sobreviniente, para marcar la diferencia respecto de la ineficacia estructural o invalidez. Sin embargo, esta segunda nota distintiva de la ineficacia funcional no es absoluta, pues no se presenta en todos los supuestos de dicha ineficacia, pues como ya lo hemos mencionado en los casos de rescisión, que es uno de los supuestos de ineficacia funcional, la causa de ineficacia es coetánea a la formación del negocio jurídico. Sin embargo, en la generalidad de los casos, las causales de ineficacia funcional son siempre sobrevinientes a la formación de los negocios jurídicos. Finalmente, a diferencia de la ineficacia estructural, en algunos casos la ineficacia funcional puede ser consecuencia del pacto entre las partes

que han celebrado un negocio jurídico. Se pueden pactar libremente por las partes las causales de ineficacia funcional, en aplicación del principio de autonomía privada, que es el principio directriz en materia de negocios jurídicos y contratos.

Al ser la nulidad y la anulabilidad las únicas categorías de invalidez o ineficacia estructural, resulta claro que las notas comunes a ambas figuras son las tres que caracterizan a la invalidez por contraposición a la ineficacia funcional, es decir, en ambos casos, tanto en los supuestos de nulidad como de anulabilidad, las causales son siempre coetáneas a la celebración del negocio jurídico, estando siempre referidas a un defecto en la estructura del negocio jurídico, no pudiendo en ningún caso ser pactadas pues vienen siempre establecidas por la ley. Sin embargo, existen diferencias muy importantes entre las dos categorías, consecuencia del diferente grado de gravedad que supone la nulidad respecto de la anulabilidad. Así pues la acción para solicitar la declaración judicial de nulidad de un negocio jurídico puede ser interpuesta no sólo por cualquiera de las partes que lo han celebrado, sino también por cualquier tercero, siempre que acredite legítimo interés económico o moral, o por el Ministerio Público. Incluso el juez puede declarar de oficio una nulidad cuando la misma resulte manifiesta, según lo establece claramente el artículo 220° del Código civil peruano.

Por el contrario, la acción judicial para solicitar la anulabilidad del negocio jurídico sólo puede ser interpuesta por la parte perjudicada que ha celebrado el negocio jurídico viciado, en cuyo beneficio la ley establece dicha acción. Esta diferencia, como es evidente, es consecuencia de la diferencia de grado de gravedad que existe entre la nulidad y la anulabilidad, según vimos anteriormente. Tal es la gravedad de la nulidad como sanción del sistema jurídico para los negocios jurídicos defectuosamente conformados o cuyo contenido es ilícito, que la acción judicial para que se declare judicialmente la misma puede interponerla cualquier persona, siempre que acredite legítimo interés para ello, pudiendo solicitarla también el Ministerio Público como defensor de la legalidad, o el juez de oficio cuando la misma resulte manifiesta. Por el contrario, como la causal de anulabilidad sólo atenta contra el interés privado, afectando a una de las partes que ha celebrado el negocio jurídico, el artículo 222° del Código civil cuida bien en señalar que la misma se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.

Ahora bien, como lo veremos inmediatamente después, la acción de anulabilidad no tiene como objetivo que se declare la anulabilidad del negocio jurídico atacado por la causal de anulabilidad, sino que se declare la nulidad del negocio anulable, es decir, afectado por la causal de anulabilidad. Los negocios jurídicos anulables pueden ser declarados judicialmente nulos, en ningún caso podrán ser declarados judicialmente anulables. La razón es muy simple: cuando un negocio afectado por causal de anulabilidad es impugnado por la parte afectada por la causal, que no desea confirmarlo, el juez, en caso de acreditarse la misma, deberá declarar la nulidad del negocio anulable, el cual se considerará nulo desde la fecha de su celebración por efecto de la sentencia que lo declare.

Sin embargo, la diferencia fundamental entre ambas categorías radica en que los actos nulos nacen muertos y por ende no producen ninguno de los efectos jurídicos que tendrían que haber producido. Por el contrario, los actos anulables nacen con vida, pero gravemente enfermos y como tales tienen un doble destino alternativo y excluyente: o son subsanados o convalidados a través de la confirmación, o son declarados judicialmente nulos a través de la acción de anulabilidad. Respecto de los negocios anulables, debemos decir, que a diferencia de los negocios nulos, los mismos nacen produciendo todos sus efectos jurídicos, y los seguirán produciendo normalmente si son confirmados, o dejarán de producirlos si son declarados judicialmente nulos.

Conviene insistir, mientras el negocio nulo nace muerto y por ende en ningún momento produce ninguno de los efectos jurídicos que tendría que haber producido, por haber nacido sin vida, los negocios anulables por el contrario nacen enfermos pero con vida, y por ende produciendo todos sus efectos jurídicos, pero los dejará de producir en caso la parte afectada por la causal de anulabilidad opte por solicitar judicialmente la nulidad del mismo, o los seguirá produciendo normalmente en caso la parte afectada opte por confirmar el acto, es decir, por subsanar el vicio que lo afectaba. Esto significa en consecuencia que el doble destino alternativo y excluyente del negocio anulable depende de la parte afectada por la causal de anulabilidad, que es quien decide la suerte del acto anulable.

A fin de entender el doble destino del acto anulable, es necesario precisar lo siguiente: el objetivo de la acción de anulabilidad, como lo hemos mencionado, no es la declaración judicial de anulabilidad, sino

la declaración judicial de nulidad del negocio anulable, y esto es así por cuanto una de las posibilidades del negocio anulable es justamente la de ser declarado judicialmente nulo como consecuencia de la acción de anulabilidad, previa acreditación de la causal evidentemente.

Ahora bien, como ya hemos indicado, en los casos de negocios anulables confirmados, los efectos jurídicos que ha venido produciendo el acto desde su nacimiento, los seguirá produciendo normalmente justamente por haberse subsanado el vicio que lo afectaba. Por el contrario, en el caso de negocios anulables declarados judicialmente nulos por interposición de la acción de anulabilidad, los efectos que el acto anulable produjo desde su nacimiento, desaparecerán como consecuencia de la sentencia firme que declare la nulidad del negocio anulable. Pero los efectos no desaparecen desde la fecha de expedición de la sentencia hacia delante, sino retroactivamente a la fecha de celebración del negocio jurídico, de modo tal que el acto anulable declarado judicialmente nulo es como si hubiera sido nulo desde siempre, como consecuencia del efecto retroactivo de la sentencia. Esta retroactividad del efecto jurídico, denominada retroactividad obligacional, viene establecida en forma clara por el artículo 222° del Código civil, cuando dispone que el acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.

De esta forma se entiende, ahora sí, con claridad el doble destino alternativo del negocio anulable, el cual precisamos de la siguiente manera: el acto anulable nace con vida produciendo todos sus efectos jurídicos, pero por haber nacido con una enfermedad grave tiene un doble destino alternativo y excluyente: o es subsanado o convalidado por la confirmación en cuyo caso seguirá produciendo normalmente todos sus efectos jurídicos, o por el contrario es declarado judicialmente nulo como consecuencia de la interposición de la acción de anulabilidad, en cuyo caso los efectos jurídicos que produjo desaparecerán retroactivamente a la fecha de celebración del acto. Como es evidente, para poder entender a profundidad esta diferencia ha sido necesario precisar el objetivo de la acción de anulabilidad y el efecto retroactivo de la sentencia que declara la nulidad del acto anulable. Por el contrario, el acto nulo nace sin vida y en ningún caso puede producir ninguno de los efectos jurídicos que tendría que haber producido.

La nulidad opera de pleno derecho, siendo por tanto la sentencia que declare judicialmente la nulidad de un acto afectado por causal de

nulidad, meramente declarativa, al limitarse a constatar que se presentó y operó la causal de nulidad y que el negocio jurídico nació muerto sin producir ninguno de sus efectos jurídicos. Por el contrario, la sentencia que declara judicialmente la nulidad de un negocio jurídico atacado por una causal de anulabilidad no es declarativa, sino constitutiva, por cuanto la nulidad del acto anulable no opera *ipso iure* o de pleno derecho, sino que se constituye recién por la sentencia que la declara. Sobre este aspecto que es fundamental para entender cabalmente la diferencia entre nulidad y anulabilidad, debe precisarse lo siguiente: si bien es cierto que la nulidad opera de pleno derecho, sin necesidad de sentencia alguna, es conveniente para efectos prácticos contar con una sentencia que declare judicialmente la nulidad, a fin de tutelar fundamentalmente a los terceros de la apariencia de validez de un acto nulo. Por el contrario, la única forma en que un acto anulable será considerado nulo desde la fecha de su celebración es por efecto de la sentencia que declare dicha nulidad y es por ello que se dice que en materia de anulabilidad la sentencia que declara su nulidad es constitutiva.

Pues bien, habiendo precisado la diferencia fundamental que existe entre la nulidad y la anulabilidad respecto de sus efectos, debemos ahora precisar si los terceros que hubieren adquirido aparentemente derechos de la celebración de un acto nulo, se encuentran o no protegidos legalmente en el sistema jurídico peruano. Es decir, sabiendo ya que los actos nulos son aquellos que nunca producen efectos jurídicos, pues nacen muertos, debemos preguntarnos sobre la situación de los terceros que hubieren adquirido derechos aparentemente derivados de la celebración de un acto jurídico nulo por estar afectado por una causal de nulidad. En efecto, si se dice y como sucede en efecto en el ordenamiento jurídico peruano, que los actos nulos no producen ninguno de los efectos jurídicos que tendrían que haber producido, resultara evidente por consecuencia lógica que los actos nulos no producen efectos jurídicos de ninguna clase, tanto entre las partes como respecto de los terceros. En otras palabras, nadie, ni las partes ni ningún tercero podrían reclamar un derecho como consecuencia de la celebración de un acto jurídico nulo, por la simple razón que los actos nulos han nacido muertos, sin producir ninguno de sus efectos jurídicos. Consiguientemente las partes no quedarán vinculadas legalmente, y por ende ningún tercero podrá reclamar un derecho derivado de la celebración de dicho acto jurídico.

Sin embargo, el Código civil peruano no se pronuncia sobre este aspecto, es decir, no existe ninguna norma jurídica que establezca si los terceros pueden o no derivar algún derecho como consecuencia de la celebración de los actos afectados por una causal de nulidad, de aquellas contempladas en el artículo 219° del mismo Código civil. En efecto, el artículo 220° se limita a señalar «que la nulidad a que se refiere el artículo 219° puede ser alegada por quienes tengan interés o por el ministerio público y que puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. Señalándose finalmente que no puede subsanarse por la confirmación.

No obstante lo cual, podría entenderse que la referencia a este aspecto sobre la protección o no de los terceros en materia de nulidad sería absolutamente innecesaria, en la medida que se sabe que los actos nulos no producen nunca ningún efecto jurídico, ni entre las partes ni respecto de los terceros. En efecto, desde nuestro punto de vista la referencia a la protección de los terceros en materia de nulidad de los actos jurídicos en el Código civil peruano deviene en innecesaria, por cuanto si los actos nulos no producen nunca ninguno de los efectos jurídicos que tendrían que haber producido, resulta evidente que nadie podrá reclamar un derecho derivado de la celebración de un acto jurídico nulo, ni las partes, menos aún los terceros, por mas que hubieren actuado con buena fe. Desde nuestro punto de vista proteger a los terceros en materia de actos nulos, sería una contradicción respecto al enunciado del mismo artículo 220°.

Por ello, desde nuestro punto de vista, los terceros no pueden derivar o reclamar ningún derecho de la celebración de los actos nulos, por cuanto ello implicaría contradecir el principio fundamental en materia de nulidad, según el cual los actos nulos nacen muertos y no pueden producir ningún efecto jurídico. Y es por esta razón que desde nuestro punto de vista no existe ninguna norma que en el Título IX del Libro II del Código civil, dedicado a la nulidad del acto jurídico, permita afirmar que los terceros pueden ser protegidos en materia de nulidad, derivando algún derecho de la celebración de un acto jurídico afectado por una causal de nulidad. En nuestro concepto la lógica del sistema jurídico sobre nulidad de los actos jurídicos es que los mismos no produzcan nunca efectos jurídicos, no mereciendo los terceros ningún tipo de tutela especial. En otros términos, según nuestro punto de vista la posición del Código civil peruano es que los terceros no pueden recla-

mar o derivar derechos de la celebración de actos jurídicos nulos y es por esa razón que no existe ninguna norma sobre protección de los terceros en esta materia en el Título IX dedicado a la nulidad del acto jurídico.

Por esta misma razón, pensamos que no se pueden invocar razones de aplicación de principios generales del derecho en esta materia, o fundamentos en razones de justicia o equidad. Sin embargo, así como pensamos que en materia de nulidad los terceros no se encuentran protegidos, debemos señalar en forma categórica que la no protección de los terceros es la regla general, pues en el propio Código civil, en el mismo Libro II sobre el acto jurídico, en otro título, existe un supuesto específico de protección a los terceros de buena fe en materia de una causal específica de nulidad de los actos jurídicos. Nos referimos al supuesto específico de la nulidad por simulación de los actos jurídicos. Por ello, es necesario desde este momento, examinar el fenómeno de la simulación y su regulación en el Código civil peruano, a fin de abordar la problemática que nos ocupa sobre la protección de los terceros en materia de nulidad de los actos jurídicos. Para ello será necesario referirnos al inciso quinto del artículo 219° antes mencionado.

Según el inciso 5 del artículo 219° el acto jurídico será nulo cuando adolezca de simulación absoluta. Como es sabido, para la casi totalidad de los civilistas la simulación no consiste sino en un caso de discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna, realizada de común acuerdo entre las partes contratantes, a través del acuerdo simulatorio, con el fin de engañar a los terceros. En forma unánime la doctrina distingue dos clases de simulación: la simulación absoluta en que existe un solo negocio jurídico denominado «simulado», y la simulación relativa en que detrás del negocio simulado permanece oculto un verdadero negocio jurídico que se denomina «disimulado». Tanto en el supuesto de la simulación absoluta como en el de la relativa el negocio jurídico simulado es siempre nulo, por cuanto no contiene la verdadera voluntad de las partes contratantes, mientras que en la simulación relativa el acto disimulado, en la medida en que contenga todos sus requisitos de sustancia y forma, será siempre válido por ser un negocio jurídico verdadero y real que contiene la auténtica voluntad de las partes contratantes.

Siendo esto así, resulta incongruente que el inciso 5 del artículo 219°, sancione con nulidad únicamente al acto jurídico simulado en la

simulación absoluta, por cuanto como ya lo hemos expresado el negocio jurídico simulado es nulo tanto en la simulación absoluta como en la relativa. El Código civil ha debido señalar únicamente que el acto jurídico será nulo cuando sea simulado, pues de esta forma hubiera quedado perfectamente establecida la nulidad del acto simulado o aparente en cualquier supuesto de simulación.

En la simulación absoluta es claro que nos encontramos frente a un supuesto de nulidad, por no existir voluntad real de las partes de celebrar ningún negocio jurídico, sino únicamente el de aparentar la celebración de uno, según lo dispone claramente el artículo 190° del Código civil, cuando dice «por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo». Por el contrario, en los supuestos de simulación relativa se celebran dos negocios jurídicos: el simulado o aparente que las partes saben que es falso pues no corresponde a su voluntad real y el disimulado que es verdadero y que las partes han querido celebrar realmente, sólo que ocultándolo a los terceros bajo la fachada del acto simulado o aparente.

Como es evidente, en las hipótesis de simulación relativa el acto simulado es nulo por ser aparente, al no corresponder a la voluntad real de las partes, mientras que el acto disimulado es válido, por ser verdadero y corresponder a la verdadera voluntad de las partes, pero siempre y cuando concurren sus requisitos de sustancia y forma y no se perjudique el derecho de terceros, según lo establece claramente el artículo 191° del Código civil, cuando señala «cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercer».

Como se podrá comprender, el acto ocultado o acto disimulado por ser verdadero en principio es válido, pero siempre y cuando concurren sus requisitos de sustancia y forma, es decir, siempre y cuando concurren todos los aspectos de su estructura, y es por eso que el artículo 191° dice «tiene efecto entre ellas». De esta manera, resulta evidente, que en los casos de simulación absoluta, el único acto que han celebrado las partes que es simulado, por no corresponder a su verdadera voluntad, es nulo. Del mismo modo, en el caso de la simulación relativa, el acto simulado o aparente, que las partes usan como fachada para ocultar el acto jurídico verdadero que permanece disimulado y ocultado a los terceros, es también nulo por no corresponder a la vo-

luntad real de las partes. Por el contrario, el acto ocultado o disimulado, llamado también acto real, por ser verdadero, será válido, siempre y cuando concurren sus requisitos de contenido y formalidad y no se perjudique el derecho de los terceros. En tal sentido, no puede haber duda alguna que en materia de simulación son nulos los actos simulados, bien se trate de la simulación absoluta como de la simulación relativa. Y es por ello, que desde nuestro punto de vista, es incorrecta la referencia que hace el inciso en cuestión únicamente a la simulación absoluta. No debe quedar duda alguna sobre la nulidad de los actos simulados en la simulación relativa, según fluye con total claridad del artículo 191°, que define el fenómeno de la simulación relativa, en la que existen dos actos jurídicos: el simulado y el disimulado.

El mismo Código civil se refiere a la simulación relativa en el artículo 221° dedicado a las causales de anulabilidad. Pues bien, la causal de anulabilidad contemplada en el tercer inciso del artículo 221° hace referencia al acto disimulado en los supuestos de simulación relativa, cuando el mismo, reuniendo todos sus requisitos de sustancia y forma, perjudica sin embargo el derecho de tercero. Esto significa en consecuencia que esta causal de anulabilidad sólo está referida al acto disimulado u ocultado, no al acto simulado el cual es nulo por no corresponder a la voluntad real de las partes. Pero se refiere al acto disimulado solamente cuando el mismo perjudica el derecho de tercero, en cuyo caso será anulable. Si el acto disimulado carece de algún requisito de sustancia o formalidad, como cualquier otro negocio jurídico celebrado verdaderamente, será nulo por falta de un aspecto de su estructura. Por lo tanto la causal de anulabilidad que estamos comentando, solamente se refiere al supuesto en el cual el acto disimulado perjudique el derecho de tercero. Es decir, los actos disimulados que en principio son válidos, serán anulables cuando perjudiquen los derechos de los terceros.

Si se observa con atención la norma del tercer inciso en comentario no hace referencia a los actos simulados, sino únicamente a los actos disimulados, que son verdaderos, y en tal sentido la norma no está referida a la protección de los terceros como consecuencia de la celebración de actos nulos, sino a la protección de los terceros como consecuencia de actos válidos que se ocultan bajo actos aparentes o simulados, que es justamente la característica fundamental de la simulación relativa, a diferencia de la simulación absoluta. Sin embargo, existe una

norma en el mismo Título VI sobre simulación del acto jurídico, que sí hace referencia directa al tema que nos ocupa sobre la protección a los terceros como consecuencia de la celebración de actos jurídicos afectados por causal de nulidad. Nos referimos al artículo 194° del mismo Código civil, cuyo texto señala lo siguiente: «La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente».

En efecto, el artículo 194° del Código civil tutela en forma directa y específica a los terceros en materia de nulidad por simulación, y es por ello que dice que la simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso hubiere adquirido derechos del titular aparente. Sin embargo, se trata de un supuesto específico de protección de los terceros para la causal de nulidad referida a la simulación, y no así para las otras causales de nulidad contempladas en el artículo 219° del Código civil. Más aún, se exige que el tercero hubiere actuado a título oneroso y con buena fe, pues caso contrario el tercero no será protegido y no podrá conservar ningún derecho que hubiere adquirido del titular aparente.

Hace bien el Código civil cuando se refiere al titular aparente, pues como ya hemos visto los actos nulos no producen ningún efecto jurídico y por ende no existe titular de ninguna clase. Sin embargo, en el caso particular de la simulación, los titulares de derechos serán aparentes, pues no se olvide que el objetivo de la simulación es aparentar o hacer creer a los terceros que los actos jurídicos simulados, son verdaderos y por ende han producido efectos jurídicos. En tal sentido, está plenamente justificada la expresión titular aparente.

Si se observa bien, en este caso particular, la protección al tercero de buena fe que actúa a título oneroso, es consecuencia de que el tercero ha confiado en la apariencia creada por las partes que han celebrado el acto jurídico simulado y en tal sentido sería totalmente injusto no proteger a los terceros que por haber confiado han creído en la apariencia. Sin embargo, la lógica de esta especial protección a los terceros no es una regla general, sino que se fundamenta en la necesidad de tutelar las apariencias cuando los terceros han confiado en ellas por haber actuado de buena fe.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, la protección que se le concede al tercero en el supuesto especial de la simulación, es una regla

excepcional, que demuestra que la regla general es justamente la no protección de los terceros, aún cuando hubieren actuado de buena fe.

No podemos interpretar el artículo 194° como referido a una regla general de protección de los terceros de buena fe a título oneroso en cualquier supuesto de causal de nulidad de los actos jurídicos. Pensamos que si la intención del legislador hubiera sido tutelar al tercero en todos los casos, ello se hubiera consagrado como regla general en algún artículo del Código civil. Sin embargo, en el artículo 220° que establece las características de los actos nulos, no se hace ninguna referencia a la protección de los terceros como regla general para cualquier causal de nulidad. Solamente existe el artículo 194° para el caso particular de la simulación, fundamentado en la necesidad de proteger a los terceros que han confiado en las apariencias, cuando la intención de las partes contratantes es el celebrar un acto jurídico aparente, a fin de engañar a los terceros, en cuyo caso no se encuentra justificado dejarlos sin protección, cuando por haber actuado de buena fe han confiado en la apariencia. Esta regla especial es pues una aplicación de la teoría de la confianza en materia de simulación de los actos jurídicos. Sin embargo, insistimos, no se puede interpretar por extensión o en forma analógica como referida a cualquier otra causal de nulidad de los actos jurídicos.

Ahora bien, en el caso de los actos anulables declarados judicialmente nulos por haber interpuesto la parte perjudicada por la causal de anulabilidad, la acción de anulabilidad, la situación es exactamente la misma. No existe en el Código civil peruano ninguna norma que haga referencia a una protección a los terceros de buena fe y a título oneroso. Por el contrario el artículo 222° que establece las características de los actos anulables se limita a decir que el acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Y que esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.

Como ya lo hemos comentado anteriormente, la diferencia fundamental entre la nulidad y la anulabilidad radica en que los actos nulos nacen muertos y por ende no producen ninguno de los efectos jurídicos que tendrían que haber producido. Por el contrario, los actos anulables nacen con vida, pero gravemente enfermos y como tales tienen un doble destino alternativo y excluyente: o son subsanados o convalidados a través de la confirmación, o son declarados judicialmente nulos a través de la acción de anulabilidad. Los negocios anulables,

debemos decir, que a diferencia de los negocios nulos, los mismos nacen produciendo todos sus efectos jurídicos, y los seguirán produciendo normalmente si son confirmados, o dejarán de producirlos si son declarados judicialmente nulos.

Conviene insistir, mientras el negocio nulo nace muerto y por ende en ningún momento produce ninguno de los efectos jurídicos que tendría que haber producido, por haber nacido sin vida, los negocios anulables por el contrario nacen enfermos pero con vida, y por ende produciendo todos sus efectos jurídicos, pero los dejará de producir en caso la parte afectada por la causal de anulabilidad opte por solicitar judicialmente la nulidad del mismo, o los seguirá produciendo normalmente en caso la parte afectada opte por confirmar el acto, es decir, por subsanar el vicio que lo afectaba. Esto significa en consecuencia, que el doble destino alternativo y excluyente del negocio anulable depende de la parte afectada por la causal de anulabilidad, que es quien decide la suerte del acto anulable.

A fin de entender el doble destino del acto anulable, es necesario precisar lo siguiente: el objetivo de la acción de anulabilidad, como lo hemos mencionado, no es la declaración judicial de anulabilidad, sino la declaración judicial de nulidad del negocio anulable, y esto es así por cuanto una de las posibilidades del negocio anulable es justamente la de ser declarado judicialmente nulo como consecuencia de la acción de anulabilidad, previa acreditación de la causal evidentemente.

Ahora bien, como ya hemos indicado, en los casos de negocios anulables confirmados, los efectos jurídicos que ha venido produciendo el acto desde su nacimiento, los seguirá produciendo normalmente justamente por haberse subsanado el vicio que lo afectaba.

Por el contrario, en el caso de negocios anulables declarados judicialmente nulos por interposición de la acción de anulabilidad, los efectos que el acto anulable produjo desde su nacimiento, desaparecerán como consecuencia de la sentencia firme que declare la nulidad del negocio anulable. Pero los efectos no desaparecen desde la fecha de expedición de la sentencia hacia delante, sino retroactivamente a la fecha de celebración del negocio jurídico, de modo tal que el acto anulable declarado judicialmente nulo es como si hubiera sido nulo desde siempre, como consecuencia del efecto retroactivo de la sentencia. Esta retroactividad del efecto jurídico, denominada retroactividad obligacional, viene establecida en forma clara por el artículo 222° del

Código civil, cuando dispone que el acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.

De esta forma se entiende, ahora sí, con claridad, el doble destino alternativo del negocio anulable, el cual precisamos de la siguiente manera: el acto anulable nace con vida produciendo todos sus efectos jurídicos, pero por haber nacido con una enfermedad grave tiene un doble destino alternativo y excluyente: o es subsanado o convalidado por la confirmación en cuyo caso seguirá produciendo normalmente todos sus efectos jurídicos, o por el contrario es declarado judicialmente nulo como consecuencia de la interposición de la acción de anulabilidad, en cuyo caso los efectos jurídicos que produjo desaparecerán retroactivamente a la fecha de celebración del acto.

Ahora bien, como en el caso específico de los actos anulables declarados judicialmente nulos, los efectos jurídicos se han producido normalmente desde la fecha misma de celebración del acto jurídico, desapareciendo luego posteriormente como consecuencia del efecto retroactivo de la sentencia que declaró su nulidad, resulta más problemático el tema de la protección de los derechos de los terceros de buena fe y a título oneroso. En efecto, en el caso de los actos afectados por causal de nulidad, es claro y evidente que el acto nunca llegó a producir efectos jurídicos ni entre las partes, ni respecto de los terceros. Sin embargo, en el caso de los actos afectados por causal de anulabilidad, los mismos desde la fecha de su celebración, han producido la totalidad de sus efectos jurídicos, y los han continuado produciendo hasta el momento mismo que se hubiera expedido la sentencia consentida o ejecutoriada que declaró la nulidad del acto anulable. Como es evidente, en estos casos, la problemática sobre la tutela de los terceros es más significativa desde el momento mismo que el acto ha producido todos sus efectos jurídicos, en cuyo caso los terceros habrían adquirido o derivado derechos de titulares legítimos, perfectamente justificados, no de titulares inexistentes o aparentes. Pero sin embargo, una vez declarada judicialmente la nulidad del acto anulable, como la misma opera retroactivamente a la fecha de celebración del acto anulable, en vista que el artículo 222° señala en forma enfática que el acto anulable es nulo desde la fecha de su celebración por efecto de la sentencia que lo declare, jurídicamente los efectos jurídicos producidos normalmente desaparecerían también retroactivamente por el efecto retroactivo de la sentencia que declaró la nulidad. En este sentido, los terceros estarían

siendo desprotegidos, a pesar de haber estado legitimados en un primer momento por haber derivado o adquirido derechos del titular legítimo.

Sin embargo, el artículo 222° no contiene ninguna referencia a la protección de los terceros de buena fe y a título oneroso, limitándose a señalar que el acto anulable es nulo desde su celebración por efecto de la sentencia que lo declare. Desde nuestro punto de vista, al decirse que el acto anulable es nulo desde su celebración, se está diciendo que los efectos jurídicos producidos, desaparecen también, como si nunca se hubieran producido. En nuestro concepto, la protección del tercero, en este caso específico, implicaría también una contradicción con el sistema del Código civil peruano, que ha consagrado la fórmula legal según la cual los actos anulables son nulos desde la fecha de su celebración. Lo que significa que los actos anulables, una vez que han sido declarados judicialmente nulos, no deben tampoco producir ningún efecto jurídico, como sucede con los actos nulos de pleno derecho por estar atacados por una causal de nulidad del artículo 219°. En otras palabras, si los actos anulables son nulos desde la fecha de su celebración, no pueden haber producido nunca efectos jurídicos válidos, y todos los que hubieran producido hasta el momento mismo de la declaración judicial de nulidad, deben desaparecer retroactivamente, es decir, debe entenderse que nunca existieron. Como es evidente, esta regla que identifica los efectos de los actos nulos con aquellos de los actos anulables declarados judicialmente nulos, implica igualmente la no protección de los derechos de los terceros, como sucede en el caso de los actos nulos, a pesar que los terceros inicialmente adquirieron derechos legítimamente de sus titulares legítimos.

Por todo lo expuesto, resulta claro que no se puede afirmar que el sistema jurídico peruano tutele los derechos de los terceros en materia de nulidad y de anulabilidad, pues el sistema apunta a que los actos nulos nunca puedan producir efectos jurídicos y a que los actos anulables se consideren nulos desde la fecha de su celebración por efecto de la sentencia que declare su nulidad. No existe ninguna regla legal que autorice esta protección a los terceros en materia de ineficacia estructural. La regla del artículo 194° del Código civil sólo se aplica al supuesto de la nulidad por simulación y no se puede aplicar por extensión o por analogía a ningún otro supuesto de nulidad, menos aun a los supuestos de anulabilidad.

Evidentemente, nuestro punto de vista se basa en la regulación actual del Código civil peruano. Sin embargo, pensamos que en materia de anulabilidad, lo más justo sería tutelar a los terceros de buena fe y a título oneroso y en tal sentido pensamos que el Código civil actual en este punto debe ser modificado.

Por el contrario, en materia de ineficacia funcional, en el caso específico de resolución y rescisión, los derechos de los terceros son protegidos por disposición expresa de la ley, según lo establece el artículo 1372° del Código civil en forma categórica y rotunda.

De esta manera, llegamos a una diferencia adicional entre las categorías de la ineficacia funcional y la ineficacia estructural o invalidez, que enunciamos finalmente de la siguiente manera: en materia de invalidez no se protege el derecho de los terceros de buena fe, salvo el caso específico de la simulación según lo dispone claramente el artículo 194°. Por el contrario en materia de ineficacia funcional, en los casos más importantes y específicos de resolución y rescisión, se protege por expresa disposición de la ley los derechos de los terceros adquiridos de buena fe. Mas aún, esta protección expresa y directa a los terceros de buena fe en el caso de la ineficacia funcional, nos demuestra claramente que esa protección no existe como regla general para los supuestos de ineficacia estructural, por cuanto la protección a los terceros por razones de seguridad jurídica, exige siempre una disposición legal, no pudiendo invocarse por razones de justicia o equidad principios generales del derecho. Por ser la tutela de los terceros un tema de trascendental importancia exige siempre una expresa disposición legal, como presenta nuestro Código civil en materia de simulación, de resolución y de rescisión. Esta protección del derecho de los terceros que requiere siempre una expresa disposición legal se manifiesta también en otras normas tales como el 1313°, referido a la resolución voluntaria de común acuerdo, llamada mutuo disenso y en el caso específico del fraude del acto jurídico, según lo prescribe el artículo 197°, cuando señala que la declaración de ineficacia del acto como consecuencia de la acción pauliana o revocatoria no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe.

En conclusión, la protección al tercero de buena fe y a título oneroso, requiere siempre de una expresa disposición legal, y se plantea en el sistema jurídico nacional solo en el caso específico de los supuestos de ineficacia funcional, no así en los supuestos de ineficacia estructural o invalidez, salvo el caso particular de la simulación.

La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales

Juan Espinoza Espinoza

A la memoria de Roberto López Cabana, cuya repentina y sentida desaparición dentro de la gran familia de juristas latinoamericanos, me hace evocar parte la letra de una de las canciones que han compuesto Fito Páez y Joaquín Sabina:

«Parece que fue ayer cuando se fue
al barrio que hay detrás de las estrellas,
la muerte, que es celosa y es mujer,
se encaprichó con él
y lo llevó a dormir siempre con ella».

Introducción

La actividad del profesional, útil y necesaria para el desarrollo de la sociedad, loada en unos casos, satirizada en otros (como nos sucede a los abogados), se ha convertido en fuente de responsabilidad penal, civil y administrativa cuando, en el ejercicio de la misma, se ocasionan daños. En efecto, la «provincia» de la responsabilidad civil ha asimilado este supuesto de hecho que, en otra época, gozaba de plena inmunidad. La evolución de las relaciones sociales ha hecho que el profesional, quien inicialmente era una persona muy cercana a la familia que lo requería, como el médico (y de ahí la expresión «médico de cabecera»), ha pasado a ser un prestador de servicios¹ y, por consiguiente, el tra-

¹ Así, «la sociedad de personas ha sido sustituida, en buena medida, por la sociedad de masas y, como una consecuencia, la medicina personalizada ha dejado paso a

DIFERENCIAS ENTRE LAS (DENOMINADAS) RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y LA EXTRA CONTRACTUAL

	CONTRACTUAL	EXTRA CONTRACTUAL
Factores de atribución	Subjetivo (Art. 1321° c.c.) Dolo, culpa inexcusable o culpa leve (Art. 1314° c.c.) Objetivo (Art. 1315° c.c.) Caso fortuito o fuerza mayor	Subjetivo (Art. 1969° c.c.) Dolo o culpa Objetivo (Art. 1970° c.c.) Bien o ejercicio de una actividad riesgosos o peligrosos
Graduación de la culpa	Culpa inexcusable «negligencia grave» (Art. 1319° c.c.) Culpa leve «omisión de diligencia ordinaria» (Art. 1320° c.c.)	Culpa (Art. 1969° c.c.)
Relación de causalidad	Causa próxima «consecuencia inmediata y directa» (Art. 1321° c.c.)	Causa adecuada (Art. 1985° c.c.)
Carga de la prueba	Dañado debe probar dolo o culpa inexcusable (Art. 1330° c.c.) Se presume la culpa leve (Art. 1329°)	Se presume el dolo (<i>sic</i>) y la culpa (Art. 1969° c.c.) El descargo corresponde al dañante
Intervención de terceros	El deudor responde de los actos dolosos o culposos del tercero del cual se vale. Salvo pacto en contrario (Art. 1325° c.c.)	Se establece la responsabilidad solidaria entre el principal y el que actúa bajo sus órdenes (Art. 1981° c.c.)
Daños resarcibles	Daño emergente, lucro cesante (Art. 1321° c.c.) y daño moral (Art. 1322° c.c.)	Las consecuencias que derivan (daño emergente), lucro cesante, daño a la persona y daño moral (Art. 1985° c.c.)
Prescripción	10 años (Art. 2001°, inc. 1)	2 años (Art. 2001°, inc. 1)

tamiento que se le brinda ha saltado de un estrecho contacto social a una relación contractual de la que se derivan una serie de derechos y obligaciones y en el caso de incumplimiento, surge el derecho del usuario a obtener una reparación por los daños ocasionados.

Con acierto se advierte que «en la realidad profesional actual, como consecuencia de la interacción de factores diversos [...], como el surgimiento de nuevos tipos profesionales y la siempre más marcada especialización al interior de estos tipos, se advierte la necesidad de una definición de los roles profesionales que induzca a mirar no sólo al «profesional», tal como había sido tratado por la tradición del ochocientos, sino a los particulares tipos profesionales: desde el ingeniero al médico, desde el arquitecto al psicólogo, desde el abogado al revisor de cuentas, desde el notario hasta el asesor de trabajo. Tal fenómeno de fragmentación de la figura del «profesional» en los diferentes tipos profesionales, que inevitablemente reclama la especificidad de las diversas realidades profesionales ya existentes o emergentes, lleva inevitablemente consigo una suerte de sectorialización de las individuales responsabilidades al interior de las competencias específicas. Ello se deberá tener en cuenta en la reconstrucción de las orientaciones jurisprudenciales, con la finalidad de individualizar las reglas elaboradas y ejecutadas por nuestros jueces al respecto de cada tipo profesional»².

Sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del profesional se ha discutido si se trata de una responsabilidad contractual o extra-contratual, si es una responsabilidad subjetiva u objetiva, y si implica una obligación de medios o de resultados. Incluso, se ha llegado a cuestionar su propia existencia jurídica, en tanto régimen especial de responsabilidad civil. Así, se sostiene «que la construcción teórica del concepto de “contrato de servicios profesionales” (cuyo incumplimiento generaría responsabilidad civil) se funda, de un lado, en las ideas arcaicas sobre una presunta naturaleza un tanto religiosa de los servicios profesionales que responden a la mentalidad de otros tiempos»³.

la medicina masificada» (Mosset Iturraspe, *Responsabilidad civil del médico*, Astrea, Buenos Aires, 1985, 31.

2 De Matteis, *Causalità e danno nella responsabilità professionale*, en *I fatti illeciti, III Causalità e danno*, a cura de Visintini, CEDAM, Padova, 1999, 591-592.

3 Fernando De Trazegnies Granda, «La evaporación de la responsabilidad profesional», en *Revista del Magíster en Derecho Civil*, Escuela de Graduados, Fondo Editorial, PUCP, Vol. 1, Lima, 1997, p. 67.

El propósito de este trabajo es el de hacer una reseña de los formantes legislativo, jurisprudencial y doctrinario en esta materia, a nivel nacional y delinear los principales aspectos de la posible configuración de una infracción de los derechos del consumidor dentro de este supuesto.

1. Sobre la necesidad de asumir una posición frente a la (pretendida) dicotomía entre la responsabilidad civil contractual y la extra-contractual

Hace algunos años expresé, siguiendo a la corriente dominante de la doctrina jurídica contemporánea, que: «la discusión sobre la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual se torna en bizantina, por cuanto, en ambas se produce un daño y el derecho debe intervenir para repararlo. No importa el origen del daño, sino como solucionar sus consecuencias. No importa el agente dañoso sino el dañado»⁴. Hoy, con satisfacción, puedo comprobar que ésta es la orientación de la doctrina nacional más autorizada⁵. Con razón, ahora se afirma que «nunca hemos encontrado justificativo que explique el porqué, de un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, puedan aplicarse regímenes de responsabilidad distintos, con cobertura de daños distintos»⁶.

4 Juan Espinoza Espinoza, «Reflexiones en torno a la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual», en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 48, Lima, Años 1990-1991, p. 166. También en *Revista del Foro*, Año LXXIX, No. 2, Lima, julio-diciembre, 1991, 234.

5 Arias Schreiber Pezet, *Luces y sombras del Código Civil*, Tomo II, *Studium*, Lima, 1991, p. 173, quien afirma que «ambas responsabilidades tienen la misma naturaleza» (cit.). También Carlos Fernández Sessarego, quien advierte «un movimiento creciente que tiende a unificar las diversas acepciones de responsabilidad civil por daños, superando en este sentido la tradicional distinción entre daño contractual y daño extracontractual, por cuanto no es relevante para el resarcimiento» (*Un Nuovo modo di fare Diritto*, traducción a cura de Cabella Pisu y Espinoza Espinoza, en *Il Diritto dei Nuovi Mondi*, CEDAM, Padova, 1994, p. 270).

6 Gastón Fernández Cruz, «Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad», en *Scribas*, Año I, No. 2, INDEJ, Arequipa, 1996, p. 74. En este mismo sentido, Seminario Stulpa, quien afirma que «el tratamiento unitario de la materia no sólo se justifica por razones de orden práctico sino fundamentalmente de orden conceptual» (en «Responsabilidad civil: breves

Se ha advertido que la distinción entre responsabilidad civil contractual y extra-contratual «respondía a exigencias de una economía prevalecientemente agrícola y representaba un punto de mediación entre los intereses de los propietarios y de los comerciantes»⁷. En la actualidad, «las diferencias ontológicas de las dos responsabilidades se reconducen a un perfil mínimo: la presencia o la falta de una obligación preexistente. Por consiguiente, el diverso régimen de las fuentes de las obligaciones es la única diferencia relevante, incluso en el plano sistemático. Se ha constatado, en efecto, que desde el punto de vista funcional su finalidad es común: en ambas, la finalidad es la de ejercer un control cualitativo sobre la circulación de la riqueza, de tal manera, que permita una distribución equitativa de los recursos a través del resarcimiento del daño»⁸.

comentarios acerca de la propuesta de enmienda», en *Diez Años. Código Civil Peruano*, Tomo II, Universidad de Lima, WG Editores, 1995, p. 333; Vega Mere, quien sostiene que «quizá la más importante de las razones que abogan por un pronto cambio se encuentra en el injustificado mantenimiento de las diferencias que favorecen un tratamiento de compartimentos estancos, pese a que, en cualquier caso, la puesta en escena de la responsabilidad civil —cualquiera sea su origen— proviene de la necesidad de reparar un daño injustamente sufrido» («La reforma de la responsabilidad civil en el Derecho Peruano. El Proyecto de Código Civil Argentino como fuente ineludible de consulta», en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año 1, No.

6 *La Ley*, Buenos Aires, 1999, pp. 2-3

En sentido contrario, Fernando de Trazegnies Granda, cuando separa ambos regímenes «si se quiere seguir de cerca y entender el verdadero proceso psicológico y lógico de juzgamiento. La identificación global de los dos tipos de responsabilidad oscurece estas diferencias en el entorno conceptual y en el *état d'esprit* del juez y no permite aprehender la naturaleza profunda e íntima de cada una de estas situaciones» (*La responsabilidad extracontractual*, Vol. IV, Tomo II, PUCP, Lima, 1988, pp. 451-452).

7 Franzoni, *Fatti Illeciti*, Zanichelli- *Il Foro Italiano*, Bologna-Roma, 1993, p. 13. El autor explica que «hasta que el propietario se comportaba como tal, gozando personalmente de su derecho, la responsabilidad civil constituía la única y suficiente forma de tutela. En el momento en el cual éste entraba en el mercado, es decir, en la esfera de dominio del comerciante, entonces se debía someter a sus reglas. El acto de voluntad consciente transformaba su derecho absoluto en objeto de la obligación contractual, o sea, en un derecho de crédito sujeto a responsabilidad más grave en caso de incumplimiento» (cit.).

8 Franzoni, *Op. cit.*, p. 16.

Sin embargo, aún siguiendo –como hace el formante legislativo nacional– la diferencia entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, conviene aclarar que «nuestro Código Civil, en cambio utiliza un criterio de distinción diferente: la relación obligatoria. En tal sentido, el capítulo relativo a “Inejecución de las Obligaciones” comprende la lesión de crédito de todas las relaciones obligatorias, sean éstas de fuente contractual como de fuente no contractual. La responsabilidad extracontractual supone, entonces, la violación del deber general de no causar un daño a otro (o los hechos lesivos de los intereses jurídicamente tutelados en la vida de relación). Dentro de este orden de cosas debería hablarse, con mayor precisión, de “responsabilidad obligacional” y de “responsabilidad no obligacional”»⁹.

¿Qué vía utilizar en el caso de daños por el ejercicio de la actividad profesional?. En materia de responsabilidad civil médica, se afirma lo siguiente: «puesto que la lesión de la integridad personal del paciente ocasionada por el médico en el ejercicio de su actividad profesional configura una hipótesis típica, en la cual el cruce entre el interés (positivo de prestación) del acreedor a la correcta ejecución de la prestación y el interés (negativo de protección) a no ver lesionado el derecho subjetivo a la salud, determina tradicionalmente el operar de una responsabilidad a doble título, en realidad la jurisprudencia (italiana) ha elaborado sobre la materia un cuerpo de reglas unitarias, dentro del cual, la distinción entre responsabilidad contractual y aquiliana se esfuma y pierde significado»¹⁰.

En el formante jurisprudencial nacional, se cuenta con un precedente en el que, partiendo de la compatibilidad de los dos regímenes en materia de responsabilidad civil de los profesionales médicos, se adopta la posición de la opción, aplicándose el Art. 1969° c.c. (responsabilidad extracontractual subjetiva). El caso fue el siguiente: Dionicio Ramos Luza, internó a su menor hija Lorena en la Clínica Arequipa, la cual presentaba una «tumoración de parótida y neurofibroma». El Dr. Víctor Tejada Gutiérrez le practicó una intervención y le ocasionó

9 Barchi Velaochaga, «Responsabilidad civil en la atención médico-quirúrgica de emergencia», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, No. 22, Gaceta Jurídica, Lima, Julio, 2000, p. 40.

10 Rossello, «*Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*», en *Contratto e impresa*, Año 12, No. 2, CEDAM, Padova, 1996, p. 665.

una «paresia facial derecha», lo cual se comprobó en el Instituto de Enfermedades Neoplásicas. En primera instancia se condenó tanto al doctor como a la clínica. En apelación sólo se condenó al doctor, excluyendo a la clínica y se fijó el monto indemnizatorio en ochenta mil nuevos soles. Con fecha 17.09.98, se declaró que no había nulidad en la Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa, advirtiéndose que existe:

«una zona intermedia en que ambos tipos de responsabilidad se confunden, es decir, que a consecuencia del incumplimiento del contrato, surge además la violación del deber genérico de no causar daño a otro».

Con ello observamos a un juez más permeable a tutelar efectivamente al agente dañado y que no se deja seducir (irreflexivamente) frente a modelos legislativos correspondientes a otra realidad. Ello constituye un ejemplo para que los operadores jurídicos vean más allá de la literalidad de los dispositivos legales y se embarquen en nuevos horizontes interpretativos. Esta tendencia no sólo debe ser seguida en materia de responsabilidad civil de los profesionales. La experiencia comparada nos enseña que «la Convención de Varsovia de 1929 y la Convención de Bruselas de 1961 sobre el transporte de pasajeros unifican las acciones de responsabilidad; la Directiva Comunitaria en materia de productos defectuosos es prevalecientemente favorable por la responsabilidad extracontractual y en Francia se ha tratado de acercar los dos sistemas»¹¹. Quizá el cuadro comparativo adjunto nos lleve a reflexionar sobre si resulta justo (o racional) contar con dos sistemas de responsabilidad civil, cada uno con sus propias reglas, cuando en verdad lo relevante es contar con un conjunto de instrumentos jurídicos que permitan al dañado a hacer efectivo su derecho a la indemnización.

2. La responsabilidad civil del profesional: ¿responsabilidad subjetiva u objetiva?

Si se sigue el criterio de incompatibilidad entre la responsabilidad contractual y extracontractual, asumido por el formante legislativo nacional, se llegará a la conclusión que la responsabilidad civil del profesio-

¹¹ Alpa, siguiendo a Tunc, en *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 19.

nal, por haber incumplido una obligación pre-existente, es contractual¹². De ello parte la preocupación de cierta doctrina de la «existencia de un desequilibrio en la relación jurídica entablada “profesional-beneficiario del servicio”»¹³.

En este sentido, frente a la demanda de Eduardo Oswaldo Heredia Bonilla, en contra de la Nueva Clínica Villarán y el médico anestesta, doctor Guido Díaz Vargas, por haberle producido una paraplejia, debido a que se le afectó la médula al aplicársele la anestesia, la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima (exp. 694-96), con fecha 17.10.96, emitió una resolución cuya máxima es la siguiente:

«La despreocupación por la salud del paciente, con muestras objetivas de indiferencia e inhumanidad, constituyen una violación de los deberes médicos configurados en el incumplimiento de los medios y diligencia adecuados en la asistencia del paciente que fue objeto de una defectuosa intervención quirúrgica, causante de daños culposamente ocasionados que configuran la responsabilidad de los demandados de naturaleza contractual»¹⁴.

Un sector de la doctrina nacional, a propósito de la responsabilidad civil médica, sostiene que si el galeno presta sus servicios dentro de una

12 En este sentido, Vázquez Ferreira, *Prueba de la culpa médica*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 35, quien recuerda que ésta fue una conclusión de las «V Jornadas Rioplatenses de Derecho» en San Isidro, en el año de 1989 (*op. cit.*). Ello también fue reiterado en el «II Congreso Internacional de Derecho de Daños» en Buenos Aires, en el año de 1991 (en *El Derecho Privado en la Argentina*, Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1991, p. 307).

13 Woolcott Oyague, «El artículo 1762º del C.C. 1984: ¿Principio de responsabilidad o irresponsabilidad profesional?», en *Aequitas*, Año 2, No. 2, CIDDE, Lima, 1995, p. 146. La autora advierte que «no se trata en este caso del desajuste económico entre las partes de la relación, lo que sí ha sido ampliamente atendido por el ordenamiento jurídico, sino de una «disparidad cultural» en que es el profesional el que prácticamente, dada su condición de titular del conocimiento, determina el complejo cúmulo de los derechos y obligaciones en la relación, encontrando del otro lado, a una parte cuya inferioridad técnica es evidente. La característica autonomía científica del profesional avala en cierto modo dicha situación. Pero acaso, ¿tal autonomía exigible por la propia naturaleza intelectual de la actividad, no tiene límites?. Estamos seguros que sí» (*op. cit.*).

14 Máxima extraída de Gastón Fernández Cruz, «Responsabilidad civil médica», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año I, No. 1, Gaceta Jurídica, Lima, 1995, p. 57.

estructura sanitaria, se configura un supuesto de hecho de «responsabilidad civil contractual indirecta del establecimiento asistencial por los hechos dolosos o culposos de los terceros, es decir, los médicos y el personal especializado, de los cuales se vale el deudor, esto es, el establecimiento asistencial, para ejecutar la obligación»¹⁵, el cual se encuentra regulado en el Art. 1325° c.c.¹⁶. Esta doctrina afirma, que no se puede establecer una relación de dependencia entre el médico y la estructura sanitaria «por cuanto existe unanimidad en la doctrina en el sentido que los profesionales médicos no se encuentran subordinados dado su altísimo nivel de preparación intelectual y profesional»¹⁷. Sin embargo, para el caso de profesionales dependientes, el Art. 48° de la Ley General de Salud N° 26842, del 15.07.97, establece que:

«El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia.

Es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que se ofrece».

Sin embargo, el problema no se agota si se opta por la vía contractual, por cuanto se debe determinar si con el denominado contrato de prestación de servicios profesionales se incumple una obligación de medios o una de resultados. En efecto, «en las obligaciones de medios, se aplicaría la regla de la responsabilidad por culpa (el deudor no es responsable si se ha comportado diligentemente); mientras que en las obligaciones de resultado se aplicaría en cambio la regla de la respon-

15 Lizarto Taboada Córdova, «La responsabilidad civil por aplicación defectuosa de las técnicas de reproducción humana asistida», en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVII, No. 13, Trujillo, octubre-diciembre, 1997, p. 88.

16 El cual establece que: «el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario».

17 Lizarto Taboada Córdova, *Op. cit.*

sabilidad objetiva: la diligencia empleada por el deudor es irrelevante, porque lo único debido es el resultado»¹⁸. No obstante ello, se ha advertido que, en verdad, «lo que existe [...] no es un diferente tipo de prestación a realizar (de medios o de resultado), sino, un diverso grado de colaboración exigido por el tipo de objeto o resultado involucrado en el deber central. Así, en las mal llamadas obligaciones de medios, el grado de colaboración exigido, gira en torno a la propia conducta del deudor: como el resultado esperado por el acreedor depende del control que el propio deudor tenga de su conducta, se le exige un grado de diligencia tal, que vigile el desenvolvimiento de su propia conducta. Por ejemplo, en la obligación quirúrgica, el resultado debido es la operación exactamente ejecutada [...], por lo que entonces, lo que el acreedor espera no es la cura de su enfermedad o defecto, sino que el médico le mejore sus posibilidades de salvamento, lo que constituye siempre un resultado, distinto al de la cura de la enfermedad, pero resultado al fin»¹⁹. En este orden de ideas «en cambio, en las mal llamadas obligaciones de resultado, el grado de diligencia debido al deudor es mayor: éste debe evitar todo obstáculo –inclusive externo o ajeno a su actividad– que le impida cumplir, salvo que resulte vencido porque dicho obstáculo fue extraordinario, imprevisible o irresistible»²⁰.

Desde nuestro punto de vista, llámense obligaciones de medios o de resultado, u obligaciones con distintos grados de colaboración por parte del deudor, queda claro que la diferencia relevante está en el tipo de responsabilidad que se deriva de su incumplimiento: así, en el caso de las primeras, nos encontramos frente a la responsabilidad subjetiva (de la cual el deudor se libera si acredita que actuó con la «diligencia ordinaria requerida»: Art. 1314° c.c.) y en las segundas frente a una responsabilidad objetiva (de la cual el deudor se libera si acredita que hubo «caso fortuito o fuerza mayor»: Art. 1315° c.c.)²¹. Sin embargo, debe

18 Así, Gastón Fernández Cruz, siguiendo a Bianca (*Op. cit.*, p. 59).

19 Gastón Fernández Cruz, siempre siguiendo a Bianca (*Op. cit.*, pp. 60-61).

20 Gastón Fernández Cruz, *Op. cit.*, p. 61.

21 Considera que también puede interpretarse una responsabilidad objetiva contractual «con la solitaria asistencia inicial del artículo 1315° del Código Civil», León Hilario, «Responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones. Régimen actual en el Código Civil Peruano y pautas para su modificación», en *Thémis*, Segunda Epoca, N° 38, Lima, 1998, p. 99.

notarse que la diferenciación entre ambos tipos de obligación no es tajante. Así, puede darse el caso que en una liposucción (que implicaría, en línea de principio, una obligación de resultados), podría presentarse una demanda porque la intervención «resultó traumática» (típica hipótesis que comprende una obligación de medios)²². Así, compartimos la opinión de quien afirma que «en realidad, en toda obligación es posible encontrar medios y resultados; y como es imposible hallar a un contratante indiferente al resultado, la forma como calificaremos la obligación dependerá en gran medida de la decisión de las partes, de este modo el énfasis que se ponga en los medios o en los resultados determinará la diferencia»²³.

La doctrina anteriormente citada concluye que, dentro de nuestro sistema jurídico, debe aceptarse la responsabilidad médica por culpa leve, aplicando para ello el Art. 1320° c.c. y «aceptarse la responsabilidad médica objetiva en los casos donde el avance técnico científico de la medicina ha logrado dominar una enfermedad o una técnica de curación»²⁴.

Por otro lado, si se opta por la vía de la responsabilidad extracontractual, surge (también) la duda de aplicar el Art. 1969° (responsabilidad subjetiva) o el Art. 1970° (responsabilidad objetiva). En este caso, contamos con precedentes para todos los gustos: así, en Casación, la Sala Civil de la Corte Suprema de Lima, con fecha 31.10.96, se establece que la operación practicada por el médico es considerada como actividad riesgosa y que:

22 Como de hecho se presentó una denuncia (junto con otras), aunque no en vía judicial, ante la Comisión de Protección al Consumidor, cuyos medios probatorios fueron declarados improcedentes (Resolución Final N° 587-99-CPC, del 22.11.99).

23 Gutiérrez Camacho, «Paciente o consumidor: el contrato de servicio médico y la responsabilidad del médico», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, N° 22, *op. cit.*, pp. 60-61. En este mismo sentido, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, cuando afirman que «parece artificial la diferencia entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. En las obligaciones de medios se busca un resultado. Y en las obligaciones de resultado existe, necesariamente, un medio para cumplirlas. Reconocemos, sin duda, que la diligencia en las primeras puede exigir requisitos más severos que en las segundas, pero en todo caso, lo que se busca, es el fin, el cumplimiento de la prestación» (en *Tratado de las Obligaciones*, Vol. XVI, Primera Parte-Tomo I, PUCP, Lima, 1994, p. 217).

24 Gastón Fernández Cruz, *Op. cit.*, p. 64.

«ante la producción de un daño, no es necesario determinar la culpa o el dolo del agente, pudiéndose afirmar que existe una especie de culpa virtual por el hecho de la utilización de la actividad riesgosa».

Llama poderosamente la atención el reclamo a la denominada «culpa virtual», figura que surgió en la jurisprudencia francesa y que ha sido superada ampliamente en la actualidad, por cuanto una culpa que se presume y frente a la cual no cabe demostrar la ausencia de la misma, se convierte, según una feliz expresión acuñada por autorizada doctrina italiana en un exquisito (e inútil) «homenaje meramente verbal a la tradición»²⁵. Con ello, simplemente «se disfraza una tentación objetivista que no quiere confesarse»²⁶.

En Casación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 18.09.97, determina que se debe aplicar el Art. 1969° c.c., por cuanto:

«no se puede atribuir responsabilidad civil a los demandados por el ejercicio médico diligentemente prestado, por el simple hecho de considerársele una actividad riesgosa, por otro lado, el riesgo al que se ha sometido la demandante no puede semejarse ser reputada en forma paralela a las actividades riesgosas o de peligro como son los accidentes de tránsito u otras similares».

Lamentablemente, las dos resoluciones en casación son huérfanas de argumentación y ninguna fundamenta adecuadamente el motivo por el cual la responsabilidad civil del profesional médico es (o no es) objetiva. A nivel legislativo, este problema queda zanjado por el Art. 36° de la Ley General de Salud N° 26842, del 15.07.97, que reconoce una responsabilidad subjetiva a los profesionales, técnicos y auxiliares en el campo de la salud, al establecer que:

25 Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 1996, p. 619, ahora en español, en *Tratado de la responsabilidad civil*, traducido por Kemelmajer De Carlucci, con la colaboración de Atienza Navarro, Bossio, Espinoza Espinoza, Longhin y Woolcott Oyague, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 333.

26 Fernando de Trazegnies Granda, *La responsabilidad extracontractual*, Vol. IV, Tomo I, PUCP, Lima, 1988, p. 412.

«son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades».

Este modelo jurídico es, sin lugar a dudas, discutible, por cuanto incluso una cirugía estética (que debería estar sometida bajo una responsabilidad objetiva), quedaría regulada bajo los principios de la responsabilidad subjetiva. Ello, independientemente de la posibilidad que se configure una u otra responsabilidad para otras profesiones, será un verdadero reto para los operadores jurídicos que deberán interpretar las «coordenadas» establecidas por el legislador.

3. Los alcances del artículo 1762° del Código Civil peruano

Un artículo que no puede pasar desapercibido en el itinerario interpretativo del operador jurídico en materia de responsabilidad civil de los profesionales es el Art. 1762° c.c., referente al contrato de prestación de servicios, el cual establece que:

«Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable».

En el primer comentario que se hace de este numeral, autorizada doctrina expresó que «en la aplicación de reglas científicas sólo debe incurrirse en responsabilidad en los casos de dolo y culpa inexcusable, como sería el desconocimiento de tales reglas o su indebida aplicación por negligencia grave, mas no cuando se trate de una equivocación en que no hay mala fe de parte del deudor y que sólo obedece a una falta de diligencia ordinaria en la solución de problemas técnicos de especial dificultad»²⁷.

Recuerdo que en el Seminario Internacional «Responsabilidad Civil de los Profesionales», realizado los días 19 y 20 de noviembre de 1991,

27 Manuel De La Puente y Lavalle, «Exposición de Motivos y Comentarios. Prestación de Servicios», en **Código Civil VI. Exposición de Motivos y Comentarios**, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, compilado por Delia Revoredo, Occurra Editores, Lima, 1985, p. 446.

en el que fue invitado Atilio Aníbal Alterini, se discutieron los alcances de este numeral. Estuvieron presentes, además, Max Arias Schreiber Pezet²⁸, Carlos Cárdenas Quirós, Carlos Fernández Sessarego, Fernando Vidal Ramírez y Lizardo Taboada Córdova. Arias Schreiber puso en tela de juicio el artículo 1762° c.c., inspirado en su homólogo 2236° del c.c.italiano²⁹, por cuanto su redacción podía llamar a confusión, privilegiando injustamente a los profesionales frente a los demás obligados a la prestación de servicios. Cárdenas Quirós sugirió que la disjunción del Art. 1762° c.c. debe entenderse como «asuntos profesionales de especial dificultad» o «problemas técnicos de especial dificultad». Posición a la cual, en su momento, adherí. En efecto, el aporte del legislador peruano al modelo jurídico italiano fue el de «asuntos profesionales» y, consiguientemente, el carácter de «especial dificultad» también le debería ser común³⁰.

En concordancia con ello, se afirma que «la interpretación que ha de hacerse del Art. 1762° es aquella que sólo admita las especiales dificultades técnicas de la prestación que hacen que el profesional sólo responda por dolo o culpa grave; en otros términos, si la prestación profesional es aquella de las que pueden calificarse de normales en el ejercicio de la actividad profesional, inevitablemente el profesional se halla sometido a las reglas generales»³¹. De ello se deriva que, en los asuntos profesionales o problemas técnicos que no sean de especial dificultad, se presumiría la culpa leve, regulada por el Art. 1329° c.c.³² y definida por el Art. 1320° c.c.³³.

28 Posteriormente confirmó esta posición al advertir que este artículo «es materia de severo cuestionamiento» (Arias Schreiber Pezet, *Op. cit.*, p. 130).

29 El cual establece lo siguiente: «**Responsabilidad del prestador de la obra.**- Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de obra no responde de los daños, sino en caso de dolo o culpa grave».

30 Juan Espinoza Espinoza, «Responsabilidad Civil de los Profesionales», en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, UNMSM, Vol. 49, Lima, 1991-1992, p. 325. En este mismo sentido, Gastón Fernández Cruz, *Op. cit.*, p. 63.

31 Gutierrez Camacho, *Op. cit.*, p. 67.

32 El cual prescribe que «se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

33 Que establece lo siguiente: «actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Sin embargo, un sector de la doctrina sostiene que «la regla del artículo 1762° es un error porque crea una excepción injustificable a la responsabilidad, ya que consagra un privilegio y no afronta el problema desde la perspectiva correcta»³⁴. En sustento de esta afirmación, se parte de la premisa que la figura del *profesional liberal* es una «especie sociológica que se encuentra en proceso de extinción»³⁵. En efecto, «históricamente, el término “profesión liberal” parece tener su origen remoto en el hecho de que, en Roma, las actividades intelectuales correspondían a los hombres libres, mientras que las manuales eran desempeñadas por los esclavos; de ahí que el término “profesión liberal” tenga una connotación de actividad vinculada de alguna manera con el intelecto»³⁶. Esta era una época en la cual, tanto el conocimiento, como el *status* de profesional era de una *elite*. Sin embargo, en el siglo XIX se produce el fenómeno de la «democratización del saber»³⁷ y, con ello, la actividad del profesional se masifica. Otra de las causas del desvanecimiento del *status* del profesional fue el surgimiento de las «profesiones técnicas» frente a aquellas denominadas «clásicas»³⁸. Asimismo, el profesional deja de ser «liberal», para convertirse en «dependiente» y «a todo ello vinieron a agregarse los llamados profesionales “medios” o paraprofesionales, que cada vez son más y más importantes dentro del mundo actual»³⁹, vale decir, las enfermeras, los ortopédicos, técnicos, entre otros. Con ello «el mundo de hoy se profesionaliza a pasos agigantados y toda persona requiere de un cierto grado de profesionalismo para vivir»⁴⁰. Consecuentemente, «ese profesionalismo moderno y popularizado, que se ejerce entremezclado con la vida comercial e industrial, lleva a que el campo de lo profesional tienda a identificarse poco a poco con la sociedad toda. Desde esta perspectiva, las actividades llamadas profesionales no son sino las prestaciones de servicios en

34 Fernando de Trazegnies Granda, *Op. cit.*, p. 74. En el sentido de abrogar el Art. 1762° c.c. para evitar una «irresponsabilidad eufemística», Woocott Oyague, *Op. cit.*, pp. 151-152.

35 Fernando de Trazegnies Granda, *Op. cit.*, p. 75.

36 Fernando de Trazegnies Granda, *Op. cit.*, p. 77, quien sostiene que, al no cobrar sueldos los profesionales liberales, éstos percibían «honorarios», por «el honor que implica el ejercicio de tal actividad».

37 Fernando de Trazegnies Granda, *Op. cit.*

38 Fernando de Trazegnies Granda, *Op. cit.*, p. 78.

39 Fernando de Trazegnies Granda, *Op. cit.*, p. 79.

40 Fernando de Trazegnies Granda, *Op. cit.*, p. 81.

general, ya que toda prestación de servicios (salvo el caso más simple de la mano de obra no calificada) tiende a constituirse en una actividad propia, con un mínimo de conocimientos especiales y que constituye el medio de vida de la persona»⁴¹.

Comparto la opinión que «la idea de profesión se ha extendido de tal manera que ya no es un criterio seguro ni práctico de demarcación de las actividades sociales»⁴² y, en atención a ello, un modelo jurídico más justo sería el que prescindiera de esta situación de privilegio. Sin embargo, las coordenadas legislativas regulan esta disparidad de tratamiento y el Art. 1762° tiene que ser aplicado a la luz del principio de igualdad sustantiva. Esto se puede lograr, interpretando este *saldo de inmunidad histórica* de una manera restrictiva, vale decir, cuando el profesional intervenga en aquellos casos en los cuales la ciencia no ha dado una respuesta cierta ni definitiva⁴³.

4. El profesional como proveedor en una relación de consumo y su responsabilidad por infracción a la Ley de Protección del Consumidor

Dentro del formante legislativo nacional, la Ley de Protección al Consumidor, D. Leg. N° 716, del 07.11.91, define a los proveedores como «las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a consumidores» (Art. 3°, inc. b). Asimismo, define como servicios a «cualquier actividad de prestación de servicios, que se ofrece en el mercado a cambio de una retribución, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de

41 Fernando de Trazegnies Granda, *Op. cit.*

42 Fernando de Trazegnies Granda, *Op. cit.*

43 Hay quien prefiere hablar de «apreciar jurisprudencialmente en cada caso la culpa de una manera razonable» (Fernando de Trazegnies Granda, *Op. cit.*, p. 73). Con respecto a la responsabilidad civil del productor, siguiendo la Directiva CEE No. 85/374, que establece su exoneración probando que «el estado de los conocimientos científicos y técnicos, al momento en el cual el fabricante puso en circulación el producto, no permitía considerar todavía el producto como defectuoso», hay quien afirma que el denominado «riesgo de desarrollo» sería el parámetro para «objetivizar» la responsabilidad civil (Gastón Fernández Cruz, «Dios no quiera que se repita el cuento», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, No. 23, Lima, agosto, 2000, p. 10).

seguridad y los servicios profesionales. Se exceptúan los servicios que se brindan bajo relación de dependencia» (Art. 3º, inc. d). Estos dispositivos resultan bastante claros para incluir al profesional (en tanto prestador de servicios) como proveedor dentro de una relación de consumo. De ello se desprende que «cualquier acreedor de los servicios del profesional es un consumidor»⁴⁴. Yo me permitiría agregar, de acuerdo al formante legislativo y jurisprudencial administrativo en esta materia, que cualquier acreedor, en su condición de destinatario final⁴⁵ de los servicios del profesional, es un consumidor.

44 Vega Mere, «La responsabilidad administrativa médica y la protección a los consumidores. De la prueba de la culpa (responsabilidad civil) al análisis de la calidad del servicio (responsabilidad administrativa)», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, N° 22, *op. cit.*, p. 31.

45 Dentro del formante legislativo nacional, la Ley de Protección al Consumidor, D. Leg. N° 716, define a los consumidores o usuarios como «las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios» (Art. 3º, inc. a). A partir de un caso, en el cual una E.I.R.L., adquirió un laboratorio fotográfico (compuesto por un procesador de películas y una impresora) «con garantía de un año», a una conocida empresa del ramo, la que le vendió un producto defectuoso, motivo por el cual se le denunció ante el INDECOPI, este organismo tuvo la oportunidad de pronunciarse oficialmente respecto de los alcances de la definición de consumidor. En efecto, mediante Resolución No. 5, del 05.10.95, la Comisión de Protección al Consumidor, declaró improcedente esta denuncia, por no considerarse competente para conocer la misma, por cuanto el denunciante no era considerado como un «destinatario final» en los términos establecidos por la ley ya comentada. Apelada esta decisión, la Sala de la Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución No. 101-96 TDC, de fecha 18.12.96, confirmó esta decisión, resolviendo que «se considera consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del Artículo 3º del Decreto Legislativo N° 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. No se consideran por tanto consumidores y usuarios para los efectos de la Ley a los proveedores cuando adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de su actividad como tales, según las definiciones contenidas en los Artículos 1º45 y 3º inciso b) del mencionado cuerpo legal. En tal sentido, las denuncias que tengan por pretensión la protección de intereses de quienes no puedan ser considerados consumidores o usuarios, deberán ser declaradas improcedentes». Sobre mi posición respecto a esta interpretación, permitaseme remitir a Juan Espinoza Espinoza, «Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente», en *Thémis*, Segunda Epoca, No. 38, *op. cit.*, p. 159.

La pregunta que podría surgir es que, no obstante pueda ser considerado el profesional como proveedor y el acreedor de los servicios profesionales como consumidor, y habiendo una legislación y una competencia judicial por responsabilidad civil de los profesionales, ¿tendrá que ser doblemente sancionado el profesional?. La respuesta la tenemos tanto en el Art. 39° del D. Leg. N° 716⁴⁶ y en un pasaje de la Resolución Final N° 189-2000-CPC, del 13.03.00 que, si bien no se trata de un caso de responsabilidad administrativa del profesional, resulta pertinente:

«Los procedimientos seguidos ante la Comisión no tienen por finalidad resolver los conflictos de naturaleza civil (o penal) que pueden surgir entre un consumidor y un proveedor, sino determinar la responsabilidad administrativa en la que puede haber incurrido este último. En efecto, frente al incumplimiento de las obligaciones del proveedor o a la lesión de los derechos de los consumidores, dentro de una relación de consumo, se pueden generar diversos tipos de responsabilidad, sea esta administrativa, civil o penal. La primera, si se verifica que se han infringido las normas contenidas en la Ley de Protección del Consumidor, es de Competencia del INDECOPI. La responsabilidad, civil o penal, será resuelta a través del Poder Judicial».

De esta manera el profesional-proveedor está obligado a responder administrativamente por la calidad e idoneidad de los productos y servicios que pone en circulación en el mercado, de acuerdo al Art. 8°⁴⁷ del

46 El cual establecía en su versión original que: «Los proveedores que violen las normas establecidas en la presente ley serán sancionados administrativamente sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiere lugar». Mediante la Ley N° 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor, del 12.07.00, se ha modificado este numeral de la siguiente manera: «La Comisión de Protección al Consumidor es el único órgano administrativo competente para conocer de las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en la presente ley, así como para imponer las sanciones administrativas y medidas correctivas establecidas en el presente Título. La competencia de la Comisión de Protección al Consumidor sólo podrá ser negada por norma expresa con rango de ley.

Las sanciones administrativas y medidas correctivas detalladas en el presente Título se aplicarán sin perjuicio de las acciones de carácter civil y la aplicación de las sanciones penales a que hubiera lugar».

47 El cual establece lo siguiente: «**Responsabilidad de los proveedores.** Los pro-

D. Leg. N° 716, Ley de Protección al Consumidor y a la interpretación que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual le ha dado, mediante un precedente de observancia obligatoria⁴⁸. A este *mosaico interpretativo* se

veedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponde».

Este artículo ha sido interpretado por la Sala de Defensa de la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución N° 085-96-TDC, del 13.11.96, que confirmó la Resolución en la cual la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L., a propósito de la comercialización de un par de zapatos que se rompieron dos meses después de haber sido adquiridos. En dicha Resolución, se estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria:

«a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de éste, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.

b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo».

48 El artículo 8° del D. Leg. N° 716 ha sido interpretado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución N° 085-96-TDC, del 13.11.96, que confirmó la Resolución en la cual la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L., a propósito de la comercialización de un par de zapatos que se rompieron dos meses después de haber sido adquiridos. En dicha Resolución, se estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria:

«a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idó-

le debe agregar el reformado (por la Ley N° 27311) Art. 41° del D. Leg. N° 716, que establece que «los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente ley»⁴⁹. En conclusión podemos señalar que para la Ley de Protección del Consumidor, el profesional-proveedor tiene responsabilidad objetiva administrativa por la idoneidad y calidad de los (bienes y) servicios que pone en circulación en el mercado. Sin embargo, cierta doctrina ya ha expresado su preocupación por la última reforma y ha advertido que la responsabilidad administrativa del proveedor no debe afirmarse «en términos absolutos»⁵⁰.

neo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de éste, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.

b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo».

Sobre la aplicación de este precedente en materia de tarjetas de crédito y débito, cfr. Juan Espinoza Espinoza, «Responsabilidad de las personas jurídicas. Experiencia jurisprudencial administrativa en materia de defensa del consumidor», en **Díálogo con la Jurisprudencia**, Año 6, No. 21, Lima, junio, 2000, p. 109 y ss.

49 El artículo completo recita: «Los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente Ley. Los proveedores infractores podrán ser sancionados administrativamente con una Amonestación o con una Multa, hasta por un máximo de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas a que se refiere el artículo siguiente, que se dicten para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro.

La imposición y la graduación de la sanción administrativa a que se refiere el párrafo precedente será determinada atendiendo a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. Las multas impuestas constituyen en su integridad recursos propios del INDECOPI salvo lo dispuesto en el Artículo 45° de la presente Ley».

50 Así, a propósito de la responsabilidad de los productores, Gastón Fernández Cruz, *Op. cit.*

¿Cuáles son los alcances de esta responsabilidad civil administrativa?. En primer lugar se debe recordar que la responsabilidad civil y administrativa son dos tipos de responsabilidad de naturaleza diversa y, por consiguiente, el concepto de responsabilidad civil objetiva (derivada del incumplimiento de un contrato con obligaciones de resultado o derivada de un daño extracontractual) no coincide, con el de responsabilidad administrativa objetiva por infracción de la Ley de Protección del Consumidor, por cuanto esta última se limita a invertir la carga de la prueba a efectos que sea el proveedor el que demuestre que la falta de idoneidad o calidad del producto o del servicio no le son atribuibles. Dicho en otras palabras: ante la denuncia de un consumidor insatisfecho que pruebe su daño, se presume *iuris tantum* que el proveedor es responsable (se entiende, por la idoneidad y calidad del producto o del servicio que pone en circulación en el mercado). Y es justamente, en el momento que el proveedor debe demostrar su *falta de responsabilidad*, que puede disolver esta presunción de responsabilidad, utilizando argumentos típicos de ruptura del nexo causal de la responsabilidad civil subjetiva (diligencia requerida en el caso concreto) o de la responsabilidad civil objetiva (caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o del propio consumidor dañado). Nótese que se habla de la utilización de argumentos (de la responsabilidad civil) para romper la presunción de responsabilidad administrativa objetiva, sin dejar de tener en cuenta que ambas responsabilidades son de naturaleza y competencia distinta. Así, la Resolución N° 0321-2000/TDC-INDECOPI, de la Sala de Defensa de la Competencia, con fecha 02.08.00, ha precisado que:

«Si bien es cierto que la responsabilidad administrativa por infracciones a la Ley de Protección al Consumidor es objetiva, la sanción podrá variar dependiendo de si el infractor actuó, además con culpa leve, culpa grave, culpa inexcusable o dolo al producir el daño. Este factor, debe ser distinguido del grado de participación causal, pues podría existir una acción dolosa que contribuyera poco a la producción del daño o un caso de culpa leve que tuviera una gran contribución a la producción del daño.

En consecuencia, el análisis sobre el grado de intencionalidad del agente se realiza con independencia del análisis de causalidad».

Veamos algunos casos que se han presentado, haciendo la salvedad que voy a centrarme exclusivamente en el aspecto de la responsabilidad administrativa del profesional. Los hechos se refieren a una denuncia que interpone el señor Guimet en contra de la Clínica Ricardo Palma y el médico Chávez, por cuanto, al ser llevada su hija al servicio de emergencia de dicha clínica y al someterla a pruebas como las de orina, hematología y radiografía al tórax, el Dr. Chávez diagnosticó la existencia de una infección urinaria, debido a la presencia de leucocitos en cantidad de $27,600 \times \text{mm}^3$ y que no habían problemas pulmonares, luego de revisar la placa radiográfica. Pequeño particular: hubo un error de digitación y en verdad, la menor registraba leucocitos en cantidad de $7,600 \times \text{mm}^3$, no tenía una infección urinaria y, en otra clínica, el neumólogo determinó la existencia de un caso preocupante de neumonía. Mediante Resolución N° 1, de fecha 16.06.97, la Comisión de Protección al Consumidor, se declaró fundada la denuncia en contra de la Clínica Ricardo Palma e improcedente con respecto del doctor Chávez. En ella, se delimita la naturaleza de la prestación de servicios profesionales del médico, de la siguiente manera:

«Si bien las personas que acceden a los servicios médicos tienen como interés fundamental el de obtener un restablecimiento total de los problemas de salud que les aquejen, en atención a las características y a la naturaleza de los servicios médicos, no es razonable exigir como obligación de los médicos el obtener este tipo de resultados.

Sin embargo, es razonable sostener que quien accede a la prestación de un servicio médico espera cuando menos una atención llevada con el cuidado y la diligencia conducentes al logro de su curación, empleando los conocimientos profesionales y la técnica correspondiente de manera adecuada».

En esta resolución, la Comisión estima conveniente, además, evaluar los hechos a la luz de lo dispuesto por el Art. 9^o⁵¹ de la Ley de

51 Que establece lo siguiente: **productos o servicios riesgosos a la salud o seguridad del consumidor.** Art. 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.

En caso que, por la naturaleza del producto o del servicio, el riesgo sea previsible, deberá advertirse al consumidor de dicho riesgo, así como del modo correcto de la utilización del producto o servicio».

Protección al Consumidor, en este tipo de prestaciones profesionales, por cuanto:

«por naturaleza, siempre conllevan un grado de riesgo que podría afectar la salud o la integridad física de los consumidores, ya sea porque ellos derivan en la prescripción de productos farmacéuticos o porque podrían devenir en una intervención quirúrgica, etc. Sin embargo, estos riesgos provienen de la propia naturaleza del servicio, mas no por cuestiones de negligencia, impericia o imprudencia del médico, ya que de ser así, estaríamos frente a riesgos injustificados que atentan contra la salud e integridad física de los consumidores, al ser riesgos que, previsiblemente y por la propia naturaleza del servicio, no debieran existir».

Con fecha 24.06.88, la Sala de la Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución N° 0170-1998/TDC-INDECOPI, resuelve lo siguiente:

«Se confirma la Resolución N° 1 de la Comisión de Protección al Consumidor, mediante la cual se sancionó a la Clínica Ricardo Palma con una multa equivalente a 15 (quince) UIT, por infringir los artículos 8° y 9° del Decreto Legislativo N° 716, al cometer en la transcripción del examen de leucocitos que se practicó a la hija del denunciante. Asimismo, se reforma la resolución apelada en el extremo en que declaró improcedente la denuncia respecto del médico José Chávez Ferrer, respecto del cual se la declara infundada, toda vez que no quedó acreditado que hubiese actuado negligentemente. Asimismo, se modifica la resolución de la Comisión en el extremo en que se ordenó la publicación de la misma en el diario oficial «El Peruano», dejándose sin efecto dicha medida».

Quisiera detenerme en la responsabilidad del médico. La Sala de Defensa de la Competencia, sobre la base de un informe solicitado a la Facultad de Medicina Humana de la Universidad San Martín de Porres, analizó la calidad e idoneidad de la prestación de servicios del profesional: datos como que el médico solicitó al padre de la paciente que se internara, y al no ser posible, no se pudo tener un cuadro completo de la enfermedad; el estudio correcto de la radiografía presentada e indi-

cación de medicamentos adecuados para el diagnóstico inicial que había efectuado el médico, hicieron concluir que:

«las pruebas actuadas en el procedimiento no permiten concluir que el doctor Chávez hubiese actuado con negligencia en el tratamiento de la paciente, por lo que no se ha acreditado una infracción a la Ley de Protección al Consumidor».

Así, al demostrar que el galeno-proveedor prestó diligentemente sus servicios profesionales, se disuelve la presunción de su responsabilidad administrativa. El concepto de «debida diligencia» lo vemos en el siguiente pasaje de la Resolución Final N° 655-99-CPC, de fecha 06.12.99, de la Comisión de Protección al Consumidor, en la que establece lo siguiente:

«Es importante considerar que en el caso de los servicios de atención médica, por su propia naturaleza, éstos siempre conllevan un grado de riesgo. Por lo tanto, es necesario que los doctores y entidades encargadas de la administración de servicios de salud actúen con la mayor diligencia posible, toda vez que, cualquier error podría ocasionar un grave daño. Un consumidor razonable cuando acude a una institución médica o a un servicio médico en particular, no espera que al solicitar un servicio, se le asegure un resultado, en tanto éste no es realmente, pero sí espera que el servicio sea brindado con la diligencia debida y con la mayor dedicación, utilizando todos los medios requeridos para lograr el fin deseado, dado que lo que está en juego finalmente es una vida⁵².

La obligación de un médico es poner su experiencia, conocimientos, habilidad y toda su capacidad en la curación de un paciente, pudiendo producirse eventualidades como el estado de salud del paciente, su naturaleza física u otros que impidan alcanzar un resultado deseado. No obstante, siendo que, en el presente caso, la obligación que un médico asume frente a su paciente es una de medios y no de resultados, se considerará cumplida la obligación, a pesar de no alcanzar el resultado deseado, cuando el médico haya puesto todo de sí para lograrlo, actuando con la debida diligencia»⁵³.

52 Esta posición también se sigue en la Resolución Final N° 142-2000-CPC, del 21.02.00, de la Comisión de Protección al consumidor, que se comentará posteriormente.

53 Esta posición también se repite en la Resolución Final N° 677-99-CPC, del 15.12.99, de la Comisión de Protección al Consumidor, la cual se comentará posteriormente.

También puede descartarse la responsabilidad objetiva administrativa, (*rectius*: la presunción de responsabilidad administrativa) por el hecho propio del consumidor-acreedor de la prestación de servicios profesionales. Como ejemplo de ello, tenemos el siguiente pasaje de la Resolución Final N° 667-99-CPC, del 06.12.99, de la Comisión de Protección al Consumidor, en el cual se establece que:

«la Comisión considera que si bien el tratamiento y el diagnóstico de los médicos puede ser el adecuado, también pueden existir hechos o condiciones externas que influyan variando o empeorando el estado de un paciente. Es el caso particular de la denunciante, quien luego de haber demostrado una recuperación de su rodilla derecha, sufrió una nueva lesión a causa de una flexión brusca, lo que motivó nuevos tratamientos y exámenes, que llevaron a los médicos a detectar la existencia de una lesión meniscal».

Si el médico trabaja en una institución sanitaria, su responsabilidad administrativa varía, aunque relativamente, según sea la relación entre el profesional y el consumidor y (también) la relación entre el profesional y dicha estructura sanitaria. Así se precisó en la Resolución Final N° 677-99-CPC, de fecha 15.12.99, de la Comisión de Protección al Consumidor:

«la Comisión considera que respecto a los servicios médicos brindados a la paciente en la Clínica San Borja son responsables en igual forma tanto la clínica mencionada como el señor Miranda. En efecto, en su escrito de descargos, la Clínica San Borja señaló que el señor Miranda es uno de sus médicos especializados y fue quien tuvo a su cargo a la paciente. Lo anterior se corrobora con el hecho que el cobro por los servicios médicos suministrados por la clínica incluyen los servicios efectuados por el médico Miranda. Por tanto, es claro que dentro de los servicios que ofrece la Clínica San Borja a sus clientes se encuentran los suministrados por el médico Miranda».

Sin embargo, en la misma resolución, se precisa, respecto de otra relación médico-estructura sanitaria, que:

«La Comisión considera que la decisión de consumo de los servicios del médico Barboza se debieron a que el denunciante quería contratar

con esa persona siendo secundario la clínica donde se efectuaría la atención médica. Por todo lo anterior, la Clínica sólo habría prestado su infraestructura médica al médico Barboza para que éste pueda efectuar la atención de la paciente. Por tal motivo, la Clínica San Felipe sólo es responsable de los servicios de infraestructura médica que brindó a la paciente, siendo la responsabilidad del tratamiento médico del señor Barboza».

De ello podemos concluir que si el consumidor acude a la estructura sanitaria y esta última presta sus servicios a través de un profesional, ambos son administrativamente responsables por la calidad e idoneidad de los servicios profesionales⁵⁴; pero si el consumidor acude a la estructura sanitaria porque quiere ser atendido por un médico determinado, sólo éste responde administrativamente por los servicios prestados. El caso se refiere a una penosa historia de una paciente que había sido intervenida quirúrgicamente por oclusiones intestinales desde marzo de 1988, la cual culmina en febrero de 1998, con un cuadro de septicemia que le causó la muerte. El padre de la paciente denuncia por presunta infracción de la Ley de Protección al Consumidor a los médicos y a las estructuras sanitarias que atendieron a su hija, ya que en el ínterin de las operaciones cambió del médico Miranda, de la Clínica San Borja, al médico Barboza, de la Clínica San Felipe. De los hechos denunciados quiero comentar dos de ellos: la paciente al salir de la sala de operaciones el 03.01.98 presentaba un hematoma en el cráneo de 2" de diámetro, a lo cual ni la Clínica San Borja, ni el médico Miranda dieron una explicación; y, el segundo, cuando en una curación efectuada por el médico Barboza a la paciente, en febrero de 1998, se encontró un cuerpo extraño debajo de la herida operatoria, el cual fue identificado por un dren de penrose, procedente de una de las operaciones efectuadas por el médico Miranda.

⁵⁴ Esta posición es también asumida por la Sala de la Defensa de la Competencia, en la Resolución N° 170-1998/TDC-INDECOPI, ya comentada, la cual establece que: «en el presente caso, si bien podría decirse que el consumidor no se vinculó voluntariamente con el doctor Chávez, debido a que no eligió directamente a este profesional para que le prestara el servicio, ello no quiere decir que dicho médico hubiese perdido la condición de proveedor que le otorga la ley, motivo por el cual debe responder por los daños que pudiera causar en el ejercicio de su profesión».

Respecto del primer hecho, la Comisión determinó que hubo una infracción del artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor, por cuanto:

«el médico Miranda ha reconocido que la paciente presentaba el mencionado hematoma, sin embargo no ha acreditado que dicho defecto en el servicio médico no le es imputable, es decir, que haya sido producido por un hecho fortuito, por fuerza mayor o por el hecho de un tercero. En efecto, el médico Miranda ha señalado en sus descargos que efectivamente existía un hematoma en el cuero cabelludo y que es probable que se haya debido a los efectos de la recuperación después de aplicada la anestesia. La Comisión considera que aún si ésta fuera la razón, los denunciados sabiendo que dichos efectos los puede producir la anestesia debieron haber tomado las medidas necesarias para evitar que la propia paciente se lastimara. De acuerdo al informe pericial ningún paciente puede esperar recibir en el servicio un daño adicional a la patología que lo lleva a necesitar el servicio asistencial. Asimismo, el mencionado informe señala que esta clase de hechos deben estar absolutamente controlados por el prestador de servicios de salud más aún si se conoce, la probabilidad de estos sucesos en pacientes pos operados».

En lo que se refiere a la responsabilidad del doctor Miranda y de la Clínica San Borja, por haber dejado un dren debajo de la herida operatoria, la Comisión precisó que:

«de acuerdo a la pericia, el hecho de dejar un dren en la paciente no es un hecho anormal, al contrario los drenes son colocados en la paciente para permitir la salida de líquidos, secreciones, contenido hemático y otros, así como para evitar colecciones de material orgánico y evitar procesos sépticos por colección de material contaminante que de no evacuarse serían un caldo de cultivo para gérmenes».

Sin embargo, en este aspecto, la Comisión también determinó responsabilidad por infracción del Art. 8° de la Ley de Protección al Consumidor, por cuanto:

«De acuerdo al informe pericial, hubo un inadecuado registro tanto de los drenes como de las indicaciones del manejo de los mismos, lo cual

era necesario para el conocimiento y manejo por parte de otros profesionales del tratamiento de la paciente [...]».

«La Comisión considera que la Clínica San Borja y el señor Miranda son responsables por la falta de idoneidad en su servicio al no haber informado adecuadamente de los drenes que dejaron en la paciente al doctor Barboza. En tal sentido, dicha información era relevante porque, el hecho de no informar al futuro médico tratante la existencia de un dren podía incrementar los riesgos de la paciente de sufrir algunas infecciones u otras anomalías. En efecto, de acuerdo a la pericia, el hecho de haber dejado un dren podía haber contribuido con la creación de una infección focalizada».

Encontramos otra infracción del Art. 8° de la Ley de Protección al Consumidor, en el siguiente caso: la señora Ramírez el 29.04.99 se sometió a una operación denominada histerectomía laparoscópica (extracción del útero practicada en la zona abdomino perineal) en la Clínica Montesur a cargo del médico Negrón y, como resultado de la misma, sufrió una lesión que no le permite mover normalmente su pierna derecha. Frente a la denuncia hecha por la señora Ramírez, ante la Comisión de Protección al Consumidor, a la Clínica Montesur y al doctor Negrón, ambos contestaron que dicha lesión se debió a la presión ejercida por las piñeras o los estribos empleados para mantenerla en posición ginecológica durante la operación. La Comisión, mediante Resolución Final N° 142-2000-CPC, del 21.02.00, determinó que había infracción de los arts. 8° y 9° de la Ley de Protección al Consumidor, de acuerdo a la siguiente consideración:

«En opinión de la Comisión, de lo expuesto se infiere que la lesión sufrida por la denunciante no es un riesgo inherente a la operación practicada. Así, los denunciados estaban en condiciones de prever dicho riesgo y no adoptaron las medidas destinadas a evitarlo.

En ese sentido, la Comisión considera que un consumidor razonable, en las circunstancias descritas no esperaría que luego de someterse a una histerectomía laparoscópica termine con una lesión en la pierna derecha que le impida caminar normalmente, como ocurrió en el presente caso».

Mediante Resolución Final N° 647-2000-CPC, del 20.10.00, se decidió el caso de un consumidor-paciente que, con fecha 03.03.00, se

hizo operar de apendicectomía en el Hospital Nacional Arzobispo Loayza al que, si bien le extrajeron el apéndice, le dejaron una gasa en el abdomen. Al sentir, después de la (mala) operación, dolores intensos, tuvo que retornar al servicio de emergencia del Hospital en varias oportunidades para recibir un tratamiento en base de antibióticos. Cuando el paciente se entrevistó con el director del Hospital, éste ordenó que se le hicieran los análisis necesarios. En efecto, las placas radiográficas tomadas registraron accesos de pus en varios puntos de la cavidad abdominal. No obstante ello, el doctor Yong, Jefe del Servicio de Cirugía, indicó que el paciente fuera atendido por consulta externa del Departamento de Cirugía General y no en el servicio de emergencia. Por dichas razones, el señor Montes, acudió al Hospital Central de Arequipa en donde le ordenaron realizarse una ecografía a cargo de un médico radiólogo, el cual detectó la presencia de un «cuerpo extraño» en el organismo, por lo cual, el 06.01.00 fue intervenido en el Hospital Central de Arequipa, en donde le extrajeron una compresa de gasa de 45 x 34 cms. con olor fétido conforme a lo señalado en la macroscopía del informe patológico. Posteriormente, el 07.01.00 se realizó una segunda intervención, en la cual se determinó la existencia de un corte en la parte dañada del intestino.

En sus descargos, el doctor Iriarte (quien es el responsable de la operación) sostuvo que durante la intervención quirúrgica se realizó el conteo de las gasas, reportándose como completo y conforme. Frente a lo cual, la Comisión de Protección al Consumidor, opinó que:

«si bien los protocolos asistenciales establecen los procedimientos técnicos aplicables para el desarrollo de determinadas intervenciones médicas, su existencia no exonera de responsabilidad a los médicos que no actúen con la diligencia debida, de acuerdo a cada caso específico. Por tal motivo, corresponde desestimar el argumento formulado por el doctor Iriarte.

En relación al conteo de las gasas realizado durante la intervención quirúrgica practicada al señor Montes, debe considerarse que si bien se ha acreditado que el referido control evidenció datos conformes, ello no constituye una prueba indubitable de la idoneidad del servicio brindado a dicho paciente, más aún cuando existe un proceso pos operatorio complejo como el aludido por el denunciante, debido a la existencia de un cuerpo extraño en el interior de su organismo.

De este modo, el doctor Iriarte debió aportar los medios probatorios idóneos que sustenten técnicamente que en la operación efectuada al paciente no se dejó ningún cuerpo extraño dentro del organismo del señor Montes.

Sin embargo, los resultados de los análisis que obran en el expediente no acreditan suficientemente que como consecuencia de la operación practicada al señor Montes no se hubiera detectado la presencia de un cuerpo extraño alguno en la zona abdominal intervenida. Así, en relación a este extremo, la Comisión considera que esta circunstancia, podría haber sido acreditada mediante las imágenes reportadas en la radiografía y ecografía practicadas al señor Montes. No obstante, éstas no fueron presentadas durante el transcurso del presente procedimiento».

Con respecto al responsable del tratamiento pos operatorio, el doctor Herrera, se observó que:

«Debe señalarse que cuando una persona accede a un servicio de atención médica pos operatoria espera que, de presentarse complicaciones como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada, éstas sean tratadas de manera adecuada y diligente, más aún cuando se encuentra en riesgo la propia salud del paciente.

En el presente caso, ha quedado acreditado que como consecuencia de la intervención quirúrgica realizada al señor Montes por los médicos del Hospital denunciado se dejó una gasa en el interior de su organismo, la misma que le causó diversas complicaciones. De este modo, el accionar del doctor Herrera hizo que el señor Montes continuara un tratamiento inadecuado para la afectación presentada, lo cual, retardó el proceso de mejora del referido paciente que incluso pudo complicarse con el devenir de los días por lo que tuvo que acudir a otro Hospital donde se le efectuó un tratamiento adecuado».

En atención a ello, la Comisión de Protección al Consumidor, sancionó tanto al Hospital, como a los doctores Yong, Herrera e Iriarte, por infracción al Art. 8° de la Ley de Protección al Consumidor, por cuanto:

«prestaron un servicio negligente al señor Montes durante la intervención y el tratamiento post operatorio de la intervención quirúrgica de apendicectomía que se practicaron».

Los profesionales médicos no han sido los únicos proveedores denunciados por los consumidores. Tenemos el caso del señor Palomino que contrató los servicios del abogado Chipana, a fin que lo represente en dos procesos, pagándole, para tal efecto, la suma total de US\$700.00. Luego, el señor Palomino pudo constatar que el abogado Chipana no adjuntó a la demanda los medios probatorios que le dio, ni había impulsado el trámite de la denuncia. Como consecuencia de ello, lo denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor, la cual, según Resolución Final N° 344-99-CPC, del 07.07.99, fue declarada fundada, estableciendo que:

«un consumidor razonable, al contratar los servicios profesionales de un abogado o de un estudio de abogados, espera que los proveedores del servicio actúen de una manera diligente a fin de prestar adecuada y oportunamente el servicio contratado. Así, de presentarse inconvenientes en la prestación de dicho servicio, un consumidor razonable esperaría ser informado de estos hechos y estar al tanto del caso, a fin de tomar la decisión de continuar o no con la contratación del servicio.

Debe tenerse en cuenta que en casos como el presente, el denunciado no se encuentra obligado a brindar un resultado determinado sino a brindar un servicio que involucra determinados actos y conductas. En este sentido, el denunciante no podía alegar que el servicio no ha sido idóneo simplemente porque no se llegó a satisfacer su pretensión, sobre todo si quien presta el servicio ha actuado de manera diligente. La Comisión considera que la prestación idónea de este tipo de servicio incluye informar al consumidor sobre la situación exacta del proceso y sobre las posibles acciones que se puedan tomar en el mismo, con la finalidad de que el consumidor pueda tener mayor conocimiento y pueda elegir las acciones a tomar que considere pertinentes».

Los profesionales no sólo pueden ser responsables por la idoneidad o calidad de los (bienes o) servicios que ponen en circulación en el mercado. También pueden serlo por falta de información a los consumidores-acreedores de la prestación de servicios profesionales. En efecto, en los artículos 5º, inc. b)⁵⁵ y 15º⁵⁶ de la Ley de Protección al

⁵⁵ El cual establece lo siguiente: «**Derechos de los consumidores.** En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos: [...]»

Consumidor, se regula la obligación de información del proveedor para que el consumidor realice una elección adecuada⁵⁷. Esto lo podemos observar en el siguiente caso: el médico Noriega practicaba periódicamente a la señora Lercari diversas ecografías como parte de su control gestacional. En base a dichas ecografías informó a los señores Lercari que la señora se encontraba esperando gemelas y que éstas se encontraban en perfecto estado de salud. No obstante ello, la señora Lercari dio a luz dos bebés, una de las cuales murió a las pocas horas de nacida por presentar diversas malformaciones que le impedía vivir fuera del vientre materno. Debido a ello, los señores Lercari denunciaron al doctor Noriega ante la Comisión de Protección al Consumidor, por presunta infracción de la Ley de Protección al Consumidor, por cuanto han visto defraudadas sus expectativas, pues esperaban tener dos niñas y no que una de ellas muriera como consecuencia de malformaciones que pudieron ser detectadas por las ecografía tomadas por el doctor Noriega. Éste, en su descargo, expresó que la bebé fallecida sufrió de «agenesia renal bilateral», la cual no pudo ser detectada en las ecografías tomadas, pues el aumento de las glándulas suprarrenales determinó que el feto apareciera como normal. El doctor Noriega acreditó, con una carta emitida por el Colegio Médico del Perú, que «la ecografía constituye una técnica de alta precisión que alcanza el 90% de exactitud general» se citó bibliografía que sostiene que la malformación que tenía la bebé tenía un 63% de imposibilidad de detección.

La Comisión de Protección al Consumidor, mediante Resolución Final N° 139.2000, del 21.02.00, si bien consideró que el servicio

b) derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios. [...]».

56 El cual regula: «**Información sobre productos y servicios ofertados.** El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada, muy fácilmente accesible al consumidor o usuario la información sobre los productos y servicios ofertados. [...]».

57 A propósito de la prestación de servicios médicos, se sostiene que: «también en la relación médico-paciente (profesional-cliente) es posible advertir una inarmónica (e inevitable) distribución de la información. Tampoco podría ser de otra manera, pues de lo contrario la condición y la eventual especialidad de cualquier profesional no tendría el valor agregado que se le reconoce sobre el saber común» (Vega Mere, *Op. cit.*, p. 31).

brindado por el doctor Noriega fue idóneo, sancionó al doctor Noriega por infracción de los arts. 5º, inc b) y 15º de la Ley de Protección al Consumidor, por cuanto:

«En opinión de la Comisión, un médico al dedicarse a la prestación de servicios profesionales como proveedor, cuenta con los medios suficientes para procesar información vinculada a su actividad. En ese sentido, se encuentra en mejor posición que un consumidor para acceder a información especializada, como, en este caso, la relacionada a la exactitud de los resultados que arrojan las ecografías tomadas a un paciente.

La Comisión considera que un médico que ofrece el servicio de ecografías gineco obstétrico debe informar a sus pacientes sobre el grado de certeza de los resultados obtenidos a partir de la interpretación de las ecografías tomadas [...].

En este sentido, de la revisión del expediente no se desprende documento alguno que acredite que el doctor Noriega informó a los denunciantes que las ecografías tomadas a la señora Lercari no necesariamente podrían coincidir con la realidad. Por el contrario, ha quedado acreditado que el doctor Noriega informó a los denunciantes que los fetos tenían caracteres ecográficos normales».

Con la reforma introducida por la Ley N° 27311, del 17.07.00, las sanciones que han de imponer la Comisión de Protección al Consumidor por las infracciones de la Ley de Protección del Consumidor, no se limitarán, como en el anterior modelo legislativo circulante, a imponer multas, sino también a la «devolución de la contraprestación pagada por el consumidor» (Art. 42º, inc. e), y a «cualquier otra medida que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro» (Art. 42º, inc. f), entre otras⁵⁸. Lejos de ver en estas facultades un

58 El texto completo del (reformado) Art. 42º de la Ley de Protección al Consumidor establece que: «Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiera lugar, la Comisión de Protección al Consumidor actuando de oficio o a pedido de parte, podrá imponer a los proveedores que incurran en alguna de las infracciones tipificadas en la presente Ley, una o más de las siguientes medidas correctivas:

a) Decomiso y destrucción de mercadería, envases, envolturas y/o etiquetas;
b) Clausura temporal del establecimiento o negocio hasta por un máximo de 60 (sesenta) días calendario;

conflicto de competencia con el Poder Judicial, debemos tener en cuenta que «la competencia del Indecopi en materias vinculadas a la protección del consumidor es una contribución a la administración de justicia en el Perú. En este sentido, el Indecopi es un aliado del Poder Judicial. Se trata de un complemento que, por un lado, facilita el acceso del consumidor a mecanismos heterónomos de solución de conflictos, en tanto los costos de acceder a la tutela del Indecopi son significativamente menores que los costos de acceder al Poder Judicial. Por otro lado, la competencia del Indecopi en estas materias alivia sustancialmente la carga de trabajo del Poder Judicial»⁵⁹.

c) Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine la Comisión, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción hubiera ocasionado. La publicación se realizará por cuenta y costo del infractor, hasta por un máximo de 30 (treinta) días calendario;

d) Reposición y reparación de productos;

e) Devolución de la contraprestación pagada por el consumidor; y/o,

f) Cualquier otra medida que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro. Los bienes o montos que sean objeto de medidas correctivas serán entregados por el proveedor directamente al consumidor que los reclama, salvo mandato distinto contenido en la resolución. Aquellos bienes o montos materia de una medida correctiva, que por algún motivo se encuentren en posesión del INDECOPI y deban ser entregados a los consumidores beneficiados, serán puestos a disposición de éstos. En el caso de bienes o montos que no hayan sido reclamados al cabo de un año, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 45 de este Decreto Legislativo».

59 INDECOPI, **Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: Diagnóstico y Propuesta**, Documento de Trabajo N° 001-2000, Área de Estudios Económicos del Indecopi, Separata Especial, Normas Legales, Lima, 15.03.00, p. 184738.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*

Juan Montero Aroca

Introducción

I. En tierra mítica

Está llegando el momento adecuado para que algún historiador del Derecho afronte el desafío de escribir la historia de la oralidad y de la escritura en el proceso civil. Esa historia, que deberá escribirse tanto desde la constatación de la existencia de mitos jurídicos como desde la superación de los mismos y de la adecuación a la experiencia, será muy difícil de redactar. Debo reconocer que en más de una ocasión he tenido que resistir a la tentación de hacer ese estudio y que mi resistencia se ha basado en el convencimiento de que me falta la necesaria imparcialidad. He sido durante demasiado tiempo uno de los afectados por el mito de la oralidad en el proceso civil y soy uno de los que están superándolo y empezando a intentar comprender la realidad.

En 1975, en ocasión académicamente comprometida, hube de redactar lo que entonces se llamaba «Memoria sobre el concepto del Derecho procesal», y entonces asumí, en su mayor parte, el mito de la oralidad que estaba difundido en la doctrina¹. El paso del tiempo me

* Texto base de la conferencia pronunciada en las «XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal», celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000.

1 Un año después se convirtió en el libro titulado **Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso**. Madrid, 1976; 2ª edición, 1979.

ha hecho recapacitar y me he dado cuenta de que aquellas veinte páginas respondieron a un momento de juvenil falta de criterio propio y de asunción de la fe recibida de los mayores sin atisbos críticos. Todos estos años después me están imponiendo, no una conversión a fe distinta, pero sí entrar en una fase de crisis de la vieja fe. El momento actual requiere ejercitar «la funesta manía de pensar» y, obviamente, de pensar por cuenta propia, hasta lograr que la vieja fe deje de ser una mera creencia para ser conocimiento científico.

No voy a escribir, pues, ni ahora ni después, la historia de los principios de escritura y de oralidad en el proceso civil, pero sí pretendo recapacitar sobre lo que han sido y lo que deben ser, y hacerlo aprovechando la ocasión de la nueva Ley procesal civil española, promulgada como Ley N° 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con la que se ha producido en España, y precisamente en el último año del siglo XX, el acontecimiento jurídico más importante de este siglo. Un cuerpo jurídico como es un código procesal civil sólo es equiparable en su trascendencia social a un código civil, pero es mucho más trascendente que otros cuerpos legales, como el código penal o las leyes hipotecarias.

Los organizadores de estas «XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal» han demostrado sensibilidad a la hora de darse cuenta de que un código, que eso es realmente la llamada tradicionalmente Ley de Enjuiciamiento Civil en España, es un hito en el desarrollo de las normas reguladoras de la justicia civil. Después de siglos de un modelo de proceso, que ha arraigado muy profundamente en el solar hispano americano, se ha regulado un nuevo modelo. No se trata de una simple actualización o adecuación de la vieja ley a las nuevas necesidades; se trata de un cambio de modelo. La ruptura con lo anterior puede ser ocasión adecuada para que reflexionemos sobre cómo ha sido el viejo modelo procesal civil del derecho hispánico, basado en la escritura, que fue el mismo que en el de la mayoría de los países iberoamericanos², y sobre cómo es el nuevo, basado en la oralidad sin excesos que desvirtúen lo que la oralidad realmente debe significar.

2 Pueden verse Juan Alberto Montero, *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, 1982; «La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. La consolidación del proceso común», en *L'Educazione Giuridica*. VI/2. *Modelli storici della procedura continentale*, Perugia, 1994, pp. 347-458, y en

Sección Primera

El viejo modelo procesal escrito (o el proceso de la LEC de 1881)

II. Las partidas y el proceso ordinario

Las Partidas son, sin duda, el monumento jurídico más importante de nuestra historia (la de todos los países de lengua española), no superadas hasta ahora ni siquiera por la codificación, pues gravitaron durante seis siglos sobre la vida española y durante cuatro sobre la de Iberoamérica³, llegando vivas hasta el siglo XIX.

1. Características esenciales

Sin atender aquí a la discutida atribución de las Partidas al reinado de Alfonso X (1252-1284), ni a su finalidad política, ni a su estilo claramente doctrinal y justificador de lo que se ordena, sí hay que destacar:

a) Dada la situación del siglo XIII la obra sólo podía estar basada en la recepción del *ius commune*. Esto es algo que la doctrina española, desde la más antigua⁴, no ha discutido⁵, pues en las Partidas se encuentran ejemplos sobrados incluso de traducción de textos romanos.

El descubrimiento de la obra de Justiniano, a finales del siglo XI y principios del XII, supuso un nuevo método de estudiar el Derecho, sobre todo en la Escuela de Bolonia, en el que importa su consideración, primero, de que ese Derecho no era algo del pasado sino algo positivo y vigente todavía en el Imperio, lo que lo legitimaba políticamente, y, después, de que el mismo se correspondía con la razón natural, con la *ratio iuris*, lo que explica su gran prestigio y su inmediata difusión.

Ensayos de Derecho Procesal; Barcelona, 1996, pp. 169-275; La herencia procesal española, México, UNAM, 1994; Derecho Jurisdiccional, II. Proceso civil (con G. Colomer, Montón y Barona), 9.ª edición, Valencia, 2000, pp. 11 y ss.

3 Couture, «Trayectoria y destino del derecho procesal civil en Hispanoamérica», en Estudios de derecho procesal civil, I, 2.ª edición, Buenos Aires., 1978, p. 304.

4 Diego de Covarrubias, «Opera omnia», II, Ginebra, 1723, folio 88, en *Variarum resolutionum*, I, XIV, 1.

5 Debe verse Pérez Martín, «El derecho procesal del “*ius commune*”» en España, Murcia 1999.

b) Atendido su contenido tuvieron una inmediata difusión y gran éxito entre la nueva clase de juristas profesionales que se estaba formando en el espíritu del Derecho común, si bien, correlativamente, provocó el rechazo del hombre común, que pretendía seguir rigiéndose por sus fueros y costumbres.

Antes de las Partidas no puede citarse en España nombre alguno de jurista procesalista, y cuando aparecen esos nombres se trata de colaboradores de Alfonso X en su redacción, que o son italianos de origen o han estudiado en ese país. El nombre más importante es el de Jacobo de las Leyes, que fue el autor de la Partida III, la procesal. Estos juristas aparecen como un grupo o casta que cultiva una nueva ciencia, de la que queda excluido el pueblo llano, incluso por la lengua utilizada.

Asumido en las Partidas el Derecho común se produjo, por un lado, el rechazo de las mismas por el pueblo, lo que impidió incluso que llegaran a promulgarse como ley vigente, y, por otro, el que se difundiera entre los juristas, dándose el contrasentido de que una norma no promulgada fuera aplicada por los tribunales.

Hay que recordar que las Partidas fueron la última fuente, aplicable sólo de modo supletorio, desde el Ordenamiento de Alcalá (1348) y pasando por las Leyes de Toro (1505), pero que ello no impidió que de hecho su influencia llevara a que se aplicara como fuente primera. En la legislación posterior se parte implícitamente de que la norma aplicable es la contenida en las Partidas, y se trata de ir llenado lagunas de la misma o de modificarla en aspectos concretos.

2. El proceso

En la concepción del Derecho común las partes son «las dueñas de los pleitos» (los «señores de los pleytos») y por eso la Partida III se inicia con el estudio de las partes (demandador y demandado), siguiendo con el juez, para referirse después a los personeros o procuradores y a los *boceros* o abogados. Su principio básico es el de que el proceso es un drama entre tres personas, que sólo se inicia por una de las partes, de modo que ninguna persona puede ser obligada a demandar.

A partir de ahí el *solemnis ordo iudiciarius* respondía a la concepción de que las partes tenían que disponer con toda amplitud de los medios de ataque y de defensa que consideraran oportunos, planteando sin limitaciones el litigio que las separaba, porque se trataba de acabar para

siempre con dicho litigio, de modo que la sentencia que se dictara tenía que producir los efectos de cosa juzgada material, no siendo posible otro proceso posterior. Lo anterior iba unido a la creencia de que ese proceso necesitaba un procedimiento complicado, lento y formalista y, por tanto, originador de un elevado coste, pues se trataba de ofrecer a las partes las mayores posibilidades para su defensa.

Junto con lo anterior caracterizará también a ese proceso el que se realiza de modo casi exclusivamente escrito, lo cual responde a necesidades sociales de muy variada concepción. Se trataba, por un lado, de controlar la actuación del juez, tanto en lo que se refiere a la realización de los actos procesales como en el contenido de las resoluciones judiciales, pero se trataba, también, de la idea de que la escritura suponía seguridad jurídica. La consecuencia fue la consagración de un brocardo que implica toda una manera de ver el proceso: *quod non est in actis non est in mundo*.

En el sistema del Derecho común el proceso ordinario es el proceso único, en el sentido de que no existen procesos especiales. Un proceso es ordinario cuando por medio del mismo pueden conocerse todo tipo de objetos o pretensiones, y un proceso es especial cuando está previsto para que por medio de él los órganos jurisdiccionales conozcan sólo de un objeto o pretensión determinada (retracto, desahucio, por ejemplo), y lo que estamos diciendo es que el proceso ordinario de las Partidas estaba previsto para todos los objetos, pues en todos ellos se trataba de ofrecer la misma defensa plena a las partes.

Esta concepción es la que se asume en las Partidas y la que se va a mantener en la base del proceso civil hasta la codificación, ya en el siglo XIX. Naturalmente en esos seis siglos se dictaron miles de normas dadas, bien en Cortes, bien por el rey, que fueron completando o modificando la regulación de aquéllas. Lo más grave es que esas normas no contenían disposición derogatoria, lo que produjo un fenómeno de acumulación normativa, en la que lo más difícil era llegar a saber qué es lo que estaba en vigor.

Las recopilaciones posteriores (Ordenamiento de Díaz de Montalvo, de 1484, el Libro de Bulas y Pragmáticas de Ramírez, de 1505, y la Nueva Recopilación, de 1567), fueron significando modificaciones parciales, pero la concepción del proceso ordinario no se alteró. Se siguió creyendo que un proceso, para decidir de modo definitivo una cuestión entre partes, necesitaba de muchas complicaciones, que eran

imprescindibles si se quería ofrecer a aquéllas todas las posibilidades que precisaba su derecho de defensa.

III. Los procesos plenarios rápidos

La ineficacia de un proceso como el ordinario civil para solucionar con eficacia los conflictos entre partes, llevó a configurar un nuevo tipo procesal que, sin dejar de ser ordinario (de referirse a cualquier objeto) y plenario (en el que se producía cosa juzgada), significara reducir el tiempo y el dinero. Este nuevo tipo de proceso fue el plenario rápido.

El nuevo proceso tiene sus manifestaciones tanto en el Derecho canónico, principalmente en las Decretales de Clemente V *Saepe contingit* (de 1306) y *Dispendiosam* (de 1311), como en el Derecho civil, en el que las reformas provienen de los estatutos de las ciudades mercantiles italianas, y en los dos casos se trataba de la supresión de formalidades superfluas y concesión de facultades procesales (no materiales) al juez para repelerlas, de la suavización del principio de preclusión en aras de la elasticidad, de la limitación o supresión de apelaciones independientes contra las resoluciones interlocutorias, de acortamiento de los plazos, y, sobre todo, de predominio de la oralidad frente a la escritura.

1. En el ámbito mercantil

La recepción en España de la idea del proceso plenario rápido se produce, como es lógico, de modo mucho más acusado en el ámbito del Derecho mercantil, dándose lugar a la creación de un proceso para y entre mercaderes. Las manifestaciones primeras deben registrarse en la corona de Aragón, pero las que van a tener trascendencia posterior son las del reino de Castilla.

En la corona de Aragón el origen se encuentra en las ordenanzas dadas por Pedro III a Valencia, después de que en 1283 creara el Consulado del Mar de esta ciudad, que fueron adoptadas después por Palma de Mallorca, para regir el nuevo Consulado creado en 1343 por Pedro IV, y que se comunicaron en 1347 a Barcelona, cuando el mismo Pedro IV constituyó el tribunal consular. En el reino de Castilla el origen debe buscarse en la creación de los consulados, empezando por el de Burgos, en 1494, cuando los Reyes Católicos conceden jurisdic-

ción al prior y cónsules de la universidad de mercaderes para que conozcan de los pleitos entre ellos, y a partir de ahí se inicia una muy compleja evolución con la creación de consulados en distintas ciudades. Con el paso del tiempo las ordenanzas de mayor prestigio fueron las de Bilbao de 1737.

Realmente estamos aquí ante la creación de tribunales especiales mercantiles, en los que la potestad jurisdiccional se atribuye al prior y a los cónsules del Consulado, además de la regulación de un nuevo proceso. Este supuso una ruptura de concepción procedimental con el ordinario y básicamente respondía a estas características:

- 1) Conciliación previa obligatoria: si al principio el intento de conciliación fue voluntario, pronto se dispuso de modo obligatorio que el prior y cónsules debían intentar la conciliación entre las partes.
- 2) Prohibición de la intervención de abogados: desde las Ordenanzas de Burgos la misma existencia del Consulado se justificó con un ataque a los abogados, hasta el extremo de que en aquéllas se decía que los pleitos entre mercaderes «nunca se concluían ni fenecían, porque se presentaban escritos de libelos de letrados, por manera de que por mal pleyto que fuese, los sostenían los letrados, de manera que los hacían inmortales».
- 3) Oralidad: frente al proceso ordinario civil totalmente escrito, el mercantil pretendió encontrar la rapidez en la oralidad.

La fórmula tradicional fue: «*simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii procedi mandamus*» (de la *Saepe contingit*); «*simpliciter et de plano, absque iudiciorum strepitu et figura, sine libello litis contestatione et aliis solemnitatibus et ordinibus iudiciorum etiam substancialibus*» (Estatuto de Forlì de 1369); «lo libren y determinen breve y sumariamente según estilo de mercaderes, sin dar luengas ni dilaciones ni plazos de abogados» (Ordenanzas de Burgos de 1494).

- 4) Aumento de los poderes procesales del juzgador: la oralidad y una cierta indeterminación procedimental, supuso la posibilidad de que el prior y los cónsules no se sintieran constreñidos por una legalidad estricta en la forma, pero ello desde luego no afectó a sus poderes materiales; éstos siguieron en manos de las partes.

También aquí hay fórmula que se repite en las distintas normas: «la verdad sabida y la buena fe guardada», o «atendida la sola verdad del hecho, según se ha acostumbrado a hacer a uso y estilo de mar».

2. En el civil

Si el proceso mercantil rompe con el civil e inicia una vía propia, en la que el proceso plenario rápido aparece como alternativa al proceso ordinario, en el campo del proceso civil se manifestaron también algunos deseos de reforma. Estas se plasmaron en una doble dirección:

- a) Por un lado, se trató de simplificar el proceso ordinario, de este modo se dispusieron medidas concretas relativas, por ejemplo, a permitir que se dicte sentencia aunque faltase alguna formalidad de las que «deben de ser puestas según la sutileza del Derecho» (en 1348), a la limitación de número escritos de las partes, fijando incluso el máximo de sus hojas (desde 1387 y con reiteración, lo que demuestra su incumplimiento), a la prohibición de las sentencias ilíquidas (en 1558), a la necesidad de declarar la rebeldía sólo una vez, no tres (en 1564), etc., aunque hay que dudar de la efectividad de todas estas medidas de aceleración del proceso.
- b) Por otro lado, se procedió a la creación de un proceso plenario rápido, pues, aunque con algún antecedente en las Partidas, en 1534 se permitió un juicio rápido para asuntos civiles de pequeña cuantía, que fue manteniéndose en disposiciones posteriores, con sucesivas elevaciones de la cuantía. Su parentesco con el proceso mercantil es evidente y se encuentra aquí el origen del juicio verbal que se plasmó en las leyes de enjuiciamiento civil.

Como puede comprobarse la extensión de la idea del proceso plenario rápido al campo civil fue muy limitada, y no supuso una verdadera alteración de éste. Con todo, lo que importa destacar ahora es la existencia de dos sistemas procesales vigentes durante muchos siglos, sistemas que permanecieron comunicados entre sí, y especialmente que los juristas centraron su atención en el civil, sin atender al mercantil.

Los juristas hispano americanos que publican desde las Partidas hasta la Novísima Recopilación están inmersos en la creencia de que el proceso ordinario es el juicio tipo por excelencia, y que sobre él deben centrar sus esfuerzos de estudio y divulgación. Los juicios plenarios rápidos, y en especial el mercantil, no son merecedores de su atención, con la excepción de Hevia de Bolaños, que en 1603 y desde Lima da un ejemplo de modernidad⁶.

⁶ Hevia De Bolaños, *Curia filipica*, Lima, 1603.

En cualquier caso debe advertirse que en los procesos plenarios rápidos, sean mercantiles o civiles, no se produjo modificación alguna respecto de las facultades materiales del juez. Estos procesos son distintos del ordinario en el procedimiento, y con ello se está diciendo que asumen, por un lado, el principio de oralidad y que, por otro, aumentan los poderes procesales del juez, lo que manifestaba principalmente en la atribución de facultades para la dirección formal del proceso (y así la posibilidad de rechazar de oficio maniobras dilatorias de las partes).

IV. La codificación de los procesos civil y mercantil

El siglo XIX conoce en su inicio la independencia de los países americanos, si bien la ruptura de la unidad procesal es algo que se va a ir produciendo a lo largo del siglo. Lo normal es que, en el inicio de la independencia política, se disponga de entrada que las leyes españolas quedan subsistentes mientras se van dictando las normas propias de cada república. A lo largo del siglo se va a ir produciendo la codificación y aquí atenderemos a la española, pues se trata de mostrar cómo se ha llegado a la Ley N° 1/2000.

Los dos sistemas procesales, el civil y el mercantil, llegan al siglo XIX sin relación entre sí y en los dos se advierte pronto la aspiración de codificar. La codificación no va a suponer la unificación de los dos sistemas, sino la consolidación de los mismos, hasta que desaparece el mercantil.

1. La codificación del proceso mercantil

El sistema procesal mercantil, o del proceso plenario rápido, llegó al siglo XIX con problemas derivados de dos causas. La primera se refería a la multiplicación de consulados con regulaciones diferentes, lo que provocaba confusión y largas cuestiones de competencia entre ellos. La segunda atendía a la indeterminación procedimental, origen de prácticas diferentes y de arbitrariedad por los priores y cónsules. Se estaba así ante la necesidad de unificar y regular.

A ello atendió el Código de Comercio de 1829 y la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio de 1830. El Código regulaba la «Administración de justicia en los negocios de comercio»,

basado en los tribunales de comercio, constituidos por el prior y dos cónsules, conociendo de la segunda y tercera instancia las Audiencias y luego, del recurso de injusticia notoria, el Consejo de Castilla (luego el Tribunal Supremo). La Ley regulaba dos clases de juicios:

- 1) El de mayor cuantía perdió alguno de los elementos que lo caracterizaban como plenario rápido, sobre todo el de la simplicidad, aproximándose al proceso ordinario civil. Basta advertir que constaba de primera instancia, segunda, tercera y recurso de injusticia notoria, aparte de que la oralidad sufrió un gran retroceso.
- 2) El de menor cuantía era el clásico juicio verbal, con demanda escrita preparatoria y citación de las partes a juicio, realizándose éste en audiencia única, no admitiéndose apelación contra la sentencia.

Esta Ley de Enjuiciamiento se mantuvo en vigor hasta 1868, por lo que a lo largo de la mayor parte del siglo XIX tuvimos en España tribunales especiales mercantiles y proceso propio. El Decreto de Unificación de Fueros supuso la desaparición de los tribunales y del proceso mercantiles, sin que las normas que había regulado el segundo tuvieran influencia alguna en la regulación del proceso civil, el ordinario.

2. Hacia la codificación del proceso civil

La regulación del proceso civil en el inicio del siglo XIX se encontraba en la Partida III y en el Libro XI de la Novísima Recopilación de 1805. El inicio de las reformas se encuentra en la Constitución de 1812 y, especialmente, en algunos decretos que dieron las Cortes de Cádiz, produciéndose después sucesivamente hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Los pasos más importantes fueron:

- a) En el Decreto de 9 de octubre de 1812, Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia, se contenían tres clases juicios:
 - 1) El juicio verbal, el que hemos dicho que procede de 1534, con procedimiento muy poco determinado,
 - 2) El juicio ordinario, que quedó íntegro y sin modificación alguna; y,
 - 3) Un nuevo juicio, intermedio entre los dos anteriores por la cuantía, aunque sujeto a los principios propios del ordinario, incluida la escritura, al que no se le da denominación.

- b) El segundo paso fue el Decreto de 26 de setiembre de 1835, Reglamento provisional para la administración de justicia en lo respectivo a la Real jurisdicción ordinaria, que mantiene las tres clases de juicios, el último también sin denominación.
- c) El paso decisivo fue obra de la Ley de 10 de enero de 1838, provisional para la substanciación de los juicios de menor cuantía, en la que el juicio intermedio tiene ya denominación pero, sobre todo, en la que se regula un verdadero proceso plenario rápido, sujeto a los principios de oralidad, concentración, inmediación, publicidad e impulso de oficio, y en el que todos los plazos eran perentorios e improrrogables.
- d) El último paso a considerar es la Instrucción del marqués de Gerona, de 30 de setiembre de 1853, referida al proceso ordinario, en la que se trataba de hacer frente a los abusos, corruptelas, dilaciones innecesarias, prácticas ilegales que habían convertido al proceso ordinario en «la muerte de la justicia misma». En la Instrucción se introducía el impulso de oficio, concentración, publicidad, aumento de los poderes procesales del juez, supresión de trámites.

La Ley de 1838 y el sistema de principios que informaban al juicio de menor cuantía, chocaba frontalmente con el resto de la legislación procesal y, precisamente por eso, fue rechazada por la doctrina y la práctica, apegadas una y otra a las viejas concepciones. La Instrucción no pudo mantenerse en vigor ocho meses.

La opinión de la doctrina y la práctica de la época respecto del proceso ordinario puede sintetizarse así:

- 1) Se creía en la bondad de la legislación tradicional, hasta el extremo de considerar que era la envidia de Europa.
- 2) La excelente legislación vigente había sido oscurecida por corruptelas que era preciso suprimir, pero manteniendo el sistema.
- 3) El proceso lento y complicado era la salvaguardia de los derechos de las partes y las solemnidades en el juicio garantía de la seguridad jurídica. Dentro de esas solemnidades la escritura era elemento base de la seguridad.
- 4) Las partes debían seguir siendo las «dueñas del proceso», sin conceder facultades de dirección del proceso al juez, para asegurar la imparcialidad de éste. Las facultades materiales ni se cuestionan y el aumento de las procesales se rechazan expresamente.

- 5) La lentitud de la justicia se debía al gran volumen de asuntos, por lo que debía aumentarse el número de tribunales.

La doctrina y la práctica estaban conformes con el sistema procesal. Era necesario aclarar y simplificar, pero no innovar. Acabar con las corruptelas, pero mantener los principios, aumentando el número de órganos jurisdiccionales.

V. La ley de enjuiciamiento civil de 1855

Los que se opusieron a la Ley de 1838 y los que consiguieron la derogación de la Instrucción de 1853, fueron los que se encargaron de la redacción de la primera ley procesal civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855. Para entender como ésta produjo la petrificación del viejo sistema del proceso ordinario, basta atender a las bases de la misma.

En el mismo año de 1855 las Cortes aprobaron una Ley de Bases denominada «para la reforma de los procedimientos en los juicios civiles», por medio de la que se pretendía «ordenar y compilar las leyes y reglas del enjuiciamiento civil», con el fin de «restablecer en toda su pureza las reglas cardinales de los juicios consignadas en nuestras antiguas leyes». No se trataba, pues, de innovar, sino de consolidar lo existente.

En la Exposición de Motivos de la Ley de Bases queda claro que la revisión que se debía hacer no pretendía «la destrucción de los fundamentos venerables sobre los que descansa la obra secular de nuestras instituciones procesales. Su objeto, por el contrario, debe ser dar nueva fuerza a los principios cardinales de las antiguas leyes, principios basados en la ciencia, incrustados por más de veinte generaciones en nuestras costumbres, aprendidos como tradición hasta por las personas ignorantes del derecho, y con los cuales pueden desenvolverse con sobrada anchura todos los progresos, todas las reformas convenientes».

Desde estos planteamientos el sistema de principios de la ley respondió al viejo juicio ordinario, que se asumió íntegramente, de modo que la ley se articuló sobre ese juicio. La comprensión de este fenómeno jurídico es esencial para entender la evolución procesal civil de Iberoamérica. Esta Ley de 1855 ha sido, como demostró Alcalá-

Zamora⁷, «el código procesal más prolífico del universo», y por poner un ejemplo de su influencia bastará recordar que Alsina demostró que, de los ochocientos diez artículos del Código argentino de 1880, trescientos noventidós tienen su fuente directa en aquella ley⁸. Se trata, por tanto, de una ley (un código) que determinó todo el desarrollo posterior de lo que ha sido el proceso civil de muchos países⁹.

A) Principios del proceso

El proceso civil se concibe como un medio de solucionar contiendas privadas, en las que el juez cumple una función de pacífico mediador, siendo las partes las que asuman todas las facultades. Esto supuso la plasmación del principio dispositivo (lo que es obvio en la actuación del Derecho privado) y el de aportación de parte (entendido éste en su más amplio sentido, incluyendo todo lo relativo a la prueba, que era «cosa de las partes»), pero sobre todo que en lo que se refiere a las facultades procesales de dirección:

- 1) El juez no tenía control de oficio de los presupuestos procesales. El principio general era el de que «nada debe hacerse oficio en los negocios civiles, sino que debe dejarse todo al interés de la parte y a su excitación» (lo que supuso que no había verdaderos presupuestos procesales, siendo todos impedimentos).

7 Alcalá-Zamora por ejemplo en *Nuevos estudios de Derecho procesal*, Madrid, 1980, p. 300. Puede verse también Couture, «Trayectoria y destino del Derecho procesal civil hispano-americano», en *Estudios de Derecho Procesal*, I, 2ª edición, Buenos Aires, 1978, p. 307, y *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3ª edición, reimpresión, Buenos Aires, 1966, pp. 166-167.

8 Alsina, «Influencia de la Ley española de enjuiciamiento civil de 1855 en la legislación procesal argentina», en *Actas del I Congreso Ibero-Americano y Filipino de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, pp. 291-309, y en *Revista de Derecho Procesal* (Argentina), 1955, I, pp., 27-43.

9 Posiblemente la mejor demostración de lo que decimos se encuentra en el éxito del libro de José de Vicente y Caravantes, *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, 1856-58, 3 volúmenes; Apéndice, Madrid, 1867, y otro Apéndice, Madrid, 1879. Es difícil encontrar un libro de derecho procesal español que haya tenido tanta influencia en América, y recordamos perfectamente que en México y otros países se adaptaron obras como las de Hevia de Bolaños, Sala, Tapia, y otros.

- 2) El impulso procesal se confió a las partes. El proceso tenía que avanzar a instancia de parte, pues éstas debían solicitar al juez que declarase terminada una fase procesal y abriese la siguiente. De este modo todos los plazos quedaban a la discrecionalidad de las partes, pues no se entendía precluido un trámite mientras una parte no lo pidiera al juez expresamente.

Naturalmente la ley no pudo mantener el sistema de valoración legal en todos los medios de prueba, pues ello iba contra la lógica de los tiempos, pero se inventó la «sana crítica» que, en aquel momento, no era una manera de decir que la valoración de la prueba debía motivarse en la sentencia, sino un modo de pretender limitar el arbitrio judicial.

2. Principios del procedimiento

La ley proclamó la escritura como principio básico y la mantuvo con todas sus consecuencias de mediación y dispersión de los actos procesales. El brocardo *quod non est in actis non est in mundo* reflejaba exactamente la concepción de que el juez, para dictar sentencia, sólo podía tomar como base aquello que se encontraba documentado. Pero son mucho más significativos otros dos aspectos.

- a) Secreto: la ley mantenía parcelas importantes de secreto en las actuaciones puesto que, si bien las vistas de los pleitos serán públicas, en la práctica de la prueba no se admitía: 1) Ni la publicidad general, o para el público, 2) Ni la presencia de la parte contraria en las pruebas de confesión o testifical, con lo que se limitaba el principio de contradicción.
- b) Juicio de menor cuantía: la concepción general de la ley llevó a desvirtuar este juicio tal y como lo reguló la Ley de 1838; sus principios inspiradores en ésta (oralidad, concentración, inmediación, impulso de oficio, plazos improrrogables) quedan abandonados, estimándose que debía aplicarse lo dispuesto para el juicio ordinario, haciendo algunas variaciones meramente procedimentales de simplificación de trámites y de reducción de plazos.

El principal autor de esta LEC de 1855, Pedro Gómez de la Serna, dejó claro que la comisión redactora «tuvo por punto de partida lo

tradicional, lo español, lo consignado en nuestro foro», de modo que la ley se centra en el juicio ordinario, el cual al mismo tiempo era la fórmula general de los juicios que carecieran de tramitación especial y el tipo supletorio de los especiales. Sobre este juicio «poco tuvo la comisión que discutir [...] sólo era necesario purificarlo de las prácticas viciosas que habían afectado la mejor obra sin duda de nuestras instituciones procesales»¹⁰.

3. La exclusión de influencias externas

Como hemos ido viendo, la codificación procesal civil supuso la consolidación de lo dispuesto en nuestras viejas leyes, principalmente las Partidas, y su concepción del viejo *solemnis ordo iudiciarius*. Destaquemos ahora que lo contrario estaba sucediendo en los demás países de Europa.

Durante siglos el *ordo iudiciarius* se consideró manifestación de la racionalidad que se iba creando por la intervención de los jueces y abogados, de modo que las reglas del mismo no eran susceptibles de ser impuestas desde fuera, por la autoridad de un legislador estatal. El legislador podía incidir en la regulación del proceso ordinario por medio de reformas parciales, tendentes a evitar corruptelas o prácticas viciosas, pero no podía alterarla completamente.

Como ha explicado Picardi, el *ordo iudiciarius* no sólo garantizaba el derecho de defensa en los juicios, sino también la resistencia frente a las autoridades externas. El proceso se concebía como algo originario, que respondía a las reglas de un arte, de las que nadie podía prescindir. La intervención del rey, o de cualquier legislador externo, hubiera representado una *perversio ordinis*, una acción odiosa, inadmisibles, tanto como la alteración de la moneda o la imposición de reglas al médico¹¹.

La situación empieza a cambiar cuando en 1667 se dicta el llamado Code Louis, que realmente fue la *Ordonnance civile touchant la reformation de la Justice*, en la que por primera vez de modo directo el

10 Pedro Gómez de la Serna, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857, p. 65.

11 Code Louis Picardi. «T. I *Ordonnance civile*», 1667, en *Testi e documenti per la storia del proceso. I*, a cura de Picardi y Giuliani, Milano, 1996, Introduzione.

rey Luis XIV afirmó el monopolio real sobre la legislación en materia procesal civil. Ese monopolio no supuso, de momento, la ruptura total frente a lo anterior, pero sí la introducción de reformas de mucho calado.

Pueden ponerse muchos ejemplos, pero bastará con algunos significativos: 1) Frente a la existencia de cuatro o cinco escritos de alegaciones por cada parte en el inicio del proceso, se suprimieron la mayor parte de ellos, dejándolos reducidos a dos, 2) La vieja práctica de la *litis contestatio* que se manifestaba en la existencia de un acto formal, que a veces era incluso una sentencia llamada interlocutoria, se suprimió, 3) Todo lo relativo a las preclusiones, a las que era contrario el viejo sistema, recibió nueva regulación, admitiéndose la necesidad de la preclusión misma, como único medio para que el proceso pudiera avanzar, aunque no se llegó a un sistema rígido, y 4) La importancia tradicional de la prueba testifical cedió a favor de la prueba documental, limitando el valor de aquélla e incluso prohibiéndola en algunos supuestos (los relativos a negocios jurídicos de cuantía económica importante).

A pesar de todo lo anterior lo más significativo fue la admisión de procesos plenarios rápidos frente al proceso ordinario, con lo que éste dejaba de ser el único e, incluso, el esencial. Además, el juez quedaba sometido de modo claro a la ley, precisamente a aquélla que dictaba el rey.

La Ordenanza puso en marcha una nueva manera de entender el proceso, que va a concluir con el *Code de procédure civile* de 1806 de Napoleón, el cual servirá de base a la mayor parte de los códigos que se promulgan en Europa en el siglo XIX. El caso más claro es el de los códigos italianos, incluido el nacional de 1865. Esto no ocurre en España, en la que la LEC de 1855 mantuvo la tradición del viejo proceso ordinario basado en el Derecho común.

VI. La ley de enjuiciamiento de 1881

En la evolución española que estamos describiendo hito fundamental fue el Decreto de Unificación de Fueros de 1868, con el que se suprimieron los tribunales de comercio y el proceso mercantil, convirtiéndose los tribunales ordinarios en los únicos competentes para conocer

de la aplicación del derecho privado. La unificación de fueros supuso la unificación de los procesos civil y mercantil, no por fusión, sino por supresión, quedando sólo en pie el peor de ellos. El proceso mercantil, que tantos siglos de experiencia acumulaba, simplemente desapareció.

La derogación de la Ley de 1830 se quiso paliar ordenando la realización de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. A ese efecto se promulgó la Ley de Bases de 21 de junio de 1880, en la que se advierten simplemente reformas de detalle con relación a la LEC de 1855. Esta Ley se convierte en la base más importante, pues se trataba simplemente de «introducir en la ley actual [...] las reformas y modificaciones que la ciencia y la experiencia aconsejen como convenientes» (base 19.^a). Se vuelve así a insistir en que «el juicio ordinario, reducido por la Ley de 1855 a sus proporciones esenciales, apenas reclamaba nuevas y fundamentales reformas», por lo que si no fuese por otras materias «realmente no sería necesaria la reforma de la ley vigente de enjuiciamiento»¹².

A finales del siglo XIX se dictó, pues, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en la que se trataba también de mantener lo existente, sin introducir verdaderas reformas en el sistema procesal civil. No es necesario, pues, repetir lo que antes hemos dicho para los principios del proceso y del procedimiento, pues los de la LEC de 1855 se reiteran en la de 1881, sin perjuicio de que en ésta se introdujo la publicidad general de los actos procesales y se aumentó la contradicción en la prueba.

Como dijo Goldschmidt el proceso civil español era «un recipiente liberal del siglo XIX, en el que se ha vaciado el vino antiguo del proceso civil de los siglos pasados»¹³, y como dijo Guasp «lo que el legislador de 1880 tomó del proceso común fue su técnica arcaica e insuficiente lógicamente dada la *discordantia temporis*, y afianzó esta técnica, con sus defectos fundamentales, en pensamientos políticos de innegable significación liberal»¹⁴.

12 Diario de Sesiones, Senado, núm. 105, pp. 1547 y 1544.

13 James Goldschmidt, **Derecho procesal civil**, traducción de Prieto-Castro y Adiciones de Alcalá-Zamora, Barcelona, 1936, p. X.

14 Guasp, **Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil**, I, Madrid, 1943, p. 54.

1. Los fenómenos de huida

Lo que sí importa destacar es que en el siglo largo de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se han producido dos fenómenos muy significativos de huida, que han puesto de manifiesto la falta de adecuación a la realidad, primero, del juicio ordinario de mayor cuantía, y, luego, de la propia ley.

A) Huida del juicio de mayor cuantía

Hemos asistido, en primer lugar, a una huida del juicio ordinario, que se llamaba de mayor cuantía, de modo que el mismo al final había quedado prácticamente excluido de la normal aplicación.

Los sucesivos legisladores parciales fueron conscientes de que el proceso ordinario medieval, el que se asumió en la LEC de 1881 como juicio de mayor cuantía, no podía seguir siendo aquél por el se tramitaban la mayor parte de los asuntos, dada su extraordinaria complejidad, y poco a poco, por medios de sucesivas elevaciones de la cuantía acabaron por convertirlo en un «cementerio de elefantes» por el que se conocían muy escasos asuntos.

Debe, en este sentido, tenerse en cuenta que si en 1881 el tope mínimo de la cuantía de un asunto que se tramitaba como juicio de mayor cuantía era de 1.500 pesetas, en 1984 se elevó a 100 millones y en 1992 quedó en 160 millones de pesetas (sobre un millón de dólares). Por este sistema dicho juicio fue desapareciendo de la realidad, pues son muy escasos los pleitos que superan esa cantidad. Acabó así siendo el juicio normal el de menor cuantía, que si en el origen comprendía los asuntos entre 250 y 1.500 pesetas, en 1992 pasaron a ser los de cuantía entre 800.000 pesetas y 160 millones de pesetas. Además, a esa tramitación se recondujeron los asuntos de cuantía indeterminada.

B) Huida de la LEC

La huida más importante, con todo, fue la propia LEC, lo que se hizo a base de regular un número extraordinariamente grande de procesos especiales, dando lugar a una verdadera proliferación procedimental.

Este fenómeno de proliferación se ha considerado normalmente como un defecto técnico procesal, centrándose su estudio en que el

legislador, en casi todas las leyes materiales, se ha sentido en la necesidad de dotarlas de un proceso específico, y ello hasta el extremo de que podían contarse por lo menos cuarenta modos diferentes de tramitar los asuntos en primera instancia, es decir, cuarenta procesos especiales¹⁵.

Pero la proliferación fue algo más que una cuestión de técnica procesal. Supuso la configuración de tutelas judiciales privilegiadas frente a la tutela judicial ordinaria que se prestaba por medio de los procesos de la LEC. En efecto, la regulación de procesos especiales respondía, en la mayor parte de los casos, a la existencia de fuerzas sociales capaces de lograr del legislador la creación de tutelas propias frente a la tutela normal que se prestaba por los procesos ordinarios. Determinados titulares de derechos (sobre todo del de propiedad) y determinados grupos sociales (grandes acreedores), consiguieron del legislador que sus asuntos no se sometieran a la tutela normal, y que se les creara una tutela distinta, que por lo mismo sólo puede concebirse como privilegiada.

2. Las reformas parciales

Junto a todo lo anterior deben tenerse en cuenta algunas de las reformas importantes de la LEC de 1881. Su promulgación produjo una importante reacción contraria doctrinal y práctica, que propuso su inmediata reforma, pero el caso fue que la ley se mantuvo alrededor de cincuenta años sin que fuera objeto de modificaciones de importancia. En los años treinta del siglo XX se produjo una segunda oleada de críticas que tampoco consiguió frutos de interés.

15 El caso más claro de sinceridad legislativa fue el de la Exposición de motivos de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en la que se reguló un proceso especial para la impugnación de los acuerdos de la junta general. Se decía allí que «si se quería evitar que la impugnación de los acuerdos de las Juntas generales, como medio de garantizar los derechos de las minorías, quedase reducida a una reforma platónica, como necesariamente tenía que ser, subsistiendo la necesidad de acudir a un juicio declarativo de mayor cuantía con sus instancias y un recurso de casación, para conseguir la anulación de los acuerdos de la Junta. A tal fin se articula un procedimiento especial de tramitación abreviada, que será aplicable mientras la reforma de nuestras leyes de procedimiento no hagan innecesario el que ahora se insta para estos concretos fines».

Con la moda de los tiempos, y no faltando manifestaciones reformistas, los años sesenta y setenta fueron de aspiración de dejar las cosas como estaban, de no romper con el pasado, de mantener la tradición jurídica española, de respeto a nuestro predecesores¹⁶, y tanto fue así que en la conmemoración del centenario de la LEC no faltó quien defendió su mantenimiento con pequeñas reformas, imputando los males de la realidad, no a la ley, sino a algunos aplicadores de la misma.

La situación, con todo, se hizo insostenible en la realidad, sobre todo como consecuencia del extraordinario aumento en el número de asuntos¹⁷. La LEC pudo hacer frente, mejor o peor, a una situación en la que la sociedad era predominantemente rural y los conflictos eran los propios de la misma, pero se manifestó profundamente inadecuada para solucionar los conflictos propios de una sociedad urbana. Las nuevas necesidades exigían una nueva ley, pero los sucesivos legisladores prefirieron acudir a la técnica de las leyes de reforma urgente y parcial de la LEC. Esa técnica se utilizó principalmente en las siguientes leyes:

- 1) La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC, que en su Exposición de Motivos dijo responder «a las necesidades más apremiantes» mientras se procedía «con el cuidadoso tacto que requiere el tratamiento de la ordenación del proceso» al estudio del que «podría ser el nuevo ordenamiento procesal». En esta ley el juicio de menor cuantía se convirtió en el juicio tipo, desplazando al de mayor cuantía, aunque ello se hizo a base de desnaturalizar a aquél que dejó de ser un plenario rápido.
- 2) La Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, en cuya Exposición de motivos volvió a decirse que la reforma del ordenamiento procesal debía acometerse sin precipitaciones y ponderando cuantos elementos confluyen en el proceso, pero volviendo a dejar para *sine die* la verdadera reforma, conten-

16 El ejemplo más claro es el de Prieto-Castro, *Temas de Derecho actual y su práctica*, Salamanca, 1979, pp., 238 y 239, y la Exposición de motivos del Tomo I de *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1972.

17 Hemos sostenido en Montero, *El Derecho procesal en el siglo XX*, Valencia, 2000, que el aumento de la litigiosidad en la segunda mitad del siglo ha condicionado toda la evolución.

tándose con atender a aspectos de detalle y, sobre todo, a procurar «quitar papel» de los tribunales¹⁸.

El sistema de las reformas urgentes se reveló insuficiente para atender a las necesidades de la realidad y era preciso abordar una nueva LEC. Para ese fin el Ministerio de Justicia difundió en abril de 1997 un llamado «borrador», sometiéndolo a la consideración y sugerencias de todos los interesados. En diciembre de 1997 se dio a conocer el Anteproyecto, y el Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 1998 remitió a las Cortes el oportuno proyecto de ley, que se ha convertido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Sección Segunda

La oralidad entre el mito y la realidad (o de la ideología autoritaria)

Decir que la diferencia entre las leyes de Enjuiciamiento Civil, la de 1881 y la de 2000, consiste en que la primera regulaba un proceso escrito mientras que la segunda regula un proceso oral, siendo verdad, no es toda la verdad. La LEC de 2000 regula un proceso predominantemente oral, sí, pero lo hace atendiendo al sentido estricto del principio, no a los desbordamientos, muchos de ellos de contenido claramente político, que el principio ha sufrido a lo largo del siglo XX. Es por ello necesario atender a la evolución de la oralidad.

VII. El planteamiento inicial de Chiovenda

La conversión de la oralidad en mito no creo que pueda decirse que proviene de la asunción de aquélla en el Código de Procedimiento Civil de Hanóver de 1850 o en la Ordenanza Procesal Civil alemana de 1877, y ello a pesar de que en estos cuerpos legales se produjo una asunción completa, tanto que ha podido calificarse de rígida y de dogmática¹⁹. Recuérdesse simplemente que el parágrafo 128 de la segunda

18 Montero, «Las medidas urgentes de reforma procesal civil en la Ley 10/1992, de 30 de abril», en *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1996, pp. 277 y ss.

19 Debe verse Wach, «Oralidad y escritura», en *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil alemana*, traducción de Krotoschin, Buenos Aires, 1951.

dice que «la discusión del asunto por las partes ante el tribunal que conozca del mismo será oral» y que, originariamente, sólo lo aportado de modo oral podía ser tomado en cuenta la decisión judicial. Mucho menos el mito puede tener su origen en la Ordenanza Procesal civil austríaca de 1895, obra de Klein, pues en ella la oralidad queda sujeta a límites mucho más razonables.

1. La oralidad y la reforma radical

El mito de la oralidad en el proceso civil, que ha corrido a lo largo del siglo XX, tiene su origen en Chiovenda y es necesario atender con algún detalle a su nacimiento para poder comprender todo el desarrollo posterior que lo ha conducido, en alguna de sus manifestaciones doctrinales, al absurdo.

En la edición de 1930-31 de los *Saggi* decía Chiovenda, en nota a pie de página del titulado *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, que reproduce la conferencia pronunciada en Nápoles en 1906: «Con esta conferencia y con la publicación producida en el mismo año de la primera edición de mis *Principii*, se inició la propaganda por mí realizada en el último cuarto de siglo para la reforma del proceso civil italiano sobre la base de la oralidad, de la intermediación y de la concentración»²⁰. La propaganda y, como veremos después, el apostolado de Chiovenda elevaron la oralidad a mito jurídico y otros después contribuyeron a desnaturalizarlo. Contemos los hechos²¹.

A) De la reforma de la conciencia de los hombres

En marzo de 1906 pronuncia Chiovenda una conferencia en el Círculo Jurídico de Nápoles, con el título *Las reformas procesales y las corrientes del pensamiento moderno*, en la que después de una larga introducción sobre la importancia política y social del proceso civil, sobre la

20 Estamos utilizando la edición realizada por Proto Pisani de Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937), *Volume Primo*, Milano, 1993, pp. 379-380.

21 Con la ayuda de Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia* (1866-1936), Milano, 1991; *Il Codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, e *Ideologie e modelli del processo civile*, Nápoles, 1997.

influencia de las reformas políticas en las leyes procesales, con alusión a tratados internacionales, afirma la inadecuación del Código procesal italiano de 1865 a las condiciones de la sociedad y de la cultura de la época, para concluir que la solución «no será fruto de una reforma legislativa, ni de una reforma radical, sino sólo de una lenta y profunda modificación de nuestra conciencia y de nuestros sentimientos».

En este contexto de conservadurismo iluminado, de defensa de los abogados y de indeterminación de las reformas necesarias, hizo dos alusiones a la oralidad; una de pasada y otra algo más concreta, pero no para proponerla como modelo, sino sólo con referencia a Austria y a la Ordenanza de Klein. Dijo sólo que el proceso austríaco «*ha spinto alle sue estreme applicazioni il principio della oralità*»; el mismo se basa en la concentración normal de todas las actividades procesales en una única audiencia, destinada a las alegaciones de fondo por las partes, a las pruebas, al debate»²².

Estas dos únicas alusiones no pueden entenderse como el inicio de la propaganda sobre la oralidad. Este se encuentra en la conferencia pronunciada por Chiovenda en 1909, y en el Círculo Jurídico de Roma con el título *El estado actual del proceso civil en Italia y el proyecto Orlando de reformas procesales*, pues en este otro texto sí se ocupa ampliamente de la oralidad y sí afirma que en ella se encuentra la reforma radical que Italia necesita.

B) A la reforma radical del proceso civil

Antes de entrar a precisar lo que Chiovenda entendía entonces por oralidad es preciso atender a dos circunstancias:

a) El proyecto Orlando

El 16 de marzo de 1908 el ministro V. E. Orlando presentó en la Cámara de Diputados el proyecto de ley titulado «Nuevas disposiciones en torno al orden y a la forma de los juicios», proyecto que se debía a la pluma de Mortara y que no llegó a ser discutido por la disolución anticipada del Parlamento. En el Gobierno siguiente el mismo Orlando presentó un segundo proyecto, que también lleva

²² Chiovenda, en *Saggi*, I, *Op. cit.*, pp. 384 y 388.

su nombre, el 24 de mayo de 1909, también obra de Mortara, y titulado «Reformas al Código de procedimiento civil» que tampoco fue discutido²³. La iniciativa legislativa terminó aquí, porque el siguiente ministro de Justicia fue Vittorio Scialoja, precisamente el maestro de Chiovenda²⁴.

b) La reforma radical de Scialoja

Entre 1906 y 1909 se había producido un hecho aparentemente sin relación con el principio de oralidad, pero que va a condicionar todo el desarrollo del mismo y desde el inicio. El maestro de Chiovenda, quien lo había hecho catedrático de la Universidad de Roma a la tempranísima edad de 34 años y por *chiara fama*, sufrió una repentina conversión que le llevó a ser apóstol de la idea de que «no podemos continuar manteniendo un derecho general que es inferior al de todos los otros pueblos civilizados»²⁵.

En estas circunstancias, ante un proyecto de ley que contenía pequeñas reformas y con un maestro que se declaraba apóstol de la reforma radical, Chiovenda tuvo que abandonar su anterior posición de modificación de la conciencia y de los sentimientos para convertirse a la nueva fe de la reforma radical. Esa conversión consistió en llegar a ser el apóstol de la oralidad; su camino de Damasco fue indirecto, pues el converso primero fue Scialoja y Chiovenda lo fue sólo en segundo grado.

2. El contenido de la oralidad chiovendiana

Realmente Chiovenda en su conferencia de 1909 no estableció de modo general y teórico cuál era el contenido del principio de oralidad, sino

²³ Los dos proyectos pueden verse en Tarzia y Cavallone, *I progetti di riforma del processo civile* (1866-1935), II, Milano, 1989, pp. 847 y ss. Están precedidos de una nota introductoria, redactada por Cavallone, que aporta muchos datos para conocer la época.

²⁴ En la conferencia Chiovenda pudo tener en cuenta sólo el texto primero del proyecto, pues la conferencia misma se pronunció el 17 de abril y el segundo proyecto se presentó el 24 de mayo, siempre de 1909. Más aún, cuando se publicó la conferencia en 1910 no se introdujo añadido alguno.

²⁵ Debe verse Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Op. cit., p. 143.

que pretendió resumir los principios fundamentales de los procesos alemán y austríaco, lo que los diferenciaban del proceso italiano. Como la vida no se paró en 1909 estimamos preferible no atender a ese momento histórico, sino al último en que Chiovenda realizó un resumen de su concepción de la oralidad. Vamos a centrarnos en las *Istituzioni*²⁶.

A) Los principios integrados en la oralidad

La palabra oralidad se adopta por la necesidad de expresar, de una forma simple y representativa, un complejo de ideas y características; en realidad un conjunto de principios, que son:

- a) Predominio de la palabra hablada como medio de expresión, si bien atenuado por el uso de escritos de preparación y de documentación.

Partiendo de que es difícil imaginar un proceso oral que no admita actos escritos, sea de preparación, sea de documentación, lo que identifica realmente a la oralidad es que:

- 1) Los escritos preparatorios no son la forma de hacer las partes sus aportaciones al proceso, sino el anuncio de las declaraciones que van a hacer en la audiencia. Salvado el caso de la demanda, en la oralidad las declaraciones con eficacia jurídica sólo se hacen en la audiencia, y tanto es así que una declaración no se considera hecha si no se hace oralmente, bien directamente, bien por referencia.
- 2) Los escritos de documentación sirven para dar cuenta de lo ocurrido, principalmente en la audiencia; el acta de ésta documenta, bien las alegaciones de las partes no contenidas en los escritos iniciales, bien

26 Al final del tercer volumen de los *Saggi* en la edición de Proto Pisani, y a la que antes nos hemos referido, aparece la bibliografía de Chiovenda, realizada por Cipriani, y ahí puede verse que las *Istituzioni di diritto processuale civile* se publicaron el tomo I en 1933 y el II en 1934, con una segunda edición, respectivamente, en 1935 y en 1936. Sobre la segunda edición realizó su traducción Gómez Orbaneja, *Instituciones de derecho procesal civil*, publicada en tres volúmenes, el I en Madrid, 1936, y los otros dos en 1940. De la oralidad se ocupa el volumen III, pp. 159-165.

las respuestas de las personas interrogadas como partes, testigos o peritos, bien las resoluciones distintas de la sentencia. Las actas no sirven de ayuda para la memoria del juez que debe fallar, sino de documentación de la actividad procesal para las instancias posteriores²⁷.

- b) Inmediación de la relación entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones tiene aquél que valorar.

Este principio exige que el juez que debe pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de que saca su convencimiento, y haya entrado, por tanto, en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de forma que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos y no en referencias ajenas. Este principio no sólo está unido al de la oralidad, pues sólo en un proceso oral cabe inmediación, es que constituye la esencia del proceso oral.

- c) Identidad de las personas físicas que constituyen el tribunal durante la duración del juicio.

Principio derivado de los anteriores pero con sustantividad propia, significa que: 1º En los tribunales colegiados la actividad procesal (sobre todo las pruebas) debe realizarse delante del colegio y no ante un juez delegado, 2º Cuando las circunstancias imponen que una prueba se practique ante un juez delegado, éste debe participar después en la decisión de la causa; y, 3º Si la causa no queda concluida en una audiencia, el órgano colegiado de la audiencia siguiente tiene que estar integrado por las mismas personas, de modo que si ello no es posible la audiencia primera debe reiterarse.

27 Dice Chiovenda, *Instituciones*, III, *Op. cit.*, p. 162, que forman parte de la documentación «los apuntes que toman los jueces durante la sustanciación de la causa»; ya antes, en la conferencia de 1909, había dicho que los jueces deben pronunciarse bajo la impresión de las palabras oídas, pero que ello no excluye que puedan ayudar a su memoria «con apuntes escritos de aquellas declaraciones que no pueden encontrarse en los escritos preparatorios y que tienen importancia para la decisión» (*Lo stato attuale*, en *Saggi*, I, p. 415).

- d) Concentración de la sustanciación de la causa en un período único, que se desenvuelva en una audiencia única o en el menor número posible de audiencias próximas.

Decir oralidad es como decir concentración, pues ésta constituye la principal característica exterior del proceso oral, y la misma se refiere tanto a los actos procesales en sí, los cuales deben realizarse en unas pocas audiencias próximas unas a otras, de modo que no se corra el peligro de que las impresiones recogidas en la memoria del juez se borren, como a los incidentes, los cuales deben ser resueltos en la audiencia misma.

- e) No pueden impugnarse separadamente las interlocutorias.

Para realizar la oralidad y la concentración se requiere que la decisión sobre incidentes no pueda impugnarse por separado de la cuestión de fondo, de modo que la inapelabilidad de las interlocutorias es una regla de la que no puede prescindirse (salvo en ocasiones muy concretas, como las excepciones *litis ingressum impediens*).

B) La oralidad y los poderes del juez

Estas eran las notas de la oralidad según Chiovenda y su obra general última. En la misma, después de explicar el principio de la oralidad y las objeciones al mismo, entra a analizar «la oralidad y los poderes del juez», estimando que la oralidad y la concentración procesal son principios íntimamente unidos al problema de los poderes del juez. En la actualidad, dice Chiovenda, por un lado la renovada importancia que ha adquirido el libre convencimiento del juez y, por otro, el concepto renovado de la jurisdicción como función del Estado, han devuelto al juez una posición central de órgano público interesado en administrar justicia del modo mejor y más rápido posible.

Se trata de asegurar al juez una posición que le haga partícipe activo en la relación procesal y proveerle de la autoridad necesaria para ejercer su función. El juez ha de estar en condiciones de dirigir el proceso y conducirlo hasta su resolución con la mayor celeridad posible compatible con una decisión acertada. Además, es conveniente hacerle colaborar en la formación del material de conocimiento, poniéndole en

contacto inmediato con las partes desde el momento de la constitución del juicio, de forma tal que le sea fácil preparar la sustanciación completa de la causa aclarando las dudas, provocando de las partes las indicaciones más importantes de hecho, señalando de la manera más simple las lagunas que haya en su defensa y en sus pruebas.

El ejercicio de estas facultades sólo es posible en el proceso oral.

A pesar de todo, no está demasiado clara cuál fue la opinión de Chiovenda sobre la relación entre el principio de oralidad y el aumento de los poderes del juez, puesto que cabe recordar como en otro lugar, y en 1924²⁸, había sostenido que «la oralidad por sí misma no requiere un aumento considerable de la injerencia directiva del juez y no debe identificarse con ésta. Pueden existir procesos orales (como el actual proceso germánico que, desde este punto de vista, representa un tipo de proceso oral opuesto al austríaco) en los que la injerencia del magistrado es mínima. Y se trata de problemas que cuidadosamente han de considerarse distintos, porque el aumento de los poderes del juez puede encontrar por razones de raza y de costumbres dificultades y resistencias mucho más serias y discutibles de aquellas que pueden oponerse a la introducción de la oralidad».

Sobre esos poderes la lectura de las que podemos llamar páginas últimas²⁹ ilustra de que Chiovenda se había mantenido dentro del que debe considerarse respeto a la autonomía de la voluntad y a la garantía de los derechos subjetivos de las partes. Una cosa son los poderes del juez para la formación del material de conocimiento, que quedan limitados por el principio dispositivo, en cuanto éste predomina sobre la iniciativa del juez en la fijación de la verdad de los hechos (p. 63); y otra, los poderes del juez respecto de los presupuestos procesales, que sí deben ser controlados de oficio (p. 69), y todo ello aparte del principio de impulso de oficio (p. 71).

28 Chiovenda, «*Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova)*», publicado primero en la *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1924, I, y después en *Saggi*, II, *Op. cit.*, pp. 203-204. Este artículo supuso la exteriorización del enfrentamiento con Mortara sobre la oralidad, al que se le imputa que, en su gran *Commentario*, no había dedicado de modo directo ni un renglón a encaminar la reforma del proceso civil italiano hacia la oralidad (p. 198).

29 Se trata de la p. 54 y siguientes del Tomo III de las *Instituciones de Derecho procesal civil*, traducción de Gómez Orbaneja, Madrid, 1940.

VIII. El pretendido valor actual de la oralidad

La idea símbolo puesta en marcha por Chiovenda en el inicio del siglo XX estaba llamada a recibir, durante el curso del mismo, desarrollos que la conducirían muy lejos de sus bases iniciales. Empecemos por recordar dónde no fue recibida a pesar de lo que se dice por el propio legislador.

1. El *Codice* italiano de 1940

El 28 de octubre de 1940 la *Gazzetta Ufficiale* italiana publicó el *Codice di procedura civile* para entrar en vigor el 21 de abril de 1942. Ninguna de las dos fechas eran casuales. La primera se trataba del dieciocho aniversario de la Marcha sobre Roma y la segunda atendía a una legendaria Fundación de Roma en el más remoto pasado. Al fascismo le gustaban estas demostraciones de grandeza, aunque sean de cartón piedra, de recreación de la historia, a costa de apoderarse del Imperio Romano haciéndolo propio, y de exaltación de los sucesos por él protagonizados.

Para ubicar al *Codice* en su contexto histórico no está de más recordar que ese mismo día de 28 de octubre de 1940 se produjeron otros acontecimientos que hacen a la historia de Italia. Se trata, por ejemplo, de la entrevista de Hitler con Mussolini en Florencia o de la invasión de Grecia por las tropas italianas. En el mismo día se promulgó el que entonces fue llamado «*codice fascista per eccellenza*»³⁰. Ya dentro del mismo Código en la exposición de motivos o *Relazione al Re* puede leerse que «el Código quiere ser, con decidido conocimiento, expresión histórica del estado fascista y corporativo».

En el Código fascista se presentó como plasmación de las ideas de la oralidad, del aumento de los poderes del juez y de la concentración de la actividad procesal bajo su efectiva guía, ideas que «por el apostolado de Giuseppe Chiovenda habían hecho ya un largo camino»³¹.

30 Así D'Amelio, «*Codice fascista*», en *Corriere della sera*, de 27 de octubre de 1940, p. 1, citado por Cipriani, *Il Codice di procedura civile*, Op. cit., p. 51, y recordando que Mariano d'Amelio, fue primer presidente de la Corte de Casación.

31 Sobre las vicisitudes del «apostolado» en la *Relazione al Re*, Cipriani, «Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chiovenda», primero en *Rivista Trimestrale*

Vuelve a aparecer, ahora no la propaganda, pero sí el apostolado. Lo peor del caso es que el Código y la *Relazione* no pueden calificarse de chiovendianos o lo son sólo en la apariencia.

A pesar de que se ha estimado, pues, que el *Codice* de 1940 era chiovendiano y no fascista, y que en él se asumió el pensamiento chiovendiano sobre la oralidad, ello no es cierto. El nombre del Maestro se utilizó para justificar la concepción publicista del proceso, es decir, aquello que hace que el Código tenga base ideológica fascista³²,

di Diritto e Procedura Civile, 1997 y después en *Ideologie e modelli*, *Op. cit.*, pp. 70-73. En el original de la *Relazione*, redactada por Calamandrei, aparecía una referencia expresa al apostolado de Chioventa que fue suprimida por Grandi, por lo que en el texto de aquélla, aparecido en la *Gazzetta Ufficiale*, no figuraba; hay que esperar a que la misma *Gazzetta*, ahora el 16 de abril de 1941, publicara la corrección de erratas, la más importante de las cuales es la relativa a la inclusión de la frase relativa al apostolado de Chioventa (en el apartado 3 [Precedentes de la reforma], párrafo 5, a la mitad).

32 Se puede leer en esa *Relazione*: «Si el Código de 1865 fue, por razones históricas que quizá ni siquiera fueron advertidas por sus autores, expresión de las premisas individualistas que estaban en la base del Estado liberal, el Código de 1940 quiere ser, con conocimiento decidido, expresión histórica del Estado fascista y corporativo. El fortalecimiento del principio de autoridad del Estado se proyecta y se traduce necesariamente, en el proceso, en un fortalecimiento de la autoridad del juez; fortalecimiento, con todo, que no se reduce a un simple aumento de los poderes de un órgano del Estado, ni a una ampliación de la injerencia de éste en las relaciones de la vida privada y en la esfera de los derechos individuales del ciudadano, sino que es expresión de un cambio de perspectiva en la valoración de los intereses tutelados y garantizados por el derecho.

En el Estado fascista el proceso no es solamente el encuentro de la libertad del ciudadano con la autoridad del Estado, provocado por la necesidad de tutelar los intereses del primero; ni es el puro expediente formal para regular el conflicto de los intereses privados y para terminar el litigio entre sus titulares. El Estado fascista no niega los intereses privados, sino que antes al contrario reconoce la importancia de los mismos como impulsores de iniciativas privadas y por tanto los tutela; y no existe verdadera tutela de intereses que no se refleje en un fuerte sistema procesal. Pero esta tutela no es un fin en sí misma, pues no existe, en nuestro ordenamiento, interés que no sea tutelado en función de su valor social y, en definitiva, de los superiores intereses de la nación. Por tanto, en el Estado fascista el proceso no es sólo lucha de intereses, sino instrumento para la composición fecunda de los mismos y, sobre todo, instrumento para asegurar, no sólo un ordenado sistema de vida social, inspirado en los supremos fines del Estado, sino también para asegurar, por medio de la aplicación de las normas jurídicas que regulan la vida de la nación, la realización en las relaciones

y desde luego en el Código no se asumió la concepción chiovendiana de la oralidad.

Lo que destaca más claramente en el Código, incluso a primera vista, es la figura del juez instructor, que es algo típicamente italiano y desconocido en otros países. La figura misma no está claramente perfilada en sus orígenes³³, pero lo que nos importa es que la existencia misma del juez instructor es contraria a la oralidad, en el sentido explicado por Chiovenda, pues para éste era esencial que las pruebas se practicaran precisamente delante del tribunal en su conjunto, de todos los magistrados que tenían que valorarlas, y no simplemente ante uno de los integrantes del órgano colegiado, se llamara a ese juez delegado o instructor.

Pero no se trata sólo de la oralidad; se trata de que la base ideológica del Código, que es y no podía ser de otra manera fascista, no era la de Chiovenda, por mucho que éste participara de una concepción en buena medida autoritaria y no liberal de las relaciones entre Estado e individuo. Chiovenda se ha habido mostrado en desacuerdo con Menger, hablando de la necesidad de ser más prudente³⁴, aunque no puede desconocerse que se ha llegado a afirmar que es un precursor del fascismo³⁵.

En cualquier caso no puede olvidarse, por lo que diremos después, que incluso Calamandrei sostuvo, no ya en la *Relazione al Re*, de la que es autor, sino en obra científica propia y con autoría reconocida públicamente, que «el nuevo Código habría podido, teóricamente, adoptar

privadas de los intereses supremos de ésta. Y, sobre todo, es instrumento para realizar lo que la palabra del *Duce* ha indicado como meta de la Revolución fascista: una más alta justicia social».

33 La paternidad de la idea ha sido discutida; véase Cipriani que la considera «incierta» en *Il Codice di procedura civile*, *Op. cit.*, p. 27, nota 62.

34 Anton Menger, que era el apóstol del socialismo jurídico, publicó dos obras importantes, en lo que nos afecta, *Il Diritto civile e il proletariato*, Torino, 1894, traducción de Oberosler, y *Lo stato socialista*, Milano, 1949, traducción de Olberg. Según su concepción todos los procesos en el futuro debían adoptar las formas del proceso de oficio. En esa línea, por ejemplo, Cappelletti, «*Ideologie del diritto processuale*», en *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 17 y ss., y Denti, *La giustizia civile*, Bologna, 1989, p. 26 y ss.

35 Tarello, «*L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello stato liberale*», en *Dottrine del processo civile*, coordinados por Guatini e Rebuffa, Bologna, 1989, p. 181 y ss.

el sistema propio del proceso penal, consistente en introducir el absoluto imperio del impulso de oficio, desvinculando el mecanismo procesal, una vez puesto en movimiento, de cualquier otra injerencia de las partes»³⁶. Por este incierto camino acabará diciendo algún discípulo que el Código dio pocas facultades al juez civil.

2. Del valor actual de la idea símbolo de la oralidad

Con esos orígenes el paso del tiempo iba a dar muchas sorpresas en la determinación de lo que debía entenderse por oralidad, siempre partiendo de que la misma no comportaba sólo la realización de actos orales en el proceso, sino de que se había convertido en una manera de aludir a todo un modelo de proceso civil. La sorpresa más grande es la que proporciona Cappelletti³⁷, el cual iba a elevar la oralidad a idea símbolo.

A) La oralidad y la prueba

De entrada se llega a afirmar que para Italia y para los países de lengua española la oralidad significa, sí un amplio programa de reformas procesales, pero, sobre todo, se trataba ya de que por proceso oral se asume un doble significado: «de proceso más rápido, concentrado y eficiente, y de proceso más fiel a una metodología concreta y empírico-inductiva en la búsqueda de los hechos y en la valoración de las pruebas»³⁸. El amplio programa de reformas procesales comprendía:

- a) La abolición de todos los arcaicos residuos del sistema de prueba legal.

Es cierto que cuando se habla de abolición de estos residuos se centra la atención en el juramento decisorio vinculante para el juez

36 Piero Calamandrei, *Istituzioni di Diritto processuale civile*, I, Padova, 1943, p. 212.

37 Citamos por Mario Cappelletti, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, 1972 (traducción de Sentís Melendo), pero no deben olvidarse *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, y *Giustizia e società*, Milano, 1972.

38 Mario Cappelletti, «Proceso oral y proceso escrito», en *La oralidad y las pruebas*, *Op. cit.*, pp. 76-78.

(que no es un medio de prueba), en el interrogatorio escrito y formal de las partes, en la prohibición del testimonio de las partes y de los terceros interesados, y similares, pero, en cualquier caso, lo pretendido es que desaparezcan todos los residuos de la prueba legal, siendo sustituidos por un sistema de valoración de las pruebas dejado a la apreciación crítica del juez.

- b) La intermediación de las relaciones entre el órgano decisor (juez único o colegio) y los elementos de convicción.

Esta intermediación del juez con las partes, testigos, peritos, lugares y cosas, se concibe únicamente como la atmósfera necesaria para un sistema de libre admisión y de valoración «crítica» de las pruebas. En la concepción de Cappelletti no hay alusión a que la intermediación suponga la necesidad de que sea uno mismo el juez que práctica la prueba y el que dicta la sentencia, atendándose a esa otra finalidad sobre admisión y valoración de la prueba, que es algo nuevo.

- c) La sustanciación oral de la causa en una audiencia única o en pocas audiencias próximas.

La finalidad de esta única o audiencias próximas es no perder, a causa de un proceso diluido en el tiempo, las ventajas de la intermediación de la relación entre el juez y los elementos de prueba, y ello sin perjuicio de la preparación de esa audiencia por medio de escritos.

B) La socialización de la justicia

Lo más llamativo, con todo, es el segundo significado que se atribuye a la oralidad, significado que consiste en una progresiva socialización del derecho en general y del proceso en particular. En este campo los países socialistas (los de entonces, los de 1970)³⁹ se presentan como modelo, si bien empezando por resaltar que la idea tiene su origen en Klein, «genial autor» del código austríaco de 1895, el cual ya partía de que el proceso civil es un instrumento para el bienestar social⁴⁰.

39 La ponencia «Proceso oral y proceso escrito» se presentó al «VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado», celebrado en Pescara en 1970.

40 Esta es una de las sorpresas que da la memoria histórica. Klein y la Ordenanza austríaca de 1895 representan una concepción autoritaria del Estado y del proceso, la que es propia del imperio austro-húngaro de finales del siglo XIX, de ideología esen-

El juez, en esta concepción, asume un cometido de guía y de propulsión procesal, no solamente técnica y formal (controlando la observancia de las reglas del *fair play* y el ordenado y rápido desarrollo del procedimiento), sino también material; desde el mismo inicio del proceso asume un cometido de carácter activo y asistencial respecto de las partes, buscando con ellas la verdad para que al final, la victoria sea de la parte que tiene razón y no de aquélla que sepa prevalecer en virtud de su mayor fuerza económica o por la mayor habilidad de su defensor. Se acaba de este modo –se dice– con la vieja concepción del juez neutral, que era algo puramente formal.

En este ejercicio de palabrería política las cosas llegan hasta el extremo de admitir, con los pseudo juristas comunistas de la época de Stalin, que la oralidad se resuelve así en un fenómeno de democratización de la justicia y del proceso civil. La oralidad –sigue diciendo Cappelletti– tiene en los países socialistas una importancia y una base jurídico-política absolutamente particulares, entre otras cosas porque permite al juez asumir una función social que se manifiesta en el papel activo del juez en la búsqueda de la verdad material; un proceso socialista se caracteriza esencialmente porque, reflejando siempre intereses de orden público y no meramente privados, entiende que no puede dejarse el proceso mismo a merced de los acuerdos, o del descuido o de la ignorancia o también de la desigualdad dialéctica de las partes⁴¹.

cialmente reaccionaria (Sprung, «*Le basi del diritto processuale civile austriaco*», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, y Cipriani, «*Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*», en *Ideologie e modelli*, *Op. cit.*, p. 27 y ss.), y a pesar de ello su influencia en Cappelletti es tan manifiesta que su libro *Processo e ideologie*, *Op. cit.*, se coloca bajo una frase - lema de Klein. No debe olvidarse que en la base de Klein estaba el control de los jueces por el poder ejecutivo y, más aún, el apoderarse de la justicia, también de la civil, que debía colocarse al servicio del interés general, siempre bien advertido que ese interés general es el que el poder político dice que es y en cada momento; el juez no es así el último garante de los derechos de los ciudadanos, sino el servidor de los intereses de la sociedad, y el titular de turno del poder es el que determina cuáles son esos intereses. No puede dejar de destacarse que Cappelletti, «Proceso oral y proceso escrito», en **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**, *Op. cit.*, p. 81, acababa por sostener que la oralidad requería una «gran magistratura: un juez honesto, socialmente sensible, diligente», que es –afirma– el juez austríaco que ha asegurado el éxito del código de Klein.

41 En el fondo se trata de convertir al proceso civil en algo parecido a la jurisdicción voluntaria, en la que el juez asume una función no jurisdiccional, sino de tutela

De este modo y con esta base ideológica se termina pretendiendo que el proceso moderno sólo puede ser oral, pero que la oralidad sólo puede entenderse en el sentido que se acaba de exponer.

IX. El replanteamiento del sentido de la oralidad

No creo que haga falta insistir en que el pretendido valor actual del principio de oralidad había llevado a la mezcla caótica de cosas distintas, produciendo una confusión que no tenía salida lógica, salvo la de aclarar distinguiendo entre lo que atiende a la forma de los actos procesales y lo que se refiere al contenido de los mismos o, si se prefiere, entre procedimiento y proceso. De la misma manera no hace falta insistir en que hoy no puede seguir manteniéndose que la oralidad lleve inevitablemente a un «proceso social», en el sentido en que esa expresión se ha entendido en los países ex socialistas, entre otras cosas porque ese proceso se basaba en la inexistencia de verdaderos derechos subjetivos privados de ámbito civil, es decir, en la supresión de la autonomía de la voluntad privada, lo que se resolvió de modo muy claro en la falta de libertad. Cuando en los países occidentales se hablaba de «proceso social» y por verdaderos juristas, se estaba pretendiendo decir algo muy distinto de lo que entendían los juristas comunistas utilizando la misma expresión.

Hay que empezar por replantearse lo que puede suponer hoy la oralidad, y hay que hacerlo aclarando, de entrada, que el principio se refiere a la forma, al procedimiento, no al proceso, al contenido de los actos procesales.

1. Proceso y procedimiento

Los llamados «procedimientos judiciales» consistieron en el siglo XIX en describir la previsión legal respecto de los actos que debían realizar

de los particulares, a los cuales se les considera poco menos que menores o incapacitados. Baste recordar que esto era lo pretendido por Baumbach, magistrado nazi en 1938, por Menger, el apóstol del socialismo jurídico a finales del siglo XIX, y por autores comunistas de todo el siglo XX, los cuales auspiciaron la desaparición de las varias clases de procesos, sobre todo el penal y el civil, para acabar en una única manera de actuar el derecho en el caso concreto: de oficio por el juez.

las partes y el órgano jurisdiccional, y así la *procédure* era el conjunto de formas que los ciudadanos debían seguir para obtener justicia y que los tribunales habían de observar para otorgarla. Procedimiento, en este sentido histórico, equivale a la forma. El paso dado por los procesalistas consistió, precisamente, en percatarse de que limitándose a describir las distintas formas procedimentales, reduciéndose a la descripción del desarrollo temporal de los distintos procedimientos, no se estaba haciendo ciencia, que lo importante era darse cuenta de la calidad jurídica de lo que hacían las partes y el juez, de que era preciso hallar un sistema que abarcara la variedad de formas⁴². Surgió así la noción de proceso; en éste lo importante no era ya la forma.

Junto a la distinta manera de entender la disciplina, según se llamara «procedimientos judiciales» o «derecho procesal», las diferencias entre proceso y procedimiento se manifiestan en que:

- 1) El término procedimiento no es exclusivo del ámbito judicial, sino que es aplicable —refiriéndonos exclusivamente a su contenido jurídico— a todas las funciones del Estado, y así se habla de procedimiento legislativo y, sobre todo, administrativo (existe una ley de procedimiento administrativo, pero no puede existir una ley que regule el proceso ante la administración).
- 2) Procedimiento, pues, hace referencia a forma, a sucesión de actos, y ello sin precisar si esa actividad es la de los órganos jurisdiccionales, pues puede ser también la de los órganos administrativos.
- 3) Cuando se habla de procedimiento judicial se está destacando la forma de la actividad judicial, el «lado extremo de la actividad procesal»⁴³, «una consideración meramente formal del proceso»⁴⁴ o «el fenómeno de la sucesión de actos en su puro aspecto externo»⁴⁵, la mera actividad o sucesión de actos en el tiempo.
- 4) Aunque proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, *procedere*, en el segundo destaca la nota de actuación externa, el

42 Sobre la evolución que arranca de la práctica forense para llegar al Derecho jurisdiccional, puede verse Juan Montero, **Derecho Jurisdicción. I, Parte General**, 10.ª edición (con G. Colomer, Montón y Barona), Valencia, 2000, p. 13 y ss.

43 Prieto-Castro, **Tratado de derecho procesal civil**, I Pamplona, 1985, p. 51.

44 Gómez Orbaneja, **Derecho procesal civil**, I, Madrid, 1976 (con Herce), p. 14.

45 De la Oliva, **Derecho procesal civil**, I, Madrid, 1995 (con Fernández), p. 132.

trabajo que pudiéramos llamar administrativo que se realiza en cualquier actividad jurídica y, por tanto, también en ésta, mientras que en el primero es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan. Mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso es propio y exclusivo de la actuación jurisdiccional.

Con base en lo dicho puede llegarse a las siguientes conclusiones: 1. La función jurisdiccional se ejerce sólo a través del proceso; 2. Jurisdicción y proceso son realidades correlativas e interdependientes, sin proceso no hay ejercicio de la función jurisdiccional; 3. Todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento; 4. Existen procedimientos judiciales que no son la forma externa de un proceso (en aquellos casos en que el juez no actúa jurisdiccionalmente); y, 5. Un solo procedimiento judicial puede ser la forma externa de dos o más procesos.

2. La forma de los actos procesales

En nuestra opinión todo el problema del procedimiento, de la forma, puede resumirse en dos principios: oralidad y escritura, aclarando inmediatamente que cuando nos referimos a la oralidad incluimos dentro del principio aquellos otros que se derivan de él, es decir, inmediatez, concentración y publicidad, y lo mismo con los principios contrarios derivados; de la escritura.

Desde el inicio hay que dejar bien sentado, por evidente, la imposibilidad práctica de configurar un procedimiento de manera totalmente oral o escrita. De ahí que no se trate de exclusividades sino de prevalecimientos. Resulta así que el problema de los principios de oralidad o de escritura es un problema de límites. Si en un procedimiento escrito la palabra ha de ser la forma de realización de algunos actos procesales, y si de un procedimiento oral la escritura no puede estar totalmente ausente, todo se reduce a determinar cuándo, por prevalecer una forma u otra, podemos correctamente decir que estamos ante un procedimiento oral o escrito.

Tradicionalmente el elemento base para diferenciar un procedimiento oral de otro escrito se ha centrado en la manera de aportar las partes los hechos al proceso y de formular la pretensión; resultaba así que se atendía, no a un conjunto de caracteres, sino a un único elemento, y sin perjuicio de que luego de ese carácter se desprendieran otros en consecuencia.

En este sentido se habían pronunciado autores fundamentales, y así Chiovenda⁴⁶, partiendo de la imposibilidad de configurar un procedimiento totalmente oral, hablaba de proceso mixto, precisando que éste sería predominantemente oral o escrito atendiendo al momento de aportación de los elementos fácticos por obra de las partes, es decir, de la interposición de la pretensión con su fundamentación correspondiente; allí donde la pretensión ha de ser presentada necesariamente en forma escrita, estamos ante un proceso escrito, aunque las partes tengan la posibilidad de ilustrar oralmente el contenido de los escritos. De aquí la distinta manera como operan los escritos de uno y otro procedimiento; en la escritura son la forma de las deducciones, mientras que en la oralidad los escritos son meramente preparatorios, anuncio de las deducciones que se van a hacer en la audiencia y medio básico para poner al demandado en situación de defenderse.

Más recientemente en España Prieto-Castro⁴⁷ ha persistido en esta línea, diciendo que el principio de oralidad determina que (salvo algunas excepciones) únicamente lo que de palabra se aporte al proceso puede ser valorado por el juez y tenido en cuenta en la resolución final; y la presencia del otro principio, el de escritura, significa que tan sólo (salvo algunas excepciones) lo aportado de esta forma puede producir esos resultados, y para significarlo así viene empleándose el brocardo *quod non est in actis non est in mundo*.

La doctrina que calificamos de tradicional, junto a lo anterior, destacó que con las palabras oralidad y escritura sintetizaba un conjunto de caracteres del procedimiento, un sistema completo de principios inseparables los unos de los otros, pero en todo caso quedaba claro que la oralidad significaba en primer lugar y principalmente, que la preten-

46 Chiovenda, *Instituciones*, III, *Op. cit.*, p. 159 y ss.

47 Prieto-Castro, «Precisiones sobre escritura y oralidad», en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, I, Madrid, 1950, p. 100.

sión había de formularse oralmente, y que por escritura había de entenderse que la pretensión se realizaba por escrito.

En la actualidad centrar la oralidad y la escritura en un único elemento como base imprescindible nos parece unilateral, y estimamos que no puede hacerse depender de él la naturaleza del procedimiento. Este será oral o escrito atendiendo a un conjunto de principios, en los que, junto a la forma oral o escrita de los actos procesales, hay que resaltar otros de tanta o mayor importancia. La oralidad y la escritura son dos modos de hacer el procedimiento, el conjunto del mismo, no la forma de un único acto procesal.

3. La oralidad en la nueva LEC española

Reducida la oralidad a la determinación de la forma de los actos procesales, sin que con ella se atienda al contenido de los actos, debemos examinar ahora cuáles son los elementos que la caracterizan realmente y que son los que se han asumido en el nuevo proceso regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, pues en ella se dispone un procedimiento oral, pero en el sentido estricto de la expresión, no en el desbordado por el mito.

A) Forma oral de los actos procesales

Naturalmente el principio de oralidad significa, en primer lugar, que en los actos procesales predomina lo hablado sobre lo escrito, como medio de expresión y comunicación entre los diferentes sujetos que intervienen en el proceso. Hoy no cabe admitir que el momento típico para distinguir entre un procedimiento oral y otro escrito sea el de las deducciones de las partes. Esto conduciría a que un proceso civil en el que la demanda y la contestación se hicieran por escrito, pero en el que todos los demás actos fueran orales, habría de ser calificado de escrito. Lo importante no es ya el modo de alegar los hechos a los que debe estar el órgano judicial, sino el conjunto de la actividad procedimental, de los actos del proceso.

El predominio del acto procesal oral no puede impedir la existencia de actos escritos, sea cual fuere el contenido de éstos, pero en todo caso lo paradójico es que probablemente este elemento es el que menos sirve para caracterizar un procedimiento de oral y de ahí la

importancia de los siguientes. En efecto el predominio de la oralidad no puede atender a que un o unos pocos actos determinados se realicen de modo oral, sino al conjunto de la actuación, y ello sin atender principalmente al contenido de esos actos.

Si hubiera que destacar algo que normalmente caracteriza al procedimiento oral diríamos que esta clase de procedimiento suele acabar con una audiencia oral en la cual el juez se pone en relación directa con las pruebas personales (testigos y peritos) y con las partes, sin perjuicio de que esta audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión.

Este es precisamente el esquema del procedimiento regulado en la nueva LEC de 2000⁴⁸. La demanda y la contestación se realizan por escrito, y en ellas se determina el objeto del proceso y el objeto del debate (sin que después quepan modificaciones sustanciales), se realiza después una audiencia previa con función especialmente saneadora (procesal), pero también delimitadora de los términos del debate (material), para acabar convocándose a un verdadero juicio oral, en el que se practicará toda la prueba.

C) Inmediación

La oralidad implica, en segundo lugar, inmediación, es decir, la exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso, sin que exista entre ellos elemento alguno interpuesto. Esta exigencia es particularmente importante con relación a las pruebas, hasta el extremo de que normalmente se ha venido concibiendo la inmediación solamente como la exigencia de que el juez que ha de pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas.

La inmediación es parte esencial del procedimiento oral, tanto que puede afirmarse que no se trata de principios distintos y autónomos, sino que son dos aspectos de una misma realidad.

48 En el texto nos vamos a referir sólo al llamado juicio ordinario de la LEC, puesto que el llamado juicio verbal no tiene duda alguna de naturaleza de procedimiento oral. Este juicio verbal sigue siendo el inicialmente creado en 1534 para los asuntos de pequeña cuantía, que ha sido pasando por todas las reformas posteriores.

Uno de los efectos de la inmediación es la imposibilidad de que se produzcan cambios en las personas físicas que componen el órgano jurisdiccional durante la tramitación de la causa, y en especial que sólo pueden concurrir a dictar la sentencia los magistrados ante los que se ha desarrollado la audiencia oral en la que el juez o tribunal se pone en relación directa con las pruebas y con las partes.

En los procedimientos españoles de tipo oral la inmediación es una consecuencia. En el nuevo proceso civil se ha tenido el acierto de no llevar la inmediación y su consecuencia a sus últimos extremos. La regla general es la de que el juez que debe dictar sentencia ha de haber practicado la prueba, y de ahí la necesidad de que presida el juicio oral y dicte sentencia un mismo juez, lo que supone también que en ese juicio debe practicarse toda la prueba, pero ello no impide la posibilidad de que: 1) En algún caso pueda practicarse prueba entre la audiencia previa y el juicio oral, sin que sea necesario que la presida el mismo juez que luego efectuará el juicio y dictará la sentencia, y 2) Excepcionalmente se acuda a la práctica de la prueba por auxilio judicial, esto es, practicando algún medio de prueba con un juez distinto al que está conociendo del proceso y en lugar distinto al de celebración del juicio oral.

La inmediación es lo normal, pero el legislador español no ha querido llevar el principio a sus últimas consecuencias, admitiendo posibles excepciones al mismo, excepciones que dependen del juez que conoce del proceso en su aplicación concreta.

C) Concentración

Decir oralidad es también decir concentración, y lo es tanto que se ha sostenido que lo que caracteriza a un procedimiento oral es más la concentración que la mera oralidad de los actos procesales⁴⁹.

Con relación a la actividad procedimental, que es lo que ahora nos interesa, la concentración supone que los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia, o en todo caso en unas pocas audiencias próximas temporalmente entre sí, con el objetivo evidente de que las manifestaciones realizadas de palabra por las partes ante el juez y las

⁴⁹ Alcalá-Zamora, «Proceso oral y abogacía», en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, II, México, 1974, p. 17 y 19.

pruebas permanezcan fielmente en la memoria de éste a la hora de dictar la sentencia. El ideal de todo procedimiento es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de la proposición y práctica de la prueba e incluso de la resolución del asunto, y que si este ideal es difícilmente conseguible, la tarea del legislador y del tribunal consiste en aproximar lo más posible el procedimiento al ideal.

La influencia de la concentración sobre la forma del proceso es evidente, y de ahí que haya sido considerado la principal característica exterior del proceso oral. Al mismo tiempo se ha señalado su influencia sobre la brevedad de los pleitos, frente a la escritura que supone necesariamente dispersión de los actos procesales en el tiempo. De aquí que se haya dicho, por Alcalá-Zamora, que si las mayores ventajas del procedimiento oral obedecen al principio de concentración, sería preferible hablar de proceso concentrado en vez de proceso oral. Con todo, lo que importa es tener en cuenta que la concentración no es sin más una consecuencia de la oralidad.

La concentración se asume todo lo posible en el proceso civil regulado en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. En el juicio ordinario existen dos «audiencias», la llamada previa, que tienen funciones de saneamiento de óbices procesales y de delimitación del debate, y el llamado juicio, en el que deben practicarse todas las pruebas, con lo que se trata ya únicamente del tema de fondo del proceso.

D) Publicidad

Por último, la oralidad supone necesariamente publicidad, entendida ésta en su verdadera significación.

Cuando se habla del principio de publicidad suele distinguirse entre publicidad para las partes y publicidad general, pero se trata de una distinción que carece de sentido⁵⁰. La llamada publicidad para las partes se refiere en realidad al principio de contradicción o audiencia, pues si un acto procesal fuera secreto para las partes no se estaría haciendo referencia a la forma del proceso, al procedimiento, sino que se estaría colocando a aquéllas en situación de indefensión. La verdadera publicidad, la

50 Para esta distinción por ejemplo Chioyenda, *Instituciones*, III, *Op. cit.*, p. 201. Correctamente, Fairén, «Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso», en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid, 1969.

que aquí consideramos, es la que se refiere al público, y respecto de ella afirmamos su carácter político y su dependencia de la oralidad.

Ya es sintomático que en las constituciones y en los textos internacionales más importantes se haya recogido la garantía de la publicidad del proceso. Así lo ha hecho también el Art. 120.1 de nuestra Constitución declarando que «las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevén las leyes de procedimiento». Esta declaración por sí misma sería inútil por no añadir nada a la situación precedente y porque, al remitir las excepciones a las leyes ordinarias, sin establecer en la propia Constitución los criterios fundamentales que hacen admisible una excepción, está estableciendo un principio vacío de contenido. Para darle utilidad hay que poner en relación el Art. 120.1 con el Art. 24.2 de la propia Constitución (derecho a un proceso público), con el Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y con el Art. 6.1 de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950, en donde se establece que las excepciones tienen que justificarse en intereses que, desde el plano constitucional, merezcan protección preferente a la publicidad (vid. STC 62/1982, de 15 de octubre).

Sin oralidad no hay publicidad. En un procedimiento escrito las normas legales pueden establecer la publicidad, pero son normas de imposible cumplimiento en la práctica. Sólo un proceso oral y concentrado permite la publicidad y con ella la fiscalización popular del funcionamiento de la justicia.

Cuando se habla de publicidad el principio debe acomodarse a los tiempos. Hoy no tiene sentido decir que la publicidad permite que el público entre en el local de la audiencia para presenciar la realización del acto procesal; en la actualidad la publicidad no puede dejar de atender a los medios de comunicación social (prensa, radio, televisión) y ha de entenderse que proceso público es aquél al que pueden tener acceso esos medios, los cuales se constituyen como una especie de «representantes» del público, y como tales tienen todos los derechos del «público», pero no más. De la misma manera el derecho de las partes a un proceso público no cabe entenderlo hoy desconectado de los medios de comunicación social.

La nueva LEC, limitándose en esto a mantener una conquista del siglo pasado, dispone en su Art. 138º que las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias, cuyo objeto sea oír a las partes antes de

dictar una resolución, se practicarán en audiencia pública, con lo que establece que todas las actuaciones orales han de ser públicas.

4. La vía de los procesos plenarios rápidos

Una ley o, mejor, un código, con 827 artículos que pretende expresar y materializar, con autenticidad, el profundo cambio de mentalidad que entraña el compromiso por la efectividad de la tutela judicial civil, no puede quedar resumida en unas pocas páginas, siendo necesario su estudio completo para llegar a percatarse de lo que realmente significa. Ahora bien, como es necesario hacer un esfuerzo de síntesis, conviene empezar por decir que lo verdaderamente importante en la LEC no son los aspectos de detalle, por mucho que vengan impuestos por los tiempos que corren (como sería el que las actuaciones orales en vistas y comparecencias se registren en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen), pues esos detalles no hacen a la esencia del cambio de modelo procesal pretendido. Es la pretensión de introducir un nuevo modelo de proceso civil lo que hace que estemos ante una LEC nueva y no, simplemente, ante una reforma y actualización de la vieja.

Las leyes de enjuiciamiento civil de 1855 y de 1881 se limitaron a asumir como juicio tipo el proceso ordinario del Derecho común y, en torno al mismo, se redactaron completamente. En ellas los juicios plenarios rápidos se consideraron meras excepciones, reservadas para pocos asuntos y éstos de poca importancia cuantitativa. La nueva LEC supone, por fin, la ruptura con aquel proceso ordinario y toda ella se centra en dos juicios plenarios rápidos. Independientemente de las palabras se trata de los ahora llamados juicio ordinario (Libro II, Título II) y juicio verbal (Libro II, Título III). Después de siete siglos el modelo del proceso común ha sido abandonado.

La idea de que el proceso requiere «fórmulas lentas, graves, solemnes, complicadas y rigurosas a que el orden judicial debe sujetarse en el ejercicio de sus funciones y que son garantía de seguridad para los litigantes y prenda de acierto en los fallos», que fue la defendida por el Colegio de Abogados de Madrid en sus Observaciones a la Instrucción del marqués de Gerona⁵¹, podía tener sentido en un contexto social de

51 Se trata de las «Observaciones sobre la Instrucción del procedimiento civil de

tipo rural en el que los pleitos tenían como objeto la propiedad y, sobre todo, la de la tierra, para los que el tiempo no era un elemento trascendente. Esa idea es la que está en base de las dos leyes de enjuiciamiento civil del siglo XIX y es la que se ha abandonado en la nueva LEC.

El problema fundamental del proceso civil en las últimas décadas ha sido el del aumento de la litigiosidad, que suele presentarse como un mal cuando es sólo un síntoma de profundas modificaciones sociales. En efecto:

1. Durante siglos el proceso civil fue el instrumento con el que los poseedores solucionaban sus litigios, de modo que los no poseedores quedaban excluidos del mismo. Sólo determinadas capas de la población tenían acceso a este proceso, lo que suponía un número no excesivo de procesos que podían ser solucionados por una organización judicial reducida y con pocos medios personales y materiales.
2. En muy poco tiempo, prácticamente en los últimos cincuenta años, han accedido a la justicia civil amplias capas de la población que antes estaban excluidas de ella, en parte porque el número de propietarios ha aumentado, pero también porque otros derechos han entrado en liza, como es el caso de la responsabilidad extracontractual y, sobre todo, porque se han convertido en objeto principal de este proceso las reclamaciones de dinero basadas en el crédito.

Hoy el proceso civil no es ya el medio para solucionar los conflictos típicos de una sociedad rural, sino el instrumento con el que se tiene que hacer frente a los conflictos propios de una sociedad urbana y así este proceso se ha convertido en un fenómeno de masas, en el que el elemento fundamental del mismo es su efectividad práctica. Si se lee la Exposición de Motivos de la LEC se advertirá que su idea base es la de la efectividad de la justicia civil.

La efectividad era algo ajeno al modelo proceso de la LEC de 1881 y hoy tiene que ser el eje sobre el que gira el modelo procesal de la nueva LEC. Esa finalidad es la que justifica que el modelo procesal sea el de los juicios plenarios rápidos.

30 de septiembre de 1853», publicadas en la *Revista General de Legislación y de Jurisprudencia*, 1854, tomo 3, pp. 13-92, y redactadas por una comisión integrada por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados con la asistencia de los ex decanos.

El *solemnis ordo iudiciarius* ha muerto después de una vida casi tan larga como la de Matusalén y ha triunfado el tipo de proceso que apareció como excepcional. Este triunfo no se manifiesta simplemente en la supresión de unos trámites y en la abreviación de unos plazos. Se expresa fundamentalmente en la idea de adecuación del proceso a la realidad de este tiempo y en que, por fin, el legislador ha osado acabar con un sistema que ya no era producto de la razón natural y respecto del que el prestigio entre algunos juristas era producto del conservadurismo acrítico. Natural no puede dejar de existir quien en el entierro se condeule de esta muerte, la califique de temprana y aun manifieste su desconfianza en el nuevo modelo procesal considerándolo prematuro. Siempre ocurre de este modo; siempre existe quien se condeule de la desaparición del pasado.

El nuevo modelo es, por tanto, el del proceso plenario rápido y sus caracteres esenciales siguen siendo el de intentar adecuarse a la realidad. Se basa así en la oralidad del juicio ordinario, para el que se dispone que las pruebas deben practicarse en un único acto concentrado y con inmediación. Oralidad, inmediación, concentración y publicidad son las notas del proceso civil español.

Sección Tercera

Los principios del nuevo proceso civil español (o además de la oralidad)

X. Los principios generales

Partiendo de que el principio de oralidad atiende única y exclusivamente a la forma de los actos procesales, y no a la conformación del proceso y de sus principios configuradores, es necesario aludir a estos otros principios para acabar dando una idea de lo que ha supuesto la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000. En ella se ha optado por los procesos plenarios rápidos, pero ello no ha supuesto alterar la base ideológica liberal, que parte de la existencia de derechos subjetivos privados que se ejercen en libertad.

1. El principio de oportunidad y el sistema económico

El sistema procesal civil encuentra su apoyo ideológico en la concepción liberal de la sociedad, que se manifiesta principalmente en el aspecto económico, en la distinción entre intereses públicos e intereses privados. En el proceso civil el interés que la parte solicita que sea protegido o tutelado por el órgano jurisdiccional es privado, siendo preponderante en él la autonomía de la voluntad. El titular de ese interés es el individuo, no la sociedad y, por tanto, se trata de un derecho o interés disponible. La distinción entre derecho público y derecho privado es fundamental y también el que el proceso civil es el instrumento destinado a la satisfacción o tutela de intereses privados.

La diferente naturaleza de los intereses en juego presupone la existencia de dos tipos de procesos. Frente a un proceso necesario, en el que por tratarse de intereses públicos el principio de necesidad determinará su nacimiento y contenido, ha de existir otro proceso en el que, por tratarse de intereses privados, la voluntad de las partes es el elemento determinante tanto de su nacimiento como de su contenido y extinción. Estos dos modelos básicos se corresponden con los procesos penal y civil; en el primero predomina el interés público, siendo su realización necesaria; en el segundo lo determinante para la iniciación del mismo es la voluntad del individuo, el cual, atendiendo a razones de oportunidad, acudirá o no al proceso para la defensa de sus intereses⁵².

La conformación del proceso civil se encuentra, pues, en el régimen económico que se asuma en la Constitución. A la vista de los arts. 33º

⁵² En los países con régimen comunista las cosas habían sucedido de muy distinta manera. En éstos se negaba la distinción entre intereses públicos y privados y, por tanto, la razón principal de ser de una regulación del proceso civil distinta de los otros tipos de proceso. Frente a una concepción liberal de la economía, en la que prácticamente todo es privado, se estableció un sistema radicalmente opuesto. En frase de Lenin: «No reconocemos nada privado; para nosotros todo el campo de la economía reviste carácter de derecho público y no de privado». La consecuencia fue la desaparición de la libertad, pero en lo que nos importa ahora que el proceso civil se sujetara a principios propios de la necesidad. La frase de Lenin la citamos por Gurvich, **Derecho procesal civil soviético**, México, 1971, traducción de Lubán, p. 44, el cual sigue diciendo que la desaparición de la distinción entre lo público y de lo privado conduce a la desaparición de la principal razón de ser de una reglamentación del proceso civil distinta de la de los otros tipos de proceso.

y 38° de la Constitución española, principalmente, creemos indudable que hay que partir del reconocimiento de la distinción entre intereses privados y públicos. El Art. 33° reconoce el derecho a la propiedad privada, y éste es uno de los pilares del principio de oportunidad en el proceso civil, hasta el extremo de que puede afirmarse, con razón, que si el proceso penal gira en torno al derecho a la libertad, el proceso civil lo hace sobre el de propiedad. El fundamento del derecho de propiedad reside, aparte del goce de la cosa, en que el propietario pueda decidir libremente el destino económico que a la cosa quiere dar, lo que implica autonomía de la voluntad. El que hoy a este derecho no se le atribuya carácter absoluto, el que venga limitado su contenido por ley, atendida su función social, no puede suponer desvirtuación de su esencia.

Por otra parte, el Art. 38° comienza por reconocer la libertad de empresa, situando además este derecho «en el marco de la economía de mercado». La interpretación de la primera proposición de este artículo requiere tener en cuenta dos elementos de juicio: 1) Cuando el artículo habla de que «reconoce», o de que se «garantizan y protegen» (en presente de indicativo), nos quiere indicar que admite como válido el sistema económico existente en el momento de promulgarse la Constitución, y 2) La expresión economía de mercado tiene hoy un sentido admitido de manera indudable, refiriéndose al sistema liberal capitalista de organización económica. Como ocurre en el caso anterior, también aquí existen matizaciones, recogidas principalmente en los artículos 128° y siguientes (los relativos a Economía y Hacienda), pero no alteran el principio básico de la iniciativa económica de los particulares.

Resulta así que la Constitución española se asienta en una concepción que reconoce a los particulares la disposición de sus intereses, su autonomía de la voluntad, su libertad para decidir tanto que relaciones jurídicas materiales contraen como la mejor manera de defender los derechos subjetivos que tienen, y de ahí se deriva el principio de oportunidad. Este principio es el determinante de toda la regulación posterior del proceso civil, aunque no venga previsto de modo expreso en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual se refiere a los principios que se derivan del mismo y, especialmente, al principio dispositivo.

2. El principio dispositivo

Tradicionalmente dentro del principio dispositivo se han venido confundiendo dos principios distintos, aunque complementarios: el principio dispositivo en sentido estricto (*o Dispositionsmaxime*), esto es, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción y, en segundo lugar, el principio de aportación de parte (*o Verhandlungsmaxime*), por el que las partes tienen también el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y los medios de prueba⁵³.

Advertida esa confusión, hay que deslindar claramente los dos principios. El dispositivo se fundamenta en la naturaleza privada del derecho subjetivo deducido en el proceso, en la titularidad particular del mismo, en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos y, en definitiva, en la libertad. Como decía Calamandrei el deducir un derecho en vía jurisdiccional es un modo de disponer del mismo y, por consiguiente, el condicionar la tutela jurisdiccional a la petición del interesado es una consecuencia lógica de la autonomía negocial reconocida al particular sobre su propia esfera jurídica⁵⁴. Partiendo de este fundamento el principio debe significar:

- 1) La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante petición de parte; el particular debe ser libre para medir el interés que le mueve a luchar por su derecho o a dejarlo ignorado o insatisfecho.
- 2) La determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales es facultad exclusiva de las partes o, en otras, palabras, la determinación del objeto del proceso corresponde al actor mediante la pretensión y la determinación del objeto del debate al demandado por medio de la resistencia.
- 3) Los órganos jurisdiccionales al satisfacer, por medio del proceso y de la sentencia, intereses privados, deben ser congruentes con la pretensión y la resistencia formuladas.

⁵³ Carnacini, «*Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*», en *Studi in onore di Redenti*, II, Milano, 1951; existe traducción española de Romo en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, octubre-diciembre de 1953, N° 12.

⁵⁴ Piero Calamandrei, *Istituzioni*, I, *Op. cit.*, pp. 213-216.

- 4) Si las partes son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional, pueden también ponerle fin, disponiendo del interés o intereses cuya satisfacción se solicitaba.

El principio dispositivo así configurado informa y debe seguir informando al proceso civil y así lo asume la nueva LEC española, como lo dice expresamente en su Exposición de Motivos. Y ello, naturalmente, sin perjuicio de que puedan irse matizando aquellos casos de irrenunciabilidad de derechos que la defensa de intereses, tanto colectivos como particulares, haga necesarios, y también aquellos otros de ejercicio abusivo o antisocial, para lo que ya se cuenta, por ejemplo, con los arts. 6º y 7º del Código Civil, y el Art. 11.2 Ley Orgánica del Poder Judicial. Y sin perjuicio también, lógicamente, de regular un proceso civil no dispositivo, referido principalmente al estado civil y condición de las personas.

3. La llamada publicización del proceso

El principio dispositivo determina quién inicia el proceso y también indica que son las partes quienes fijan su objeto, pero a partir de aquí es preciso atender a cómo deben repartirse las facultades materiales y procesales en la dirección de ese proceso.

En la concepción propia del siglo XIX se partía de la idea de que la naturaleza privada de los intereses en juego en el proceso civil debía significar que las partes tenían que ser también las «dueñas del proceso». Esta idea proviene de la desconfianza del liberalismo frente a toda actividad del Estado y ahora, en concreto, frente a los órganos jurisdiccionales del mismo. Estos en esa concepción están al servicio de los particulares para solucionar, cuando y como aquellos juzguen conveniente, los conflictos de intereses. De ahí la limitación extraordinaria de las facultades del juez en el proceso regulado en el siglo XIX; Manresa, el autor principal de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, consideraba que «la mejor ley de procedimientos es la que deja menos campo al arbitrio judicial», por cuanto este arbitrio «es incompatible con las instituciones liberales»⁵⁵.

⁵⁵ Manresa, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, 1.ª edición, Madrid, 1881, p. 10.

Frente a la idea de que el proceso es «cosa de las partes», a lo largo del siglo XX se ha ido haciendo referencia a la llamada publicización del proceso, estimándose que esta concepción arranca de Klein y de la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895. Las bases ideológicas del legislador austríaco, enraizadas en el autoritarismo propio del imperio austro-húngaro de la época y con extraños injertos, como el del socialismo jurídico de Menger, pueden resumirse, como han destacado Sprung⁵⁶ y Cipriani⁵⁷, en estos dos postulados: 1) El proceso es un mal, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad, y 2) El proceso afecta a la economía nacional, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia. Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es que el juez no se limite a juzgar sino que se convierta en verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad.

A partir de Klein puede seguirse toda una evolución en la que, de una u otra forma, se destaca una pretendida función social del proceso, su conversión en un fenómeno de masas, en torno al que se consagra la expresión publicización del mismo, y sobre la que la doctrina ha debatido y sigue debatiendo. En ese debate se ha llegado a sostener la conveniencia de suprimir el principio de la iniciación del proceso a instancia de parte, como se hizo en los países comunistas.

Naturalmente señalar que el Estado está interesado en el mejor desarrollo del proceso civil es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse en el razonamiento posterior a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego. La publicización del proceso tuvo su origen en un momento y en un país determinado y se plasmó en una Ordenanza Procesal Civil que, al menos,

⁵⁶ Sprung, «La basi del diritto processuale civile austriaco», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, p. 27.

⁵⁷ Cipriani, «Nel centenario del Regolamento de Klein», en *Ideologie e modelli*, Op. cit., pp. 29-30.

debe calificarse de antiliberal y autoritaria, y opuesta a su alternativa que es la concepción liberal y garantista del proceso civil. El conceder amplios poderes discrecionales al juez, y precisamente a unos jueces como el austríaco o el italiano de sus épocas fuertemente sujetos al poder ejecutivo, sólo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en realidad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil⁵⁸.

No se ha destacado lo suficiente que los códigos en que se han concedido mayores facultades a los jueces se han promulgado precisamente en países y momentos en que esos jueces eran menos independientes, de lo que ha resultado que, a la postre, con la concesión de esas facultades se estaba favoreciendo la injerencia del poder ejecutivo en la efectividad de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Una cosa es reconocer que el proceso civil ya no es sólo el reducto de la clase media de un país, es decir, el medio previsto por el legislador para que los poseedores debatieran en torno al derecho de propiedad, y otra muy distinta configurarlo como un fenómeno de masas en el que no importan tanto los derechos individuales del ciudadano cuanto los intereses públicos o sociales. Por ello en los últimos años estamos asistiendo a la difusión de la idea de que el proceso civil se resuelve básicamente en un sistema de garantías de los derechos de los ciudadanos, en

58 La *Relazione al Re* del *Codice* italiano de 1940 proclamaba paladinamente que el aumento de los poderes del juez era «*direttiva fondamentale della riforma*» (12, párrafo 1): «El juez [...] es el órgano al que el Estado confía la función esencial de actuar la ley por medio del procedimiento. En el fondo de la cuestión está el renovado concepto de la dignidad y autoridad del Estado fascista y de sus órganos, por lo que no sería concebible que el juez asista, espectador impasible, y tal vez impotente, como si fuese un árbitro en un campo de gimnasia que se limita a asignar puntos y a controlar que sean observadas las reglas del juego, a una lucha en la que se empeña, por el contrario, la más celosa y la más alta función y responsabilidad del Estado. Es necesario, por tanto, que el juez tenga la dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora». La *Relazione* había sido olvidada, después de no haber sido publicada desde 1943 (así Cipriani, *Codice di procedura civile con la Relazione al Re*, Bari, 1997), pero los que tenían edad para haberla leído en su día han ocultado que la reiterada alusión que después se ha hecho a juez espectador y a juez director provenía de ella. Cuando en la actualidad se sigue sosteniendo por muchos, que el juez no puede seguir siendo un mero espectador del proceso se están repitiendo las palabras que Calamandrei puso en la pluma de Grandi, y se está afirmando que el aumento de los poderes del juez es una conquista de la civilización (se entiende fascista).

el medio jurídico para que las partes debatan en condiciones de plena contradicción e igualdad los conflictos que los separan. Y ello sin dejar de asumir la realidad social de la proliferación de los procesos y de la búsqueda de nuevas soluciones y, sobre todo, sin confundir la autonomía de la voluntad y la libertad de los ciudadanos en la tutela de sus derechos e intereses legítimos y el hacer posible esa tutela de modo efectivo, facilitando el acceso a los tribunales y tendiendo a que dicho acceso se realice en condiciones de igualdad.

El fenómeno de la publicación se ha basado, creemos, en una gravísima confusión entre las facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso⁵⁹. Una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del proceso mismo (en su regularidad formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso, por ejemplo) y otra aumentarlas con relación al contenido del proceso y de modo que pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia. No hay obstáculo alguno en aumentar las facultades procesales (y de ahí que nadie se oponga a convertir el tradicional impulso de parte en impulso de oficio), y con ello puede entenderse que se prima al interés público sobre el privado, pero sí lo hay en que el juez pueda de oficio iniciar el proceso o alegar hechos o practicar prueba no pedida por las partes, pues de este modo se está afectando a la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material.

XI. Las facultades materiales de dirección

El reparto de las facultades materiales de dirección del proceso entre el juez y las partes atiende a quién debe aportar los elementos que pueden influir en la decisión que ha de adoptar el juez al final del mismo. Esos elementos se refieren a los hechos y a las pruebas, y a ellos atiende el llamado principio de aportación.

59 Carreras, «La función del juez en la dirección del proceso civil (Facultades materiales de dirección)», en *Estudios de Derecho Procesal* (con Fenech), Barcelona, 1962; Fenech, «Facultades procesales de dirección», en el mismo volumen. Serra, «Liberalización y socialización del proceso civil», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, 2.3; Córdón, «En torno a los poderes de dirección del juez civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1969.

1. La aportación de los hechos

Respecto de los hechos el principio de aportación significa que corresponde a las partes la facultad de dirección que se refiere a que los hechos han de ser afirmados por las partes, pues a ellas se atribuye la determinación del objeto del proceso y del objeto del debate. El juez no puede aportar hechos al proceso. El Art. 216º de la nueva LEC dice que los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos y pretensiones (en realidad, peticiones) realizadas por las partes.

A) El objeto del proceso

Prescindiendo ahora de los elementos subjetivos de la pretensión (de quien pide y de frente a quien se pide, es decir, del demandante y del demandado), los elementos objetivos de esa pretensión son lo que se pide (o *petitum*) y la causa de pedir (la *causa petendi*). El principio dispositivo supone que el juez debe ser congruente con lo que se pide por las partes, pero también que no puede tener en cuenta más que los hechos aducidos como causa de pedir de esa petición.⁶⁰

La individualización de la pretensión, es decir, el distinguirla de todas las demás posibles, consta de dos elementos:

- 1.º) Subjetivos: Las partes del proceso, quien formula la pretensión (actor o demandante) y aquél contra el que se formula (demandado).
- 2.º) Objetivos: Son lo que se pide y la causa de pedir. La petición determina el objeto del proceso civil porque, tratándose de derechos subjetivos privados, el demandante tiene completa libertad para fijar lo que pide.

El demandante puede fijar, primero, la clase de tutela jurisdiccional que pide (declaración, constitución o condena) y, después, el bien concreto que pide, mientras que el demandado puede admitir la petición

⁶⁰ Ya respecto de la LEC de 2000, Tapia Fernández, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, 2000.

allanándose a ella. El juez puede pronunciarse sólo sobre lo que se pide y queda vinculado por las admisiones hechas por el demandado.

La causa de pedir son siempre hechos, acontecimientos de la vida que suceden en un momento en el tiempo y que tienen trascendencia jurídica, esto es, que son el supuesto de una norma que les atribuye consecuencias jurídicas. Esos hechos han de ser aportados en todo caso por el demandante, pues de lo contrario se estaría destruyendo uno de los pilares del principio dispositivo y con él de la autonomía de la voluntad y de la libertad de los particulares para ejercitar los derechos subjetivos que cada uno estima que le son propios.

El proceso civil se basa en que sólo el demandante puede aportar los hechos que fijan la causa de pedir del proceso civil. La parte es así la única que puede decidir si acude al proceso (por el ejercicio del derecho de acción) y la única que decide los términos de la pretensión que ejercita; elemento determinante de esa pretensión es lo que pide y el porqué lo pide; ese porqué han de ser hechos y los mismos sólo puede aportarlos la parte. El juez no puede tener nunca la facultad de aportar hechos al proceso para determinar la causa de pedir de la petición, y tampoco podrá apartarse de esa causa de pedir a la hora de estimar o desestimar la pretensión.

B) El objeto del debate

Frente a la pretensión del demandante, el demandado, al formular su resistencia, puede limitarse a negar los hechos afirmados por aquél, pero también puede afirmar hechos que sirvan de fundamentación a su resistencia y petición de absolución. Los hechos afirmados por el demandado no servirán para determinar el objeto del proceso (que es siempre y sólo la pretensión), pero sí sirven para:

- 1.º) Ampliar los términos del debate: Si el demandado fundamenta su resistencia, esto es, si alega hechos propios, esos hechos amplían la materia sobre la que se debate en el proceso.
- 2.º) Completar lo que debe decidirse en la sentencia: Si el demandado alega hechos propios, la decisión del juez no puede ya referirse sólo a la pretensión del demandante (petición y fundamentación), sino que ha de atender también a la fundamentación de la resistencia.

Todos los hechos, tanto los que sirven de causa de pedir de la petición del actor, como los que fundamentan la resistencia del demandado, tienen que ser aportados al proceso por las partes. El juez no puede delimitar, mediante aportaciones propias de hechos, ni el objeto del proceso, ni el objeto del debate.

Si el juez pudiera aportar hechos atentaría a la misma esencia de lo que es un proceso civil, pues con ello se estaría convirtiendo en parte. Suele decirse que esta imposibilidad de aportación de hechos por el juez se basa en la imparcialidad del mismo, de modo que si llegara a admitirse esa aportación se convertiría en parcial. En realidad lo que impide esa aportación no es el principio de imparcialidad del juez, sino la existencia de funciones o papeles incompatibles en el proceso. En éste cada uno de los sujetos que intervienen en él tiene un papel que cumplir y la mezcla de esos papeles llevaría a que el juez, bien adoptara el papel de parte (si investigara los hechos para aportarlos), bien asumiera el papel de testigo (si ha tenido conocimiento de los mismos extrajudicialmente). Juez y parte y juez y testigos son papeles incompatibles.

C) El tema de prueba

La distinción anterior entre objeto del proceso y objeto del debate precisa completarse atendiendo al tema de prueba (no al objeto de la prueba, que es cosa diferente), esto es, a lo que debe probarse en un proceso concreto para que el juez declare la consecuencia jurídica pedida por la parte. El tema de prueba son:

- 1.º) Los hechos afirmados por una o por otra parte: la prueba ha de referirse a los hechos afirmados por el actor, pero también a los hechos afirmados por el demandado, cuando éste no se ha limitado a negar la fundamentación de la petición del actor, sino que ha efectuado afirmaciones propias de hechos. La prueba sólo puede referirse a esos hechos; si un hecho no ha sido afirmado al menos por una de las partes, ese hecho no existe para el proceso.
- 2.º) Los hechos controvertidos: dentro de los hechos afirmados por las partes, la necesidad de prueba sólo puede referirse a los hechos que, después de las alegaciones, resulten controvertidos. Los hechos afirmados por las dos partes, o afirmados por una y admitidos por la otra, han de ser estimados como existentes por el juez, el cual no podrá desconocerlos en la sentencia.

El principio de aportación de parte supone también que éstas tienen la facultad de admitir como existentes los hechos afirmados por la contraria, quedando los mismos fijados para el juez, que ha de partir de su existencia a la hora de dictar sentencia, sin que pueda desconocerlos. Si las partes delimitan el objeto del proceso y el objeto del debate, esto es, si pueden afirmar los hechos que estimen conveniente para fundamentar su pretensión y su resistencia, no puede negarse estas otras consecuencias: 1) Los hechos no afirmados al menos por una de las partes no existen, y 2) Los hechos afirmados por las dos partes, o afirmados por una y admitidos por la otra, existen.

Esto es lo que se dice en el Art. 281º de la LEC cuando, por un lado y en apartado 1, se dispone que la prueba tendrá por objeto los hechos que guarden relación con la tutela pedida en el proceso y, por otro, el apartado 3, declara exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes (salvo cuando el objeto del proceso no fuera disponible).

2. La determinación del derecho aplicable

Los antiguos brocardos *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius* ponen de manifiesto el deber y facultad del juez, primero, de conocer el derecho y, segundo, de aplicar en el caso concreto que juzga la norma adecuada. Esta facultad y deber no está sujeta a discusión doctrinal y no lo está porque la norma jurídica no sirve para delimitar el objeto del proceso.

Los anteriores brocados tienen su origen en los glosadores (no son romanos) y sirven también para poner de manifiesto la distinta posición del juez ante los hechos y ante el derecho. Un hecho no afirmado al menos por una de las partes no existe para el juez y un hecho afirmado por las dos partes existe para el juez; por el contrario, el juez no puede dar por existente una norma aducida por las dos partes si esa norma realmente no existe, y no puede dejar de tomar en cuenta una norma existente, aunque no haya sido aducida por las partes. Las normas existen o no independientemente de que las partes las aduzcan y la conformidad entre ellas no puede crearlas.

Normalmente en el proceso civil las normas reguladoras de la demanda disponen que en la misma el actor realizará una fundamentación en derecho de lo que pide, y lo mismo se ordena para la contestación

de la demanda al demandado, aunque no siempre es así. Cuando se trata de procesos relativos a asuntos de escasa entidad económica, en los que no se exige la intervención de abogado, las leyes permiten la presentación de demandas y de contestaciones a la demanda sin fundamentación jurídica, y esto sólo es porque esa fundamentación no añade nada a la individualización del objeto del proceso y porque el juez debe aplicar la norma que legalmente corresponda.

La alegación de una norma general y abstracta (un determinado artículo del Código Civil, por ejemplo) no puede servir para distinguir un proceso civil de otro, para individualizarlo, y de ahí que suela entenderse que «los Tribunales no tienen ni necesidad ni obligación de ajustarse, en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos, a las alegaciones de derecho de las partes, y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues a ello les autoriza la regla del aforismo *iura novit curia*» (STC 20/1982, de 5 de mayo).

Siendo esto lo normal en los supuestos ordinarios (el actor pide que se condene al demandado a pagarle una cantidad, afirma unos hechos determinados y dice que los mismos dieron lugar a una relación jurídica de permuta, con cita de un artículo del Código Civil, el juez puede condenar a esa cantidad diciendo en la sentencia que la relación jurídica lo fue de compraventa y cita otro artículo del Código Civil), no falta algún supuesto en lo que la situación se presenta de modo no tan evidente. Lo que debe tenerse en cuenta en cualquier caso es que la regla no puede llegar a la negación del principio dispositivo, esto es, no puede conducir a entender que el juez puede condenar a lo no pedido por la parte, a más de lo pedido o a basarse en razones distintas de las aducidas por la parte.

Por eso dispone el Art. 218.1, II que el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

Cosa distinta es que el cambio del punto de vista jurídico pueda llegar a entenderse como indefensión de las partes, que no han podido conocer ni alegar en torno al mismo. La «tercera opinión», la del juez, ha de haberse puesto antes en conocimiento de las partes, dando a éstas la oportunidad real de alegar sobre la misma. Lo que entra en juego entonces no es el objeto del proceso, sino el derecho de defensa.

XIII. Las facultades procesales

La dirección formal del proceso atiende a quién asumirá en el mismo las facultades de controlar la regularidad o formal o técnica de los actos procesales y de impulsar el procedimiento para que éste se desarrolle pasando de una fase a otra. En otras palabras, la dirección formal no se refiere ni afecta al contenido del proceso; afecta al proceso en sí mismo considerado y básicamente ha de resolver quién, si el juez o las partes: 1) Debe controlar la admisibilidad de la pretensión y, por tanto, si es posible dictar o no una sentencia de fondo al concurrir los presupuestos necesarios para ello (no el contenido de la sentencia, sino su misma existencia), y 2) Debe impulsar el proceso haciéndolo avanzar por la fases previstas legalmente.

Las facultades procesales no se refieren a aquello que puede servir para determinar el contenido de la sentencia, sino sólo a aquello que puede determinar, primero, si hay sentencia sobre el fondo (presupuestos procesales) y, después, cuando y como se llega a la sentencia (impulso procesal).

1. Sobre los presupuestos procesales

La teoría de los presupuestos procesales tiene su origen en Oscar von Bülow que, partiendo de la consideración del proceso como relación jurídica, los concebía como «elementos constitutivos de la relación jurídica procesal», esto es, como las prescripciones que deben fijar «la admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda relación procesal». Un defecto en cualquiera de ellos impediría el surgir del proceso⁶¹. Los presupuestos se refirieron así a todo el proceso y condicionaban la existencia del mismo.

El paso siguiente consistió en poner de manifiesto que la amplitud con que se entendían era excesiva. Los presupuestos se refieren sí a todo el proceso, pero no pueden ser condicionantes de la existencia del proceso mismo, pues si los presupuestos se examinan y se resuelve sobre su

61 Oscar Von Bülow, **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**, Buenos Aires, 1964 (el original alemán es de Giesse, 1868), traducción de Rosas, pp. 4 y ss. y 292 y ss.

existencia en el proceso, es que ya ha existido éste. Por eso Goldschmidt y Rosenberg refirieron los presupuestos a la sentencia sobre el fondo.

Los presupuestos atienden a condiciones que, si bien referidas al proceso como conjunto y no a actos procesales determinados, lo que condicionan es que en el proceso pueda llegar a dictarse una resolución sobre el fondo del asunto. El órgano judicial puede haber tramitado todo el proceso para advertir, en el momento de dictar sentencia, que en ésta no puede decidir sobre la pretensión planteada ante la falta de alguna de esas condiciones.

Bülow, siempre concibiendo el proceso como relación de Derecho público, entendía que la validez de la relación procesal es una cuestión que no puede dejarse a la voluntad de las partes, al no ser una cuestión privada, sino que el control de la existencia de los presupuestos puede realizarse por el juez de oficio. No se trata de que los controle sólo el juez, sino que él puede hacerlo si las partes no oponen las oportunas excepciones procesales.

Advertido, con todo, que no ocurre así en todos los ordenamientos jurídicos se distinguió por Rosenberg⁶² entre:

- 1) Presupuestos: que son aquellos que un ordenamiento jurídico permite que sean controlados de oficio por los órganos jurisdiccionales, e
- 2) Impedimentos: los que han de ser alegados por alguna de las partes (lógicamente por el demandado) para que puedan ser tenidos en cuenta por el juez.

Las condiciones determinan, en todo caso, la posibilidad de que el juez pueda dictar una sentencia sobre el fondo del asunto, pero el que en un ordenamiento jurídico existan más presupuestos que impedimentos, o viceversa, depende de como en ese ordenamiento se han repartido las facultades entre el juez y las partes en general o respecto de cada proceso concreto. La vieja concepción del siglo XIX llevó a que en la regulación del proceso civil el juez tuviera pocas facultades de control de los presupuestos procesales, de modo que existían más impedimentos procesales; conforme se han ido dictando leyes nuevas las

62 Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, II, Buenos Aires, 1955, traducción de Romera Vera, pp. 44 y ss.

facultades del juez han ido aumentando y con ellas su control de los presupuestos⁶³.

En la LEC de 2000 el aumento de las facultades del juez sobre los presupuestos procesales se manifiesta en que, en la audiencia previa, puede proceder de oficio al control de todos los presupuestos procesales. Según el Art. 416.1 el tribunal resolverá en la esa audiencia sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

Un aspecto concreto del control de los presupuestos procesales es el relativo a la inadmisión *in limine* o inicial de la demanda, pues debe tenerse en cuenta que una cosa es que el juez controle en ese momento la concurrencia de los presupuestos (determinando cuáles son insubsanables y cuáles subsanables) y otra que pueda inadmitir la demanda por razones de fondo.

Es evidente que el juez ha de poder no admitir a trámite una demanda cuando él no es competente por razón de la materia para conocer de la misma, pero también lo es que en el inicio del proceso el juez no puede atender a las posibilidades de éxito de la pretensión interpuesta en ella. La regla general ha de ser que el juez ha de admitir todas las demandas, pues en ello está en juego el derecho de acción, constituyendo la inadmisión la forma más clara de indefensión. La decisión del juez sobre la admisión de la demanda puede atender a la concurrencia de los presupuestos y al cumplimiento de los requisitos procesales, pero no a la cuestión de fondo, a si la pretensión tiene o no posibilidades de éxito (salvados supuestos excepcionales).

63 Aunque no siempre se manejan con suficiente precisión los términos, no es lo mismo decir presupuesto procesal que requisito procesal. Si los primeros se refieren a todo el proceso, los segundos atienden actos procesales en concreto. Ante la falta de un presupuesto (o impedimento) el juez no puede dictar sentencia de fondo; ante la falta de un requisito se producirá la ineficacia de un acto determinado. La confusión proviene de que en ocasiones la determinación de la concurrencia de los presupuestos tiene que realizarse en momentos iniciales, bien del proceso bien de algún recurso, esto es, sin esperar a llegue el de dictar sentencia, y entonces puede llegarse a la inadmisión de ese acto inicial, no por la falta de un requisito sino por la de un presupuesto. El ejemplo más claro es el de la demanda, que puede ser inadmitida por el juez ante la falta del presupuesto de la competencia que, evidentemente, se refiere a todo el proceso, y que no consiste en que falta un requisito de la demanda misma como acto.

2. Sobre el impulso procesal

La alternativa entre el impulso de parte y el impulso oficial no se refiere a quién inicia el proceso y ni siquiera a en manos de quién queda la iniciativa para continuarlo por medio de los recursos o de la ejecución, pues a todo ello atienden principios ya examinados.

La iniciación del proceso depende siempre del principio dispositivo, por lo que corresponde a las partes. También son éstas las que pueden o no interponer recursos contra las resoluciones dictadas, sin que existan recursos de oficio. De la misma manera la ejecución de la sentencia se iniciará siempre previa petición de parte (Art. 549° LEC de 2000).

Cuando se habla del impulso se está haciendo referencia a quién, las partes o el juez, hace avanzar el proceso dentro de una instancia o dentro de la ejecución; el impulso, pues, presupone que las instancias o la ejecución ya se han iniciado, a petición de parte, y atiende a los pasos que han de darse dentro de cada una de ellas. En el impulso de parte el proceso avanza a instancia de parte, pues son éstas las que deben solicitar del juez que declare terminada una fase procesal y que abra la siguiente, mientras que cuando rige el impulso de oficio el juez dicta las resoluciones precisas para hacer avanzar el proceso sin esperar a que exista petición de parte⁶⁴.

En la actualidad el impulso oficial rige en todos los procesos por cuanto se ha entendido que ha de quedar dentro de las facultades del órgano jurisdiccional, presupuesta la incoación bien en virtud del principio dispositivo bien del de oficialidad, el hacer que el proceso se desarrolle por sus fases normales. Adviértase, con todo, que el impulso no se refiere a la continuación del proceso por medio de los recursos y de la ejecución, que siempre exigen petición de parte.

En el proceso civil español el paso de un acto procesal a otro dependía de la petición de las partes. El Art. 521° de la LEC de 1881, en su redacción originaria, dejaba completamente en manos de las partes el impulso procesal: «Transcurrido el término señalado a una parte para cualquier traslado, actuación o diligencia sin haberlo evacuado y, en su caso, la prórroga que se hubiese otorgado, a instancia de la contraria, se dará a los autos el curso que corresponda». Estábamos aquí ante una

64 Serra, «Impulso procesal», en *Estudios de Derecho procesal*; Barcelona, 1979.

consecuencia inevitable de la ideología liberal y del predominio de las partes en el proceso.

La situación se hizo insostenible y a remediarla vino el RD-ley de 2 de abril de 1924, que derogó los arts. 308º, 309º, 311º, 312º y 521º de la LEC, introduciendo el impulso oficial: «No será necesario que los litigantes insten el curso del procedimiento, una vez iniciado, para que las autoridades del orden judicial observen y hagan observar, sin excusa alguna, en toda clase de juicios y actuaciones de que conozcan los términos procesales señalados al efecto» (Art. 1º)⁶⁵. Después la Ley 34/1984, de 6 de agosto, derogó este RD-ley pero introduciendo sus normas de la LEC de 1881.

La LOPJ de 1985 llevó a su Art. 237º la regla general de que, salvo que la ley disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda dictando los proveídos necesarios, y en el Art. 288º confió ese impulso al secretario judicial por medio de las diligencias de ordenación. Ahora el Art. 179.1 de la LEC de 2000 establece que, salvo que la ley disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda dictando las resoluciones necesarias y el Art. 216º añade que la falta de impulso del procedimiento por las partes o interesados no originará la caducidad de la instancia o del recurso.

XIII. Los principios relativos a la prueba

Tradicionalmente la función de la prueba ha venido refiriéndose al descubrimiento de la verdad, dándose así origen a otro mito ahora en materia de prueba, y con más profundas consecuencias prácticas que en el anterior.

1. La pretendida búsqueda de la verdad

En este sentido de la búsqueda de la verdad se pronunció toda la doctrina del siglo XIX y también buena parte de la del presente, para la que «las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteli-

⁶⁵ Sentís Melendo, «Celeridad en los juicios», en *Teoría y práctica del proceso*, III, Buenos Aires, 1959, p. 58 y ss.

gencia al descubrimiento de la verdad»⁶⁶. Sin pretender plantear cuestiones metafísicas (la verdad a la que se llega por la inteligencia), físicas (la verdad que proporcionan los sentidos) o históricas (la verdad que nos narran otras personas) puede afirmarse que hoy se reconoce comúnmente que esa aspiración era demasiado ambiciosa. La humildad ha exigido acabar con este otro mito.

A) La renuncia a la verdad

La necesidad de renunciar a la búsqueda de la verdad se descubre simplemente teniendo en cuenta algo que es consustancial con el proceso civil:

- a) Los hechos no afirmados al menos por una de las partes no existen para el juez, que no puede salir a la búsqueda de los mismos.
- b) Los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra existen para el juez, que no puede desconocerlos en la sentencia.
- c) Respecto de los hechos controvertidos debe recordarse que la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora, lo que supone que:

- 1.º) En sentido estricto la investigación implica ir a la búsqueda o descubrimiento de unos hechos desconocidos y, evidentemente, éste no es el supuesto del proceso civil; en él las partes tienen la facultad exclusiva de realizar las afirmaciones de hechos y el juzgador se limita a verificar la exactitud de esas afirmaciones y, además, sólo en el caso de que hayan sido negadas o contradichas. Únicamente respecto de los hechos controvertidos ha de producirse la verificación o comprobación.
- 2.º) Los elementos con los que debe producirse la verificación no son los que decida discrecionalmente el juzgador, sino los que propongan las partes. En otros ordenamientos jurídicos, los basados en una concepción autoritaria del juez, éste puede

⁶⁶ Bonnier, *Tratado teórico-práctico de las pruebas en derecho civil y penal*, I, Madrid, 1869, traducción de De Vicente y Caravantes, p. 48.

decidir, sin petición de parte, la práctica de medios de prueba, pero en el Derecho español, de raigambre liberal y garantista, sólo se practicarán los medios que propongan las partes. El juez puede rechazar un medio de prueba propuesto por la parte, pero no puede practicar un medio de prueba no propuesto por ellas. Veremos después con más detalle los poderes probatorios del juez en el proceso civil.

- 3.º) Además la actividad verificadora ha de realizarse conforme al procedimiento previsto en la ley, y no de cualquier otra forma. El principio de legalidad que informa todo el proceso civil, expresado en el artículo 1º de la LEC, tiene aquí una especial incidencia, por cuanto el legislador sujeta a reglas precisas el cómo realizar la verificación.
- 4.º) En la verificación no todo vale, esto es, no pueden sacrificarse derechos que se consideran superiores a la misma verdad, como se manifiesta de modo muy claro en la ilicitud de la prueba, que determina que determinados conocimientos no sirven para determinar qué hechos se entienden probados, de modo que el legislador ordena al tribunal que en la sentencia desconozca hechos que, sin embargo, se conocen.

Todo lo anterior nos indica, sin más, que la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil. Si los hechos controvertidos pueden ser sólo los afirmados por las partes, si los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las partes y si todo se reduce a que mediante éstos se trata de verificar aquéllos, no hace falta más para convencernos de que la verdad está fuera del alcance de la prueba procesal. Y adviértase que no nos hemos referido a las reglas legales de valoración de la prueba.

B) Las clases de verdad

Descartada la concepción anterior, la doctrina distinguió entre clases de verdad con referencia a las clases de procesos. Se pasó a sostener que si en el proceso penal la función de la prueba debía seguir siendo la búsqueda de la verdad, que se calificó de material, en el proceso civil bastaba con una verdad que se llamó formal. Si el juzgador estaba jurídicamente limitado en la búsqueda de los hechos, el resultado de la

actividad probatoria se admitió que no podía ser la «verdad verdadera», sino simplemente una verdad jurídica, no basada en las leyes de la lógica sino fundada en las leyes jurídicas.

La distinción anterior era y es absurda pero fue sostenida por la doctrina (sobre todo la alemana) durante décadas y, sobre todo, permitió a los procesalistas penales diferenciar la prueba penal de la civil. El mito de la verdad formal fue destruido por Carnelutti, simplemente evidenciando que la verdad no puede ser más que una, de modo que, o la verdad formal coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad⁶⁷.

La claridad de la inexistencia lógica de clases de verdades, que sólo se explica desde la persistencia de un mito que está más allá de la razón, no está impidiendo que aún en la actualidad se haga referencia en ocasiones, y hasta en sentencias de los más altos tribunales, a la verdad material, o a que al tribunal no puede conformarse con la verdad formal y a otras expresiones de este género.

C) Las funciones de la prueba

A partir de la destrucción del mito, la doctrina se ha dividido en corrientes no muy bien perfiladas, en cuanto las diferencias entre unas y otras son de matiz, si bien cabe distinguir entre:

a) Fijar hechos

Una cosa es la fijación de los hechos controvertidos u ordenación del uso de determinados procedimientos que sirven para establecer los hechos conforme a lo dispuesto en la ley, aunque no se consiga la verdad. La ley regula una serie de mecanismos que el juzgador tiene que utilizar como sistemas únicos para llegar a la fijación de los hechos y esa fijación es la función de las normas probatorias. No se está haciendo exclusivamente referencia entre esas reglas a las legales de valoración de la prueba, ni a las que determinan cuándo un hecho es controvertido. Incluso la prueba de los hechos controvertidos, cuando se trata de la valoración libre, debe practicarse

⁶⁷ Carnelutti, *La prueba civil*, 2.^a edición, traducción de Alcalá-Zamora, Buenos Aires, 1982, p. 37.

conforme al sistema de la ley, y ese sistema no tiende al descubrimiento de la verdad sino a dejar establecidos formalmente los hechos de los que debe partirse en la sentencia.

Esas reglas son el resultado de pretender lograr la seguridad en la determinación de los hechos (utilizando las experiencias acumuladas para evitar errores) con economía en el esfuerzo (evitando la realización de actos superfluos). Naturalmente nada impide que con los medios jurídicos de fijación de los hechos se llegue realmente a descubrir la verdad, lo que por otra parte debe ser lo normal; lo que se dice en esta concepción es que la actividad probatoria se conforma con fijar los hechos necesariamente cumpliendo unas reglas jurídicas.

b) Convencer al juez

Y cosa distinta es la convicción psicológica del juzgador, con lo que prueba es el conjunto de operaciones por medio de las que se trata de obtener el convencimiento del juez respecto a unos datos procesales determinados. Abandonada la pretensión de obtener la verdad, es decir, la realidad objetiva de los hechos, aparece la función de lograr otra realidad, si bien subjetiva, la convicción del juez.

Naturalmente esta concepción se ve obligada a negar o a quitar valor a elementos que vienen impuestos por la ley. Dada la existencia en nuestro Derecho positivo de medios de prueba con valor legal (como veremos después), afirmar que la función de la prueba es lograr la convicción del juez supone desconocer esas reglas legales, y para ello se dice que las mismas son «un residuo histórico de viejas concepciones en trance de continua superación»⁶⁸.

Por otra parte la convicción acaba por referirse a la probabilidad. La certeza se produce cuando la inteligencia manifiesta la realidad de una afirmación, pero la certeza absoluta sólo puede producirse en el campo de la física o de la matemática, no en el del proceso, en el que sólo cabe una certeza moral, que se resuelve en la convicción, en cuanto medida psicológica de la certeza⁶⁹.

68 Guasp, **Derecho procesal civil**, 2ª edición, Madrid, 1962, p. 350.

69 Debe leerse Furno, **Teoría de la prueba legal**, traducción de González Collado, Madrid, 1954.

c) La certeza

Hoy no puede mantenerse una concepción unilateral de la concepción de la prueba procesal por cuanto no cabe determinarla de modo absoluto, es decir, sin referencia a un determinado Derecho positivo. Es cierto que en los últimos años se tiende a hacer equivaler prueba con convicción judicial, pero ello debe matizarse como decimos a continuación.

Puede acabar así sosteniéndose que, consciente el legislador de la imposibilidad de obtener la verdad metafísica y la física, reconduce la prueba a la certeza respecto de las afirmaciones de hechos de las partes, si bien asume que esa certeza puede lograrse de varios modos:

- 1.º) Excluye de la prueba las afirmaciones de hecho de las partes sobre las que existe conformidad entre ellas, lo que se hace atendiendo a la naturaleza dispositiva del derecho material a aplicar.
- 2.º) Establece unas veces en la ley y de modo reglado el valor que el juzgador debe conceder a un determinado medio de prueba, en el sentido de que configura la certeza independientemente del criterio subjetivo del propio juez, y ello hasta el extremo de que cabría referirse a una «certeza objetiva». Cuando la ley establece una norma de valoración lo que está diciendo es que, por ejemplo, la afirmación de hecho realizada por una parte que se ha verificado por un documento público ha de ser tenida como cierta por el juez.
- 3.º) Otras veces dispone en la ley que el juzgador debe conceder a un medio de prueba el valor que estime oportuno conforme a las reglas de la sana crítica, con lo que la certeza se pone en relación con el convencimiento psicológico del mismo juez. En este caso cabría hablar de «certeza subjetiva», siempre que no se olvidara que no se trata de que el juez pueda decidir «en conciencia», pues la necesidad de motivar la sentencia ha de llevarle a exponer de modo razonado cómo ha llegado a formarse su convicción partiendo de los medios de prueba practicados.

El humilde abandono de la verdad y la consciente asunción de la certeza lleva a definir la prueba en nuestro Derecho positivo como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos

se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos.

2. Los poderes del juez

El 16 de octubre de 1939 (el año XVII después de la Marcha sobre Roma) Grandi, ministro de Justicia italiano, se dirigió a la Comisión de las Cámaras Legisladoras diciendo: «El juez es el órgano al que el Estado confía la función esencial de aplicar la ley por medio del procedimiento. En el fondo de la cuestión está el renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos, para los cuales no sería concebible que el juez asista, espectador impasible y, alguna vez, impotente, como si fuese un árbitro en un campo de deporte que se limita a contar los puntos y a controlar que sean observadas las reglas del juego, a una lucha que afecta, por el contrario, directamente a la celosa y a la más alta función y responsabilidad del Estado. Es necesario, por tanto, que el juez tenga una precisa dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora»⁷⁰.

Después, con ocasión de la *Relazione al Re* que precede al Código procesal civil, el 28 de octubre 1940 insistió en la necesidad de reforzar los poderes del juez en la dirección del proceso civil y, consecuencia de ello, fue que el Código dedicara un Título (el V del Libro I) a «De los poderes del juez» pero, sobre todo que en materia de prueba se le atribuyeran poderes de oficio que ponen en duda su imparcialidad, como es el caso de: 1) Acordar en cualquier momento del proceso el interrogatorio de las partes (Art. 117°), 2) Acordar el reconocimiento de personas y de cosas (Art. 118°), 3) Diferir el juramento supletorio (arts. 240° y 241° CPC y 2736° CC), 4) Formular al testigo todas las preguntas que estime útiles para esclarecer los hechos (Art. 353°), 5) Decretar careos (Art. 254°), 6) Llamar como testigos a personas cuyo nombre se ha conocido por la declaración de otro testigo (Art. 257°), etc., y sin olvidar que en el proceso de trabajo el Art. 421° permite al juez acordar cualquier medio de prueba y en cualquier momento.

En este mismo orden de cosas se comprende que la doctrina italiana posterior al fascismo, y para mantener la vigencia del Código que, por

⁷⁰ Así se dice en la *Relazione al Re*, apartado 12.

alguna razón, se llamó de Mussolini, se esforzara en distinguir principios dentro del proceso civil. Se trató de distinguir entre el principio dispositivo y el principio de aportación de parte y, dentro de este segundo, entre aportación de los hechos y aportación de las pruebas⁷¹.

Antes de la caída del fascismo se hacía en España eco Guasp de la tendencia a aumentar las facultades del juez, citando lo que estaba ocurriendo en Alemania (se entiende la nazi) y en Italia (obviamente la fascista) y se lamentaba de que en la mayoría de las legislaciones (es decir, en las legislaciones con raigambre liberal) continuara la regla adversa a la iniciativa del juez en el proceso civil. A la adopción de una reforma radical en esta materia se oponía —seguía diciendo Guasp— el obstáculo del principio dispositivo que se concebía, no como una simple corruptela o vicio práctico, sino como una regla científica que informaba toda la marcha del procedimiento. Ese principio se consideraba por Guasp «rutina mental», precisando que era necesaria una crítica íntegra de esta tendencia individualista de innegable y marcada ascendencia liberal⁷².

Al principio de la verdad objetiva (llamada también verdad material para contraponerla a la verdad formal) como principio de la actuación procesal de los tribunales soviéticos se han referido los juristas rusos, los cuales han puesto de manifiesto que en la legislación comunista el juez debe «indagar» para el descubrimiento de esa verdad. Más aún, «la independencia del Tribunal Soviético respecto de los hechos señalados por las partes y su derecho de investigar también otros hechos, sustanciales para el asunto, asegura la posibilidad de hallar la verdad en el litigio y la dilucidación de las verdaderas relaciones mutuas entre las partes y por ello la defensa efectiva y real de las personas que participan en el litigio»⁷³. En este contexto la posibilidad de que el juez acuerde cualesquiera medios de prueba no es más que una consecuencia de la negación del principio dispositivo.

71 El estudio clave a destacar es el de Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, *Op. cit.*

72 Que él intentó llevar a cabo en su obra «Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso)», Bosch, Barcelona, 1943; se ha publicado recientemente en Guasp, *Estudios jurídicos*, Madrid, 1996, p. 279 y ss.; la referencia a la «rutina mental» en p. 280.

73 En *Derecho procesal civil soviético*, dirigido por Gurvich, traducción de Lubán y revisión de Héctor Cuadra, México, 1971, p. 227.

Se entiende así que cuando se hace un resumen de los principios del proceso civil socialista se diga que se trata de: «la sustitución del poder de las partes respecto al desenvolvimiento del proceso por la iniciativa del juzgador, armoniosamente combinada con los derechos procesales de las partes en sentido estricto (poder de disposición respecto de la iniciación del proceso, derecho a defenderse, derecho a interponer recursos, etc.); poder de iniciativa probatoria a favor del juzgador, búsqueda de la verdad material; facultad del juzgador de la apelación de hacer valer motivos de impugnación no deducidos por la parte apelante [...] así como también la amplia participación de la Prokuratura en el procedimiento civil»⁷⁴.

Todavía cabe referirse a la Ordenanza Procesal Civil austríaca obra de Klein, que no puede dejar de representar la ideología base del reaccionario Imperio austro-húngaro de finales del pasado siglo, y con todo ello se acaba de comprobar que la referencias a la verdad material o al aumento de los poderes del juez respecto de la prueba se asientan en un maremagnum de ideas políticas aparentemente contradictorias pero que acaban por ubicarse todas ellas en una concepción antiliberal o, si se prefiere, propiciadora de los poderes del Estado y, en último caso, totalitaria.

Después de que en buena medida todos hemos seguido por ese camino, en alguna publicación, que hoy debe calificarse de pecado de juventud, la mayor parte inconscientemente y deslumbrados por el mito, aunque no podemos negar que incurrimos en negligencia por no someter a la crítica intelectual propia e irrenunciable lo que se nos ofrecía, algunos hemos empezado a recapacitar sobre el modelo de juez que está implícito en algunas ideologías y sobre lo que ese modelo significa de supervivencia de concepciones autoritarias, y estamos procurando poner distancia ideológica e intelectual de por medio. Nos estamos preguntando, por ejemplo, cómo pudimos desconocer que la distinción entre juez espectador, juez dictador y juez director que hizo Alcalá-Zamora tenía su origen, incluso terminológicamente, en la Exposición de Motivos del Código fascista de 1940.

74 Stalev, «El procedimiento civil en los estados socialistas miembros del C.A.M.E. Antecedentes, creación, desarrollo, tendencia fundamentales y soluciones: 1900-1975», en *LXXV Años de evolución jurídica en el mundo*, volumen III, México, 1978, p. 186.

El poner distancia de por medio con concepciones autoritarias no fue lo que algunos grupos parlamentarios hicieron con ocasión del debate sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Algunos siguen refiriéndose a :

- 1) «En la regulación del proyecto subyace una intervención del juez como mero espectador de la contienda, alejado y con poca capacidad de verdadero impulso procesal y de averiguación de la verdad material»⁷⁵.
- 2) «Encima, el juez, al margen de todo, contempla impertérrito una especie de combate, que se supone igualitario y leal, y no puede intervenir ni puede tratar de descubrir la verdad, sino que debe aceptar, en el sagrado principio de aportación de parte, la apariencia de verdad que le aporten libremente los ciudadanos. Ese es un modelo que no podemos compartir. Es un problema de fondo y no un problema anecdótico o de coyuntura»⁷⁶.

La confrontación entre los modelos de juez, uno garantista liberal y otro autoritario cuando no totalitario, que se produjo con ocasión del debate parlamentario sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil se ha saldado con un resultado poco definido. Advuértase que:

- 1.º) Por un lado el Art. 282º dice que la iniciativa probatoria corresponde a las partes, de modo que las pruebas se practicarán a instancia de parte.
- 2.º) Por otro el Art. 429.1, II, dispone para el final de la audiencia previa en el juicio ordinario que «cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia pro-

75 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1999, 25 de febrero, VI Legislatura, núm. 217. Sr. Lasagabaster Olazábal (Grupo Mixto, de Eusko Alkartasuna, p. 11632.

76 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1999, 25 de febrero, VI Legislatura, núm. 217. Sr. Belloch Julbe (Grupo Socialista), p. 11637.

batoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal».

- 3.º) Por fin, en las diligencias finales los medios de prueba se acordarán a instancia de parte, si bien el Art. 435.2 dispone: «Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos».

Como puede comprobarse en la nueva LEC y en materia de poderes del juez en la prueba se ha llegado a una solución de compromiso entre la tendencia liberal, propia del proyecto de ley, y la concepción autoritaria, introducida por las enmiendas admitidas. Esta solución de compromiso conduce a la indeterminación del modelo de proceso y serán los jueces los que le den contenido. No hace falta tener mucha experiencia para estar convencido de que el juez español no hará uso de la facultad que le confiere el Art. 429.1, II de la nueva LEC.

Las concepciones sobre los poderes del juez están evidenciando como se puede estar muy próximo a la esquizofrenia. Respecto del proceso penal hemos asistido en los últimos años a la limitación de las facultades del tribunal del juicio oral, con el argumento de la imparcialidad judicial, y a pesar de que en él entra en juego la aplicación del Derecho penal, mientras que en el proceso civil se está propiciando el aumento de los poderes del tribunal, a pesar de que se trata de la aplicación del Derecho privado. La contradicción es tan evidente que puede creerse que algunas personas, al sostener las dos posturas, tienen que tener doble personalidad, pues no se explica de otro modo, aunque también pudiera ser que los mitos no dejen ver la realidad y que la ideología impida el uso de la razón crítica.

3. La valoración de la prueba

El mito con mayor arraigo en materia de prueba es el atinente a que lo moderno y racional es el sistema de valoración libre de la prueba, pues el sistema de prueba legal responde a épocas ya superadas del Derecho. Vamos a intentar destruir este mito convencidos que se ha basado en la pereza mental.

A) Los sistemas de valoración

Los sistemas teóricos que se conocen como de prueba legal y de prueba libre no se refieren a la apreciación de la prueba, sino sólo a la valoración de la misma, y antes de entrar en su exposición general, y en la adecuación de nuestro ordenamiento procesal civil a ellos, es preciso delimitar su ámbito de aplicación.

- a) Negativamente hay que diferenciar entre principio de legalidad y prueba legal. Si la actividad procesal responde en general al principio de legalidad, como dispone el artículo 1º de la LEC, una parte de esa actividad, la probatoria, también está sujeta al mismo principio. En este sentido el principio de legalidad determina cuáles son los medios de prueba, de modo que las partes no pueden pedir ni el juez acordar actividad probatoria que no esté prevista en la ley, y cómo tienen que proponerse y practicarse esos medios, con la consecuencia de que la actividad que no se acomode a lo dispuesto en la ley no puede calificarse de verdaderamente probatoria, ni puede servir para declarar probadas afirmaciones de hechos de las partes.
- b) Positivamente hay que precisar que la valoración de la prueba se refiere a la eficacia probatoria de las fuentes-medios, pero que son reglas legales de valoración tanto aquellas normas que disponen directamente el valor que debe concederse a una fuente-medio, como las que imponen o excluyen alguna fuente-medio para la prueba de un hecho determinado.

Las reglas legales de valoración a las que suele prestarse atención son aquellas que determinan el valor de un medio determinado de prueba, pero no son las únicas, pues reglas legales son también las normas que dicen que un hecho determinado sólo puede probarse por un o unos

medios concretos de prueba y que excluyen unas fuentes-medios para probar un hecho concreto (caso del Art. 51º Código de Comercio, según el cual la prueba testifical no basta por sí sola para probar la existencia de un contrato mercantil de cuantía superior a 1500 pesetas).

Precisado el alcance de los llamados sistemas de valoración de la prueba, hay que acercarse a los mismos sin el maniqueísmo habitual que parte de imputar a uno, el de la prueba legal, todas las aberraciones imaginables y al otro, el de la prueba libre, todas las perfecciones de este mundo. En los últimos tiempos ha proliferado una literatura, que difícilmente puede calificarse de científica, pues se ha partido en ella de un prejuicio deformador de la realidad.

B) La prueba legal

Para comprender lo que es el sistema legal de valoración de la prueba hay que empezar por decir que el mismo en la actualidad no tiene nada que ver ni con la prueba ordálica ni con la prueba apriorística, sino que responde a lo que podemos considerar la certeza objetiva. A pesar de ello estimamos necesario hacer referencia a esos otros sistemas de valoración de la prueba, pues uno y otro se citan como variantes del sistema legal cuando realmente no hay tal.

a) La prueba ordálica

Todavía hoy es un lugar común decir que el origen de las reglas legales de valoración de la prueba se encuentra en la creencia de la intervención divina en todos los acontecimientos humanos, lo que tuvo especial importancia en el sistema jurídico germánico de las ordalías. Estas eran un juicio de Dios que el juez se limitaba a constatar, dando la razón a aquella de las partes a la que el mismo Dios se la había dado antes.

Las ordalías se basaban, por un lado, en la ignorancia y, por otro, en la superstición; en la ignorancia de las relaciones de causa y efecto en los fenómenos de la naturaleza, y en la superstición de que todo dependía de la voluntad de Dios. Sólo desde estas perspectivas pueden explicarse las ordalías del duelo, del fuego, de la suerte, de la cruz y tantas otras. En ellas se trataba básicamente de que Dios se manifestaba haciendo que venciera en el combate quien tenía razón, no el más fuerte ni el más diestro con las armas, que no sufriera que-

maduras o, por lo menos, que no fueran graves el inocente que tenía que caminar sobre hierros ardientes o que tocarlos, que sostuviera los brazos más tiempo en alto el litigante que decía verdad, etc.

Independientemente de la crueldad que pudieran significar todos estos medios para establecer la verdad de los hechos, lo más destacable de los mismos es la irracionalidad en la que descansan, que es propia de las sociedades más arcaicas, sin perjuicio de que el elemento de la fe religiosa haya hecho que alguna de esas ordalías se mantuviera durante largo tiempo, tanto que todavía pueden encontrarse restos en la Edad media. Conviene destacar, con todo, que las Partidas prohibían expresamente la «lid de caualleros o de peones» (III, XIV) y que la confesión bajo tortura no tenía valor ni perjudicaba al confesante (III, XIII, 5).

b) La prueba apriorística

Desterrado el sistema de las ordalías, lo típico del proceso común fue el establecimiento de toda una serie de reglas que determinaban el valor probatorio de todos y cada uno de los medios de prueba, tasándose así el resultado al que podía llegar el juez atendidas las pruebas practicadas. El establecimiento de un sistema legal completo y cerrado en torno al valor de las pruebas tuvo muy variados fundamentos, pero pueden destacarse dos:

- 1.º) Filosóficamente se trataba de primar lo abstracto y general sobre lo concreto y especial, lo cual era propio de la filosofía escolástica o, por lo menos, de la degeneración de ésta. Esta concepción filosófica influyó en todos los saberes y si pudo limitar la experimentación, pudo también hacer preferir las abstracciones apriorísticas sobre el razonamiento individual del juez, como método que parecía más seguro para llegar a descubrir la verdad.
- 2.º) Políticamente respondía al intento de limitar las facultades del juez que es, aunque parezca paradójico, algo típico de los estados absolutistas en los que, concentrado el poder en unas manos y actuando los jueces por delegación del titular del poder absoluto, éste pretende controlar lo que hacen aquéllos. Ese control se manifestaba en muy variados órdenes y así se establecía una cadena de recursos que podía llegar hasta el mismo ti-

tular del poder, se fijaban las reglas legales de valoración de la prueba y se disponía que el proceso fuera exclusivamente escrito, de modo que la sentencia no podía basarse en la inmediatección, es decir, en lo visto y oído directamente por el juez, sino que tenía que atender a lo que constara en los autos por escrito, pues *quod non est in actis non est in mundo*.

De todo esto resultaba que la prueba apriorística no tenía nada que ver con la prueba ordálica sino que, en un determinado ambiente cultural, pretendía limitar los poderes del juez. Las reglas legales pudieron terminar siendo una garantía del ciudadano frente al juez, pero en su origen fueron producto de la desconfianza del titular del poder frente a sus propios jueces, a los cuales no se dejaba en libertad para establecer los hechos que debían considerarse probados.

c) Las máximas de la experiencia legales

La prueba legal a la que cabe dar hoy sentido no tiene relación ni con la prueba ordálica ni con la prueba apriorística, aunque en esta última estaba ya el germen de lo que es decisivo para el sistema de la verdadera prueba legal: las máximas de la experiencia. Las reglas que el soberano imponía a sus jueces, para determinar los hechos probados, no eran absurdas ni producto de la arbitrariedad; podían ser, desde la perspectiva actual, discriminatorias por razón de raza, religión, sexo o condición social, pero en general respondían a la concepción que se tenía de las relaciones sociales y a verdaderas máximas de la experiencia.

La prueba legal que hoy defiende parte de la doctrina no es un rescoldo de la anterior prueba apriorística, ni la subsistencia de unas pocas reglas de las muchas que antes existieron, sino que es algo completamente diferente que encuentra su justificación en la seguridad jurídica. El punto de partida consiste en comprender:

- 1.º) La valoración de la prueba es una operación mental que se resuelve en un silogismo en el que: 1) La premisa menor es la fuente-medio de prueba (el testigo y su declaración, el documento y su presentación), 2) La premisa mayor es una máxima de la experiencia, y 3) La conclusión es la afirmación de la existencia o de la inexistencia del hecho que se pretendía probar.

- 2.º) Las máximas de la experiencia, según la clásica definición de Stein, «son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos»⁷⁷.

El mismo Stein aplicaba este concepto a la valoración de la prueba, poniendo de manifiesto como juegan las máximas de la experiencia en la misma. Al considerar la declaración de un testigo no puede dejarse de tener en cuenta si es posible, según las leyes de la naturaleza, que una persona haya visto u oído lo que declara, cuando está claro que se encontraba a 150 metros del lugar del hecho; tiene que ponderarse igualmente si es verosímil, según nuestra experiencia, que un hombre recuerde con precisión lo que vivió siendo niño, etc., y lo que se está diciendo para el testigo es también aplicable, con las necesarias salvedades, a las restantes fuentes-medios de prueba.

- 3.º) En el sistema de la prueba legal la máxima de la experiencia, que es la premisa mayor del silogismo, viene establecida por el legislador, el cual ordena al juez que proceda a aplicar esa máxima en el caso concreto, de modo que las reglas legales de valoración de la prueba no son más que máximas de la experiencia que el legislador objetiva, sin dejar que sea el juez el que determine la máxima de la experiencia que ha de aplicarse en el caso. Es decir, las reglas legales de valoración de la prueba son máximas de la experiencia legales.

En este esquema lógico el establecimiento por el legislador de reglas legales de valoración no es sino un método para conseguir la certeza, que es en lo que se resuelve toda actuación probatoria, método que no es, desde luego, contrario a la lógica, sino que responde a un criterio de normalidad jurídica derivado del *id quod plerumque accidit*. Desde la normalidad las reglas legales se justifican normalmente en la seguridad jurídica y, además, con un doble efecto; cuando el ordenamiento jurí-

⁷⁷ Stein, *El conocimiento privado del juez*, traducción de De la Oliva, Madrid, 1990.

dico establece que el documento público hace prueba, está dándole al juez un mandato para el caso de que en un proceso se presente esa prueba, pero también está, en el campo de las relaciones de derecho material, creando seguridad jurídica.

Si dos personas deciden otorgar en escritura pública un contrato pueden estar pensando en una doble seguridad jurídica; por un lado, la relativa a la certeza probatoria, pues la regla legal del artículo 1218º del Código Civil español está preconfigurando la valoración futura dado que el juez no podrá desconocer el valor de la escritura pública, pero también están dando certeza a sus relaciones materiales por cuanto evitan dudas sobre el contenido de esas relaciones; esta segunda seguridad puede incluso evitar que llegue a ser necesario acudir al proceso, pues las partes conocen de antemano cuál será el resultado probatorio.

C) La prueba libre

Como en el caso anterior hay que advertir aquí que este sistema de valoración de la prueba no tiene nada que ver con lo que llamamos prueba discrecional o de la íntima convicción, sino que responde a la certeza subjetiva.

a) La íntima convicción

La ruptura con el sistema de la prueba apriorística se produce históricamente primero en el proceso penal y es obra de los ideólogos de la Revolución Francesa; esa ruptura estuvo íntimamente unida al establecimiento del jurado y acabó convirtiendo la valoración de la prueba en una declaración de voluntad y no de certeza o conocimiento. La legislación revolucionaria, pero sobre todo el *Code d'instruction criminelle* de 1808, partía de la soberanía del jurado, de que éste no podía estar vinculado por regla alguna para determinar los hechos que estimaba probados. La íntima convicción se resolvía así en dos postulados: 1) La valoración de la prueba no consiste en un ejercicio de la razón, sino en una declaración de voluntad, y 2) Esa declaración no tiene que ser motivada⁷⁸.

78 El fundamento de este sistema se evidencia con toda claridad en el artículo 342º del Code francés, que decía: «Antes de comenzar la deliberación, el jefe de los jurados dará lectura a la instrucción siguiente, que será, además, colocada en carac-

Por este camino de la íntima convicción se acaba en la arbitrariedad y en la irresponsabilidad, y lo más grave es que se descubrió inmediatamente que la íntima convicción no tenía porqué ser exclusiva del jurado y del proceso penal, sino que podía también referirse a los jueces técnicos y al proceso civil. Voluntad discrecional, no motivación e irresponsabilidad son las notas que caracterizan el sistema de la íntima convicción, que se encuentra en la base, más o menos consciente, de las normas que refieren la valoración de la prueba a la conciencia del juez y de las sentencias que hablan de la facultad soberana del juzgador.

b) Las máximas de la experiencia judiciales

De la misma manera que la prueba legal no tiene verdadera relación con las pruebas ordálica y apriorística, la íntima convicción no está realmente relacionada con la prueba racional, que es la verdadera manifestación actual de la llamada prueba libre. Lo característico de este sistema de valoración de la prueba radica en que, del silogismo en que se resuelve esta operación mental, la premisa mayor, que es una máxima de la experiencia, es determinada por el juez. Esto conduce a una valoración razonada, motivada y responsable.

El acierto de la legislación española al referirse a la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica radica, precisamente, en poner de manifiesto que prueba libre no es igual a prueba discrecional, sino a prueba en la que es el juez el que tiene que precisar las máximas de la experiencia utilizadas y desde las que ha llegado a su conclusión probatoria. Frente a otros ordenamientos en los que, como reacción

terres gruesos en el lugar más destacado de la sala: la ley no pide cuentas a los jurados de los medios por los cuales llegan a convencerse; no les impone regla alguna de la que deban hacer depender particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba; la ley sólo les ordena interrogarse a sí mismos en el silencio y en el recogimiento, y buscar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han producido sobre su razón las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de su defensa. La ley no les dice: tendréis por verdadero todo hecho declarado por tal número de testigos; ella no les dice tampoco: no considerareis suficientemente establecida toda prueba que no haya sido formada por tales documentos, de tales piezas, de tantos testigos o de tantos indicios; la ley no les hace más que una sola pregunta, que encierra toda la medida de sus deberes: ¿tenéis una íntima convicción?».

contra la prueba legal, se pone el acento en la libertad del juzgador, el español pone el énfasis en la racionalidad que ha de estar en la base de la valoración.

Si la Ley de Enjuiciamiento Criminal, padeciendo la influencia francesa, dice en su artículo 741° que «el tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio [...]», la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, libre de esa influencia, decía en su Art. 659°, I, que «los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurren». Por mucho que se insista en que uno y otro artículo están en el fondo diciendo lo mismo, no podrá negarse que, por lo menos, lo dicen de manera muy diferente. Hoy la LEC de 2000 sigue diciendo, aunque con mayor técnica que «los tribunales valorarán la fuerza probatoria de la declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y el resultado de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado».

Para comprender lo que las reglas de la sana crítica suponen puede ser de interés recordar lo ocurrido inmediatamente después de la promulgación de la LEC de 1855, cuerpo legal en el que desaparecieron las reglas legales relativas a los testigos y aparecieron las reglas de la sana crítica. La doctrina se apercibió, sin más, del cambio efectuado pero advirtió que las reglas legales de las Partidas eran precisamente las reglas de la sana crítica, de modo que incluso después de su derogación debían seguir siendo aplicadas, aunque ahora en tanto que reglas fundadas en la crítica racional y en la buena lógica, como seguras guías moderadoras del arbitrio judicial. Por su parte la jurisprudencia sostuvo primero que las reglas de la sana crítica se correspondían con las anteriores reglas legales de valoración, después admitió que las reglas legales de las Partidas habían sido derogadas por la LEC y ha acabado por sostener que la sana crítica se corresponde con la lógica, con la experiencia empírica, con las máximas de la experiencia.

Hemos llegado a donde pretendíamos: las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia judiciales, en el sentido de que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de la vida del juez y que éste debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada

una de las fuentes-medios de prueba. Esas máximas no pueden estar codificadas, pero sí han de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues sólo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados.

D) El sistema mixto de valoración de la prueba

En el ordenamiento español no rige en exclusiva uno de los dos sistemas puros de valoración de la prueba, sino que se ha optado por un sistema mixto, en el que se han pretendido combinar armónicamente algunas reglas legales con la sana crítica.

a) Reglas legales

- 1.º) Sobre documentos públicos: arts. 319º, 320º, 321º, 322º y 323º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y arts. 1218º, I y II, 1219º, 1220º, I y II, 1221º, I, 1º, 2º y 3º, y II, del Código Civil.
- 2.º) Sobre documentos privados: Art. 326º de la LEC y arts. 1225º, 1227º, 1228º, 1229º y 230º del CC.
- 3.º) Sobre interrogatorio de la parte: Art. 316.1 de la LEC (limitadamente).
- 4.º) Sobre testigos: Art. 51º Código de Comercio.

b) Sana crítica

Todos los demás medios de prueba se valoran de modo libre o, mejor dicho, conforme a las reglas de la sana crítica.

Ni siquiera después de la LEC de 2000 es cierto lo que el Tribunal Supremo lleva años diciendo respecto de que «en nuestro sistema procesal civil no se admite el principio de la prueba tasada, por lo que cualquier medio de prueba ha de ser libremente valorado por el tribunal de instancia» (STS de 2 de octubre de 1990, por ejemplo). Incluso después de la LEC de 2000 es evidente que con ello está desconociendo el espíritu y la letra de la ley.

Fijados cuáles son las fuentes-medios de prueba con valor legal conviene preguntarse ahora sobre su razonabilidad, es decir, sobre si está objetivamente justificado el mantenimiento de las reglas legales existentes en nuestro ordenamiento sobre la valoración de la prueba. Lo primero que hay que advertir es que las reglas legales existentes no pueden calificarse de ilógicas o absurdas, de modo que los argumentos

a oponer contra ellas no pueden consistir en atribuirles nada contrario a la razón. Constituye máxima de la experiencia perfectamente razonable la de que debe ser creída la parte que reconoce hechos personales que la perjudican, la de que en las escrituras públicas los notarios hacen constar la fecha verdadera en que se otorga y reflejan con exactitud lo que dicen los contratantes, etc.

El mantenimiento o no de las reglas legales existentes no puede depender, por tanto, de que se niegue su razonabilidad. La verdadera cuestión es si, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, es o no conveniente mantenerlas, y en este sentido es perfectamente defendible la subsistencia de las reglas legales atinentes a los documentos públicos, a los privados reconocidos y al interrogatorio de la parte.

E) Valoración conjunta de la prueba y motivación de las sentencias

Sea cual fuere el sistema de valoración de la prueba, lo inadmisibile es la falta de motivación fáctica de las sentencias que viene propiciándose, sobre todo, a través de la denominada apreciación conjunta de la prueba. Y lo mismo cabe decir del desconocimiento consciente que la jurisprudencia ha venido haciendo de las reglas legales de valoración.

Empecemos por puntualizar que la apreciación conjunta no es rechazable en todos los casos; en algunos es necesaria:

- 1.º) Cuando varios medios de prueba se complementan entre sí o, incluso, cuando el resultado de unos incide en el resultado de otros. Ello puede suceder cuando existen varios testigos que declaran sobre un mismo hecho o cuando existen declaraciones testimoniales y documentos privados no reconocidos.
- 2.º) Cuando existen pruebas cuyos resultados son contradictorios, pero teniendo siempre en cuenta que la contradicción ha de producirse entre pruebas que deban apreciarse por el mismo sistema:
 - 1") Cabe así que ante medios de prueba que se aprecian libremente, por ejemplo, declaraciones testimoniales contradictorias (o entre declaraciones testimoniales y dictamen pericial contrapuestos), el juez tenga que apreciar en conjunto unas y otras para llegar al convencimiento que fuere.

- 2") De la misma manera es posible la apreciación conjunta cuando la contradicción se produce entre medios de prueba de apreciación legal, pues entonces la aplicación de las dos reglas al mismo tiempo es imposible (como sería el caso del interrogatorio de varios demandados que, aun admitiendo hechos que les son perjudiciales, dijeran cosas contrapuestas).

La apreciación conjunta es inadmisibile cuando la contradicción se produce entre medios de prueba que se aprecian por los dos sistemas, pues entonces lo que podría hacerse es desconocer las reglas legales, las cuales deben prevalecer sobre la prueba de libre apreciación. Si el resultado de una prueba legal quedara involucrado en una apreciación conjunta con pruebas libres, podría significar simplemente desconocer la prueba legal.

Esto es justamente lo que viene haciéndose en la práctica por los tribunales. La apreciación conjunta se utiliza tanto para desconocer el valor de las pruebas legales, como para no motivar fácticamente las sentencias. En el primer caso se llega por el Tribunal Supremo a decirlo expresamente. En el segundo caso la motivación fáctica de las sentencias no existe si no se ponen en relación las fuentes-medios de prueba con los hechos probados, y no se explica en la sentencia cómo desde aquéllos se llega a éstos, bien con base en el convencimiento del juzgador, bien con relación a las reglas legales. El Art. 120.3 de la Constitución viene siendo desconocido sistemáticamente en todos los casos en los que, mediante la fórmula «apreciadas en su conjunto las pruebas practicadas», se afirman como probados unos hechos sin más explicación o justificación, a pesar de que la STC 138/1991, de 20 de junio, ha admitido este sistema de la valoración conjunta.

Conclusión

XIV. De vuelta a la realidad

Llegados al final, es necesario reconocer que esta intervención no se ha limitado a examinar la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española desde la perspectiva del principio de oralidad, pero que el exceso ha sido necesario dado los sentidos que al principio se han pretendido dar.

Después de haber renunciado a redactar la historia de la escritura y de la oralidad, he tenido que atender a una fase o etapa de esa historia, a aquélla en la que la oralidad dejó de ser un mero principio del procedimiento, es decir, un principio atinente a la forma de los actos procesales, para pretender convertirlo en algo que determinaba todo el sentido del proceso civil. Esa pretensión ha llevado al terreno mítico, propio de lo que es una ideología.

Después de casi todo un siglo de entrecruzarse de concepciones sobre el proceso civil, en el que lo más destacado ha sido el intento de desvirtuación de la realidad de que por medio de él se pretende la tutela judicial efectiva de derechos e intereses de naturaleza privada, para intentar convertirlo en un instrumento del Estado, por medio del juez, para atender a la mejor protección de los intereses públicos, con lo que evidenciaba que se trataba de someter lo privado a lo público, lo que era claramente revelador de una ideología autoritaria, para lo cual se ha pretendido utilizar a la oralidad, se está acabando de comprender, primero, que la oralidad sólo puede atender a los principios del procedimiento (forma) y, sobre todo, que el proceso civil tiene que seguir siendo el instrumento para la mejor protección de los derechos de naturaleza privada. Esto no puede entenderse que supone:

- a) Ni el desconocimiento de la existencia de procesos civiles en los que ha de salvaguardarse un componente de interés público (estado y condición civil de las personas), procesos en los que no debería tratarse de aumentar los poderes del juez, sino de convertir en parte el Ministerio público, confiándose a éste la defensa de ese tipo de interés. El juez debería seguir siendo un tercero imparcial entre partes parciales, aunque una de las partes pretendiera la defensa un interés público.
- b) Ni la negación de la existencia de supuestos en los que entra en juego un interés que puede calificarse de colectivo o difuso, casos en los que debería seguir manteniéndose un juez imparcial, y confiar la defensa de esos intereses a entidades o personas jurídicas constituidas con esa finalidad, de modo que se produjera una socialización de la legitimación, y un proceso social a base de aumentar los poderes del juez.
- c) Ni la afirmación de que las partes son siempre efectivamente iguales en todos los procesos, pues ello va en contra de la experiencia. Ahora

bien, este reconocimiento de la realidad no puede llevar a convertir al juez el defensor de una de las partes, aunque sí debería llevar a favorecer en la regulación del proceso todas las instituciones favorecedoras de la igualdad real (como la ejecución provisional sin necesidad de prestar caución), aparte de facilitar con medias efectivas, aunque no procesales, el acceso de todos los ciudadanos a la justicia civil.

El fenómeno de la publicización del proceso civil, propio del siglo XX, ha pertenecido a la mítica jurídica. Ahora se trata de volver a la realidad. Esta puede ser matizadamente distinta en cada país, como es obvio, y precisará de medidas adecuadas a cada caso, pero en todos ellos se trata de mantener la existencia de un proceso civil que siga siendo una drama que se desarrolla entre dos partes parciales, en contradicción e iguales y un tercero imparcial.

Le nouveau Code de Procédure civile français, vingt-cinq ans après

Loïc Cadiet

Le nouveau Code de procédure civile français fête son vingt-cinquième anniversaire. C'est le temps des commémorations, temps du souvenir de ce qu'a été son élaboration, mais aussi temps de la réflexion sur son apport à l'évolution contemporaine du droit processuel français.

Ce code a été élaboré progressivement à partir des travaux d'une commission de réforme du Code de procédure civile instituée en 1969 à l'initiative de M. Jean Foyer, professeur à la Faculté de droit de Paris, alors président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale après avoir été Ministre de la Justice du Général de Gaulle. Dans un premier temps, les travaux de cette commission avaient conduit à la promulgation de quatre décrets "instituant de nouvelles règles de procédure destinées à constituer partie d'un nouveau Code de procédure civile" ou "destinées à s'intégrer dans le nouveau Code de procédure civile"¹. C'est seulement dans un deuxième temps que cet ensemble de textes fut codifié et complété par le décret N° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau Code de procédure civile. Le nouveau code est entré en vigueur le 1er janvier 1976.

Tel quel, le nouveau code n'était pas complet: il se composait seulement d'un livre 1er consacré aux "Dispositions communes à toutes les juridictions" et d'un livre 2ème rassemblant les "Dispositions particulières à chaque juridiction". L'entreprise se poursuivit donc les années suivantes et ce n'est qu'en 1981 que le nouveau code devait

1 Il s'agit des décrets N° 71-740 du 9 septembre 1971, N° 72-684 du 20 juillet 1972, N° 72-788 du 28 août 1972 et N° 73-1122 du 17 décembre 1973.

prendre la forme qu'il a encore aujourd'hui, avec le décret N° 81-500 du 12 mai 1981: ce décret instituait les dispositions des livres 3ème et 4ème respectivement intitulés "Dispositions particulières à certaines matières" et "L'arbitrage". Dans le plan d'ensemble du nouveau code de procédure civile, devait initialement figurer un livre 5ème relatif aux voies d'exécution. Mais ce projet a été abandonné le droit des voies d'exécution devant faire l'objet d'un code autonome de l'exécution. L'oeuvre de codification de la nouvelle procédure civile peut donc être considérée comme achevée.

Sur le nouveau Code de procédure civile comme oeuvre à réaliser ou réalisée, il a beaucoup été écrit, assez récemment encore², y compris par ceux-là mêmes qui avaient reçu la mission historique de réaliser l'oeuvre³. Ce n'est pas seulement au regard de la procédure civile que le nouveau Code suscite l'intérêt; c'est également sur le terrain de cette technique particulière d'édiction du droit que constitue la codification. Plus et mieux que tout autre, le nouveau code de procédure civile symbolise l'engouement des français, voire la "passion" française des codes sous la 5ème République⁴.

Il n'est pas inintéressant de compléter cette approche en se penchant sur la manière dont le nouveau Code de procédure civile a été reçu par la doctrine universitaire française depuis 1975 jusqu'aujourd'hui.

Disons d'emblée qu'en dépit de critiques parfois vives, le nouveau Code a été plutôt bien reçu par les auteurs et que cet accueil favorable est même allé en s'affermissant au fil des ans. Il a bien été reçu parce que l'ancien Code de procédure civile de 1806, était très décrié et depuis longtemps: pâle copie de l'Ordonnance civile de 1667, on avait dit de lui qu'il était déjà vieux en naissant⁵. Il a été bien reçu également parce que ce Code, nouveau par sa forme, l'était aussi par ses dispositions:

2 J.Héron, "Le nouveau Code de procédure civile", in B. Beignier (dir.), *La codification*, Dalloz, 1997, pp. 81-89.

3 V. spéc. G. Cornu, "La codification de la procédure civile en France", *Revue juridique et politique*, 1986, pp. 689 et s. - "L'élaboration du Code de procédure civile", *Revue d'histoire de facultés de droit et de la science juridique*, 1995, n°16, pp. 241 et s.

4 V. J. Carbone, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996.

5 E. Glasson, A. Tissier et R. Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Sirey, 3ème éd., t. 1, n° 25, p. 65.

selon une expression consacrée⁶, c'est d'une véritable "*codification-réformation*" qu'il s'agissait; c'est une vraie réforme de la procédure civile qu'il consacrait. Le procès civil en sortait rénové.

Cette réception peut être analysée selon deux points de vue.

Le Code est d'abord reçu pour ce qu'il est, formellement: un ouvrage composé d'articles numérotés de manière continue, plus ou moins longs, distribués selon un plan divisé en livres, titres, sous-titres, chapitres, sections et bien d'autres subdivisions encore. Le Code, c'est d'abord cela: ce qu'il laisse paraître, ce qu'il donne à voir, son aspect, sa forme, une manière d'être un Code. *Et c'est ainsi que le Code est d'abord saisi par la doctrine.*

Mais cette oeuvre de législation n'est ni le fruit du hasard, ni le fruit d'une compilation. Le nouveau Code de procédure civile a été pensé et il a été pensé en fonction d'une certaine conception du procès civil car du procès civil, on peut avoir plusieurs conceptions selon la manière dont les rôles sont distribués entre les différents acteurs du théâtre judiciaire. Cette doctrine d'ensemble, le Code l'a donc recueillie dans ses dispositions et cette doctrine, elle se lit encore à travers ces dispositions. *On ne peut présenter le Code sans présenter la doctrine ainsi saisie par le Code.*

Le Code saisi par la doctrine (I), la doctrine saisie par le Code (II), ce sont les deux points de vue qu'il convient d'adopter tour à tour.

I. Le nouveau Code de procédure civile saisi par la doctrine

Le Code est donc là, institué par un décret du 5 décembre 1975. Code incomplet de 972 articles en 1975, code complet de 1507 articles en 1981, le nouveau code de procédure civile est saisi par la doctrine dans son état brut, connu avant d'être reconnu, le jugement de fait (A) précédant le jugement de valeur (B).

6 V. Ph. Malaurie, "Rapport de synthèse", in *La codification*, précité, pp. 201-202.

A. Le jugement de fait

Si les mots **pour** le dire varient d'un auteur à l'autre, c'est la même réalité qui saute aux yeux des premiers commentateurs du Code. Le nouveau code de procédure civile, c'est d'abord un *plan* (1°); c'est ensuite un *style* (2°).

1°. Un plan

Le plan de l'ancien code de procédure civile ne brillait pas par sa rationalité. Il comportait deux parties. La première, intitulée "Procédure devant les tribunaux", comportait cinq livres respectivement consacrés à la justice de paix, aux tribunaux inférieurs, aux tribunaux d'appel, aux voies extraordinaires pour attaquer les jugements et à l'exécution de ces derniers. La seconde, sous l'intitulé "Procédures diverses", comportait, quant à elle, trois livres, le premier, sans intitulé, était divisé en douze titres disparates, tandis que le livre II traitait des Procédures relatives à l'ouverture d'une succession et le livre III, Des arbitrages, en un titre unique. C'est peu dire que cette table des matières n'avait aucun sens, plan légué par l'histoire plutôt que voulu par le législateur de 1806.

Au contraire, le défi de la codification animant les réformateurs de la procédure civile du XX^{ème} siècle les a conduits, assez rapidement, à la question du plan du code. Comme s'en est expliqué l'un d'eux, "il vient un moment où, pour distribuer les matières autrement qu'en un catalogue, il convient de les lier en un ordre rationnel"⁷. Le plan du nouveau code de procédure civile est ainsi une oeuvre de raison.

Après avoir été tenté d'organiser le Code en partant de la procédure devant le tribunal de grande instance, l'idée s'est imposée aux rédacteurs du Code qu'il fallait raisonner, à un degré supérieur de généralité, sur le juge civil lui-même, en partant du postulat qu'il existe un "*procès civil type*".

"Dans cette perspective, la procédure devant le tribunal de grande instance cessait d'être l'archetype, pour devenir l'une des manifestations parallèles des règles qui gouvernent en général le procès civil, tout procès civil, base

7 G. Cornu, "L'élaboration du code de procédure civile", précité, p. 247.

générique. Le plan était né. Le livre premier du code avait vocation à établir les règles de procédure communes à toutes les juridictions, règles fondamentales applicables abstraction faite de la nature de chaque juridiction. Le livre deuxième à était consacré à énoncer, iurisdiction par iurisdiction, les règles particulières à chacune, en première instance, appel et cassation; c'est la par faite, dans la procédure, à la nature de la juridiction. Intraduisant un autre critère tiré de la matière du litige, le livre troisième était destiné à faire la somme des dispositions particulières à certaines matières, c'est à dire à considérer tour à tour les procédures qui sont soumises à des règles spéciales en raison de la matières (divorce, assistance éducative, action possessoire etc)".⁸

Puis, venant se greffer sur le tout, en raison de sa double spécificité procédurale et matérielle, venait un livre quatrième relatif à l'arbitrage.

Ce parti méthodologique ne se limite pas à l'architecture générale du code:

"Dans son ordre" a-t-on écrit, *"ce parti est aussi un modèle"*⁹. Pour ses subdivisions comme dans ses divisions principales, le code procède aussi du général au particulier, les règles de principe précédant les règles d'appoint et d'exception, les dispositions communes étant le plus souvent énoncées avant l'exposé des dispositions particulières à chaque variété¹⁰: les règles relatives aux mesures d'instruction¹¹, comme celles qui ont trait aux voies de recours¹², sont particulièrement significatives à cet égard¹³. Ainsi qu'on l'a suggéré, ce "parti de science législative"

8 G. Cornu, *op. cit.*, p. 248.

9 G. Cornu, *op. cit. et loc. cit.*

10 Le plus souvent, mais non pas toujours. Il arrive que les dispositions particulières soient exposées avant les dispositions commune. Raison possible? L'intelligence des secondes passe par la connaissance préalable des premières: V. par exemple art. 49-52, pour les dispositions communes à la compétence d'attribution et à la compétence territoriale; art. 954 à 955-2, pour les dispositions communes à la procédure contentieuse et à la procédure gracieuse en appel; art. 1009 à 1022-1, pour les dispositions communes aux différentes procédures devant la Court de cassation.

11 V. art. 43-178, ainsi que art 204-221, pour l'enquête et art. 232-248, pour les mesures d'instruction exécutées par un technicien.

12 V. art. 528-537.

13 V. également à propos des *interventions forcées*, art. 331-333; des *jugements*, art. 430-479.

répondait à un “vœu d'économie législative”: “faire ressortir le même sous le divers réalise une économie de textes et de droit”¹⁴.

Au demeurant, cet ordre rationnel n'excluait pas que soit tenu compte, en appoint, de la chronologie du procès. Cette chronologie réapparaît, pour l'essentiel, dans la succession des titres composant le livre 1er des dispositions communes.

Au sens plein du terme, le plan du nouveau code de procédure civile apparaît donc comme une oeuvre de composition et si, comme on l'a écrit, “*un beau code, c'est un beau plan bien ordonné*”¹⁵, alors le nouveau code de procédure civile est assurément un beau code dont on doit louer la beauté des jardins à la française. L'élégance du style ne dépare pas l'élégance du plan car le nouveau code de procédure civile, c'est aussi un style.

2°. Un style

La langue du code de 1806 véhiculait les concepts et, souvent, les manières de l'ordonnance royale de 1667. Dans ces conditions, le nouveau code ne pouvait qu'être “*moderne*” et ainsi apparaître-il, d'emblée, à ses premiers commentateurs¹⁶.

Mais il ne s'agit pas seulement d'employer les mots de la fin du XXème siècle pour se faire comprendre par l'homme, et la femme, de la fin du XXème siècle. Cet ouvrage de législation n'est pas une oeuvre littéraire. Un double souci anime donc les rédacteurs du nouveau code.

Le souci, tout d'abord, “*d'éviter les ambiguïtés liées à la polysémie de nombreux mots du langage juridique*”¹⁷. Dans le code, un même mot doit toujours désigner la même chose sans être employé dans des sens différents¹⁸: ainsi, le juge désigne la juridiction et non pas le juge seul, distingué du tribunal conçu comme collège; ainsi la demande désigne l'acte juridique par lequel un plaideur émet une prétention et non pas

14 G. Cornu, *op. cit.*, pp. 248-249.

15 Ph. Malaurie, “Rapport de synthèse”, in *La codification*, précité, p. 200.

16 V.P. Catala et F. Terré, *Procédure civile et voies d'exécution*, Presses universitaires de France, 2ème éd. 1976, p.20.

17 J. Héron, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1991, n° 17.

18 Sur ce choix, V. G. Cornu, *op. cit.*, p. 249.

cette prétention elle-même. Le contenu de la convention peut être contestée, mais non pas son principe qui est conforme au nominalisme nécessaire de la loi.

D'où, ensuite, le souci corrélatif de définir les notions fondamentales sur lesquelles reposent les principales règles du code. *"C'est par des définitions légales"* - il y en a plus d'une trentaine¹⁹ - *"que le code nous prévient du sens unique"*²⁰ qu'il donne à ces notions: ce qu'il faut entendre par *"matière gracieuse"*²¹, par *"lieu où demeure le défendeur"*²², par *"assignation"*²³ ou *"requête conjointe"*²⁴, par *"demande reconventionnelle"*²⁵, *"additionnelle"*²⁶, *"intervention"*²⁷.

De nombreuses années après la promulgation du nouveau code, ce souci sera clairement affiché par l'un des ses rédacteurs: *"le droit codifié est porteur d'un langage codé. Il offre des clés de lecture. C'est déjà un esprit"*²⁸. Et c'est encore autre chose, la grâce qui vient par surcroît, que la plume exprimant le verbe de la loi ait été d'une rare élégance²⁹. Le jugement de valeur perce déjà sous le jugement de fait.

B. - Le jugement de valeur

Le jugement de valeur perce certes sous le jugement de fait. Mais il s'exprime aussi, distinctement, au travers d'appréciations tantôt favorables, tantôt défavorables, ou simplement nuancées. Le fait notable est que le jugement de valeur mûrit avec le temps. Il y a le temps des premières impressions, à chaud, plutôt passionnées (1°), puis, avec le recul, le temps, sinon du bilan, du moins des évaluations plus raisonnées (2°): la tendance générale est celle d'une faveur qui va en s'accroissant.

19 V. L. Coupet, "Les définitions dans le Code de procédure civile", *Revue de la recherche juridique*, 1987, n°4, pp. 1051-1062.

20 *Ibidem*.

21 Art. 25.

22 Art. 43.

23 Art. 55.

24 Art. 57.

25 Art. 64.

26 Art. 65.

27 Art. 66

28 G. Cornu, *op. cit.*, p. 250.

29 J. Héron, *op.cit. et loc. cit.*

1°) Le jugement doctrinal sur le vif

Au lendemain de sa promulgation, le nouveau code de procédure civile a fait, pour l'essentiel, l'objet d'une *appréciation* positive (a). Les *critiques* qui lui sont adressées n'apparaissent, prudemment, qu'en *contrepoint* (b).

- a) Tel précis célèbre de *Procédure civile* traduit exemplairement l'*accueil favorable* réservé à la forme du nouveau Code de procédure civile. On y lit ces lignes, dans un paragraphe consacré à la "*Présentation formelle du nouveau Code*":

*"La présentation matérielle a été particulièrement soignée" "La langue judiciaire sort à la fois épurée et enrichie de cette oeuvre de codification" "La rédaction du nouveau Code de procédure civile semble être l'exemple le plus réussi dans le droit contemporain, de la précision technique jointe à la clarté" "Le plan adopté pour la présentation des nouveaux textes est, lui aussi, digne de remarque"*³⁰.

La forme du Code n'est pas seulement jugée en tant que telle, pour ses qualités intrinsèques. A l'instar de MM. Catala et Terré, les auteurs y voient l'illustration de "*quelques grandes idées*"³¹ : ainsi la "*clarification du langage judiciaire, la formulation de définitions nettes*"³² sont considérées comme la manifestation du "*désir d'encourager et de faciliter l'accès à la justice*"³³. Quant au plan, qui s'ouvre sur les dispositions communes à toutes les juridictions, il est jugé révélateur du "*désir d'unité*" des rédacteurs du Code, ce que confirme l'adoption d'une numérotation continue des articles.

- b) Si l'on veut bien mettre à part les critiques, parfois sévères, adressées à la manière dont a été conçue son élaboration, tel éminent auteur allant jusqu'à la juger déplorable³⁴, la forme du nouveau Code de

30 J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, 20ème éd., 1981, n° 10, p. 22.

31 P. Catala et T. Terré, *op. cit.*, p. 20.

32 P. Catala et F. Terré, *op. cit. et loc. cit.*

33 *ibidem*.

34 R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Les cours de droit, Paris, 1980, pp. 27-30.

procédure civile encourt principalement le *reproche* d'être trop doctrinal.

“Ce Code se présente un peu à la manière d'un traité ou d'un manuel” écrit M. Perrot, pour lequel “la formule est rationnellement séduisante” mais “un peu déroutante pour le praticien qui pour trouver la solution à une question est obligé de se référer à plusieurs textes disséminés dans le Code”. Et de prendre l'exemple des énonciations qui doivent figurer dans une assignation devant le tribunal de grande instance³⁵.

Au delà de son aspect technique, le grief est étendu par d'autres auteurs à la conception même du Code. Le reproche, à vrai dire, est présenté comme un regret, celui que:

“fait inhabituel surtout en procédure civile française, la présence des praticiens dans la Commission n'ait pu empêcher cet ensemble d'apparaître un peu trop comme un “Professenrecht”, un droit de professeurs plus habile à manier des idées que des dossiers vlvants dans des litiges concrets et singuliers”³⁶.

Ce sont d'autres professeurs de droit qui l'écrivent. Mais le reproche disparaîtra dans les éditions postérieures du même ouvrage³⁷, ce qui signale l'évolution du jugement doctrinal. Quel est-il, ce jugement, vingt-cinq ans après?

2°) Le jugement doctrinal vingt-cinq ans après

Un quart de siècle après, le bilan fait apparaître une amplification des éloges (a) et un déplacement des critiques (b).

a) L'amplification *des éloges* est manifeste.

Là où, au lendemain du Code, tels auteurs écrivaient:

³⁵ Leur connaissance impose de consulter trois articles différents, les articles 56, 648 et 752 du Code: V. R. Perrot, *op. cit.*, p. 33.

³⁶ J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, 20ème éd, 1981, n° 10, p.25.

³⁷ V. P. ex. J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, 24ème éd., 1996, n° 31 à 41.

“Il est encore top tôt pour porter un jugement objectif sur cet ensemble de dispositions qui constituent sans conteste le monument législaif et reglementaire le plus important qui soit intervenu en matière de procédure civile depuis l’époque napoléonienne”³⁸.

Ils écrivent aujourd’hui:

“Cet ensemble de dispositions constitue sans conteste le monument législatif et réglementaire le plus important qui soit intervenu en matière de procédure civile depuis l’époque napoléonienne”³⁹.

La modification pourrait faire sourire si l’on n’y voyait qu’une simple toilette de style imposée par la fuite du temps, de celles que tous les auteurs -c’est le plus facile- ne manquent pas de faire d’une édition à l’autre de leur ouvrages. Mais tel n’est pas le cas en l’occurrence. Vingt-cinq ans après, le nouveau Code de procédure civile est en effet reçu comme un modèle de codification et pas seulement par les spécialistes de procédure civile. Si Jacques Héron y voit *“l’oeuvre législative majeure de ces vingt dernières années”* se détachant *“facilement d’une législation souvent médiocre, parfois délétère ou même criminelle”⁴⁰*, *“l’exemple parfait de la réussite d’une codification au sens vrai et plein de mot”, “en un mot, (...) le modèle de tous les codes modernes”⁴¹*, ce jugement est partagé par tel autre auteur qui le considère comme *“le seul grand code actuel” “le seul que Stendhal lirait aujourd’hui avec plaisir”⁴²*. Ce n’est pas seulement sa forme qui continue d’être louée, *“remarquable”* écrit-on⁴³. *“Au fond”* ajoute-t-on, *“ses vertus ne sont pas moindres”⁴⁴* et le recul du temps fait apparaître le nouveau Code de procédure civile comme *“une oeuvre longuement méditée et mûrie par ses auteurs avant que la première ligne n’en ait été écrite”⁴⁵*. Un processus d’idéalisation doctrinale du Code serait-il en cours? D’aucuns ne manqueront pas de le suggérer.

38 J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, 20ème éd., n° 11.

39 J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, 24ème éd., n° 40.

40 J. Héron, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1991, n° 17.

41 J. Héron, “Le nouveau Code de procédure civile”, in *La codification*, précité, p.81 et s., spéc.n° 2.

42 B. Beignier, “Avant-propos”, in *La codification*, précité, p. 2.

43 J. Héron, *Droit judiciaire privé*, précité, n° 17.

44 J. Héron, *op. cit.*, n° 18.

45 J. Héron, *op. cit. et loc. cit.*

Ce n'est pas, cependant, que le nouveau Code de procédure civile ait été sanctifié ou doive être sanctifié. Des critiques lui sont toujours adressées mais il est notable qu'elles se soient déplacées, sinon totalement, du moins largement.

b) Trop doctrinal, le nouveau Code de procédure civile? "*En ciselant ses catégories*", le Code n'aurait-il donc "*sacrifié qu'à la théorie juridique*"?⁴⁶ Vingt ans après, un des auteurs du nouveau Code a répondu au reproche du Professorenrecht⁴⁷ et sa réponse emporte la conviction.

Le nouveau Code comporte certes des définitions, mais c'est "*dans un intérêt pratique qu'il s'est attaché à clarifier les notions qui servent quotidiennement à rendre la justice*"⁴⁸. La chose est particulièrement nette s'agissant des moyens de défense (défenses au fond, fins de non-recevoir et exceptions de procédure)⁴⁹. En éclairant "*le sens des institutions réglementées*"⁵⁰, ces définitions permettent de réduire, voire d'éviter les contentieux d'interprétation dont on peut faire l'économie. L'observation est justifiée, sauf à faire remarquer que certaines définitions n'ayant pas cette vertu opératoire, le nouveau Code de procédure civile aurait pu s'en passer: à cet égard, la définition donnée à l'action en justice par l'article 30 est un exemple assez généralement décrié⁵¹, y compris par les plus fervents admirateur du Code⁵².

A la limite, et de manière paradoxale, c'est plutôt le reproche exactement inverse qui est aujourd'hui adressé au nouveau Code de

46 G. Cornu, "L'élaboration du code de procédure civile", précité, p. 252.

47 V. *supra* 1^o et G. Cornu, *op. cit.*, pp. 250-255.

48 G. Cornu, *op. cit.*, p. 252.

49 G. Cornu, *op. cit. et loc. cit.*

50 J. Héron, *Droit judiciaire privé*, précité, n^o 17.

51 V. not. H. Croze et C. Morel, *Procédure civile*, Presses universitaires de France, 1988, pp. 131-132 et n^o 135 p. 140. -L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec, 3^{ème} éd. 2000, n^o 782-783.

52 V. p. ex. J. Héron, "Le nouveau Code de procédure civile", précité, n^o 15: "*ces concepts ne relèvent pas à strictement parler de la volonté du législateur, mais de la science du droit*" et que la loi n'a pas plus à définir, en procédure, l'action que la rétroactivité en droit des conflits de lois dans le temps ou la qualification, en droit international privé.

procédure civile, celui de n'être pas allé assez loin dans la conception doctrinale de ses règles, frustration d'auteurs mis en appétit mais dont la faim ainsi aiguisée demeure pour partie inassouvie.

Inassouvie à *propos du plan, tout d'abord*. En 1976, déjà, il était regretté que les dispositions propres à la procédure prud'homale aient été laissées dans le Code du travail, au lieu d'être intégrées au nouveau code de procédure civile, si ce n'est pas le "*procédé insolite, consistant à les citer à l'article 879*"⁵³, pareille précaution n'ayant d'ailleurs pas été prise pour les dispositions propres aux procédures en matière de sécurité sociale⁵⁴. Vingt-cinq ans après, le regret est étendu aux règles de compétence d'attribution, recueillies, en 1978, par le Code de l'organisation judiciaire⁵⁵.

L'absence de *définitions* supplémentaires est également regrettée: ainsi, à~ propos des prétentions nouvelles en appel, la notion de prétentions tendant "*aux même fins que celles soumises au premier juge*"⁵⁶. Et l'on pourrait en dire autant d'autres notions qui, n'étant pas définies dans le Code, qui les utilisent pourtant, suscitent de nombreuses interprétations qui ne simplifient pas l'application uniforme de la loi.

Exemplaire est, à cet égard, l'analyse de Jacques Héron pour lequel "*les pertes les -moins heureuses du Code sont précisément celles où son poids doctrinal est le plus faible*"⁵⁷. Et de citer l'exemple pertinent de l'exécution provisoire des jugements non obstant appel, présentée comme une "*réglementation invertébrée, parce que privée d'idée directrice*"⁵⁸, ce qui autorise bien des libertés en jurisprudence, mais aussi le foisonnement des régimes spéciaux comme en matière de procédures collectives d'insolvabilité des entreprises⁵⁹ et de voies d'exécution⁶⁰.

53 P. Catala et F. Terré, *op. cit.*, pp. 20-21.

54 Contenues dans le Code de la sécurité sociale: V. L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, précité, n° 1869.

55 L. Cadiet, *op. cit.*, n° 57.

56 Art. 565.

57 J. Héron, "Le nouveau Code de procédure civile", précité n° 14.

58 *ibidem*.

59 Loi n° 85-98, 25 janv. 1985, art 171 et Décret n° 85-1388, 27 déc. 1985, art. 155.

60 Décret n° 92-755, 31 juill. 1992, art. 30 et 31.

De manière plus générale, la crainte est exprimée que l'incomplétude du livre III du nouveau Code, celui des *Dispositions particulières à certaines matières*, qui laisse, en dehors du Code, de nombreuses et importantes questions comme les procédures collectives, le surendettement des ménages, les loyers commerciaux, la concurrence, ne soit le ferment, sinon d'une décodification de la procédure civile, d'une moins d'une décomposition de l'esprit du Code: le risque est en effet que des règles spéciales, ayant prétention à l'autonomie, se développent dans l'oubli des règles du droit commun⁶¹ et que se crée dès lors, pour paraphraser le titre d'un célèbre ouvrage, les conditions d'une révolte future du Droit contre le Code.

Autrement dit, ce sont les positions doctrinales du Code qui ont le mieux résisté à l'usure du temps et c'est comme oeuvre de doctrine que le nouveau Code de procédure civile aura droit de cité au Panthéon des grandes codifications. Mais quelle est donc cette doctrine saisie par le Code?

II. - La doctrine saisie par le nouveau Code de procédure civile

Beau plan, beau code, selon l'équation du Doyen Philippe Malaurie⁶², comme on pourrait dire belle charpente, bel arbre. Au rayon des métaphores, la botanique emporte assurément la palme, si l'on peut dire. Le nouveau code de procédure civile, doté d'une si belle charpente, est un bel arbre dont les fortes racines plongent dans un fertile terreau doctrinal (A) et dont les branches vigoureuses s'élancent en rayonnant vers les cieux doctrinaux (B).

A.- Les fondations doctrinales du nouveau Code de procédure civile

Doctrinal, le Code de procédure civile ne l'est pas seulement par sa forme, son plan et son style⁶³. "*Bien ou mal inspiré*" il l'est aussi, il l'est même essentiellement, au regard des "*idées qui l'animent*"⁶⁴ et qu'il consacre. C'est ce que le doyen Gérard Cornu nomme "*l'esprit du*

61 J. Héron, *op.cit.*, n° 7-11.

62 V. *supra* I, A, 1°.

63 V. *supra* I.

64 G. Cornu. *op. cit.*, p. 250.

code⁶⁵. Sur toute la chaîne de ses dispositions, le nouveau Code est ainsi persillé de solutions qui sont le fruit de pures positions doctrinales (1°). Mais ces *doctrines particulières* à l'oeuvre dans le procès civil ne sont pas toujours reçues comme telles, largement obombrées par les *Principes directeurs du procès* sur lequel s'ouvre le nouveau Code: c'est là, en effet, dans l'écrin de ces vingt-quatre premiers articles, que s'exprime la *doctrine d'ensemble* du procès civil (2°).

1°) Les doctrines particulières à l'oeuvre dans le procès civil

Ainsi que Jacques Héron l'a judicieusement suggéré, la "*force doctrinale*" du nouveau Code ne se réduit pas aux seuls principes directeurs du procès. Elle tient aussi à "*la multiplicité des positions doctrinales disséminées tout au long du code, qui lui donnent son sens et qui par la valeur permanente qu'ils lui confèrent les protègent les attaques du temps*"⁶⁶.

C'est, par exemple, l'idée *exotique*, en ce qu'elle porte la marque d'une doctrine venant du droit civil, que "*l'acte de procédure n'est rien d'autre qu'une espèce d'acte juridique, dans la plus pure définition*"⁶⁷, ce "*rattachement radical*" ruinant "*l'assimilation réductrice et trop longtemps répandue de la procédure à la forme*"⁶⁸. Il en va de même de la *juridiction gracieuse*, le nouveau Code de procédure civile ayant donné le "*substratum procédural*" nécessaire aux hypothèses de juridiction gracieuse que les réformes du droit contemporaines du droit civil des personnes et de la famille avaient fait fleurir dans les dispositions rénovées du code civil. Ici comme là, le droit procédural nouveau s'est, selon l'expression du Doyen Cornu, "*substantiellement nourri du droit substantiel rénové*" à partir de 1964⁶⁹. Il s'est civilisé.

Mais c'est également l'idée, *indigène* celle-ci, que l'action est distincte du droit⁷⁰ ou que l'appel n'est pas seulement une voie de réformation

65 G. Cornu, *op. cit.*, pp. 250-255.

66 J. Héron, "Le nouveau Code de procédure civile", précité, p. 87.

67 "Acte de volonté destiné à produire des effets de droit, lesquels se développent ici dans un double plan, en s'appliquant, d'une part, au déroulement de l'instance, d'autre part, à la matière du litige": G. Cornu, *op. cit.*, p. 243.

68 G. Cornu, *op. cit. et loc. cit.*

69 G. Cornu, *op. cit.*, pp. 242-243.

70 V. H. Motulsky, "Le droit subjectif et l'action en justice", *Archive de philosophie du droit*, 1964, pp. 215 et s.

permettant de rejuger une deuxième fois l'affaire, entre les mêmes parties, pour les seules demandes soumises aux premiers juges, qu'elle est aussi une voie d'achèvement de la solution du litige, prenant en compte une certaine évolution du litige et, partant, certaines prétentions nouvelles⁷¹.

D'autres illustrations pourraient être fournies de ces doctrines particulières, de ces "*tendances*"⁷² qui, pour certaines, ne font qu'exprimer, sur une question donnée, la conception d'ensemble de procès civil consacrée par le nouveau Code.

2°) La doctrine d'ensemble du procès civil

Cette conception d'ensemble du nouveau Code, elle est affichée, d'emblée, par le premier chapitre, celui des *Principes directeurs du procès*, "*fronton qui en marque l'entrée*" et qui exprime "*la quintessence du procès civil*"⁷³. Ces *Principes* ont déjà fait couler beaucoup d'encre. Le Code était encore en gestation que Motulsky les disséquait déjà⁷⁴ et, vingt-cinq ans plus tard, le Doyen Cornu, "*en mémorial pour une lecture de jouvence*" selon son expression, leur donnait la parole car "*les principes directeurs parlent d'eux-mêmes*"⁷⁵. "*Leur nom est d'origine doctrinale*" a-t-on écrit, "*non leur substance*"⁷⁶. Que disent-ils donc (a) et d'où viennent-ils (b)?

a) Ce que disent les Principes directeurs de l'instance n'a rien à voir, comme certains l'ont cru dès les décret du 9 septembre 1971, avec un simple exercice de style consistant "*à avoir réuni et condensé..., pour l'édification des futurs étudiants en droit, la satisfaction des juristes et la joie des puristes, les immortels principes de la procédure qui résultaient plus*

71 V.J. Vincent, "Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile", *recueil Dalloz* 1973, pp.179 et s.

72 V.G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, Presses universitaire de France, 3ème éd. 1996, p. 2.

73 G. Cornu, *op. cit.*, p. 250.

74 H. Motulsky, "La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès", *Semaine Juridique*, 1966,I, 1996.

75 G. Cornu, "Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes...", in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, pp. 83-100.

76 G. Cornu, "Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes...", précité, p. 83.

*ou moins de textes épars, de la jurisprudence et de la sagesse des nations*⁷⁷. Cette illusion avait été immédiatement dénoncée par Motulsky qui avait cru bon de préciser que l'objectif poursuivi était de "*tracer, en présence d'une doctrine divisée et -surtout- d'une jurisprudence hésitante, voire contradictoire, l'essentiel des contours de l'office du juge et de la répartition des fonctions processuelles entre celui-ci et les parties*"⁷⁸.

De même, cette "*charte de la répartition des rôles entre juge et parties*" n'est pas la consécration d'un modèle processuel "*dirigiste*"⁷⁹, "*à dominante inquisitoriale*"⁸⁰, "*administratif et autoritaire*"⁸¹ comme le jugement en avait été porté ou la crainte exprimée au lendemain de la promulgation du Code⁸². Le Code est essentiellement une oeuvre de composition, ni accusatoire, ni inquisitoire, ces qualifications ne convenant nullement à ce qu'est, fondamentalement, le procès civil⁸³. Composition car il s'est agi de concilier les ptincepa libéraux de la tradition française, faisant du procès la chose des parties, et l'affirmation des pouvoirs du juge, auquel il incombe, charge plus que pouvoir, de réaliser cette mission d'intérêt général consistant à parvenir à la solution la plus juste possible du litige à trancher. La justice est un service public⁸⁴ et l'impartialité n'est pas la passivité⁸⁵. Sans doute d'importantes prérogatives ont été données au juge, *dans la conduite de l'instance*, pour en assurer le bon déroulement, aussi bien que sur *la matière même*

77 Ph. Bertin, "Le décret du 9 septembre 1971 portant réforme partielle de la procédure civile", *Gazette du Palais*, 16 novembre 1971, n° 3.

78 H. . Motulsky, "Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile: la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971", *recueil Dalloz*, 1972, Chronique, XVII, n° 6.

79 P. Catala et F. Terré, *op. cit.*, p. 20.

80 R. Perrot, *op. cit.*, p. 33, pour lequel "*dans cet équilibre subtil entre les pouvoirs du juge et ceux des parties, il n'est pas douteux que l'équilibre s'est inversé en faveur du premier*".

81 Crainte exprimée par J. Vincent et S. Guinchard, *op.cit.*, 20ème éd., 1981, n° 11 et 24ème éd., 1996, n° 41.

82 De l'aveu même d'un des rédacteurs du nouveau Code, la seule "*véritable point civile inquisitoriale*" résiderait dans l'article 222, al. 2, autorisant le juge à déterminer les faits pertinents à prouver dans l'enquête: G. Cornu, "Les principes directeurs du procès civile par eux-mêmes...", précité p. 87.

83 H. Motulsky, *op. cit.*, n° 12 et 18.

84 V. H. Motulsky, *op. cit.*, n° 2.

85 Rappr. G. Cornu, "Les principes directeurs du procès civile par eux-mêmes...", précité p. 91.

du procès: pouvoir d'impartir des délais et d'ordonner les mesures nécessaires, y compris, parfois, sous astreinte (art. 3), pouvoir de prendre en considération même les faits dans le débat que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions (art. 7, al 2), pouvoir d'ordonner la production d'une pièce (art. 11) et, même d'office, toute mesure d'instruction légalement admissible (art. 10).

Mais, primo, cette "*exaltation de l'office du juge*" comme on a pu la qualifier⁸⁶, partait quasiment de zéro, lorsque le Code n'a pas seulement consacré des pratiques antérieures: "*la nouveauté est seulement d'avoir affermi ces règles dans leur généralité*"⁸⁷; secundo, les parties, qui conservent le pouvoir d'initiative, se sont vu corrélativement reconnaître le pouvoir de modifier l'étendue de l'office du juge, que ce soit pour le limiter aux qualifications et points de droit auxquelles elles entendent borner le débat (art. 12, al 3) ou, au contraire, pour l'augmenter en lui conférant la mission de statuer en amiable compositeur (art. 12, al 4); tertio, les pouvoirs du juge sont délimités par la nécessité de respecter l'objet du litige (art. 4 et 5) et, surtout, par la nécessité, "*en toutes circonstances*", d' "*observer lui-même le principe de la contradiction*"⁸⁸. Ces règles rétablissent la balance. Vingt-cinq ans après, l'opinion croissante, sinon unanime, est que les articles 1er à 13 du nouveau Code définissent, en vérité, un authentique *principe de coopération* du juge et des parties dans l'élaboration du jugement vers quoi est naturellement tendue la procédure civile⁸⁹.

Cette doctrine-là, au demeurant, n'est pas le fruit d'une génération spontanée, décrétée pour satisfaire on ne sait quelle satisfaction académique. Les principes directeurs du procès et la conception du procès civil qu'ils traduisent viennent de loin.

b) D'où viennent donc les Principes directeurs du procès? La question est double.

C'est la question, initiale, de l'origine de leur existence même en tête du Code de procédure civile. L'idée de faire commencer le Code par

86 G. Cornu, "L'élaboration du Code de procédure civile", précité, p. 251.

87 V. G. Cornu, "Les principes directeurs du procès civile par eux-mêmes...", précité p. 90-91.

88 Art. 16, al. 1er.

89 V. L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, précité, n° 1100 et s.

des principes *généraux* n'est pas nouvelle: il en avait été question lors des codifications napoléoniennes⁹⁰. L'expression même, "canonisée" par Motulsky en 1966⁹¹, apparaît pour la première fois, semble-t-il, en 1932, sous la plume de René Morel⁹². Mais c'est avec le projet d'élaborer un nouveau Code que prend corps l'énoncé des principes *directeurs*⁹³. L'idée en est liée au choix du plan reposant, nous l'avons vu⁹⁴, sur "*le postulat que, sous ses diverses espèces, il existe un procès civil type, soumis, en tant que tel, à un corps cohérent de règles constantes*"⁹⁵.

Il est plus délicat de répondre à la deuxième question, celle de l'origine de leur substance. La recherche des influences est toujours un exercice difficile car les idées, qui sont de libre parcours, ne se laissent pas "baguer" aussi facilement que les truites ou les ramiers. Quelques traceurs permettent de repérer, ici, l'influence de la Z.P.O. allemande et de sa conception supposée dirigiste du procès civil qui, en vérité, serait plus autrichienne qu'allemande⁹⁶, là, son écho dans le *Traité* de Glasson et Tissier, que rejoindra d'ailleurs René Morel⁹⁷. La recherche des influences est une entreprise encore plus téméraire lorsqu'il s'agit

90 Sur la suggestion, du reste, de la Cour de cassation: V. H. Motulsky, *op. cit.*, n° 7.

91 Selon G. Rouhette, "L'influence en France de la science allemande du procès civil et du Code de procédure civile allemand" in *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 1991, pp. 159 et s., spéc n° 20, p. 192.

92 V. G. Rouhette, *op. cit. et loc. cit.*, qui se réfère à R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 1932, 2ème éd. 1949, n° 424-427, pp. 345-448. Selon G. Rouhette, ce serait une "*imitation plus que vraisemblable de la doctrine allemande (...) et par une traduction libre de Grundprinzipien (ou de Formative principes)*".

93 G. Cornu, "Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes...", précité, p 86. -C'est le Doyen Cornu qui, "*d'une plume sûre et précise*" (G. Bolard, "Le nouveau Code de procédure civile français", in *Mélanges Joseph Skapski*, Cracovie, 1994, pp. 9-22, spéc. P. 11), en assurera la rédaction. D'où l'intérêt historique de son article, "Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes...", précité.

94 V. *supra* I, A, 1°.

95 G. Cornu, *op.cit. et loc. cit.*

96 V. G. Rouhette, *op. cit.*, n° 19 et s., qui souligne le caractère aléatoire de l'influence du modèle scientifique allemand et note, en particulier, que Henri Motulsky lui-même, malgré son histoire personnelle, utilisait la doctrine allemande "*avec une très grande discrétion*".

97 V. G. Rouhette, *op. cit.*, n° 20, pp. 190-192.

d'identifier les idées à des auteurs et d'en trouver la consécration dans la lettre de la loi. On peut, certes, voir dans les cinq premiers articles du code la manifestation du principe d'impulsion et du principe dispositif "*tel qu'en parlait déjà Vizioz avec la doctrine italienne*"⁹⁸. Il est encore possible d'affirmer, comme le fait M. Bolard, que "*la thèse d'Henri Motulsky, intitulée Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, constitue l'origine première du nouveau code de procédure civile*"⁹⁹.

Mais, pour le reste, il faut nuancer.

Nuancer, d'abord, *d'un point de vue général*. Les rédacteurs du nouveau Code n'ont pas manqué de souligner que, "*pour la plupart, les principes viennent de la coutume où ils conservent leur énoncé en forme d'adage*"¹⁰⁰ : *Le procès est la chose des parties; da mihi factum, dabo tibi; jura novit curia...* Rien ne se crée, rien ne se perd, tout se transforme. C'est sur cet "*apport coutumier*" que la doctrine a principalement travaillé pour en libérer "*tout le potentiel*" en "*s'inspirant des exigences d'une meilleure justice*"¹⁰¹. Pars translatitia et pars nova, intimement mêlées¹⁰². En une manière de boutade, Motulsky prétendait même que "*la réforme de la procédure civile a(vait) débuté avant la promulgation du Code de procédure civile de 1806*"¹⁰³. Chacun sait bien, en effet, depuis Portalis, que "*les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas*"¹⁰⁴.

Quant au détail des dispositions, il faudrait également distinguer et, tout particulièrement, au sujet de la question aujourd'hui encore

98 G. Cornu, "L'élaboration du code de procédure civile", précité, p.250 et G. Rouhette, *op. cit.*, n° 20 p. 193.

99 G. Bolard, *op.cit.*, p. 11.

100 G. Cornu, "Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes...", précité, pp. 86-89, II, A, ainsi que "L'élaboration du code de procédure civile", précité, p. 251: ils viennent "*de la tradition, où ils se disaient déjà en adages latins, offrant à la réflexion doctrinale la riche substance d'un donné coutumier*".

101 G. Cornu, *op. cit. et loc. Cit.* - V. également G. Cornu et J. Foyer. *op. cit.*, p. 19.

102 G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, n° 5, p. 15.

103 H. Motulsky, "Prolégomènes pour un future code de procédure civile...", précité, n° 1 et note 2.

104 J. E. M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1er pluviôse an IX.

controversée de la simple faculté ou de l'impérieuse obligation, pour le juge, de relever d'office les moyens de droit: le juge peut-il ou doit soulever d'office les moyens de cette nature¹⁰⁵? Dans sa version originaire, le Code avait bien choisi, alors, non pas entre deux conceptions doctrinales de l'office du juge, l'une passive, l'autre active, mais entre deux versions, absolue et relative, de la même conception doctrinale de l'office du juge, celle d'un juge actif et, qu'on l'approuve ou non, ce choix était celui de la simple faculté, ce que Motulsky, dans ses *Prolégomènes...*, n'avait d'ailleurs pas manqué de reconnaître tout en le regrettant. Le temps fera son oeuvre et les historiens du droit processuel le leur. Sans en rechercher la paternité, contentons-nous d'observer, pour finir, la postérité des principes directeurs à travers le rayonnement doctrinal du nouveau Code de procédure civile.

B.- Le rayonnement doctrinal du nouveau Code de procédure civile

Que le nouveau Code de procédure civile ait marqué et marque encore son époque est indéniable. Peut être attribué, à ce rayonnement, le développement considérable, depuis le nouveau Code, des ouvrages généraux de procédure civile, manuels et cours¹⁰⁶, ainsi que des revues

105 Confronter. H. Motulsky, "Prolégomènes pour un futur code de procédure civile...", précité, spéc. n° 45-46, qui y voyait une obligation, et G. Cornu, "Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes...", précité, pp. 89-90: qui y voyait une faculté, "*un perfectionnisme absolutiste ne dev(ant) pas faire du chapitre préliminaire le lieu de l'inflexible droit*".

106 L'observation en a été faite par G. Bolard, op. cit., p. 11, note 7: hors le *Traité de droit judiciaire privé* de Henry Solus et de M. Roger Perrot, dont l'édition, commencée en 1961 chez Sirey, en comportait pas encore de tome relatif à la procédure (il viendra plus tard, avec le tome III, en 1991) et le cours de *Droit judiciaire privé*, professé à l'Université de Paris II, par M. Roger Perrot et publié par *Les cours de droit*, n'y avait guère, à jour des évolutions récentes, que le précis de Procédure civile publié chez Dalloz par Jean Vincent, rejoint en 1981 par M. Serge Guinchard, et le manuel de *Procédure civile et voies d'exécution* de MM. Pierre Catala et François Terré qui, paradoxalement, ne connaîtra pas de nouvelles éditions après la deuxième parue en 1976. Les autres ouvrages viendront avec le nouveau Code: G. Couchez, *Procédure civile*, Sirey, 1981; H. Croze et C. Morel, *Procédure civile*, Presses universitaires de France, 1988; J. Héron, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1991; L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec, 1992.

consacrées spécialement au procès comme, par exemple, *Procédures*¹⁰⁷. Mais si le fait est acquis, comment mesurer le rayonnement doctrinal du nouveau Code de procédure civile? La tâche n'est pas aisée, pour deux raisons au moins. Il est *tout d'abord* permis de penser, avec M. Rouhette, que "*la question de l'influence d'un Code de procédure paraît en voie de dépérissement, du fait du développement des sources supralégislatives du droit processuel: Constitution, Convention européenne des droits de l'homme*"¹⁰⁸, à quoi pourrait également être ajouté le droit communautaire, conventionnel et dérivé¹⁰⁹. *Par ailleurs*, ce rayonnement s'affiche rarement comme tel dans la sphère de la théorie pure du droit processuel. Il se manifeste, le plus souvent, de manière diffuse, sur le terrain du droit positif lui-même. Quand un Code est aussi doctrinal que le nouveau Code de procédure civile, modèle législatif et modèle scientifique sont nécessairement liés. Ces réserves faites, le rayonnement doctrinal du nouveau Code de procédure civile peut être recherché dans deux directions, celle de la procédure civile (1^o), celle, aussi, des autres procédures (2^o).

1^o) En procédure civile

L'appréciation du rayonnement du Code conduit d'abord à s'interroger, *sur le terrain même de la procédure civile*, sur le devenir des solutions consacrées par lui. Quand bien même elle ne seraient pas toujours des innovations du Code, du moins celui-ci, dans le régime qu'il leur a réservé, avait pris le parti d'en favoriser le développement. Il faut alors jauger: jauger leur *succès*, comme la procédure de référé, l'exécution provisoire des jugements qu'un récent rapport proposait même de généraliser à l'ensemble des jugements de première instance¹¹⁰, l'injonction de payer que le même rapport proposait d'étendre au tri-

107 Revue mensuelle des *Éditions du Juris-classeur*, créée en 1996 et dirigée par MM. R. Perrot et H. Croze.

108 G. Rouhette, *op. cit.*, n° 25.

109 V. H. Muir-Watt, Encyclopédie juridique Dalloz, Rép. *proc. Civ.*, V° "Droit international et procédure civile". J. Normand, "Le rapprochement des procédures civile dans l'Union européenne" in Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile: vingt ans après*, La documentation française, 1998, pp. 265-283.

110 J. M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*. La documentation française, 1997, pp. 108-109.

bunal de grande instance¹¹¹; jauger leur *échec*, comme la requête conjointe et l'amiable composition judiciaire; jauger leur *résurrection*, souhaitée à défaut d'être toujours avérée, comme la conciliation dont le dernier avatar, la médiation, a désormais droit de cité au rang des dispositions communes à toutes les juridiction¹¹²; jauger leur *faible application*, comme la procédure à jour fixe, l'enquête, la consultation (mise à part la flambée, proprement exceptionnelle, de *l'amicus curiae*¹¹³) et l'on pourrait ainsi continuer de procéder à l'inventaire. Certaines dispositions du nouveau Code paraissent même n'avoir jamais fait l'objet d'une seule application: avec le renfort pourtant fertile de l'informatique documentaire, il arrive que les éditions commerciales du Code soient encore vierges, sous plus d'un article, de toute référence jurisprudentielle.

Qu'il suffise ici de faire deux observations plus générales.

La *première observation* est que c'est surtout à propos de l'office du juge et de la procédure de mise en état des affaires que la conception même du procès civil est au coeur des débats actuels et du rêve souvent caressé d'un "*autre procès possible*", laissée entièrement entre les mains des parties¹¹⁴. Cette contestation récurrente est, à sa façon, un indice du rayonnement doctrinal du Code et il est remarquable, à cet égard, que le rapport sur la procédure civile remis au ministre de la Justice, garde des Sceaux, par M. Jean-Marie Coulon se soit présenté comme une entreprise de consolidation de la doctrine du nouveau Code de procédure civile à l'heure où "*la crise avérée de la justice civile (...) menace les fondements mêmes du nouveau Code de procédure civile*"¹¹⁵.

La *deuxième observation* est que la synthèse réalisée par le principes directeurs du procès n'était pas conçue pour exprimer "*un droit processuel qui, à un degré supérieur de généralité, s'élève à la théorie du procès, quel*

111 J. M. Coulon, *op. cit.*, pp. 67-68.

112 V. nouv. C. proc. civ., art. 131-1 à 131-15, composant un Titre VI bis, *La médiation*, qui fait suite au Titre VI, *La conciliation*.

113 V. G. Cornu, "L'élaboration du code de procédure civile", précité, pp. 254-255.

114 V. R. Martin, "Un autre procès possible ou est-il interdit de rêver?", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, pp. 557 et s.

115 J. M. Coulon, *op. cit.*, p. 14.

qu'en soit le mode (civil, pénal, administratif ou arbitral) ¹¹⁶. Chacun y voit, du moins, un “*droit commun processuel pour le droit privé*” ¹¹⁷ et pas seulement pour les litiges portés devant les juridictions étatiques. Parce qu'il est d'ordre public, le noyau dur des principes directeurs, *primi inter pares*, s'impose aussi à l'arbitrage ¹¹⁸ et la floraison des modes alternatifs de règlement des conflits (les MARC, version française des ADR) suscite aujourd'hui la recherche des “*principes directeurs*” du règlement amiable des litiges ¹¹⁹. Les principes directeurs du procès ne parlent pas seulement d'eux-mêmes; ils s'imposent aussi d'eux-mêmes et, à travers ce “*fonds de référence*” ¹²⁰, l'indice final du rayonnement du nouveau Code de procédure civile est justement fourni par l'observation de leur influence spontanée au delà même du procès civil.

2°) Dans les autres procédures

L'influence est particulièrement nette en *procédure pénale* qui est toujours, de réforme en contre-réforme à la recherche d'un code moderne. Mais la Constitution française de 1958, de ce point de vue, lui est moins favorable qu'à la procédure civile dans la mesure où la procédure pénale est de la compétence du Parlement alors que la procédure civile relève du pouvoir réglementaire du Gouvernement. Il est notable, en tout cas, que le concept de principe directeur du procès ait conquis le cœur de nombreux pénalistes et qu'un des grands projets de réforme de l'instruction pénale ait fait des principes directeur, du procès pénal le noyau dur des propositions de réforme ¹²¹. Avec le concours du droit au

116 G. Cornu, “Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes...”, précité, p. 84-85.

117 J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, 24^{ème} éd. 1996, n° 36.

118 V. art. 1460, al. 2, renvoyant aux principes énoncés par les articles 4 à 10, 11 (al. 1) et 13 à 21: ce sont ceux qui “*étant de l'essence de l'action de juger, s'attachent à tout juge*” (G. Cornu, *op. cit.*, p. 84, note 7).

119 Parfois *différent*, pour les principes accessoires, comme le secret au lieu de la publicité; parfois *communs*, pour les principes essentiels, comme le respect de la contradiction.

120 G. Cornu, *op. cit.*, p. 85.

121 V. M. Delmas-Marty (dir.), *La mise en état des affaires pénales*, La documentation française, 1991: la *Commission justice pénale et droits de l'homme* avait *dégagé*, de la Constitution française et de la Convention européenne des droits de l'homme, dix principes fondamentaux à inscrire en tête du code de procédure pénale.

procès équitable, les principes directeurs s'y internationalisent même à l'ensemble des procédures pénales d'Europe¹²². Alors, pourtant, que l'entreprise y est moins aisée qu'on procédure civile, c'est le même souci de composition, la même recherche d'équilibre entre une conception accusatoire et une conception inquisitoire et, comme dans le nouveau Code de procédure civile, le renforcement du contradictoire est l'instrument principal de la réforme envisagée. Ces différents projets viennent d'ailleurs d'aboutir, en grande partie, puisqu'une très récente loi du 15 juin 2000 vient d'introduire, en tête du Code de procédure pénale, un nouvel article préliminaire exposant les principes directeurs du procès pénal¹²³.

Comment la *procédure administrative* pouvait-elle, dans ces conditions, échapper à cette influence? Cela n'était pas envisageable. Les principes du droit au procès équitable consacrés par les conventions internationales s'appliquent aussi au contentieux administratif. La codification récente de la procédure administrative par une ordonnance du 4 mai 2000 a donc été l'occasion de faire débiter le tout nouveau *Code de la justice administrative* d'un titre préliminaire se composant de onze articles contenant les principes directeurs du procès administratif¹²⁴.

Même si la substance de ces nouveaux principes directeurs n'est pas exactement la même qu'en matière civile, c'est une sorte de cadeau d'anniversaire que la procédure pénale et la procédure administrative offrent ainsi à la procédure civile vingt-cinq ans après.

122 V. M. Delmas-Marty (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, Presses universitaires de France, 1995.

123 L. n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *Journal officiel* 16 juin 2000, pp. 9038 et s.

124 Ord. n° 2000-387 du 4 mai 2000, *Journal officiel*, 7 mai 2000, pp. 6903 et s. + Annexes.

El nuevo Código procesal civil francés veinticinco años después

Loïc Cadiet

El nuevo código procesal civil francés celebra su vigésimo quinto aniversario y éste no sólo es el momento de conmemoraciones, de recuerdos acerca de su elaboración sino también de reflexión sobre su aporte a la evolución contemporánea del derecho procesal francés.

Este código se elaboró progresivamente a partir de los trabajos de una comisión de reforma del Código procesal civil instituida en 1969 por iniciativa del señor Jean Foyer, profesor de la Facultad de Derecho de París, en ese entonces, presidente de la *Comisión de leyes de la Asamblea Nacional*, después de haber sido Ministro de Justicia del General de Gaulle. En un primer momento, los trabajos de esta comisión condujeron a la promulgación de cuatro decretos «que institúan nuevas reglas de procedimiento destinadas a formar parte de un nuevo Código procesal civil» o «destinadas a integrarse en el nuevo Código procesal civil»¹. Sólo en un segundo momento es que este conjunto de textos se modificó y se completó por el Decreto N° 75-1123 del 5 de diciembre de 1975 que instituye un nuevo Código procesal civil. El nuevo código entró en vigencia el 1° de enero de 1976.

Tal cual, el nuevo código no estaba completo ya que se componía solamente de un primer libro dedicado «Disposiciones comunes a todas las jurisdicciones» y de un libro segundo que reúne las «Disposiciones particulares para cada jurisdicción». Se continuó con esta empresa

1 Se trata de los decretos N° 71-740 del 9 de setiembre de 1971, N° 72-684 del 20 de julio de 1972, N° 72-788 del 28 de agosto de 1972, y N° 73-1122 del 17 de diciembre de 1973

en los años siguientes y sólo fue en 1981 que el nuevo código tomaría la forma que tiene hoy en día con el Decreto N° 81-500 del 12 de mayo de 1981: este decreto instituía las disposiciones del tercer y cuarto libros titulados respectivamente «Disposiciones particulares a ciertas materias» y «El arbitraje». En el plan general del nuevo código procesal civil, inicialmente debía figurar un quinto libro relativo a las vías de ejecución. Pero este proyecto fue abandonado ya que el derecho de las vías ejecutivas debían ser objeto de un código autónomo de ejecución. Entonces, la obra de codificación del nuevo procedimiento civil puede considerarse terminada.

Sobre el nuevo Código procesal civil como obra por realizar o realizada, se ha escrito mucho, incluso recientemente²; entre aquellos que escribieron sobre él, se encuentran los que recibieron la misión histórica de elaborar la obra³. El nuevo Código no sólo suscita interés en relación con el procedimiento civil sino también en relación con el campo de la codificación, técnica particular de ordenamiento del derecho. Más y mejor que cualquier otro, el nuevo código procesal civil simboliza el entusiasmo de los franceses, incluso la «pasión» francesa por los códigos durante la 5ta. República⁴.

También es interesante completar este enfoque analizando de qué manera la doctrina universitaria francesa ha recibido el nuevo Código procesal civil, desde 1975 hasta la fecha.

Digamos de entrada que, a pesar de las críticas a veces agudas, el nuevo Código más bien ha sido bien recibido por los autores y que este recibimiento favorable incluso ha ido consolidándose en el transcurso de los años. Ha sido bien recibido porque el antiguo Código procesal civil, de 1806 estaba muy desprestigiado y desde hace mucho tiempo,

2 J. Herón, «*Le nouveau Code de procédure civile*» (El nuevo Código procesal civil), en B. Beignier (dir.), *La codification* (La codificación), Dalloz, 1997, pp. 81-89.

3 Véase especialmente G. Gomu, «*La codification de la procédure civile en France*» (La codificación del procedimiento civil en Francia), *Revue juridique et politique* (Revista jurídica y política), 1986, p. 689 y ss. - «*L'élaboration du Code de procédure civile*» (La elaboración del Código procesal civil), *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, (Revista de historia de las facultades de derecho y de ciencia jurídica), 1995, N° 16, p. 241 y ss.

4 Véase J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République* (Derecho y pasión por el derecho en la 5ta. República), Flammarion, 1996.

era una pálida copia de la Ordenanza civil de 1667, ya se había dicho de éste que era viejo desde que nació⁵. También fue bien recibido porque este Código, nuevo en su forma, también lo era en cuanto a sus disposiciones: según una expresión consagrada⁶, de lo que se trataba era de una verdadera «codificación-reforma»; lo que consagraba era una verdadera reforma del procedimiento civil. El proceso civil salía renovado.

Este recibimiento se puede analizar desde dos puntos de vista.

El Código en primer lugar, se recibe por lo que es formalmente, es decir, una obra compuesta por artículos numerados de manera continua, más o menos largos, distribuidos según un plan dividido en libros, títulos, subtítulos, capítulos, secciones y muchas otras subdivisiones más. El Código es en primer lugar eso, lo que deja aparecer, lo que muestra, su aspecto, su forma, una manera de ser un Código. Y es así como al principio el Código es captado por la doctrina.

Pero esta obra de legislación no es ni el fruto del azar ni el de una recopilación. El nuevo Código procesal civil ha sido reflexionado y ha sido pensado en función de cierta concepción del proceso civil ya que del proceso civil se pueden tener varias concepciones según la manera en que se distribuyen los papeles entre los diferentes actores del teatro judicial. Entonces, el Código ha recogido esta doctrina de conjunto en sus disposiciones y esta doctrina, todavía se lee a través de éstas. No se puede presentar el Código sin presentar la doctrina captada así por el Código.

El Código captado por la doctrina (I) y la doctrina captada por el Código (II), son los dos puntos de vista que conviene adoptar, cada uno en su momento.

I. El nuevo Código procesal civil captado por la doctrina

Aquí está entonces el Código, instituido por un decreto del 5 de diciembre de 1975. Como código incompleto de 972 artículos en 1975,

5 E. Glasson, A. Tissier y R. Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile* (Tratado teórico y práctico de organización judicial, de competencia y de procedimiento civil).

6 Véase Ph. Malaurie, «Rapport de synthèse» (Informe de síntesis), en *La codification* (La codificación), citado anteriormente, pp. 201-202.

y código completo de 1507 artículos en 1981, el nuevo código procesal civil es captado por la doctrina en su estado bruto, conocido antes de ser reconocido: el juicio de hecho (A) precede al juicio de valor (B).

A. El juicio de hecho

Si bien las palabras para decirlo varían de un autor a otro, es la misma realidad la que salta a la vista de los primeros comentaristas del Código. El nuevo código procesal civil es en primer lugar un plan (1º); y luego un estilo (2º).

1. Un plan

El plan del antiguo código procesal civil no destacaba por su racionalidad. Tenía dos partes. La primera, titulada Procedimiento ante los tribunales, comprendía cinco libros dedicados respectivamente a la justicia de paz, a los tribunales inferiores, a los tribunales de apelación, a las vías extraordinarias para impugnar las sentencias y a la ejecución de estas últimas. La segunda, titulada Procedimientos diversos, comprendía, por su parte, tres libros: el libro I no tenía título y estaba dividido en doce títulos inconexos, mientras que el libro II trataba los Procedimientos relativos a la apertura de una sucesión y el libro III, Arbitrajes, en un título único. Se puede decir que este índice no tenía ningún sentido, que era un plan heredado de la historia más que deseado por el legislador de 1806.

Por el contrario, el reto de la codificación que animaba a los reformistas del procedimiento civil del siglo XX los condujo, rápidamente, al asunto del plan del código. Como se lo explica uno de ellos, «llega un momento en que, para distribuir los temas en otra forma diferente a la de un catálogo, es necesario vincularlos en un orden racional»⁷. El plan del nuevo código procesal civil es pues una obra racional.

Después de haber intentado organizar el Código partiendo del procedimiento ante el tribunal de primera instancia, los redactores del

7 G. Cornu, «*L'élaboration du code de procédure civile*» (La elaboración del código procesal civil), *op. cit.*, p. 247.

Código terminaron por convencerse de que era necesario razonar, a un nivel superior de generalidad, acerca del propio juez civil, partiendo del postulado de que existe un «proceso civil tipo».

«En esta perspectiva, el procedimiento ante el tribunal de primera instancia dejaba de ser el arquetipo, para convertirse en una de las manifestaciones paralelas de las reglas que gobiernan en general el proceso civil, todo proceso civil como base genérica. El plan había nacido. El libro primero del código debía estar orientado a establecer las reglas de procedimiento comunes a todas las jurisdicciones, reglas fundamentales aplicables después de haber abstraído la naturaleza de cada jurisdicción. El libro segundo estaba dedicado a enunciar, jurisdicción por jurisdicción, las reglas particulares de cada una, en primera instancia, apelación y casación; es la parte realizada, en el procedimiento, según la naturaleza de la jurisdicción. Introduciendo otro criterio tomado de la materia del litigio, el libro tercero estaba destinado a reunir las disposiciones particulares a ciertas materias, es decir, a considerar, en su momento, los procedimientos que están sometidos a reglas especiales en razón de la materia (divorcio, asistencia educativa, acción posesoria, etc.)»⁸.

Luego, incorporándose al todo, en razón de su doble especialidad de procedimiento y material, venía un libro cuarto relativo al arbitraje.

Este enfoque metodológico no se limita a la arquitectura general del código. «En su orden» se ha escrito, «este enfoque también es un modelo»⁹. En lo que se refiere a sus subdivisiones como a sus divisiones principales, el código procede también de lo general a lo particular, las reglas de principio preceden a las reglas complementarias y de excepción, siendo las disposiciones comunes las que a menudo se enuncian antes de la exposición de las disposiciones particulares a cada variedad¹⁰: las reglas relativas a las medidas de instrucción¹¹, como aquellas

8 G. Cornu, *op. cit.*, p. 248.

9 G. Cornu, *op. cit.* y *loc. cit.*

10 Lo más a menudo, pero no siempre. Sucede que las disposiciones particulares se expongan antes de las disposiciones comunes. ¿La razón posible? La inteligencia de las primeras implica el conocimiento previo de las primeras: véase por ejemplo los arts. 49º-52º, para las disposiciones comunes a la competencia de atribución y a la competencia territorial; arts. 984º a 955-2, para las disposiciones comunes a los pro-

que se refieren a las vías de recursos¹², son particularmente significativas al respecto¹³. Como se ha sugerido, este «enfoque de ciencia legislativa» respondía a un «deseo de economía legislativa»: «hacer que destaque lo mismo bajo lo diverso produce una economía de textos y de derecho»¹⁴.

En resumen, este orden racional no excluía el hecho de que se tuviera en cuenta, a modo de complemento, la cronología del proceso. Esta cronología reaparece, en lo esencial, en la sucesión de los títulos que componen el libro primero de las disposiciones comunes.

En el sentido completo el término, el plan del nuevo código procesal civil aparece pues como una obra de composición y así, como se ha escrito, «un código bello, es un plan bello bien ordenado»¹⁵, entonces el nuevo código procesal civil seguramente es un código bello cuyo diseño francés tenemos que admirar. La elegancia del estilo no desmerece la elegancia del plan ya que el nuevo código procesal civil, también es un estilo.

2º Un estilo

La lengua del código de 1806 transmitía los conceptos y, a menudo, las maneras de la ordenanza real de 1667. En estas condiciones, el nuevo código sólo podía ser «moderno» y así aparece, a primera vista, a sus primeros comentaristas¹⁶.

Pero no se trata solamente de emplear los términos de fines del siglo XX para hacerse comprender por el hombre y la mujer de fines del

cedimientos contenciosos y al procedimiento gratuito en apelación; arts. 1009º a 1022-1, para las disposiciones comunes a los diferentes procedimientos ante la Corte de casación.

11 Véase arts. 143º-178º, así como arts. 204º-221º, para la encuesta y arts. 232º-248º, para las medidas de instrucción ejecutadas por un técnico.

12 Véase arts. 528º-537º.

13 Véase igualmente a propósito de las intervenciones forzadas, arts. 331º-333º; de las sentencias, arts. 430º-479º.

14 G. Cornu, *op. cit.*, pp. 248-249.

15 Ph. Malaurie, «Rapport de synthèse» (Informe de síntesis), en *La codification* (La codificación), *op. cit.*, p. 200.

16 Véase P. Catala y F. Terré *Procédure civile et voies d'exécution* (Procedimiento civil y vías de ejecución), *Presses universitaires de France*, 2da. ed. 1976, p. 20.

siglo XX. Esta obra de legislación no es una obra literaria. Una doble preocupación anima pues a los redactores del nuevo código.

La preocupación, en primer lugar, «por evitar las ambigüedades relacionadas a la polisemia de muchos términos del lenguaje jurídico»¹⁷. En este código, un mismo término siempre debe designar lo mismo y no se debe emplear con sentidos diferentes¹⁸: así, el término juez designa la jurisdicción y no sólo a la persona del juez, a diferencia del tribunal concebido como colegio; así, el término «demanda» designa el acta jurídica por la cual un litigante emite una pretensión y no la pretensión por sí misma. El contenido de la convención puede ser impugnado, pero no su principio que es conforme con el nominalismo necesario de la ley.

De ahí, luego, la preocupación correlativa de definir las nociones fundamentales sobre las que reposan las principales reglas del código. «Es a través de definiciones legales» -más de treinta-¹⁹ «que el código nos advierte del sentido único»²⁰ que le da a esas nociones: lo que debemos comprender por «asunto que se somete a la jurisdicción voluntaria»²¹, por «lugar donde vive el demandado»²², por «citación»²³ o «demanda suscrita conjuntamente por las partes litigantes»²⁴, por «reconvención»²⁵, «adicional»²⁶, «intervención»²⁷.

Muchos años después de la promulgación del nuevo código, uno de sus redactores expresará claramente esta preocupación de la siguiente manera: «el derecho codificado es portador de un lenguaje codificado. Éste ofrece claves de lectura. Ya es un tipo de razonamiento»²⁸. Y es

17 J. Héron, *Droit judiciaire privé* (Derecho judicial privado), Montchrestien, 1991, N° 17.

18 Sobre esta elección, véase G. Cornu, *op. cit.*, p. 249.

19 Véase L. Coupet, «*Les définitions dans le Code de procédure civile*» (Las definiciones en el Código procesal civil), *Revue de la recherche juridique* (Revista de la investigación jurídica), 1987, N° 4, pp. 1051-1062.

20 *Ibidem*.

21 Art. 25°.

22 Art. 43°.

23 Art. 55°.

24 Art. 57°.

25 Art. 64°.

26 Art. 65°.

27 Art. 66°.

28 G. Cornu, *op. cit.*, p. 250.

además otra cosa, la gracia que viene por añadidura, el hecho de que la pluma que expresa el verbo de la ley haya sido de rara elegancia²⁹. El juicio de valor se vislumbra ya bajo el juicio de hecho.

B. El juicio de valor

Efectivamente, el juicio de valor se vislumbra bajo el juicio de hecho. Pero también se expresa de manera diferente, a través de apreciaciones a veces favorables y a veces desfavorables, o simplemente matizadas. Lo más importante es que el juicio de valor madura con el tiempo. Existe el tiempo de las primeras impresiones, en caliente, más bien apasionadas (1º), después, con la distancia, el tiempo sino del balance, por lo menos de las evaluaciones más razonadas (2º): la tendencia general es la de una preferencia que va acrecentándose.

1. El juicio doctrinal en su esencia

Al día siguiente de su publicación, el nuevo código procesal civil fue objeto, en lo esencial, de una apreciación positiva (a). Y las críticas que se le hicieron sólo aparecieron, prudentemente, acompañando esta apreciación (b).

A) Dicho compendio célebre de Procedimiento civil, traduce de manera ejemplar la recepción favorable reservada a la forma del nuevo Código procesal civil. Allí leemos estas líneas en un párrafo dedicado a la «Presentación formal del nuevo Código».

«La presentación material ha sido cuidada de manera especial» «la lengua jurídica sale a la vez depurada y enriquecida de esta obra de codificación» «La redacción del nuevo Código procesal civil parece ser el ejemplo más logrado en el derecho contemporáneo, de la precisión técnica unida a la claridad» «El plan adoptado para la presentación de los nuevos textos también es digno de ser destacado»³⁰.

29 J. Héron, *op. cit.*, y *loc. cit.*

30 J. Vincent y S. Guinchard, *Procédure civile* (Procedimiento civil), Dalloz, 20 ed., 1981, N° 10, p. 22.

La forma del Código no sólo es juzgada como tal, por sus cualidades intrínsecas. A instancia de los señores Catala y Terré, los autores ven ahí la ilustración de «algunas grandes ideas»³¹: así por ejemplo «la clarificación del lenguaje jurídico y la formulación de definiciones claras»³² son consideradas como la manifestación del «deseo de alentar y de facilitar el acceso a la justicia»³³. En cuanto al plan, que se abre sobre las disposiciones comunes a todas las jurisdicciones, éste es considerado revelador del «deseo de unidad» de los redactores del Código, lo que confirma la adopción de una numeración continua de los artículos.

B) Si se quiere poner de lado las críticas, a veces severas, dirigidas a la manera como ha sido concebida su elaboración, como autor eminente que llega hasta a considerarla deplorable³⁴, la forma del nuevo Código procesal civil recibe principalmente el reproche de ser demasiado doctrinal.

«Este Código se presenta un poco a la manera de un tratado o de un manual» escribe el señor Perrot, para quien «la fórmula es racionalmente seductora» pero «un poco desconcertante para el profesional que para encontrar la solución a un asunto está obligado a remitirse a varios textos diseminados en el Código». Y también se le reprocha el hecho de tomar el ejemplo de los enunciados que deben figurar en una citación ante el tribunal de primera instancia³⁵.

Más allá de su aspecto técnico, otros autores extienden la queja a la concepción misma del Código. El reproche, realmente, se presenta como un lamento, el que:

«[...] hecho poco común sobre todo en procedimiento civil francés, la presencia de los profesionales en la Comisión no haya podido evitar que este conjunto parezca un poco como un “*Professenrecht*”, un dere-

31 P. Catala y T. Terré, *op. cit.*, p. 20.

32 P. Catala y F. Terré, *op. cit.*, y *loc. cit.*

33 *Ibidem*.

34 P. Catala y F. Terré, *op. cit.*, y *loc. cit.*

35 Su conocimiento impone consultar tres artículos diferentes, los artículos 56º, 648º y 752º del Código: Véase R. Perrot, *op. cit.*, p. 33.

cho de profesores más adecuado para manejar ideas que para manejar expedientes reales en litigios concretos y particulares»³⁶.

Son otros profesores de derecho los que lo escriben. Pero el reproche desaparecerá en las ediciones posteriores de la misma obra³⁷ lo que indica la evolución del juicio doctrinal. ¿Cuál es ese juicio veinticinco años después?

2. El juicio doctrinal veinticinco años después

Un cuarto de siglo después, el balance muestra un incremento de los elogios (a) y un desplazamiento de las críticas (b).

a) El incremento de los elogios se manifiesta

Ahí donde, apenas creado el Código, esos autores escribían:

«Todavía es muy pronto para emitir un juicio objetivo sobre este conjunto de disposiciones que constituyen sin ninguna duda el monumento legislativo y reglamentario más importante que se haya dado en materia de procedimiento civil desde la época de Napoleón»³⁸.

Hoy ellos mismos escriben:

«Este conjunto de disposiciones constituye sin duda el monumento legislativo y reglamentario más importante que se haya dado en materia de procedimiento civil desde la época de Napoleón»³⁹.

La modificación podría hacer sonreír si sólo viéramos en ella una simple corrección de estilo impuesta por el paso del tiempo, de esas que todos los autores -y es la manera más fácil- no dejan de hacer de una edición a otra de sus obras. Pero este no es el caso. Veinticinco años después, el nuevo Código de procedimiento civil es, en efecto,

36 J. Vincent y S. Guinchard, *op. cit.*, 20 ed. 1981, N° 10, p. 25.

37 Véase por ejemplo J. Vincent y S. Guinchard, *op. cit.*, 24 ed., 1996, N° 31 a 41.

38 J. Vincent y S. Guinchard, *op. cit.*, 20 ed. N° 11.

39 J. Vincent y S. Guinchard, *op. cit.*, 24 ed. N° 40.

recibido como un modelo de codificación y no sólo por los especialistas en procedimiento civil. Si Jacques Héron ve en esto «la obra legislativa más importante de estos últimos veinte años» que se desprende «fácilmente de una legislación a menudo mediocre, a veces deletérea o incluso criminal»⁴⁰, «el ejemplo perfecto del éxito de una codificación en el sentido verdadero y pleno del término», «en una palabra, [...] el modelo de todos los códigos modernos»⁴¹, este juicio es compartido por otro autor que lo considera como «el único gran código actual, el único que Stendhal leería actualmente con gusto»⁴². No es sólo su forma la que sigue siendo alabada, «notable» escriben⁴³. «En el fondo» añaden, «sus virtudes no son menores»⁴⁴ y la distancia en el tiempo hace aparecer al nuevo Código procesal civil como «una obra ampliamente meditada y madura por sus autores antes de que se escribiera la primera línea»⁴⁵. ¿Acaso estará en marcha un proceso de idealización doctrinal del Código? No faltarán aquellos que lo sugieran.

Sin embargo, esto no significa que el nuevo Código procesal civil haya sido santificado o deba serlo. Siempre recibe críticas pero es importante que éstas hayan disminuido, sino totalmente, por lo menos en gran medida.

b) ¿Acaso el Código procesal civil es demasiado doctrinal? «Dividiendo sus categorías», ¿acaso no se habrá «sacrificado por la teoría jurídica»?⁴⁶ Veinte años después, uno de los autores del nuevo Código respondió al reproche del *Professenrecht*⁴⁷ y su respuesta transmite convicción.

40 J. Héron, *Droit judiciaire privé* (Derecho judicial privado), Montchrestien, 1991, Nº 17.

41 J. Héron, «*Le nouveau Code de procédure civile*» (El nuevo Código de procedimiento civil), en *La codification* (La codificación) citado anteriormente, p. 81 y ss., esp. Nº 2.

42 B. Beignier, «*Avant-propos*» (Prólogo), en *La codification* (La codificación), *op. cit.*, p. 2.

43 J. Héron, *Droit judiciaire privé*, (Derecho judicial privado) *op. cit.*, Nº 17.

44 J. Héron, *op. cit.*, Nº 18.

45 J. Héron, *op. cit.*, y *loc. cit.*

46 G. Cornu, «*L'élaboration du code de procédure civile*» (La elaboración del código procesal civil), *op. cit.*, p. 252.

47 Véase supra 1º y G. Cornu, *op. cit.*, pp. 250-255.

El nuevo Código incluye efectivamente definiciones, pero esto sólo tiene «un interés práctico dirigido a aclarar las nociones que sirven diariamente para ofrecer la justicia»⁴⁸. El asunto es particularmente claro cuando se trata de los medios de defensa (defensas en cuanto al fondo, desestimación y excepciones de procedimiento)⁴⁹. Aclarando «el sentido de las instituciones reglamentadas»⁵⁰, estas definiciones permiten reducir, e incluso evitar los contenciosos de interpretación que de esta manera se pueden ahorrar. La observación está justificada, salvo señalando que el nuevo Código procesal civil puede haber omitido algunas definiciones que no tienen esta virtud operativa: al respecto, la definición que se da a la acción en justicia por el artículo 30º es un ejemplo generalmente bastante criticado⁵¹, incluso por los más fervientes admiradores del Código⁵².

En última instancia y de manera paradójica, actualmente, el Código procesal civil recibe el reproche justamente inverso, el de no haber ido lo suficientemente lejos en la concepción doctrinal de sus reglas, frustración de autores con apetito pero cuya hambre, disfrazada de esta manera, sigue en parte insatisfecha.

Insatisfecha a propósito del plan, en primer lugar. Ya en 1976 se lamentaba de que las disposiciones propias al procedimiento de la Magistratura del Trabajo se hubieran dejado en el Código del trabajo, en lugar de ser integradas al nuevo código procesal civil donde figuran sólo a través del «procedimiento insólito que consiste en citarlas en el artículo 879º»⁵³, semejante precaución tampoco se tomó para las dis-

48 G. Cornu, *op. cit.*, p. 252.

49 G. Cornu, *op. cit.*, y *loc. cit.*

50 J. Héron, *Droit judiciaire privé* (Derecho judicial privado), citado anteriormente, Nº 17.

51 Véase not. H. Croze y C. Morel, *Procédure civile* (Procedimiento civil), *Presses universitaires de France*, 1988, pp. 131-132 y Nº 135 p. 140 - L. Cadiet, *Droit judiciaire privé* (Derecho judicial privado), Litec, 3 de. 2000, Nº 782-783.

52 Véase p. Ex. J. Héron, «*Le nouveau Code de procédure civile*» (El nuevo Código procesal civil) citado anteriormente, Nº 15: «estos conceptos no dependen, estrictamente hablando, de la voluntad del legislador, sino de la ciencia del derecho» y que la ley ya no tiene que definir, en procedimiento, la acción que la retroactividad en derecho de los conflictos de leyes en el tiempo o la calificación, en derecho internacional privado.

53 P. Catala y F. Terré, *op. cit.*, pp. 20-21.

posiciones propias a los procedimientos en materia de seguridad social⁵⁴. Veinticinco años después, se lamentan también las reglas de competencia de atribución, recogidas en 1978, por el Código de la organización judicial⁵⁵.

La ausencia de definiciones suplementarias también se deplora: así, a propósito de las pretensiones nuevas en apelación, la noción de pretensión que tiende «a los mismos fines que aquellos sometidos al primer juez»⁵⁶. Y se podría mencionar al respecto tantas otras nociones que, al no estar definidas en el Código -el cual sin embargo las utiliza- suscitan numerosas interpretaciones que no simplifican la aplicación uniforme de la ley.

Al respecto, es ejemplar el análisis de Jacques Héron para quien «las partes menos afortunadas del Código son precisamente aquellas donde su peso doctrinal es más débil»⁵⁷. Así como mencionar el ejemplo pertinente de la ejecución provisional de las sentencias no obstante apelación, presentada como una «reglamentación invertebrada, dado que carece de idea rectora»⁵⁸, lo que autoriza muchas libertades en jurisprudencia, pero también la abundancia de los regímenes especiales como en materia de procedimientos colectivos de insolvencia de las empresas⁵⁹ y de vías de ejecución⁶⁰.

De manera más general, el temor se expresa en el hecho de que el libro III del nuevo Código, el de las Disposiciones particulares a ciertas materias, que deja fuera del Código, numerosos e importantes asuntos como los procedimientos colectivos, el endeudamiento excesivo de los hogares, los alquileres comerciales, la competencia, al ser incompleto no sea el fermento, sino de una decodificación del procedimiento civil, por lo menos de una descomposición del espíritu del Código: en efecto, el riesgo es que reglas especiales, que tienen pretensión de autonomía, se

54 Contenidas en el Código de seguridad social: Véase L. Cadiet, *Droit judiciaire privé* (Derecho judicial privado), citado anteriormente, N° 1869.

55 L. Cadiet, *op. cit.*, N° 57.

56 Art. 565°.

57 J. Héron, «*Le nouveau Code de procédure civile*» (El nuevo Código de procedimientos civil), citado anteriormente, N° 14.

58 *Ibidem*.

59 Ley N° 85-98, 25 de enero 1985, Art. N° 171° y Decreto N° 85-1388, 27 de diciembre de 1985, Art. N° 155°.

60 Decreto N° 92-755, 31 de julio 1992, arts. 30° y 31°.

desarrolle olvidando las reglas del derecho común⁶¹ y que se cree a partir de ese momento, para parafrasear el título de una obra célebre, las condiciones de una revuelta futura del derecho contra el Código.

En otras palabras, son las disposiciones doctrinales del Código las que han resistido mejor el deterioro del tiempo y es como obra de doctrina que el nuevo Código procesal civil se forjará un lugar importante entre las grandes codificaciones. Pero ¿cuál es pues esta doctrina captada por el Código?

II. La doctrina captada por el nuevo Código procesal civil

Bello plan, bello código, según la ecuación del decano Philippe Malaurie⁶², como se podría decir bella madera, bello árbol. A la luz de las metáforas, la botánica seguramente está a la cabeza, si así se puede decir. El nuevo código procesal civil, dotado de una madera tan bella, es un bello árbol cuyas fuertes raíces se hunden en un fértil mantillo doctrinal (A) y cuyas ramas fuertes se despliegan dirigiéndose hacia los cielos doctrinales (B).

A. Las bases doctrinales del nuevo Código procesal civil

El Código procesal civil, no sólo es doctrinal por su forma, su plan y su estilo⁶³. «Bien o mal inspirado» también lo es, e incluso lo es en su esencia, en relación a las «ideas que lo animan»⁶⁴ y que el código consagra. Lo que el decano Gérard Cornu llama «el espíritu del código»⁶⁵, en toda la cadena de sus disposiciones, el nuevo Código está matizado con soluciones que son el fruto de puras posiciones doctrinales (1°). Pero estas doctrinas particulares a la obra en el proceso civil no siempre son recibidas como tales, ampliamente protegidas por los «Principios rectores del proceso» sobre el cual se abre el nuevo Código: es allí, en

61 J. Héron, *op. cit.*, N° 7-11.

62 Véase supra I, A, 1°.

63 Véase supra I.

64 G. Cornu, *op. cit.*, p. 250.

65 G. Cornu, *op. cit.*, pp. 250-255.

efecto, en el cofre de esos veinticuatro primeros artículos, donde se expresa la doctrina de conjunto del proceso civil (2º).

1. Las doctrinas particulares a la obra en el proceso civil

Como Jacques Héron lo sugirió acertadamente, la «fuerza doctrinal» del nuevo Código no se reduce sólo a los únicos principios rectores del proceso. Ésta también tiene que ver con «la multiplicidad de las posiciones doctrinales diseminadas a lo largo de todo el código, que le dan su sentido y que por el valor permanente que le confieren lo protegen de los ataques del tiempo»⁶⁶.

Por ejemplo, es la idea exótica, de la que se deriva la marca de una doctrina que viene del derecho civil, que «el acto de procedimiento no es otra cosa más que una especie de acto jurídico, en la más pura de las definiciones»⁶⁷, arruinando este «acercamiento radical» «la asimilación deductiva y difundida por demasiado tiempo del procedimiento a la forma»⁶⁸. Es el mismo caso de la jurisdicción graciosa, ya que el nuevo Código procesal civil le da el *substratum* procesal necesario a las hipótesis de jurisdicción graciosa que las reformas contemporáneas del derecho civil de las personas y de la familia había hecho florecer en las disposiciones renovadas del código civil. Aquí como allá, el derecho procesal nuevo, según la expresión del decano Cornu, se ha nutrido esencialmente del derecho sustancial renovado a partir de 1964⁶⁹. Se ha civilizado.

Pero esta también es la idea «primitiva» de que la acción es distinta del derecho⁷⁰ o que la apelación no sólo es una vía de reforma que permite volver a juzgar por segunda vez el asunto, entre las mismas

66 J. Héron, «*Le nouveau Code de procédure civile*» (El nuevo Código procesal civil), citado anteriormente, p. 87.

67 «Acto de voluntad destinado a producir efectos de derecho, que se desarrollan aquí en un doble plan, aplicándose, por un lado al desarrollo de la instancia, y por el otro, a la materia del litigio»: G. Cornu, *op. cit.*, p. 243.

68 G. Cornu, *op. cit.*, y *loc. cit.*

69 G. Cornu, *op. cit.*, pp. 242-243.

70 Véase H. Motulsky, «*Le droit subjectif et l'action en justice*» (El derecho subjetivo y la acción en justicia), *Archives de philosophie du droit* (Archivos de filosofía del derecho), 1964, pp. 215 y ss.

partes, por las únicas demandas sometidas a los primeros jueces, sino que también es una vía para alcanzar la solución del litigio, tomando en cuenta cierta evolución del mismo y por tanto, algunas pretensiones nuevas⁷¹.

Se podría proporcionar otras ilustraciones de estas doctrinas particulares, de estas «tendencias»⁷², que, para algunos, no hacen más que expresar, sobre un asunto dado, la concepción de conjunto del proceso civil consagrado por el nuevo Código.

2. La doctrina de conjunto del proceso civil

Esta concepción de conjunto del nuevo Código, está presentada, de entrada, por el primer capítulo, el de los Principios rectores del proceso, «frontón que marca la entrada» y que expresa «la quintaesencia del proceso civil»⁷³. Estos *Principios* ya han hecho que muchos escriban al respecto. El Código todavía estaba en gestación cuando Motulsky ya los analizaba⁷⁴ y, veinticinco años más tarde, el Decano Cornu, «como memorial, para una lectura renovada» según su expresión, les daba la palabra ya que «los principios rectores hablan por sí mismos»⁷⁵. «Su nombre es de origen doctrinal» se ha escrito, «no su sustancia»⁷⁶. Entonces, ¿qué dicen?(a) y ¿de dónde vienen?(b).

a) Lo que dicen los Principios rectores de la instancia no tiene nada que ver, como algunos creyeron a partir del decreto del 9 de setiem-

71 Véase J. Vincent, «*Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile*» (Las dimensiones nuevas de la apelación en materia civil), recopilación Dalloz 1973, pp. 179 y ss.

72 Véase G. Cornu y J. Foyer, *Procédure civile* (Procedimiento civil), *Presses universitaires de France*, 3ra. edición 1996, p. 2.

73 G. Cornu, *op. cit.*, p. 250.

74 H. Motulsky, «*La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès*» (La reforma del Código procesal civil por el decreto del 13 de octubre de 1965 y los principios rectores del proceso), *Semaine Juridique* (Semana jurídica), 1966, I, 1996.

75 G. Cornu, «*Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes [...]*», en *Etudes offertes à Pierre Bellet* (Estudios ofrecidos a Pierre Bellet), Litec, 1991, pp. 83-100.

76 G. Cornu, «*Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes [...]*», citado anteriormente, p. 83.

bre de 1971, con un simple ejercicio de estilo que consiste en «haber reunido y condensado [...] para la formación de los futuros estudiantes de derecho, la satisfacción de los juristas y la felicidad de los puristas, los inmortales principios del procedimiento que resultan ser, más o menos, textos dispersos, de la jurisprudencia y de la sabiduría de las naciones»⁷⁷. Esta ilusión había sido inmediatamente denunciada por Motulsky quien había creído correcto precisar que el objetivo que se buscaba era el de «trazar, en presencia de una doctrina dividida y - sobre todo- de una jurisprudencia dubitativa, y hasta contradictoria, lo esencial de los límites de la labor del juez y de la distribución de las funciones procesales entre éste y las partes»⁷⁸.

Además, esta «carta de distribución de los roles entre el juez y las partes» no es la consagración de un modelo procesal «dirigista»⁷⁹, «predominantemente inquisitivo»⁸⁰, «administrativo y autoritario»⁸¹ de cómo se había llevado el juicio o el temor expresado inmediatamente después de la promulgación del Código⁸². El código es esencialmente una obra de composición, ni acusatoria ni inquisitorial, dado que esas calificaciones no convienen para nada a lo que básicamente es el proceso civil⁸³. Composición puesto que de lo que se trató fue de conciliar los principios liberales de la tradición francesa. Haciendo del proceso el asunto de las partes, y la afirmación de los poderes del juez, a quien le

77 Ph. Bertin, «El decreto del 9 de setiembre de 1971 que involucra reforma parcial del procedimiento civil», *Gazette du Palais*, 16 de noviembre de 1971, N° 3.

78 H. Motulsky, «Prolegómenos para un futuro Código procesal civil: la consagración de los principios rectores del proceso civil por el decreto del 9 de setiembre de 1971», recopilación Dalloz, 1972, Crónica, XVII, N° 6.

79 P. Catala y F. Terré, *op. cit.*, p. 20.

80 R. Perrot, *op. cit.*, p. 33, para el cual «en este equilibrio sutil entre los poderes del juez y los de las partes, no cabe duda que el equilibrio se ha invertido a favor del primero».

81 Temor expresado por J. Vincent y S. Guinchard, *op. cit.*, 20° edic., 1981, N° 11° y 24° edic., 1996, N° 41.

82 De la propia declaración de uno de los redactores del nuevo Código, la única «verdadera punta civil inquisitorial» que residiría en el artículo 222°, al 2, y que autoriza al juez a determinar los hechos pertinentes que se deben probar en la investigación: G. Cornu, «Los principios rectores del proceso civil por ellos mismos...», *op. cit.* p. 87.

83 H. Motulsky, *op. cit.*, N° 2.

corresponde, como carga más que poder, realizar esta misión de interés general que consiste en llevar a la solución más justa posible del litigio que se debe resolver. La justicia es un servicio público⁸⁴ y la imparcialidad no es pasividad⁸⁵. Sin duda, se le han dado importantes prerrogativas al juez, en la conducción de la instancia, para asegurar su adecuado desarrollo, así como en la propia materia del proceso; es decir, poder impartir plazos y ordenar las medidas necesarias, comprendidas entre éstas, a veces, bajo sanción (Art. 3°), capacidad para tomar en consideración en el debate incluso los hechos que las partes no habrían invocado de manera especial para apoyar sus pretensiones (Art. 7°, inciso 2), poder de ordenar la producción de un documento (Art. 11°) y hasta de oficio, toda medida de instrucción legalmente admisible (Art. 10°).

Sin embargo, en primer lugar, esta «exaltación de la labor del juez» como se ha podido calificar⁸⁶, partía casi de cero, cuando el Código no sólo consagró prácticas anteriores: «la novedad sólo es haber reforzado estas reglas en su generalidad»⁸⁷; en segundo lugar, las partes, que conservan el poder de iniciativa, correlativamente se vieron obligadas a reconocer el poder de modificar la extensión de la labor del juez, ya sea limitándola a las calificaciones y puntos de derecho a los cuales éstas intentan limitar el debate (Art. 12° inciso 3) o, por el contrario, aumentándola al conferirle la misión de resolver en calidad de amigable componedor (Art. 12°, inciso 4); en tercer lugar, los poderes del juez están delimitados por la necesidad de respetar el objeto del litigio (Art. 4° y 5°) y, sobre todo, por la necesidad, «en todas las circunstancias», de «observar él mismo el principio de la contradicción»⁸⁸. Estas reglas restablecen el equilibrio. Veinticinco años después, la opinión cada vez mayor, sino unánime, es que los artículos 1° al 13° del nuevo Código definen, en realidad, un auténtico principio de cooperación del juez y de las partes en la elaboración del juicio hacia el cual está naturalmente orientado el procedimiento civil⁸⁹.

84 Véase H. Motulsky, *op. cit.*, N° 2.

85 Informe G. Cornu, «Los principios rectores del proceso civil por sí mismo...», *op. cit.*, p. 91.

86 G. Cornu, «La elaboración del Código procesal civil», *op. cit.*, p. 251.

87 Véase G. Cornu, «Los principios rectores del proceso civil por sí mismos...», citado anteriormente, pp. 90-91.

88 Art. 16°, inciso 1).

89 Véase L. Cadiet, *Droit judiciaire privé* (Derecho judicial privado), *op. cit.*, N° 1100 y ss.

Esta doctrina, al fin y al cabo, no es el fruto de una generación espontánea, decretada para satisfacer no se sabe qué tipo de satisfacción académica. Los principios rectores del proceso y la concepción del proceso civil que éstos traducen vienen de mucho antes.

b. ¿De dónde vienen entonces los Principios rectores del proceso?

La pregunta es doble.

Es la pregunta, inicial, del origen de su propia existencia al inicio del Código procesal civil. La idea de hacer que el Código comience por principios generales no es nueva: ya había sido abordada durante las codificaciones napoleónicas⁹⁰. La propia expresión, «canonizada» por Motulsky en 1966⁹¹, aparece por primera vez, aparentemente, en 1932, bajo la pluma de René Morel⁹². Pero con el proyecto de elaborar un nuevo Código es que el enunciado de los principios rectores toma cuerpo⁹³. La idea está vinculada a la elección de un plan basado, como hemos visto⁹⁴, en el «postulado de que, bajo estas diversas especies, existe un proceso civil tipo, sometido, como tal, a un cuerpo coherente de reglas constantes»⁹⁵.

90 Como sugerencia, del resto, de la Corte de casación: Véase H. Motulsky, *Op. cit.*, N° 7.

91 Según G. Rouhette, «*L'influence en France de la allemande du procès civil et du Code de procédure civile allemand*» (La influencia de la ciencia alemana del proceso civil y del Código procesal civil alemán en Francia) en *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 1991, pp. 159 y ss. N° 20, p. 192.

92 Véase G. Rouhette, *op. cit.* y loc. cit., que se refiere a R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, (Tratado elemental de procedimiento civil) 1932, 2 ed. 1949, N° 424-427, pp. 345-348. Según G. Rouhette, esto sería una «imitación más que verosímil de la doctrina alemana [...] y por una traducción libre de Grundprinzipien (o de *Formative principles*)».

93 G. Cornu, «*Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes...*» (Los principios rectores del proceso civil por sí mismos...), *op. cit.*, p. 86. Es el Decano Cornu quien, «con pluma segura y precisa» (G. Bolard, «*Le nouveau Code de procédure civile français*» (El nuevo Código procesal civil francés), en *Mélanges Joseph Skapski*, Cracovia, 1994, pp. 9-22, más precisamente p. 11), garantizará la redacción. De allí el interés histórico de su artículo, «*Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes...*» (Los principios rectores del proceso civil por sí mismos), anteriormente citado.

94 Véase *supra* 1, A, 1°.

95 G. Cornu, *Op. cit.* y *loc. cit.*

Resulta más delicado responder a la segunda pregunta, respecto al origen de su sustancia. La búsqueda de influencias siempre es un ejercicio difícil puesto que las ideas que son libres, no se dejan «atrapar» tan fácilmente como las truchas o las palomas. Algunas personas que marcan la pauta permiten identificar, aquí, la influencia de la Z.P.O. alemana y de su concepción supuestamente dirigista del proceso civil que, en realidad, sería más austríaca que alemana⁹⁶, de allí, su repercusión en el Tratado de Glasson y Tissier, al que, por otra parte, René Morel⁹⁷ se acercará. La búsqueda de influencias es una empresa aún más temeraria cuando se trata de identificar las ideas que corresponden a los autores y de lograr la consagración de las mismas en la letra de la ley. Ciertamente podemos observar en los cinco primeros artículos del código la manifestación del principio de impulsión y del principio dispositivo «tal como mencionaba ya Vizioz con la doctrina italiana»⁹⁸. Todavía resulta posible afirmar, como lo hace M. Bolard, que «la tesis de Henri Motulsky, titulada Principios de una realización metódica del derecho privado, constituye el origen primigenio del nuevo código procesal civil»⁹⁹.

Sin embargo, para lo demás, es necesario hacer algunas precisiones.

Precisiones, en primer lugar, desde el punto de vista general. Los redactores del nuevo Código siempre subrayaron que, «para la mayoría, los principios son fruto de la costumbre donde conservan su enunciado en forma de adagio»¹⁰⁰. El proceso es el asunto de las partes; *da mihi factum, dabo tibi; jura novit curia...* Nada se crea, nada se pierde,

96 Véase G. Rouhette, *Op. cit.*, N° 19 y ss., que subrayan el carácter aleatorio de la influencia del modelo científico alemán y señala que, en particular, el mismo Henry Motulsky, a pesar de su historia personal, utilizaba la doctrina alemana «*con muchísima discreción*».

97 Véase G. Rouhette, *Op. cit.*, N° 20, pp. 190-192.

98 G. Cornu, «L'élaboration du code de procédure civile» (La elaboración del código de procedimiento civil), citado anteriormente, p. 250 y G. Rouhette, *Op. cit.*, N° 20, p. 193.

99 G. Bolard. *Op. cit.*, p. 11.

100 G. Cornu, «Los principios rectores del proceso civil por sí mismos [...]», citado anteriormente, pp. 86-89, II, A, así como «La elaboración del código procesal civil», citado anteriormente, p. 251: provienen «*de la tradición, donde ya se decían a modo de adagios latinos, y que ofrecían a la reflexión doctrinal la rica sustancia de un dato habitual*».

todo se transforma. Sobre este «aporte costumbrista» es que la doctrina ha trabajado principalmente para liberar así «todo el potencial» «inspirándose en las exigencias de una justicia mejor»¹⁰¹. *Pars translatitia* y *pars nova*, íntimamente ligados¹⁰². De manera ingeniosa, Motulsky pretendía incluso que «la reforma del proceso civil se había iniciado antes de la promulgación del Código procesal civil de 1806»¹⁰³. En efecto, cada uno sabe muy bien, según Portalis, que «los códigos de los pueblos se hacen con el tiempo; pero realmente, uno no los hace»¹⁰⁴.

En cuanto a los detalles de las disposiciones, también sería necesario distinguir y, de manera particular, en relación al asunto todavía hoy en día controvertido de la simple facultad o de la imperiosa obligación, para un juez, de destacar de oficio los medios de derecho: ¿acaso el juez puede o debe plantear de oficio los de esta naturaleza?¹⁰⁵. En su versión original, el Código había hecho una buena elección, entonces, no entre dos concepciones doctrinarias de la labor del juez, una pasiva y la otra activa, sino entre dos versiones absoluta y relativa, de la misma concepción doctrinal de la labor del juez, aquella de un juez activo y que se aprueba o no, esta elección era la de la simple facultad, lo que Motulsky, en sus *Prolegómenos* [...], había reconocido lamentándolo. El tiempo hará su parte y los historiadores del derecho procesal la suya. Finalmente, sin buscar la paternidad, contentémonos con observar la posterioridad de los principios rectores a través de la influencia positiva doctrinal del nuevo Código procesal civil.

101 G. Cornu, *Op. cit.*, y *loc. cit.* – Véase también G. Cornu y J. Foyer, *Op. cit.*, p.19.

102 G. Cornu y J. Foyer, *Op. cit.*, N° 5, p. 15.

103 H. Motulsky, «Prolegómenos para un futuro código procesal civil [...]», citado anteriormente, N° 1 y nota 2.

104 J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* (Discurso preliminar sobre el proyecto del Código civil), presentado el 1er. año.

105 Comparar. H. Motulsky, «Prolegómenos para un futuro código procesal civil [...]», citado anteriormente, espec. N° 45-46, que veían en esto una obligación, y G. Cornu, «Los principios rectores del proceso civil por sí mismo [...]», citado anteriormente, pp. 89-90: que veían en esto una facultad, «un perfeccionamiento absolutista que no debía hacer del capítulo preliminar el lugar del derecho inflexible».

B. La proyección doctrinal del nuevo Código procesal civil

Es indiscutible que el nuevo Código procesal civil ha marcado y sigue marcando época. A esta proyección se puede atribuir el desarrollo considerable, a partir del nuevo Código, de obras generales de procedimiento civil, manuales y cursos¹⁰⁶, así como revistas dedicadas especialmente al proceso como por ejemplo, *Procedures* (Procedimientos)¹⁰⁷. Pero si el hecho ya está dado, ¿cómo medir la proyección doctrinal del nuevo Código procesal civil? La tarea no es fácil, al menos por dos razones. En primer lugar se puede pensar, como Rouhette, que «el asunto de la influencia de un Código de procedimiento parece en vías de extinción, debido al desarrollo de las fuentes supra legislativas del derecho procesal: Constitución y Convención europea de los derechos del hombre»¹⁰⁸, al que se puede igualmente añadir el derecho comunitario, convencional y derivado¹⁰⁹. Además, esta proyección se muestra rara vez como tal en la esfera de la teoría pura del derecho procesal. Se

106 La observación la hizo G. Bolard, *Op. cit.*, p. 11, nota 7: aparte del *Tratado de derecho judicial privado* de Henry Solus y de Roger Perrot, cuya edición, iniciada en 1961 en Sirey, todavía no tenía un tomo relativo al procedimiento (aparecerá después, con el tomo III, en 1991) y el curso de *Derecho judicial privado*, impartido en la Universidad de París II, por Roger Perrot y publicado por *Los cursos de derecho*, no había prácticamente nada, según el orden establecido de las evoluciones recientes, que el compendio de *Procedimiento civil* publicado en Dalloz por Jean Vincent, reunido en 1981 Serge Guinchard, y el manual de *Procedimiento civil y vías de ejecución* de Pierre Catala y Francois Terré que, paradójicamente, no tendrá nuevas ediciones después de la segunda aparecida en 1976. Las otras obras vendrán con el nuevo Código: G. Couchez, *Procedimiento civil*, Sirey, 1981; H. Croze y C. Morel, *Procedimiento civil*, Presses universitaires de France, 1988; J. Héron, *Derecho judicial privado*, Montchrestien, 1991; L. Cadiet, *Derecho judicial privado*, Montchrestien, 1991; L. Cadiet, *Derecho judicial privado*, Litec, 1992.

107 Revista mensual de las *Éditions du Juris-classeur*, creada en 1996 y dirigida por R. Perrot y H. Croze.

108 G. Rouhette, *Op. cit.*, N° 25.

109 Véase H. Muir-Watt, Enciclopedia jurídica Dalloz, Rep. Proc. Civ., V° «*Droit international et procédure civile*» (Derecho internacional y procedimiento civil. J. Normand, «*Le rapprochement des procédures civiles dans l'Union européenne*» (El acercamiento de los procedimientos civiles en la Unión europea) en *Cour de cassation* (Corte de casación), El nuevo Código de procedimiento civil: veinte años después, La documentación francesa, 1998, pp. 265-283.

manifiesta, por lo general, de manera difusa, en el terreno del derecho positivo en sí. Cuando un Código es tan doctrinal como el nuevo Código procesal civil, el modelo legislativo y el modelo científico están necesariamente ligados. Hechas estas salvedades, la proyección doctrinal del nuevo Código procesal civil puede buscarse en dos direcciones, la del procedimiento civil (1º), y la de los otros procedimientos (2º).

1º) En el procedimiento civil

La apreciación de la proyección del Código lleva primero a interrogarse, en el terreno mismo del procedimiento civil, sobre el devenir de las soluciones consagradas por éste. Aun cuando éstas no serían siempre innovaciones del Código, por lo menos éste, en el régimen que él les ha reservado, había optado por favorecer el desarrollo. Entonces, se debe sopesar: sopesar su *éxito*, como el procedimiento de recurso de urgencia, la ejecución provisional de los juicios que una reciente relación proponía incluso generalizar al conjunto de juicios de primera instancia¹¹⁰, el mandamiento de pagar que la misma relación proponía hacer extensivo al tribunal de primera instancia¹¹¹; sopesar su *fracaso* como la demanda conjunta y la amigable composición judicial; sopesar su resurrección, deseada a falta de ser siempre probada, como la conciliación cuyo último avatar, la mediación, tienen ya un lugar en el rango de las disposiciones comunes a todas las jurisdicciones¹¹²; sopesar su *pobre aplicación*, como el procedimiento con fecha determinada, la investigación, la consulta (con excepción del alza súbita de los precios, propiamente excepcional, del *amicus curiae*¹¹³ y así podríamos seguir con la relación. Algunas disposiciones del nuevo Código parecen incluso nunca haber sido objeto de una sola aplicación: con el refuerzo sin embargo útil de la informática documental, sucede que las ediciones comerciales del Código sean todavía vírgenes, bajo más de un artículo, de toda referencia de jurisprudencia.

110 J.-M. Coulon, *Réflexions et proposition sur la procédure civiles* (Reflexiones y propuestas sobre el procedimiento civil), La documentación francesa, 1997, pp. 108-109.

111 J.-M. Coulon, *Op. cit.*, pp. 67-68.

112 Véase nuevo C. proc. Cir., Art. 131-1 a 131-15, que compone un Título VI bis, *La mediación, que sigue al Título VI, La conciliación*.

113 Véase G. Cornu, «la elaboración del código procesal civil» *op. cit.*, pp. 254-255.

Baste hacer aquí dos observaciones más generales.

La primera observación es que sobre todo a propósito de la labor del juez y del procedimiento del arreglo de los asuntos que la propia concepción del proceso civil está en el centro de los debates actuales y del sueño, a menudo acariciado, de «otro proceso posible», dejado íntegramente en manos de las partes¹¹⁴. Esta impugnación recurrente es, a su manera, un índice de la proyección doctrinal del Código y es importante, al respecto, que la relación sobre el procedimiento civil remitido al ministro de Justicia, por Jean-Marie Coulon se haya presentado como una empresa de consolidación de la doctrina del nuevo Código de procedimiento civil cuando «la crisis probada de la justicia civil [...] amenaza las propias bases del nuevo Código procesal civil»¹¹⁵.

La segunda observación es que la síntesis realizada por los principios rectores del proceso no estaba concebida para expresar «un derecho procesal que, a un grado superior de generalidad, llega a la teoría del proceso, cualquiera que sea el modo (civil, penal, administrativo o arbitral)»¹¹⁶. Cada uno ve en esto, por lo menos, un «derecho común procesal para el derecho privado»¹¹⁷ y no sólo por los litigios presentados ante las jurisdicciones estatales. Ya que es de orden público, el núcleo sólido de los principios rectores, *primi inter pares*, se impone también el arbitraje¹¹⁸ y el florecimiento de los modos alternativos de reglamento de los conflictos (y los MARC, versión francesa de los ADR) suscita actualmente la investigación de los «principios rectores» del reglamento amigable de los litigios¹¹⁹. Los principios rectores del proce-

114 Véase R. Martin, «*Un autre procès possible ou ¿est-il interdit de rêver?*» (¿Otro proceso posible en el que está prohibido soñar?), Revista trimestral de derecho civil, 1994, pp. 557 y ss.

115 J.-M. Coulon, *Op. cit.*, p. 14.

116 G. Cornu, «Los principios rectores del proceso civil por sí mismos [...]», *op. cit.*, pp. 84-85.

117 J. Vincent y S. Guinchard, *Op. cit.*, 24 edición 1996, N° 36.

118 Véase Art. 1460°, inciso 2, que remite a los principios enunciados en los artículos 4° al 10°, 11° (inciso 1) y 13° al 21°: aquellos que «abordando la esencia de la acción de juzgar, se refieren a todo juez» (G. Cornu, *op. cit.*, p. 84, nota 7).

119 A veces diferentes, para los principios accesorios, como el secreto en el lugar de la publicidad; a veces comunes, para los principios esenciales, como el respeto de la contradicción.

so no hablan solamente de sí mismos; también se imponen por sí mismos y, a través de «fondos de referencia»¹²⁰, el inicio final de la proyección del nuevo Código procesal civil es justamente proporcionado por la observación de su influencia espontánea incluso más allá del mismo proceso civil.

2º) En los otros procedimientos

La influencia es particularmente clara en el Procedimiento penal que siempre, de reforma en contra reforma, busca un código moderno. Pero la Constitución francesa de 1958, desde este punto de vista, no es para él tan favorable como para el procedimiento civil en la medida en que el procedimiento penal es de competencia del Parlamento mientras que el procedimiento civil emana del poder reglamentario del Gobierno. Es importante destacar, en todo caso, que el concepto de principio rector del proceso ha conquistado el corazón de muchos penalistas y que uno de los grandes proyectos de reforma de la institución penal ha hecho de los principios rectores del proceso penal el núcleo sólido de las propuestas de reforma¹²¹. Con el concurso del derecho al proceso equitativo, los principios rectores se internacionalizan allí incluso al conjunto de los procedimientos penales de Europa¹²². En tal caso, sin embargo que la empresa es menos fácil que en el procedimiento civil, existe la misma preocupación de composición, la misma búsqueda de equilibrio entre una concepción acusatoria y una concepción inquisitiva y, como en el nuevo Código procesal civil, el refuerzo de lo contradictorio es el instrumento principal de la reforma prevista. Estos diferentes proyectos por lo demás acaban de terminar, en gran parte, porque una ley muy reciente del 15 de junio del año 2000 acaba de introducir

120 G. Cornu, *op. cit.*, p. 85.

121 Véase M. Delmas-Marty (dir), *La mise en état des affaires pénales* (El arreglo de los asuntos penales), La documentación francesa, 1991: la Comisión de justicia penal y derechos del hombre ya había sacado, de la Constitución francesa y de la Convención europea de los derechos del hombre, diez principios fundamentales para inscribirlos en el encabezado del código de procedimiento penal.

122 Véase M. Delmas-Marty (dir), *Procedimientos penales de Europa*, *Presses universitaires de France*, 1995.

al inicio del Código procesal penal un nuevo artículo preliminar que expone los principios rectores del proceso penal¹²³.

¿Cómo podía el *procedimiento administrativo*, en estas condiciones, escapar a esta influencia? Esto no se podía prever. Los principios del derecho al proceso equitativo consagrados por las convenciones internacionales se aplican también a lo contencioso administrativo. La codificación reciente del procedimiento administrativo por una ordenanza del 4 de mayo del año 2000 fue pues el motivo para inaugurar el novísimo Código de la justicia administrativo de un título preliminar que se compone de once artículos que contienen los principios rectores del proceso administrativo¹²⁴.

Aunque la sustancia de estos nuevos principios rectores no es necesariamente la misma más que en materia civil, es una suerte de regalo de cumpleaños que el procedimiento penal y el procedimiento administrativo ofrecen de esta manera al procedimiento civil veinticinco años después.

123 L. N° 2000-516 del 15 de junio del año 2000 que refuerza la protección de la presunción de inocencia y los derechos de las víctimas, Diario oficial 16 de junio del año 2000, pp. 9038 y ss.

124 Ord. N° 2000-387 del 4 de mayo del año 2000, Diario oficial, 7 de mayo del 2000, pp. 6903 y ss. incluidos los anexos.

Modelli Europei per un Processo Civile Uniforme*

Giuseppe Tarzia

1.- Parlare di modelli europei - e cioè elaborati in Europa a livello sopranazionale - per un processo civile uniforme richiama immediatamente il pensiero al progetto elaborato tra il 1990 e il 1993 - dopo uno studio preliminare iniziato nel 1988 - da un gruppo di esperti (uno per ciascuno dei dodici Paesi allora facenti parte della Comunità Europea) presieduto dal Prof. Marcel Storme.

Altrettanto immediata è la tentazione di un raffronto col *Codigo procesal civil modelo para Iberoamerica*¹; ed il raffronto sembra essere reso ancor più necessario dagli equivoci, nei quali la dottrina internazionale - la non numerosa dottrina, che si è occupata di quello che d'ora in poi chiamerò il progetto Storme - è incorsa nel valutare le finalità, prima ancora che il contenuto di quell'opera.

L'iniziativa infatti si era ufficializzata in contratti con la Commissione², che hanno avuto per oggetto, prima, «*uno studio destinato a valutare l'utilità e la realizzabilità*» e, poi, l'elaborazione di proposte per «*l'approssimazione (non l'unificazione) di quegli aspetti del diritto processuale dei dodici Stati*

* Estratto da: Rivista di Diritto Processuale Anno LIV (Seconda serie) - (1999) - N.4

1 Cfr. El codigo procesal civil modelo para Iberoamerica, Texto del Anteproyecto, segunda edición, FCU, Montevideo 1997 e sulle sue fortune Barbosa Moreira, Le codemodèle de procédure civile pour l'Amérique Latine de l'Institute Ibero-Américain de Droit Processuel, in ZZP Int. 3 (1998), p. 437 ss.

2 Richiamo il mio scritto *L'Europa del 1993 e il processo civile*, nei *Rendiconti dell'Istituto Lombardo Accademia di Scienze e Lettere*, vol. 124 (1990), p. 79 ss., a p. 83 ss., dal quale sono tratte le frasi riportate nel testo.

membri della Comunità europea che influiscono direttamente sull'istituzione e il funzionamento del Mercato interno nell'ambito della procedura civile». A questo fine il Gruppo di studio doveva anche stabilire «le priorità da rispettare ... nel contesto del completamento del Mercato interno ... per eliminare le divergenze processuali più importanti e più serie che esistono nei vari settori nei diritti nazionali».

Era chiaro già allora che il mandato, e il conseguente proposito del gruppo di esperti, non era quello di redigere «un codice di procedura civile vero e proprio, un codice completo, magari destinato a sostituire i codici nazionali»: un'opera, questa, che era considerata anche «fuori dalla realtà». E si avvertiva che «quando si parla, per semplicità, di codice europeo, si vuole indicare la linea di tendenza, la direzione di marcia. Il progetto ... è dunque quello di elaborare un *corpus* di regole comuni, che dovranno investire non tutte, ma soltanto quelle materie, per le quali il ravvicinamento e l'armonizzazione delle legislazioni processuali civili nazionali possano apparire necessari ai fini dell'istituzione e del buon funzionamento del Mercato unico».

La necessità di distinguersi dal *Codice modello*, ben noto alla Commissione, era dettata dunque anche dalla impossibilità di predisporre per l'Europa «un Codice tendenzialmente completo, destinato a fornire il modello, appunto, per l'adozione di Codici uniformi»: un disegno - si osservava - che «non solo desterebbe resistenze di ogni genere nell'Europa dei 12 - ove ogni Paese porta seco i frutti di una lunga ed autonoma tradizione giuridica - ma andrebbe al di là dei fini»: i fini, appunto, dettati dall'Atto Unico Europeo del 17 febbraio 1986, circa l'instaurazione del Mercato unico, ossia di «uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali».

2. - Ho parlato di equivoci, dei quali il gruppo di esperti non si sente responsabile. Già nella presentazione di Storme al volume che raccoglie il progetto³ si faceva presente infatti il carattere convenzio-

3 *Rapprochement du Droit Judiciaire dans l'Union Européenne*, M. Storme. éd, Kluwer, 1997. Sui contributi illustrativi dei giuristi membri del gruppo v. i richiami contenuti nel mio scritto *Prospettive di armonizzazione della norme sull'esecuzione forzata nella Comunità economica europea*, in *Riv. dir. Proc.* 1994. p. 207 nota 3; adde Storme, *L'unification de la procédure civile en Union Européenne: une chance et un*

nale della denominazione «*Commissione Codice giudiziario europeo*», data la ben diversa destinazione dello studio, che ho richiamato e che, come è stato da altri notato, doveva costituire semplicemente una bozza per ogni ulteriore approfondimento. Ed infatti esso è redatto in forma di *progetto di Direttiva*, intitolato al ravvicinamento, o all'approssimazione del diritto giudiziario (processuale) nell'Unione Europea.

Nonostante ciò, le puntigliose critiche, che sono pervenute da alcuni studiosi estranei al gruppo di lavoro, hanno avuto per oggetto «*la costruzione di un diritto processuale europeo unificato*»⁴ o le «*proposte della Commissione per un codice del processo civile europeo*»⁵.

Non si tratta di una semplice rettifica nominalistica.

L'indagine e il lavoro propositivo del gruppo di esperti sono stati infatti «mirati» a prendere in considerazione soltanto quegli istituti, rispetto ai quali la divergenza delle normative nazionali e le lacune di alcune di esse erano in grado di generare - come è stato in quella sede ampiamente spiegato - una disparità nella tutela giurisdizionale nei Paesi della Comunità, atta ad influire sul gioco della concorrenza, alterando le regole di un Mercato unico. Questo indirizzo, e questa limitazione, erano del resto coerenti alla fonte che legittimava il lavoro (nel pensiero, allora, della Commissione europea): l'art. 100 A del trattato CEE, come modificato dall'art. 18 dell'Atto Unico, che abilitava il Consiglio dei Ministri della Comunità, a maggioranza qualificata, ad «*adottare le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del Mercato interno*», privilegiando il ricorso allo strumento della direttiva «*se l'armonizzazione comporta in uno o più Stati membri una modifica di disposizioni legislative*».

défit, in *Symbolae Vitoldo Broniewicz dedicatae*, Lodz 1998, p. 397 ss. e, per un organico esame di questi e di altri interventi che menzionerò in seguito. Normand, *Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et les droits de la défense*, in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Parigi 1996, p. 337 ss. e *Il ravvicinamento delle procedure civili nell'Unione europea*, in *Riv. Dir. Proc.* 1998, p. 682 ss.

4 Così Lindblom, *Harmony of the legal spheres*, in *European Review of Private Law* 1997.

5 Così le relazioni alla *Tagung* dei giuristi tedeschi sul progetto, pubblicate in *ZZP* 1996, p. 271 ss.

3.- Opere di dottrina, dunque, sia il *Codigo modelo* che il progetto Storme; ma opere ispirate a ben diverse finalità, e quindi non comparabili, né sul piano funzionale né su quello strutturale, né, tanto meno, sul piano ideologico. È certo che il *Codigo modelo* esprime anzitutto la fiducia nella codificazione, tanto più apprezzabile in quella che è stata realisticamente definita «l'età della decodificazione»⁶. Ma sarebbe arbitrario attribuire agli estensori del progetto Storme un'ideologia opposta. Se si tengono presenti i limiti, che giustificavano il lavoro del gruppo di esperti europeo, si comprende invece l'approccio non sistematico ai temi della disciplina processuale. Non sí è preteso di regolare compiutamente neppure tutti gli istituti presi in considerazione, ma soltanto gli aspetti che ne apparivano più rilevanti ai fini della armonizzazione - non dell'unificazione - dei diritti processuali europei: distinzione, sulla quale, specialmente dopo il recente congresso di Vienna dell'Associazione internazionale di diritto processuale, sarebbe inutile soffermarsi. Altrettanto inutile è segnalare che il lavoro di stesura degli articoli, dei *consideranda* e dei commentari è stato preceduto da un'ampia discussione sulla scelta degli istituti, o dei loro particolari aspetti, da prendere in esame ai fini della proposta di Direttiva.

Non cercherò di riassumere qui le ragioni - esposte in quel documento - che hanno determinato la scelta di ciascuno dei temi raccolti nei 14 capitoli del progetto di Direttiva: la conciliazione; l'inizio della procedura; l'oggetto della lite; la prova, nei suoi aspetti della scoperta dei documenti (*discovery*), della testimonianza, della riproduzione tecnologica; la desistenza; la contumacia; le spese di giustizia; le misure provvisorie; l'ingiunzione di pagamento; l'esecuzione forzata; *l'astreinte*; e ancora il computo dei termini, il regime delle nullità e alcune regole relative alla ricsuazione dei giudici e ai mezzi di impugnazione.

Vorrei invece riprendere dal mio scritto del 1990⁷, e completare con qualche richiamo al progetto, la giustificazione, a titolo di esempio, di alcuni soltanto di questi interventi.

4.- Si pensi, anzitutto, all'inizio del processo: alla regola che determina il momento, nel quale il processo si considera iniziato, e quindi non

6 Il riferimento obbligato è al fondamentale contributo di Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè 1979.

7 *Op. cit.*, p. 87 ss.

può essere riproposto, neanche dinanzi ad un giudice di un altro Paese della Comunità. È un problema che la Convenzione di Bruxelles si è posto, stabilendo, nel suo testo originario, che il giudice investito posteriormente della causa deve spogliarsene in favore del primo (art. 21). Ma la Convenzione non stabilisce quale è il momento in cui il giudice è investito della causa e quindi come si determina qual è il primo e quale il secondo processo; essa rinvia alle legislazioni nazionali, che presentano le soluzioni più svariate. In alcuni Paesi, come in Italia, è necessario, almeno nel processo ordinario, notificare la domanda alla controparte perché la lite sia pendente; in altri la notificazione non è sufficiente, perché la causa deve essere iscritta a ruolo ad iniziativa della parte più diligente. In altri Paesi ancora (o, in altri casi, nello stesso Paese), nei quali prima si deposita il ricorso nella cancelleria del giudice e poi si notifica il ricorso e il decreto di fissazione d'udienza alla controparte, è il momento del deposito quello determinante. Insomma la Convenzione richiama una nozione che ha i significati più vari; e questo può rendere vana la regola e consentire che giudici diversi, applicando il diritto del proprio Stato e definire la pendenza del processo, finiscano per lasciare svolgere contemporaneamente più processi sulla medesima causa. Del resto, la nozione stessa di identità di causa, e quindi di litispendenza, ha assunto notoriamente, nella giurisprudenza Corte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, un significato diverso e più ampio di quello della litispendenza interna⁸. Questo appariva un altro motivo per un intervento chiarificatore ed armonizzatore, quale si è tentato di fare con l'art. 2.2.2 del progetto. Si è proposto, fondamentalmente, che la litispendenza nasca, nelle procedure che iniziano con domanda presentata in cancelleria, da questo deposito e, nelle procedure avviate con citazione, dalla notificazione di quest'ultima: salva la caducazione, con effetto retroattivo, della litispendenza stessa, nel primo caso se la domanda non è notificata al convenuto entro tre mesi dal deposito e, nel secondo caso, se l'iscrizione a ruolo non è compiuta nel termine previsto dalla legge nazionale (che deve dunque prevederlo, restando esclusa una pendenza del processo, in stato di quiescenza, a tempo indefinito).

5.- Si è considerato poi che la domanda produce sempre degli effetti sul diritto fatto valere: per esempio, ne impedisce l'estinzione per

8 V. *infra* nota 19.

prescrizione. Quale sia però il momento, nel quale la domanda interrompe la prescrizione del diritto e magari anche la sospende o comunque la rende inoperante per tutto il corso della causa (cfr. artt. 2943 e 2945 c.c. it.), è un problema lontano dal ricevere una soluzione uniforme. In alcuni Paesi è il momento nel quale la domanda è notificata all'avversario; in altri quello in cui la domanda è depositata presso il cancelliere del giudice competente. La conseguenza del permanere di questa disparità comporta che, a seconda dell'Autorità giudiziaria investita (supponiamo che vi sia una pluralità di competenze, di modo che la causa possa essere promossa a Milano o a Londra) il diritto fatto valere continua a prescriversi oppure viene salvato. Ciò contrasta palesemente con quell'esigenza di certezza e di uniformità nel trattamento dei rapporti giuridici, che è alla base di un Mercato unico. Ad eliminare queste incongruenze era diretto l'art. 2.2.1 del progetto, che ricollegava l'effetto interruttivo al deposito della domanda o, rispettivamente, alla notifica della citazione, nei due casi già presi in esame (salva la caducazione retroattiva in caso di inattività), ed inoltre alla richiesta o citazione per una misura cautelare o provvisoria, alla richiesta di ingiunzione di pagamento, alla citazione per la conciliazione, quando è prevista dalla legge.

6.- Un altro settore, che appariva meritevole di essere «armonizzato», è quello delle misure provvisorie e cautelari e soprattutto, per il loro sviluppo enorme, dei provvedimenti d'urgenza. Anche qui le differenze tra le legislazioni europee sono profonde. In Italia, come sappiamo, per ottenere il provvedimento d'urgenza (art. 700 c.p.c.) occorre dimostrare il pericolo di un danno imminente e irreparabile e il provvedimento deve assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione di merito: occorrendo, magari anche anticiparli. In Spagna non esisteva, fino al 1984, una misura simile ed è stata allora istituita, ma con molta prudenza, richiedendo un principio di prova scritta del diritto fatto valere. In altri Paesi esistono misure provvisorie che non sono subordinate a questi presupposti e tuttavia differiscono profondamente dai provvedimenti d'urgenza italiani, perché, pur avendo, come essi, un contenuto determinato dal giudice a sua discrezione, sono completamente svincolati dal giudizio di merito, che è puramente eventuale. Mi riferisco naturalmente al sistema franco-belga del *référé*.

Il problema europeo era dunque quello, se si dovesse fissare un nucleo di regole uniformi per questi provvedimenti. Il gruppo di esperti ha

proposto, all'art. 10, una disciplina uniforme delle funzioni di questi provvedimenti, dei loro presupposti, della garanzia del contraddittorio, della competenza, dei mezzi di impugnazione, dei loro effetti, della efficacia e della revocabilità o caducità del provvedimento: una disciplina *minima* uniforme, salva, come sempre, la specificità ulteriore dei diritti nazionali.

7.- Potrei continuare nell'elencazione e dovrei farlo - se ovvie esigenze di brevità non lo impedissero - almeno per le regole sull'*astreinte* (art. 13) - istituto ancora estraneo, ad esempio, al diritto italiano - per quelle sull'ingiunzione di pagamento (tema sul quale ritornerò tra poco) e per quelle relative all'esecuzione forzata, che miravano allora a porre un *minimum* di disciplina comune: sia per il momento, nel quale la sentenza diviene esecutiva, sia per le opposizioni all'esecuzione, sia per l'obbligo del debitore di dichiarare gli elementi del suo patrimonio e per il potere degli agenti dell'esecuzione di richiedere a terzi le informazioni relative, sia ancora per agevolare la vendita o cessione forzata dei nuovi beni immateriali (art. 12)⁹.

8.- È noto che il progetto Storme non ha avuto seguito a livello comunitario, per un mutato atteggiamento della Commissione: dovuto, a quel che pare, non tanto ad una valutazione del merito (che avrebbe dovuto condurre semmai ad una sua rielaborazione, ma non al uso accantonamento) quanto al principio di *sussidiarietà* introdotto dal Trattato di Maastricht e alle sue applicazioni, in senso restrittivo, nella formazione della normativa comunitaria.

Eppure credo che, a distanza di oltre sei anni dalla presentazione del progetto (avvenuta nel febbraio 1993), il lavoro svolto possa non apparire vano.

Non è venuto meno, anzitutto, l'interesse per il rapido recupero dei crediti commerciali: un interesse che sollecita interventi a livello convenzionale o comunitario, del quale, come ho già accennato, il progetto Storme si è dato carico.

9.- Il quadro delle possibili soluzioni si è qui però allargato con una iniziativa «privata», o meglio corporativa, per un nuovo modello: quello,

9 Sulle prospettive di armonizzazione, in particolare, delle norme dell'esecuzione forzata e sui suoi limiti, dovrei richiamare le mie *Prospettive di armonizzazione* cit. in *Riv. Dir. proc.* 1994 p. 205 ss. e in *Justicia* 1993, p. 805 ss.

cioè, del *titolo esecutivo europeo* (presentato sotto l'accattivante sigla T.E.E.), elaborato dall'*Union Internationale des Huissiers de Justice* e discusso prima, nelle sue linee generali, in un Colloquio a Parigi del giugno 1993 su *Les professionnels du droit au sein du nouvel espace judiciaire européen*¹⁰; poi (sulla base di Riflessioni introduttive e di un questionario predisposti dal Prof. de Leval), in un convegno tenutosi a Parigi il 20 ottobre 1995, con la presentazione di relazioni e la partecipazione di studiosi per l'Austria, il Belgio, la Grecia, la Francia, la Germania, l'Olanda, la Spagna, la Svezia e l'Italia: ura larga, anche se non completa rappresentanza dei Paesi ora aderenti all'Unione Europea. In questa occasione l'*Union Internationale* ha presentato anche un documento sul Titolo Esecutivo Europeo. Il tema è stato ripreso dall'*Union* in un Colloquio svoltosi a Parigi il 15 e il 16 ottobre 1998¹¹.

Ricordo brevemente le tappe della «procedura stragiudiziale» descritta nella prima stesura di quel documento, che sembra sviluppare le linee esposte in un progetto di legge presentato al Senato belga nel 1988. La procedura inizierebbe con una messa in mora, col richiamo della causa del debito e l'indicazione dell'ammontare delle somme reclamate, e con la contestuale domanda di pagamento, notificate dall'ufficiale giudiziario. Si delineerebbe poi un'alternativa: la contestazione nel termine assegnato trarrebbe seco la necessità della procedura davanti al giudice, competente per il merito, del domicilio del debitore; in mancanza di contestazione il creditore potrebbe rivolgersi al giudice competente per l'emanazione del T.E.E.

Non posso nascondere le mie perplessità di fronte a questo modello. Vi è, anzitutto, un problema di rispetto dell'organizzazione delle professioni giudiziarie, come della forma del loro intervento nelle procedure di recupero dei crediti, che è, attualmente, assai differente nei Paesi dell'Unione Europea. Anche limitandosi a considerare l'ingiunzione di pagamento, è agevole constatare che le «competenze» che sono attribuite agli *huissiers de justice*, o ai *Rechtspfleger*, o forse anche ai cancellieri in alcuni Paesi, non sono attribuite ai loro colleghi

10 Ricordo, per l'Italia, la relazione di Capponi, Una prospettiva di armonizzazione: il titolo esecutivo europeo, in Documenti giustizia 1993, p. 1389 ss.

11 Dal titolo *L'Europe judiciaire: Quelle procédure accélérée de recouvrement des créances pour favoriser une efficacité accrue des mesures d'exécution?* Gli atti di questo convegno, come di quello del 1995, sono, salvo errore, inediti.

(dove essi esistono) in altri. D'altro lato, il ruolo degli avvocati, che appare escluso o minoritario, in questa procedura, in alcuni Paesi, è assai rilevante in altri.

Il rischio di «conflitti di competenza» tra diversi professionisti nel medesimo Paese dovrebbe accuratamente essere evitato, pur nella finalità, da perseguire, dell'alleggerimento dei compiti del giudice e dello sviluppo della delegazione delle funzioni giudiziarie minori nell'ambito della giurisdizione.

D'altronde, la formazione del *titolo esecutivo europeo* può essere perseguita più facilmente per la via di una procedura semplice e poco onerosa, formata su modelli ben conosciuti, quale sarebbe la procedura europea per l'ingiunzione di pagamento, di cui dirò, piuttosto che attraverso una procedura stragiudiziale, fondata sull'idea della provocazione del debitore a contraddire ma al di fuori di ogni investitura del giudice.

L'intervento dell'autorità giudiziaria, senza alcun avvertimento preventivo al debitore, permetterebbe infatti di giungere più rapidamente alla formazione del titolo e più efficacemente alla sua realizzazione con le procedure esecutive. Soprattutto essa vincerebbe più facilmente le resistenze nazionali verso i caratteri essenziali del nuovo titolo esecutivo: la sua validità ed efficacia (ottativamente, senza necessità di *exequatur*) in tutti i Paesi dell'Unione Europea.

10.- In questa situazione continuo a ritenere opportuna (come ha ritenuto il Progetto Storme) l'introduzione di una procedura d'ingiunzione uniforme, valida in tutti i Paesi, a lato delle particolari procedure nazionali: che pure hanno avuto l'avallo della giurisprudenza comunitaria¹².

Ed infatti le profonde differenze esistenti al riguardo fra i Paesi dell'Unione raccomandano l'istituzione di una procedura uniforme,

12 Mi riferisco al riconoscimento del valore comunitario dello *Zahlungsbefehl* tedesco e del decreto ingiuntivo italiano, compiuto dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, che li ha dichiarati, col ricorso. «domanda giudiziale o atto equivalente» ai sensi dell'art. 27, punto 2 della Convenzione di Bruxelles (per il riconoscimento) e quindi anche ai sensi dell'art. 34 punto 2 per l'esecuzione. Cfr. rispettivamente C.G.C.E. 16 luglio 1981, in causa 166/80, *Kloms c. Michel*, in *Raccolta di giurisprudenza della Corte* 1981, 1593, e 13 luglio 1995, *Hengst Import BV c. Anna Maria Campese* (procedimento C-474/93), in *Riv. Dir.* 1996, p. 592 ss., con nota di Giorgetti, *Il riconoscimento comunitario del decreto ingiuntivo*.

idonea ad affiancare, dove esistono, le procedure nazionali e a superare i divieti collegati alla necessità di notifica all'estero, fosse pure in altri Paesi dell'Unione¹³.

13 Ricordo la diversità tra le due versioni che possiamo chiamare, secondo la tradizione dottrinale, dell'ingiunzione pura (il *Mahnverfahren* tedesco, par. 688 ss. DZPO), e dell'ingiunzione documentale (*Mandatsverfahren*, § 548 ss. ÖZPO; *injonction de payer*, art. 1405 ss. n. c.p.c. francese, art. 1338 ss. *Code judiciaire belga*, e titolo X, libro I del c.p.c. del Lussemburgo; *ingiunzione*, art. 633 ss. c.p.c. Italiano e art. 623 ss. c.p.c. greco) e l'assenza, tuttora, di una procedura siffatta in altri Paesi, come in Spagna, dove se ne propone ora l'introduzione: cfr. Vazquez Sotelo, *Lavanprogetto di una nuova legge del processo civile spagnolo*, in *Riv. dir. proc.* 1998, p. 818, a pp. 836-37.

L'ingiunzione documentale è peraltro considerevolmente diversa, nei vari Paesi che l'ammettono:

- sia per quanto riguarda la necessità, o no, di una previa intimazione stragiudiziale di pagamento (prevista, se non erro, solo in Belgio e forse anch'essa all'origine delle scarse fortune del procedimento ingiuntivo in quel Paese);
- sia per quanto riguarda la sua estensione ad ogni credito di danaro o solo a crediti di limitato ammontare (così ancora in Belgio, facendosi riferimento alla competenza del *juge de paix*) o a crediti di una ben determinata natura (obbligazioni contrattuali o di origine statutaria e obbligazioni nascenti da alcuni, ma non tutti i titoli di credi, come in Francia);
- sia per quanto riguarda, infine, la *prova* del credito.

Si delinea, a quest'ultimo riguardo, la tendenza ad un ampliamento dei documenti giustificativi ammessi, al di là della nozione stretta di «prova scritta» accolta nei codici civili. Ed infatti, se, nel diritto austriaco, rimane ferma l'esigenza che l'ordine di pagamento si fondi su documenti pubblici o documenti privati autenticati (§ 548 ÖZPO) e in altri si richiede la prova per atto pubblico o scrittura privata (art. 623 c.p.c. greco), il Legislatore belga vuole che la domanda appaia giustificata da «una scritto proveniente dal debitore», che «non deve necessariamente costituire un riconoscimento di debito» (art. 1338 *Code judiciaire*). Più larga è la prassi francese, che ammette fra i documenti giustificativi le fatture e i buoni d'ordine, oltre ai contratti. Per l'Italia basta riferirsi alla nozione allargata di prova scritta, accolta nell'art. 634 c.p.c.

Per quanto riguarda il secondo aspetto occorre tener presente che non solo l'Italia (art. 633 ultimo comma c.p.c.), ma anche il Belgio (art. 1344 *Code Jud.*) e la Grecia (art. 624 c.p.c.) non ammettono la pronuncia dell'ingiunzione se la notifica al debitore debba avvenire all'estero (diversamente, facendo eccezione per il caso che la notifica debba aver luogo in uno dei Paesi della Comunità, il par. 688 ZPO tedesca).

Nonostante le pronunce richiamate alla nota precedente, e nonostante la controversia sorta, nella dottrina italiana, sull'attuale vigenza della norma di divieto nei rapporti intracomunitari (cfr. C. Cansolo, *La tutela sommaria e la convenzione di Bruxelles: la «circolazione» comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi*, in *Riv.*

Il testo, elaborato dal gruppo di esperti, deve però essere considerato soltanto come un testo di base, che dovrebbe essere migliorato, anzitutto per precisare quale è il *document propre à justifier la cause et la quantité de la créance* (art. 11.2). Occorre che si tratti, secondo la formula belga, di un *écrit émanant du débiteur sans que soit nécessairement requise une reconnaissance de dette* oppure si deve ammettere, a livello europeo, e soprattutto per le transazioni commerciali, una nozione più ampia, quale è data, ad esempio, dal diritto italiano?

Considerato che la procedura di ingiunzione non è finora ammessa in tutti i Paesi dell'Unione Europea, crederei prudente scegliere, a livello europeo, il modello più accettabile dell'ingiunzione fondata su documenti (intesa la nozione con qualche rigore) piuttosto che quello dell'ingiunzione assistita soltanto dall'affermazione del preteso creditore.

Ma, a parte ciò, il Progetto del gruppo di esperti presenta, credo, pregi notevoli, per la precisazione del contenuto della domanda (con indicazione separata del capitale, degli interessi e degli altri accessori: 11.2), per la previsione di un formulario approvato (11.3), per l'avvertimento sui tempi, le forme e il giudice dell'opposizione (11.5), per l'invio al debitore di un formulario per l'opposizione (11.6). Discutibile è in ogni caso la brevità dei termini e soprattutto l'esonero del debitore inadempiente dalle spese, se paga entro otto giorni.

La *I legge uniforme* europea dovrebbe lasciare, a mio avviso, ai legislatori nazionali l'individuazione dell'autorità competente per l'emanazione

Dir. Internaz. Priv. e proc. 1991, p. 623; L.G. Radicati di Brozolo, *Diritto comunitario e regole processuali interne: inapplicabilità dell'art 633 cod. proc. civ.*, ivi 1993, p. 607 ss.) appare evidente l'opportunità che questa limitazione del procedimento ingiuntivo sia espressamente eliminata, sul piano generale o almeno all'interno dell'Unione Europea. Si pone qui una precisa sollecitazione anche per il legislatore italiano, soprattutto dopo la recente pronuncia della Corte di Giustizia comunitaria (sentenza 22 giugno 1999. C412/97. ED Srl c. Italo Fenocchio) la quale ha statuito:

«1) L'art. 34 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 29 CE) non osta ad una normativa nazionale che non ammette il ricorso al procedimento d'ingiunzione nel caso in cui la notificazione al debitore debba essere effettuata in un Stato membro della Comunità.

2) Una disposizione procedurale nazionale, come quella controversa nella causa principale, non costituisce una restrizione alla libertà dei pagamenti».

de'll'ingiunzione¹⁴, come del giudice competente per l'opposizione, risolvendo al riguardo soltanto la questione della giurisdizione e della competenza territoriale a livello europeo. Si pone qui il problema di stabilire se ammettere i soli dori del domicilio o della residenza del debitore, o anche il foro del luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita. La scelta più restrittiva non solo adeguerebbe il nuovo provvedimento a modelli già ricevuti (come in Belgio e in Francia) ma soprattutto agevolerebbe la difesa del debitore e priverebbe di rilievo la questione della notifica all'estero, eliminando le difficoltà e i ritardi che a questa si ricollegano. Si giustificerebbe anche meglio la regola della libera circolazione, notificazione ed esecuzione dell'ingiunzione in tutti i Paesi dell'Unione Europea senza bisogno di *exequatur*: regola che si dovrebbe porre per superare anche le condizioni poste dagli artt. 25 ss. della Convenzione di Bruxelles e per assicurare che il nuovo provvedimento vinca la concorrenza con quelli ammessi negli ordinamenti nazionali ed eseguibili ai sensi della Convenzione.

Resterebbe, invece, riservato alla legge uniforme il compito di fissare con precisione i presupposti, il contenuto del ricorso, la natura dei documenti che debbono accompagnarlo, l'efficacia e l'autorità dell'ingiunzione nel caso nel quale il debitore non proponga opposizione nel termine, ed infine gli effetti dell'opposizione.

11.- Un'opera di armonizzazione¹⁵ è anche resa necessaria, per l'efficacia esecutiva delle sentenze, dal dettato dell'art. 31, 1° comma della Convenzione di Bruxelles, laddove stabilisce che «*le decisioni rese in uno Stato contraente e quivi esecutive sono eseguite in un altro Stato contraente dopo essere state munite, su istanza della parte interessata, della formula esecutiva*».

Il problema del momento, nel quale la sentenza di primo grado diviene esecutiva, appare di centrale importanza per un eguale trattamento delle parti nei vari Paesi, e viva sembra l'esigenza che si eliminino le disparità attuali: esigenza, purtroppo, trascurata finora, almeno a livello

14 Tenendo anche conto che in alcuni Paesi, come in Svezia, questa non è pronunciata da un giudice, ma da altra autorità (ivi, dall'ufficio dell'ufficiale giudiziario): cfr. Jacobsson, *Il processo civile in Svezia, ne La giustizia nei Paesi comunitari*, a cura di Fazzalari, vol. secondo, Padova, Cedam, 1966, p. 111 ss. a. p. 127.

15 Riprendo qui osservazioni svolte nello scritto *Prospettive di armonizzazione*, cit., spec. p. 210 ss.

comunitario. Ed infatti in alcuni Paesi la sentenza di primo grado non è esecutiva *de jure*, e l'appello ha pieno effetto sospensivo, salvo che la decisione sia stata dichiarata provvisoriamente esecutiva¹⁶; in altri¹⁷ il regime è fondamentalmente il medesimo, ma la parte vittoriosa in primo grado, se anche la sentenza non sia provvisoriamente esecutiva, può ottenere sequestro conservativo a garanzia della futura esecuzione; altrove¹⁸, l'esecuzione provvisoria delle sentenze di primo grado appellate è consentita entro limiti fissati dalla legge e rimessa alla valutazione del giudice, solo contro costituzione di una cauzione. In Italia, la legge 26 novembre 1990, n. 353 di riforma del processo civile ha sovvertito la regola tradizionale, derivante dalla codificazione napoleonica ed ha introdotto il principio dell'efficacia immediatamente esecutiva di tutte le sentenze di primo grado. Il medesimo principio vale, se non erro, nei Paesi di *common law*.

Evidente appare la necessità dell'introduzione di una regola uniforme, ad evitare una protezione diseguale del credito e fenomeni possibili di *forum shopping* da parte del debitore: che, promuovendo un'azione di accertamento negativo del credito, darebbe luogo alla litispendenza, anche per la successiva azione di condanna del creditore, ai sensi dell'art. 21 della Convenzione di Bruxelles e dell'ampia nozione di litispendenza internazionale, accolta dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee¹⁹.

12.- Si deve dare atto, da ultimo (anzi, da penultimo), che, sulla base dei lavori di alcuni «*Comitati di saggi*» costituiti presso la Commissione Europea nel 1996 e nel 1997²⁰ la Commissione ha

16 Così in Francia, art. 514 ss., 524, 539 nuovo c.p.c.

17 Come in Belgio, art. 1397 ss, e 1414 Code judiciaire. Simile è la soluzione tedesca: il pignoramento per crediti di danaro è ammesso, sulla base della sentenza di primo grado, ma non si può procedere alla vendita se non è prestata cauzione (par. 720 a DZPO).

18 Come in Spagna, art. 385 LEC.

19 Cfr. Kerameus, Problemi attuali della litispendenza internazionale nel processo civile, in Riv. dir. Proc. 1990, p. 1001 ss.; Di Blase, Connessione e litispendenza nella convenzione di Bruxelles, Padova 1993.

20 È opportuno segnalare che, nel corso di essi, *l'Unione internationale des huissiers de justice* ha presentato, sulla materia dell'ingiunzione, ed a seguito delle obiezioni sollevate in varie sedi contro il progetto di T.E.E., anche due progetti alternativi, che prevedono, il primo, *l'ingiunzione di pagamento con controllo giudiziario a priori* e, il

presentato una comunicazione al Consiglio e al Parlamento Europeo intitolata «*Verso una maggiore efficienza nell'ottenimento e nell'esecuzione delle decisioni nell'ambito dell'Unione europea*»²¹, assieme ad una proposta di modifica della Convenzione di Bruxelles del 1968 (98/C33/05)²². E questo pare oggi il punto di partenza per dare nuovo impulso al progetto di creazione progressiva di un processo civile uniforme europeo; iniziando da interventi sul testo fondamentale in materia e cioè, appunto, dalla convenzione di Bruxelles del 1968, cui si sono aggiunte recentemente le Convenzioni europee firmate a Bruxelles il 23 novembre 1995 sulle procedure di insolvenza e il 26 maggio 1997, sulla notificazione degli atti giudiziari ed extragiudiziali e soprattutto la Convenzione del 28 maggio 1998 - c.d. Bruxelles II - sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali²³.

Senza poter riassumere qui compiutamente le statuizioni suggerite dalla Commissione e, meno ancora, la larga motivazione che ne è stata data, noterò che si è soprattutto proposto:

- I. come criterio base della competenza (o, noi diremmo, dei limiti territoriali della giurisdizione), la sostituzione del *domicilio* con la *residenza abituale* (art. 2 Conv.); la revisione delle norme sulle competenze speciali, ivi comprese quelle in materia di assicurazioni e di contratti conclusi dai consumatori, e di quelle sulle competenze esclusive e sulla proroga di competenza;
- II. una nova regola di competenza (*ex art. 18 bis*, 1° comma), per le misure cautelari e provvisorie, a favore dello Stato sul territorio del quale queste *misure* possono *essere effettivamente* eseguite, sostituendo l'art. 24 della Convenzione;

secondo, l'ingiunzione di pagamento con controllo giudiziario a posteriori, che sarebbe limitata alla tutela dei crediti professionali. La materia, come si vede, è lungi dall'aver raggiunto un adeguato assestamento, v.g. indice di consenso, a livello comunitario e interprofessionale.

21 (98/C33/03) pubblicata sulla *Gazz. aff. C.E.* 31 gennaio 1998.

22 Intitolata Proposta di atto del Consiglio che stabilisce la convenzione relativa alla competenza giurisdizionale, al riconoscimento e all'esecuzione, negli Stati membri dell'Unione europea, delle decisioni in materia civile e commerciale.

23 Si possono leggere queste tre Convenzioni, in *Riv. dir. internaz. Priv. e proc.*, rispettivamente 1996, p. 661 ss.; 1998, p. 668 ss. e 1998, p. 928 ss.

- III. l'introduzione, nella Convenzione, di nozioni di diritto uniforme in materia di misure provvisorie e cautelari (se ne veda la definizione nell'art. A8 bis 2° comma) e di litispendenza (definizione del momento nel quale il giudice si considera adito, art. 21, 3° comma);
- IV. l'agevolazione della circolazione delle sentenze in Europa, tramite una revisione delle disposizioni sul riconoscimento e sull'esecuzione contenute nelle Convenzioni di Bruxelles e di Lugano, fondata sulla tecnica dell'inversione del contenzioso e sulla limitazione dei motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione (nuovi artt. 27, 31, 34, 36, 37 *bis* e *ter* e 38);
- V. l'identificazione della sentenza di condanna, anche prima dell'*exequatur*, a consentire misure provvisorie e cautelari in qualunque Stato contraente, secondo la legislazione di questo Stato (nuovo art. 27 Conv.).

Inoltre si pone allo studio²⁴:

l'opportunità di creare un titolo esecutivo europeo, che possa beneficiare di un *exequatur* quasi automatico (recuperando, così, almeno in parte, i suggerimenti degli *Huissiers*);

- L'adozione di misure al fine di assicurare la trasparenza del patrimonio (come l'obbligo di dichiarazione del patrimonio da parte del debitore esecutato) e lo scambio di informazioni tra le autorità esecutive;
- l'introduzione di una procedura rapida per il recupero dei crediti di danaro e di regole sul pignoramento dei conti bancari.

13.- A queste e ad altre proposte, che sono state elaborate a livello dottrinale - come quella della creazione di una *misura cautelare europea* — si aggiungono ora le precise indicazioni del Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, entrato in vigore il 1° maggio 1999. Ed infatti, a modifica ed integrazione del Trattato di Maastricht 7 febbraio 1992 sull'Unione Europea, è ivi previsto (art. 73 I, introdotto nel predetto Trattato fondamentale dall'art. 15 del Trattato più recente) che «*allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il Consiglio adotta: ... c) misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, come previsto all'articolo 73M*». Queste misure, testualmente (art. 73 M) includono:

²⁴ V. *Comunicazione* cit., n. 30 ss.

in primo luogo, «*Il miglioramento e la semplificazione: - del sistema per la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali; - della cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; - del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, comprese le decisioni extragiudiziali*»;

in secondo luogo, «*la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale*»;

da ultimo, «*l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo (a compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri)*».

Ci troviamo quindi di fronte ad un programma a vasto raggio, nel quale la ripresa dei modelli già elaborati - sia pure con ogni opportuna loro valutazione critica - dovrà essere messa nell'agenda delle Autorità europee. L'ultima, soprattutto, delle previsioni ora menzionate lascia un'ampia discrezionalità nella scelta, necessariamente progressiva, dei settori di intervento: una discrezionalità nella quale v'è da augurarsi che la Commissione si avvalga, riprendendo in esame la maggior parte dei modelli sin qui proposti, pur con ulteriori integrazioni²⁵.

La consapevolezza che il cammino verso un processo civile uniforme - nel senso più lato dell'espressione - è lungo e difficile, anche nel solo ambito dell'Unione Europea, non deve dunque indurre allo scetticismo o, peggio, alla rinuncia.

25 Il grande ostacolo, che sembra comunque destinato a restare, sul terreno dell'esecuzione forzata per crediti di danaro, è dato dalla contrapposizione tra il principio della *par condicio creditorum* e quello di priorità del primo pignorante. Rinvio, per una ricognizione a livello europeo, sul primo problema al mio scritto *La distribution des deniers dans, l'exécution forcée en Europe*, in *Revue internationale de droit comparé* 1999, p.331 ss., e, per alcune precedenti considerazioni *de jure europaeo condendo*, alle *Prospettive di armonizzazione*, cit., pp. 218, 219. Per a regola *saisie sur saisie ne vaut*, richiamo le considerazioni svolte nel mio lavoro *Les titres exécutoires et le recouvrement des créances dans l'Union Européenne*, in *Actualités du droit (Revue de la Faculté de Droit de Liège)*, 1995-2, p. 382 ss.

Modelos europeos para un proceso civil uniforme* "

Giuseppe Tarzia

1.- Hablar de modelos europeos -es decir, elaborados en Europa a nivel supranacional- para un proceso civil uniforme trae inmediatamente a la mente el proyecto elaborado entre 1990 y 1993 -después de un estudio preliminar iniciado en 1998- por un grupo de expertos (un representante de cada uno de los doce países que entonces conformaban la Comunidad Europea) presidido por el Profesor Marcel Storme.

Asimismo, inmediata es la tentación de realizar una comparación con el Código Procesal Civil Modelo para Latinoamérica¹; y la comparación parece estar llena de equívocos, en los cuales la doctrina internacional -la no numerosa doctrina, que se ha ocupado de aquello que de ahora en adelante llamaré Proyecto Storme- incurre al evaluar la finalidad, antes que el contenido de aquella obra.

* Relación presentada al Coloquio internacional sobre «Procesos de integración y solución de las controversias: del contencioso entre Estados a la tutela de los individuos. Europa y América Latina» organizado por la Universidad de Roma «Tor Vergata», por el Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos del Centro Nacional de la Investigación, por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, por el Instituto Italo - Latinoamericano y por el A.S.S.L.A. desarrollado en Roma del 7 al 9 de setiembre de 1999.

Este escrito -que aparecerá en las Actas del Congreso- está dedicado a honrar al profesor Paul Meijknecht, miembro holandés del grupo de expertos que ha elaborado el proyecto Storme, con ocasión de su jubilación, después de quince años de enseñanza en la Universidad de Utrecht.

" Traducción al castellano por Giovanni F. Priori Posada.

1 Cfr. El Código Procesal Civil Modelo para Latinoamérica (texto del anteproyecto) segunda edición. FCU, Montevideo 1997 y sobre sus fortunas Barbosa Moreira

La iniciativa se había oficializado en contratos con la Comisión², que han tenido por objeto, primero, «un estudio destinado a evaluar la utilidad y realizabilidad» y, luego, la elaboración de propuestas para «la aproximación (no la unificación) de aquellos aspectos del derecho procesal de los doce Estados miembros de la Comunidad Europea que influyen directamente sobre las instituciones y el funcionamiento del mercado interno en el ámbito del proceso civil». Para alcanzar este fin el grupo de estudio debía establecer también «las prioridades a respetar [...] en el contexto de completar el mercado interno [...] para eliminar las divergencias procesales más importantes y más serias que existen en los varios sectores del derecho nacional».

Ya era claro entonces que el mandato y el consiguiente propósito del grupo de expertos, no era aquél de redactar «un código procesal civil verdadero y propio, un código completo, ojalá destinado a sustituir los códigos nacionales»: una obra, ésta, que era considerada también «fuera de la realidad». Y se advertía que: «cuando se habla, por simplicidad, de código europeo, se quiere indicar la línea de tendencia, o la dirección de marcha. El proyecto [...] consiste, en consecuencia, en elaborar un *corpus* de reglas comunes, que deberán investir no todas, sino sólo aquellas materias, para las cuales el acercamiento y la armonización de las legislaciones procesales civiles nacionales puedan aparecer necesarias para los fines de las instituciones y del buen funcionamiento del mercado único».

La necesidad de distinguirse del Código modelo, bien conocido por la Comisión, estaba dada también por la imposibilidad de predisponer para Europa «un Código tendencialmente completo, destinado a proporcionar precisamente el modelo para la adopción de Códigos uniformes»: un diseño —se observaba— que «no sólo suscitaría resistencias de todo género en la Europa de los doce —donde cada país lleva secos los frutos de una larga o autónoma tradición jurídica— sino iría más allá de los fines establecidos por el Acto Único Europeo del 17 de febrero de 1986, acerca de la instauración del Mercado Único, o sea de «un espa-

Le code modèle de procédure civile pour l'Amérique Latine de l'Institut Ibero-Américain de Droit Processuel, en ZZP Int. 3 (1998), p. 437 ss.

2 Traigo a colación mi escrito *L'Europa del 1993 e il processo civile*, en los *Rendiconti dell'Istituto Lombardo Accademia di Scienze e Lettere*, vol. 124 (1990), p. 79 ss, a p. 83 ss., del cual se han extraído las frases que aparecen en el texto.

cio sin fronteras internas, en el cual es asegurada la libre circulación de las mercancías, de las personas, de los servicios y de los capitales».

2.- He hablado de equívocos, de los cuales no se siente responsable el grupo de expertos. Ya en la presentación que realizara Storme del volumen que recoge el Proyecto³ se hacía presente el carácter convencional de la denominación «Comisión de Código Judicial Europeo» dado el bien diverso destino del estudio, que he citado y que, como ha sido notado por otros, debía constituir simplemente un bosquejo para cualquier ulterior profundización. Y en efecto, aquél ha sido redactado en forma de proyecto de Directiva, destinado a la armonización o a la aproximación del derecho judicial (procesal) en la Unión Europea.

No obstante ello, las puntillosas críticas de algunos estudiosos extraños al grupo de trabajo, han tenido por objeto «la construcción de un derecho procesal europeo unificado»⁴ o las «propuestas de la Comisión para un Código del proceso civil europeo»⁵.

No se trata de una simple rectificación nominalista.

La investigación y el trabajo que, a manera de propuesta, fueron realizados por el grupo de expertos han sido mirados para tomar en consideración sólo aquellos institutos, respecto a los cuales la divergencia de las normativas nacionales y las lagunas de algunas de éstas estaban en grado de generar —como ha sido explicado ampliamente en aquella sede— una disparidad en la tutela jurisdiccional en los países de la Comunidad apta para influir sobre el juego de la concurrencia, alterando

3 *Rapprochement du Droit Judiciaire dans l'Union Européenne*. M. Storme, ed. Kluwer, 1997. Sobre las contribuciones ilustrativas de los juristas miembros del grupo ver las citas contenidas en mi escrito: *Prospettive di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata nella Comunità economica europea*, en *Rivista di diritto processuale* 1994, p. 207 nota 3; adde Storme, *L'unification de la procédure civile en Union Européenne: une chance et un déficit*, en: *Symbolae Vitoldo Broniewicz dedicatae*, Lodz 1998, p. 397 ss., y para un examen orgánico de estas y otras intervenciones que mencionaré en seguida: Normand, *Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et les droits de la défense*, en *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, París 1996, p. 337 y *Il ravvicinamento delle procedure civile nell'Unione europea*, en *Rivista di diritto processuale*, 1998, p. 682 ss.

4 Así, Lindblom, *Harmony of the legal spheres*, en: *European Review of Private Law*, 1997.

5 Así, las relaciones a la *Tagung* de los juristas alemanes acerca del Proyecto, publicadas en *ZZP* 1996, p. 271 ss.

las reglas del Mercado Único. Esta dirección, y esta limitación, eran por lo demás coherentes con la fuente que legitimaba el trabajo (en el pensamiento, entonces, de la Comisión Europea): el artículo 100° A del Tratado CEE, modificado por el artículo 18° del Acto Único, que habilitaba al Consejo de Ministros de la Comunidad, por mayoría calificada, a «adoptar las medidas relativas a la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tienen por objeto la instauración y el funcionamiento del Mercado interno», privilegiando el recurso al instrumento de la Directiva «si la armonización comporta en uno o más Estados miembros una modificación de disposiciones legislativas».

3.- Obras de doctrina, entonces, sea el Código Modelo que el proyecto Storme; pero obras inspiradas por finalidades bien diversas, y por lo tanto no comparables, ni en el plano funcional ni sobre aquél estructural, ni, mucho menos, sobre el plano ideológico. Es cierto que el Código Modelo expresa antetodo la confianza en la codificación, mucho más apreciable en aquella que ha sido definida «la edad de la decodificación»⁶. Pero sería arbitrario atribuir a los redactores del Proyecto Storme una ideología opuesta. Si se tienen presentes los límites, que justificaban el trabajo del grupo de expertos europeos, se comprende, en cambio, la aproximación no sistemática a los temas de la disciplina procesal. No se ha pretendido regular de forma completa ni siquiera todos los institutos procesales tomados en consideración, sino sólo aquellos aspectos que aparecían más relevantes a los fines de la armonización –no de la unificación– de los derechos procesales europeos: distinción sobre la cual, especialmente después del reciente Congreso de Viena de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, sería inútil detenerse. Asimismo, es inútil señalar que el trabajo de redacción de los artículos, de los *consideranda* y de los comentarios ha sido precedido por una amplia discusión sobre la elección de los institutos, o de sus aspectos particulares, que deben ser examinados para los fines de la propuesta de Directiva.

No buscaré resumir en esta sede las razones –expuestas en aquel documento– que han determinado la elección de cada uno de los temas recogidos en los catorce capítulos del proyecto de Directiva: la

6 La referencia obligada es a la contribución fundamental de Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè 1979.

conciliación; el inicio del procedimiento; el objeto de la *litis*; la prueba, en lo que se refiere al descubrimiento de documentos (*discovery*), al testimonio, y a la reproducción tecnológica; del desistimiento; la contumacia; los gastos de la justicia, las medidas provisionales; la inyunción de pago; la ejecución forzada; el astreinte y el cómputo de plazos, el régimen de la nulidad y algunas reglas relativas a la recusación de los jueces y a los medios de impugnación.

Quisera, en cambio, recoger de mi escrito de 1990⁷, y completar con cualquier llamada al proyecto, la justificación, a título de ejemplo, de solamente algunas de estas intervenciones.

4.- Piénsese, sobre todo, al inicio del proceso: a la regla que determina el momento en el cual el proceso se considera iniciado, y en consecuencia no puede ser planteado nuevamente ni siquiera delante de un juez de otro país de la Comunidad. Es un problema que la Convención de Bruselas se ha planteado, estableciendo en su texto original, que el Juez al cual se le propone posteriormente la causa se le debe despojar de ella a favor del primero (artículo 21°). Pero la Convención no establece cuál es el momento en el cual el Juez es investido de la causa y en consecuencia cómo se determina cuál es el primer y cuál el segundo proceso; sino que la reenvía a las legislaciones nacionales, que presentan las soluciones más diversas. En algunos países, como en Italia, es necesario, al menos en el proceso ordinario, notificar la demanda a la contraparte para que la *litis* esté pendiente; en otros la notificación no es suficiente porque la causa debe ser inscrita a iniciativa de la parte más diligente. En otros países (o, en otros casos, en el mismo país), en los cuales primero se deposita el recurso en la cancellería del Juez y luego se notifica el recurso y el decreto de fijación de audiencia a la contraparte, es el momento del depósito el determinante. En resumen, la Convención hace referencia a una noción que tiene los significados más diversos, y esto puede hacer vana la regla y consentir que diversos jueces, aplicando el derecho de cada Estado para definir la pendencia del proceso, termine por dejar que se desarrollen contemporáneamente dos procesos sobre la misma causa. Por lo demás, la misma noción de identidad de causa, y en consecuencia de litispendencia, ha asumido notoriamente, en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, un significado diverso y

7 *Op. cit.*, p. 87 ss.

más amplio que aquél de la litispendencia interna⁸. Esto parecía otro motivo para una intervención clarificadora y armonizadora, como se ha intentado hacer con el artículo 2.2.2 del proyecto. Se ha propuesto, fundamentalmente, que la litispendencia nazca, en los procedimientos que se inician con la demanda presentada en Cancillería, por este depósito y, en los procedimientos, puestos en marcha con citación, con la notificación de esta última: salvo la caducidad, con efecto retroactivo, de la litispendencia misma; en el primer caso si la demanda no es notificada al demandado dentro de los tres meses del depósito y, en el segundo, si la inscripción no es cumplida en el término previsto por la ley nacional (que debe en consecuencia preverlo, quedando excluida una pendencia del proceso, en estado de inactividad, por tiempo indefinido).

5.- Se ha considerado además que la demanda produce siempre efectos sobre el derecho hecho valer: por ejemplo, impide su extinción por prescripción. Sin embargo, el saber cuándo es el momento en el que la demanda interrumpe la prescripción del derecho y a lo mejor también la suspende y la hace inoperante para todo el transcurso de la causa (cfr. artículos 2943° y 2945° del Código Civil Italiano) es un problema que está lejos de recibir una solución uniforme. En algunos países es el momento en el cual la demanda es notificada al adversario; en otros aquél en el que la demanda es depositada en la Cancillería del juez competente. La consecuencia de la permanencia de esta disparidad supone que, dependiendo de la autoridad judicial investida (suponemos que exista una pluralidad de competencias, de modo que la causa pueda ser promovida en Milán o Londres) el derecho hecho valer, prescribe o viene salvado. Ello contrasta manifiestamente con aquella exigencia de certeza y de uniformidad en el tratamiento de las relaciones jurídicas, que está en la base de un Mercado único. A eliminar estas incongruencias estaba destinado el artículo 2.2.1. del proyecto, que relacionaba el efecto interruptivo del depósito de la demanda o, respectivamente, a la notificación de la citación, en los dos casos ya puestos en examen (salvo la caducidad retroactiva en caso de inactividad), y además a la solicitud o citación para una medida cautelar o provisoria, a la solicitud de inyunción de pago, a la citación para la conciliación, cuando es prevista por la ley.

6.- Otro sector que merecía ser «armonizado» es aquel de las medidas provisionales y cautelares y sobre todo, por su enorme desarrollo, las

8 Ver *infra* nota 19.

providencias de urgencia. También aquí las diferencias entre las legislaciones europeas son profundas. En Italia, como sabemos, para obtener la providencia de urgencia (artículo 700° del Código de Procedimiento Civil) se debe demostrar el peligro de un daño inminente e irreparable y la providencia debe asegurar provisoriamente los efectos de la futura decisión de mérito, incluso anticipándolos. En España no existía hasta 1984, una medida similar y ha sido entonces instituida, pero con mucha prudencia, exigiendo un principio de prueba escrita del derecho hecho valer. En otros países existen medidas provisionales que no son subordinadas a estos presupuestos y sin embargo difieren profundamente de las providencias de urgencia italianas, porque, a pesar de tener, como aquellas, un contenido determinado por la discrecionalidad del Juez, están completamente desvinculadas del juicio de mérito, que es puramente eventual. Me refiero naturalmente al sistema franco - belga del *référé*.

El problema europeo era entonces aquél, si se debía fijar un núcleo de reglas uniformes para estas providencias. El grupo de expertos ha propuesto, en el artículo 10°, una disciplina uniforme de las funciones de estas providencias, de sus presupuestos, de la garantía del contradictorio, de la competencia, de los medios de impugnación, de sus efectos, de la eficacia y revocabilidad o caducidad de la providencia: una disciplina mínima uniforme, salvo, como siempre, la especificidad ulterior de los derechos nacionales.

7.- Podría continuar con el elenco y debería hacerlo —si obvias exigencias de brevedad no lo impidieran— al menos para las reglas sobre los *astreintes* (artículo 13°) —instituto todavía extraño al derecho italiano— para aquellas de la inyunción de pago (tema sobre el que regresaré dentro de poco) y para aquellas relativas a la ejecución forzada, que tenían como finalidad establecer un *minimum* de disciplina común: sea por el momento, en el cual la sentencia se convierte en ejecutiva, sea por la oposición a la ejecución, sea por la obligación del deudor de declarar los elementos de su patrimonio y por el poder de los agentes de la ejecución de exigir a los terceros las informaciones relativas, sea incluso para agilizar la venta o la cesión forzada de los nuevos bienes inmateriales (artículo 12°)⁹.

9 Sobre las perspectivas de armonización, en particular, de las normas de la ejecución forzada y sus límites, deberé citar mis *Prospettive di armonizzazione cit.* En: *Rivista di diritto processuale*, 1994 p. 205 ss. y en *Justitia* 1993, p. 805 ss.

8.- Es conocido que el Proyecto Storme no ha sido seguido a nivel comunitario, por un cambio de actitud de la Comisión: por lo que parece, no tanto por una valoración sobre el mérito (que habría debido conducir en todo caso a una reelaboración, pero no a dejarlo de lado), sino por el principio de *subsidiariedad* introducido por el Tratado de Maastricht y a sus aplicaciones, en sentido restrictivo, en la formación de la normativa comunitaria.

También creo que, a una distancia de más de seis años de la presentación del proyecto (llevada a cabo en febrero de 1993), el trabajo realizado pueda no ser en vano.

No ha decaído, ante todo, el interés por la rápida recuperación de los créditos comerciales: un interés que exige intervenciones a nivel convencional o comunitario, del cual, como ya he observado, el Proyecto Storme se ha hecho cargo.

9.- El cuadro de las posibles soluciones se ha alargado con una iniciativa «privada», o mejor, corporativa, para un nuevo modelo: aquél del título ejecutivo europeo (presentado sobre la fea sigla T.E.E.), elaborado por la *Union Internationale des Huissiers de Justice* y discutido primero, en sus líneas generales, en un Coloquio en París en junio de 1993 sobre *Les professionnels du droit au sein du nouvel espace judiciaire européen*¹⁰; luego (sobre la base de Reflexiones introductorias y de un cuestionario propuesto por el profesor de Leval), un convenio que se llevó a cabo en París el 20 de octubre de 1995, con la presentación de relaciones y la participación de estudiosos de Austria, Bélgica, Grecia, Francia, Alemania, Holanda, España, Suecia e Italia: una ancha, aunque no completa representación de los países ahora adherentes a la Comunidad Europea. En esta ocasión la *Union Internationale* ha presentado también un documento sobre el Título Ejecutivo Europeo. El tema ha sido recogido por la *Union* en un coloquio llevado a cabo en París el 15 y el 16 de octubre de 1998¹¹.

Recuerdo brevemente las etapas del «procedimiento extrajudicial» descrita en la primera redacción de aquel documento, que parece desarrollar las líneas expuestas en un proyecto de ley presentado al Sena-

10 Recuerdo, para Italia, la relación de Capponi, *Una prospettiva di armonizzazione: il titolo esecutivo europeo*, en *Documenti giustizia*, 1993, p. 1389 ss.

11 Del título *L'Europe judiciaire: Quelle procédure accélérée de recouvrement des créances pour favoriser une efficacité accrue des mesures d'exécution?*. Las actas de este Convenio, como de aquél de 1995, son, salvo errores, inéditos.

do belga en 1988. El procedimiento iniciaría con una constitución en mora, con el llamado a la causa de la deuda y la indicación del importe de las sumas reclamadas, y con la contextual demanda de pago, notificadas por el oficial judicial. Se delinearía luego una alternativa: la contestación en el término asignado traería consigo la necesidad del procedimiento seguido delante del juez, competente por la materia, del domicilio del deudor; a falta de contestación el acreedor podría dirigirse al juez competente para la emanación del T.E.E.

No puedo esconder mi perplejidad frente a este modelo. Ante todo existe un problema de respeto a la organización de las profesiones judiciales, como de la forma de su intervención en los procedimientos de recuperación de créditos, que es, actualmente, bastante diferente en los países de la Unión Europea. También limitándose a considerar la inyunción de pago, es fácil constatar que las «competencias» que son atribuidas a los *huissiers de justice*, o a los *Rechtspfleger*, o probablemente a los cancilleres en algunos países, no son atribuidos a sus colegios (donde estos existen) en otros. De otro lado, el papel de los abogados, que aparece excluido o minoritario, en este procedimiento, en algunos países, es bastante relevante en otros.

El riesgo de «conflictos de competencia» entre diversos profesionales del mismo país debería cuidadosamente ser evitado, más aun considerando la finalidad perseguida de aligerar de tareas al juez y del desarrollo de la delegación de las funciones judiciales menores en el ámbito de la jurisdicción.

Por otra parte, la formación del título ejecutivo europeo puede ser perseguida más fácilmente por la vía de un procedimiento simple y poco oneroso, formado sobre modelos bien conocidos, como sería el procedimiento europeo para la inyunción de pago, del cual diré, más bien que a través de un procedimiento extrajudicial, fundado sobre la idea de la provocación del deudor a contradecir pero fuera de toda investidura de juez.

La intervención de la autoridad judicial, sin ninguna advertencia preventiva al deudor, permitiría en efecto alcanzar más rápidamente la formación del título y más eficazmente su realización con los procedimientos ejecutivos. Sobre todo aquella vencería más fácilmente la resistencia nacional hacia los caracteres esenciales del nuevo título ejecutivo: su validez y eficacia (optativamente, sin necesidad de *exequatur*) en todos los países de la Unión Europea.

10.- En esta situación continúo a considerar oportuna (como ha considerado el Proyecto Storme) la introducción de un procedimiento de inyunción uniforme, válida en todos los países, al lado de los particulares procedimientos nacionales: que además han tenido el aval de la jurisprudencia comunitaria¹².

Y en efecto, las profundas diferencias existentes entre los países de la Unión recomienda la institución de un procedimiento uniforme, idóneo para dejar de lado, donde existen, los procedimientos nacionales y a superar las prohibiciones relacionadas a la necesidad de notificación al exterior, aun cuando fuera también en otros países de la Unión¹³.

12 Me refiero al reconocimiento del valor comunitario del *Zahlungsbefehl* alemán y el decreto inuitivo italiano, realizado por la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, que los ha declarado, como el recurso «demanda judicial o acto equivalente» al sentido del artículo 27° punto 2 de la Convención de Bruselas (para el reconocimiento) y en consecuencia también en el sentido del artículo 34° punto 2 para la ejecución. Cfr. Respectivamente C.G.C.E. 16 de julio de 1981, en la causa 166/80, Klomps c. Michel, en *Raccolta di giurisprudenza della Corte*, 1981, 1593, y 13 de julio de 1995, Hengst Import BV c Anna Maria Campese (procedimiento C-474/93) en *Rivista di diritto processuale*, 1996, p. 592 ss, con nota de Giorgetti, *Il riconoscimento comunitario del decreto ingiuntivo*.

13 Recuerdo la diversidad entre las dos versiones que podemos llamar, según la tradición doctrinal, de la inuinción pura (el *Mandatsverfahren* alemán, par. 688 ss. DZPO) y de la inyunción documental (*Mandatsverfahren*, § 548 ss. ÖZPO; *injonction de payer*, Art. 1405 ss. n. c. p. c. francés, Art. 1388 *Code judiciaire belge*, y título X, libro I del c.p.c. de Luxemburgo, *inyunción*, Art. 633 ss. c.p.c. italiano y Art. 623 ss. c.p.c. griego), y la ausencia hasta ahora de un procedimiento así establecido en otros países, como en España, donde ahora se propone su introducción; cfr. Vázquez Sotelo, *L'avanprogetto di una nuova legge del processo civile spagnolo*, en *Rivista di diritto processuale*, 1988, p. 818, a pp. 836-37.

La inyunción documental es por otro lado considerablemente diversa en los diversos países que la admiten:

- sea en lo que se refiere a la necesidad, o no, de una previa intimación extrajudicial de pago (prevista, si no me equivoco, sólo en Bélgica, y probablemente en ella esté el origen de la escasa fortuna del procedimiento inyuntivo en aquél país);
- sea en lo que se refiere a su extensión de todo crédito de dinero o sólo a créditos de monto limitado (así aún en Bélgica, haciéndose referencia a la competencia del *juge de paix*) o a créditos de una determinada naturaleza (obligaciones contractuales o de origen estatutario y obligaciones nacidas de algunos, pero no todos, los títulos de crédito, como en Francia);
- sea en lo que se refiere, finalmente, a la prueba del crédito.

El texto elaborado por el grupo de expertos, debe sin embargo ser considerado solamente como un texto base, que debería ser mejorado, antes que nada para precisar cuál es el *document propre à justifier la cause et la quantité de la créance* (Art. 11.2.). Ocurre que se trata, según la fórmula belga de un *écrit émanant du débiteur sans que soit nécessairement requise une reconnaissance de dette* ¿o también se debe admitir, a nivel europeo, y sobre todo para las transacciones comercia-

En este último aspecto se delinea la tendencia a una ampliación de los documentos justificativos admitidos, más allá de la estricta noción de «prueba escrita» acogida en los códigos civiles. En efecto, si en el derecho austriaco permanece firme la exigencia que la orden de pago se funde en documentos públicos o documentos privados autenticados (§ 548 ÖZPO) y en otros se solicita la prueba por acto público o escritura privada (Art. 623° c.p.c. griego), el legislador belga quiere que la demanda aparezca justificada por «un escrito proveniente del deudor» que «no debe constituir necesariamente un reconocimiento de deuda» (Art. 1338° *Code judiciaire*). Más larga es la práctica francesa que admite entre los documentos justificativos las facturas y los bonos de orden, además de los contratos. Para Italia basta referirse a la noción de prueba escrita, recogida en el artículo 634° c.p.c.

En lo que se refiere al segundo aspecto se debe tener presente que no sólo en Italia (Art. 633° último párrafo c.p.c.), pero también en Bélgica (Art. 1344° *Cod. Jud.*) y Grecia (Art. 624° c.p.c.) no admiten el pronunciamiento de la inyunción si la notificación al deudor deba provenir del exterior (diversamente, contemplando como excepción los casos en los cuales la notificación deba tener lugar en los países de la Comunidad, el párrafo 688 ZPO alemana).

No obstante los pronunciamientos citados en la nota precedente, y no obstante la controversia surgida, en la doctrina italiana sobre la actual vigencia de la norma de prohibición en las relaciones intracomunitarias (cfr. C. Consolo, *La tutela sommaria e la convenzione di Bruxelles: la circolazione comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi*, en *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1991, p. 623; L.G. Radicati di Brozolo, *Diritto comunitario e regole processuali interne; inapplicabilità dell'art. 633 cod. Proc. civ.*, ivi 1993, p. 607 ss.) aparece evidente la oportunidad que esta limitación del procedimiento inyuntivo sea expresamente eliminada, sobre el plano general o al menos interno de la Unión Europea. Se pone aquí una precisa solicitud también para el legislador italiano, sobretudo después del reciente pronunciamiento de la Corte de Justicia Comunitaria (sentencia del 22 de junio de 1999, C. 412/97, ED Srl c. Italo Fenocchio) la cual ha estatuido:

«1) El artículo 34° del Tratado CE (que fue luego modificado, Art. 29° CE) no obsta a una normativa nacional que no admite el recurso al procedimiento de inyunción en el caso en el cual la notificación del deudor deba ser efectuada en otro Estado miembro de la Comunidad.

2) Una disposición procedimental nacional, como aquella controvertida en la causa principal, no constituye una restricción a la libertad de pago».

les, una noción más amplia, como ha sido dada, por ejemplo, por el derecho italiano?

Considerando que el procedimiento de inyunción no se encuentra hasta ahora admitido en todos los países de la Unión Europea, creería prudente escoger a nivel europeo el modelo más aceptable de la inyunción fundadas sobre documentos (entendida la noción con algún rigor) antes que aquél de la inyunción asistida solamente por la afirmación del acreedor demandante.

Pero aparte de ello, el proyecto de grupos de expertos presenta, creo, notables aciertos, por la precisión del contenido de la demanda (con indicación separada del capital, de los intereses y de los otros accesorios: 11.2), por la previsión de un formulario aprobado (11.3), por los avisos de los tiempos, las formas y el juez de la oposición (11.5), por el envío al deudor de un formulario para la oposición (11.6). Discutible es por el contrario la brevedad de los términos y sobre todo la exoneración del deudor que ha incumplido de los gastos si paga dentro de los ocho días.

La ley uniforme europea debería dejar, a mi modo de ver a los legisladores nacionales la individualización de la autoridad competente para la emanación de la inyunción¹⁴, como del juez competente para la oposición, resolviendo al respecto solamente la cuestión de la jurisdicción y de la competencia territorial al nivel europeo. Se pone aquí el problema de establecer si admitir sólo el fuero del domicilio o la residencia del deudor o también el fuero del lugar en el que la obligación debe ser cumplida. La elección más restrictiva no sólo adecuaría la nueva providencia a modelos ya recibidos (como en Bélgica y en Francia) sino sobre todo favorecería la defensa del deudor y privaría de relevancia la cuestión de la notificación al exterior, eliminando las dificultades y los retardos que se relacionan con ésta. Asimismo se justificaría mejor la regla de la libre circulación, notificación y ejecución de la inyunción en todos los países de la Unión Europea sin necesidad de *exequatur*: regla que se debería poder superar también por las condiciones puestas por el artículo 25° y siguientes de la convención de Bruse-

14 Teniendo en cuenta también que en algunos países, como en Suecia, esta no es pronunciada por un juez, sino por otra autoridad (ivi, por el oficio del oficial judicial) *efr. Jacobsson, Il processo civile in Svezia, ne La giustizia nei Paesi comunitari, a cura di Fazzalari. Vol. Secondo, Padova, Cedam, 1996, p. 111-127.*

las y para asegurar que la nueva providencia gane la concurrencia o aquellos admitidos en los ordenamientos nacionales y exigibles en los extremos de la Convención.

Quedaría por otro lado, reservada a la ley uniforme la tarea de fijar con precisión los presupuestos, el contenido del recurso, la naturaleza de los documentos que deben acompañarlo, la eficacia y la autoridad de la inyunción en el caso en el cual el deudor no proponga oposición en el término, y finalmente los efectos de la oposición.

11.- Una obra de armonización¹⁵ se hace también necesaria para la eficacia ejecutiva de las sentencias, por el dictado del artículo 31° primer párrafo de la Convención de Bruselas, donde se establece que «las decisiones producidas en un Estado contrayente y *ya ejecutivas* son cumplidas en otro Estado contrayente luego de haber sido provistas, a instancias de la parte interesada, de la fórmula ejecutiva».

El problema del momento, en el cual la sentencia de primer grado se hace ejecutiva, aparece de central importancia para un igual tratamiento de las partes en varios países, y parece viva la exigencia para que se eliminen las desigualdades actuales: exigencia, sin embargo, descuidada hasta ahora, al menos a nivel comunitario. En efecto, en algunos países la sentencia de primer grado no es ejecutiva de jure, y la apelación tiene pleno efecto suspensivo, salvo que la decisión haya sido declarada provisoriamente ejecutiva¹⁶; en otros¹⁷ el régimen es fundamentalmente el mismo, pero la parte victoriosa en primer grado, aún cuando la sentencia no sea provisoriamente ejecutiva, puede obtener secuestro conservativo como garantía de la futura ejecución; en otros lugares¹⁸, la ejecución provisoria de las sentencias de primer grado apeladas es consentida dentro de los límites fijados por la ley, y repuesta a la valoración del juez, sólo previa constitución de una caución. En Italia, la Ley N° 353 del 26 de noviembre de 1990 de reforma del

15 Retomo aquí observaciones desarrolladas en el escrito *prospettive di armonizzazione*, cit; sps. p. 210.ss.

16 Así en Francia, artículo 514° ss, 524, 539, nuevo c.p.c.

17 como en Bélgica, artículo 1397°ss y 1414° *Code judiciaire*. Similar es la solución alemana: la prenda para los créditos de dinero es admitida, sobre la base de la sentencia de primer grado, pero no se puede proceder a su venta si no se ha prestado caución (par 720 DZPO).

18 Como en España, artículo 385° LEC.

proceso civil ha revolucionado la regla tradicional, derivada de la codificación Napoleónica y ha introducido el principio de la eficacia inmediatamente ejecutiva de todas las sentencias de primer grado. El mismo principio vale, si no me equivoco, en los países de *Common Law*.

Parece evidente la necesidad de introducir una regla uniforme para evitar una protección desigual del crédito y fenómenos posibles del *forum shopping* por parte del deudor: que promoviendo una acción de verificación del crédito daría lugar a la litispendencia, aún para la sucesiva acción de condena del acreedor, dentro de los alcances del artículo 21° de la Convención de Bruselas y de la amplia noción de litispendencia internacional, acogida por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁹.

12.- Se debe dar acto, por último (más bien como penúltimo), que, sobre la base de trabajos de algunos «*Comitati di saggi*» constituidos ante la Comisión Europea en 1996 y en 1997²⁰ la Comisión ha presentado una comunicación al Consejo y al Parlamento europeo, titulada «Hacia una mayor eficiencia en la obtención y en la ejecución de las decisiones en el ámbito de la Unión Europea»²¹ junto a una propuesta de modificación de la Convención de Bruselas de 1968 (98/C33/05)²². Y esto parece hoy el punto de partida para dar un nuevo impulso al proyecto de creación progresiva de un proceso civil uniforme europeo; iniciado sobre intervenciones respecto del texto fundamental en materia y es decir, precisamente, por la Convención de Bru-

19 Cfr. Kerameus, *Problemi attuali della litispendenza internazionale nel processo civile*, in Riv. Dir. Proc. 1990, p. 1001 ss.; Di Blase, *Connessione e litispendenza nella convenzione di Bruxelles*, Padova 1993.

20 Es oportuno señalar que en el curso de esos, *L'Unione internationale des huissiers de justice* ha presentado, sobre la materia de la inyunción y luego de las objeciones propuestas en varias sedes contra el proyecto de T.E.E., también los proyectos alternativos, que preveen, el primero *L'inyunción di pagamento con controllo giudiziario a priori* e, el segundo, *L'inyunción di pagamento con controllo giudiziario a posteriori*, que estaría limitada a la tutela de los créditos profesionales. La materia como se ve es larga como para haber alcanzado un adecuado asentamiento, v.g. índice de consenso a nivel comunitario e interprofesional.

21 (98/C33/03) publicada en la *Gazz. Uff.* C.E. del 31 de enero 1998.

22 Titulada «Propuesta de Acto del Consejo que establece la Convención relativa a la Competencia Jurisdiccional, al reconocimiento y a la ejecución en los estados miembros de la Unión Europea de las decisiones en materias civiles y comerciales».

selas de 1968, a la cual se han agregado recientemente las convenciones europeas firmadas en Bruselas el 23 de noviembre 1995 sobre el procedimiento de insolvencia y el 23 de mayo 1997, sobre la notificación de los actos judiciales y extrajudiciales, sobre todo la convención del 28 de mayo 1998 – llamada Bruselas II – sobre competencia en reconocimiento y la ejecución de las decisiones en las causas matrimoniales²³.

Sin poder resumir aquí completamente las pautas sugeridas por la Comisión y, menos aún, la larga motivación que ha sido dada, notaré que se ha propuesto sobre todo:

- I. Como criterio base de la competencia (o, nosotros diremos de los límites territoriales de la jurisdicción) la sustitución del domicilio, con la residencia habitual (Artículo 2° de la Convención); la revisión de las normas sobre las competencias especiales, incluidas aquellas en materias de seguros y de contratos celebrados por consumidores, y de aquellas sobre la competencia exclusiva y sobre la prórroga de la competencia;
- II. Una nueva regla de competencia (ex artículo 18° bis, primer párrafo), para las medidas cautelares y provisionales, a favor del Estado sobre el territorio del cual estas medidas pueden ser efectivamente ejecutadas, sustituyendo el artículo 24° de la Convención;
- III. La introducción; en la convención, de nociones de derecho uniforme en materia de medidas provisionales y cautelares (véase la definición del artículo 18° bis segundo párrafo) y de litispendencia (definición del momento en el cual se considera que el juez conoce la causa investido de competencia, artículo 21° tercer párrafo);
- IV. La facilitación de la circulación de las sentencias en Europa a través de una revisión de las disposiciones sobre el reconocimiento o sobre la ejecución contenidas en las convenciones de Bruselas y de Lugano, fundadas sobre la técnica de la inversión del contencioso y sobre la limitación de las causales de contradicción del reconocimiento y de la ejecución (nuevos artículos 27°, 31°, 34°, 36°, 37°, bis y ter y 38°);
- V. La idoneidad de la sentencia de condena, aún antes del *exequatur*, para permitir medidas provisionales y cautelares en cualquier Estado

23 Se pueden leer estas tres convenciones en *Riv. tir. internaz. priv. e proc.* respectivamente 1996, p. 661 y ss.; 1998, p. 668 y ss. y 1998, p.928 y ss.

contrayente según la legislación de este estado (nuevo artículo 27º de la Convención).

Además se pone al estudio²⁴:

- La oportunidad de crear un título ejecutivo europeo que pueda beneficiar de un *exequátur* cuasi automático (recuperando, así, al menos en parte, las sugerencias de los *huissiers*);
- La adopción de medidas con la finalidad de asegurar la transparencia del patrimonio (como la obligación de declaración de patrimonio por parte del deudor ejecutado) y el intercambio de informaciones entre las autoridades ejecutivas,
- La introducción de un procedimiento rápido para la recuperación de los créditos de dinero y de reglas sobre la prenda de las cuentas bancarias.

13.- A estas y a otras propuestas que han sido elaboradas a nivel doctrinal – como aquella de la creación de una medida cautelar europea – se agregan las indicaciones precisas del tratado de Amsterdam del 2 de octubre de 1997, que entró en vigor el 1º de mayo de 1999. En efecto, como modificación e integración del Tratado de Maastrich del 7 de febrero de 1992 sobre la Unión Europea se ha previsto (artículo 73º y I, introducido en el citado tratado fundamental por el artículo 15º del tratado más reciente) «por la finalidad de instituir progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia, el consejo adopta [...] c) medidas en el sector de la cooperación judicial en materia civil como esta previsto en el artículo 73ºm». Estas medidas textualmente incluyen:

- En primer lugar, «el mejoramiento y la simplificación: – del sistema para la notificación transnacional de los actos judiciales y extrajudiciales; – de la cooperación de los medios de prueba; – del reconocimiento y de la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial comprendidas las decisiones extrajudiciales»;

²⁴ v. Comunicazione cit n. 30 ss.

- En segundo lugar «la promoción de la compatibilidad de las reglas aplicables en los estados miembros a los conflictos de leyes y competencia jurisdiccional»,
- Por último «la eliminación de los obstáculos del correcto desarrollo de los procedimientos civiles, si es necesario promoviendo la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los estados miembros».

En consecuencia nos encontramos frente a un programa de basto radio, en el cual el retomar los modelos ya elaborados –aún cuando con su oportuna valoración crítica– deberá ser puesta en la agenda de las autoridades europeas. La última sobre todo, de las previsiones ahora mencionadas deja una amplia discrecionalidad en la elección, necesariamente progresiva de los sectores de intervención: una discrecionalidad de la cual se debe augurar que la Comisión se apoye, retomando en examen la mayor parte de los modelos hasta aquí propuestos, aún cuando con ulteriores integraciones²⁵. La conciencia que el camino hacia un proceso civil uniforme –en el sentido más lato de la expresión– es largo y difícil aún en el sólo ámbito de la Unión Europea no debe en consecuencia inducir al escepticismo, o peor, a la renuncia.

25 El gran obstáculo que parece de todas formas destinado a quedar sobre le terreno de la ejecución forzada para créditos de dinero y dada la contraposición entre el principio de la *Par condicio creditorum* y aquél de prioridad del primero que ha garantizado. Reenvío, para un reconocimiento a nivel europeo sobre el primer problema a mi escrito *La distribution des deniers dans l'exécution forcée en Europe*, in *Revue internationale de droit comparé* 1999, p. 331 ss., e, per alcune precedenti considerazioni de *jure europaeo condendo, alle prospettive di armonizzazione*, cit., pp. 218, 219. *Per la regola saisie sur saisi ne vatu, richiamo le considerazioni svolte nel mio lavoro, les titres exécutoires et le recouvrement des créances dans l'Union Européenne*, in *Actualités du droit (Revue de la Faculté de Droit de Liège)*, 1995-2 p.382 y ss.

El arbitraje institucional en Iberoamérica

Roberto Omar Berizonce

A Enrique Vescovi, maestro auténtico, luchador incansable, impulsor de la transformación del sistema judicial en Iberoamérica, en testimonio de admiración por su obra y su condición humana.

1. Naturaleza y sentido «social» del arbitraje

Desde sus más remotos orígenes el arbitraje aparece y se dibuja como método de solución de conflictos confiado a los particulares, a las personas comunes, anterior al Estado y a la intervención de los órganos especializados de la jurisdicción pública¹. Las formas de solución privadas, la autocomposición, la mediación y el arbitraje en sus variadas modalidades formaban parte antiguamente, de hecho excluyente, de la jurisdicción, que históricamente antecediera a la legislación². Cercanos estudios antropológicos confirmaron la gran importancia y desarrollo que en las sociedades primitivas han tenido la negociación, mediación, conciliación y el arbitramento³.

1 Gelsi Bidart A., «Significado de la promoción del arbitraje», en **XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal**, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1990, v.I, pp. 689-690.

2 Calamandrei P., «El significado constitucional de las jurisdicciones de equidad», en **Estudios sobre el proceso civil**, E. B. A., Bs. As., 1945, trad. S. Sentis Melendo, pp. 64-68. La noción de jurisdicción, por ende, resulta independiente de su atribución por parte del Estado a unos órganos determinados. El órgano es así irrelevante a los efectos de determinar la función (Serra Domínguez M., **Estudios de Derecho Procesal**, Ariel, Barcelona, 1969, p. 580).

3 Así, los estudios que integraron *The Florence Access-to-Justice Project*, en la

En el devenir histórico, el arbitraje subsistió hasta nuestros días, al lado del proceso judicial, como instituto especial confiado a jueces privados -árbitros o amigables componedores- a los que por la voluntad de las partes se someten el conocimiento y decisión de sus diferencias; lo cual no obsta a su naturaleza jurisdiccional.

Claro que la jurisdicción arbitral y la función de los árbitros a través del dictado del laudo, suponen necesariamente la observancia inexcusable de las reglas esenciales del debido proceso constitucional: la decisión de un tercero imparcial e independiente a la que se arriba al cabo de un proceso que aunque simplificado y desacralizado, asegure la audiencia, contradicción e igualdad específica de las partes. Aún careciendo los árbitros de la *coercio* y la *executio* públicas, son de todos modos los jueces del caso particular sometido por los interesados para su composición; tienen autoridad porque ejercen la *notio*, la *juditio* y la *vocatio*, mas carecen de la potestad para imponer y ejecutar por sí sus laudos.

El amanecer del nuevo milenio encuentra a la tradicional figura del arbitraje pujando por alcanzar nuevos horizontes, en un despliegue que se abre en diferentes perspectivas, bajo el común denominador de su expansión para ocupar un lugar más destacado -cuantitativa pero también cualitativamente- en el «reparto» y atribución de espacios, en confrontación con la jurisdicción oficial. Remozamiento y *aggiornamento* del proceso arbitral antes confinado a los ordenamientos procesales y ahora a menudo resaltado en leyes especiales de arbitraje⁴, superadoras de los obstáculos que desde el diseño jurídico han impedido su consolidación; expansión y nuevos rumbos del arbitraje internacional⁵, para servir útilmente en la nueva fase de armonización transnacional; gestación e impulso singular, en fin, a nuevas modalidades, como el denominado arbitraje institucional o administrado, del que nos hemos aquí de ocupar.

década de los '70, bajo la dirección de M. Cappelletti: *Acces to Justice*, M. Cappelletti editor general.

4 Berizonce R. O., «Recientes tendencias en la posición del juez», en *El juez y la magistratura* (tendencias en los albores del siglo XXI), R. O. Berizonce Relator General, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 1999, pp. 46-48 y sus remisiones.

5 Morello A. M., Sosa G. L. y Berizonce R. O., *Códigos Procesales...*, *Op. cit.*, v. IV-B, pp. 89-110; 111-143.

2. El arbitraje como instrumento para el acceso a la justicia

En los trazos gruesos de la reseñada evolución del arbitraje afloran con nitidez las aristas más típicas de un complejo fenómeno de nuestro tiempo: la actual «exposición» del arbitraje⁶, con reconocer causas múltiples y desde luego no lineales, no puede considerarse ajena, al menos, a cuatro tipos de motivaciones. En primer lugar, la eclosión en la sociedad finisecular de ciertas categorías de conflictos con muy particulares características -en general, los que se derivan de las denominadas relaciones de «coexistencialidad» y los «procesos sociales»-, diferendos para cuya composición determinados medios alternativos -y entre ellos, el arbitraje por sí sólo o articulado con la mediación o conciliación- presentan ventajas diferenciales en relación comparativa al proceso de cognición judicial. Segundo, e igualmente significativa, la situación a menudo de impotencia del aparato oficial para brindar satisfacción adecuada -en tiempo y a costos razonables mediante decisiones intrínsecamente justas-, a los reclamos de los justiciables, que impulsa la «fuga» hacia tales medios alternativos imaginariamente recurridos como supuesta «tabla de salvación»⁷. Tercero, no menos importante, la motivación profunda que supone la recurrencia a ciertas formas originarias de solución de diferendos -una suerte de «regreso a las fuentes»-, desentendidas de sacramentalidades y formalismos estériles, como forma simple de justicia confiada a jueces no profesionales («desjudicialización») y, por ello, quizá más humanizada. El ideal de «un proceso de rostro más humano»⁸ que cree verse realidad a través de esos medios que, sin ser sustitutivos, aspiran a equiparse al enjuiciamiento público. Cuarto (*last but not least*), en un contexto social crecientemente participativo política y socialmente, que a su vez conlleva por ello mismo a una mayor apetencia de justicia por parte de todos los ciudadanos, la nueva

6 Es la gráfica expresión que utiliza Artavia Barrantes S., **La nueva ley de arbitraje de Costa Rica**. Aciertos y desaciertos, comunicación al Congreso Internacional «*Processi di integrazione e soluzione delle controversie: dal contenzioso fra gli stati alla tutela singoli*».

7 Morello A. M., **Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas**, LEP-Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, v. 1, pp. 587 y ss.; v. 2, pp. 849-852.

8 Cappelletti M. y Garth B., **El acceso a la justicia**, ed. Col. Abog. La Plata, 1983, trad. Amaral S., pp. 91 y ss. Vescovi E., *op. cit.*, pp. 161-162.

y remozada versión idealizada de las formas alternativas sólo puede convertirse en realidad en tanto se articule un sistema eficiente que, en paralelo a la justicia estatal, sea capaz de abastecer aquellas demandas. Se multiplica, entonces, la apuesta y el desafío, porque se espera (y debe darse) respuesta a una conflictividad exponencialmente creciente y, por añadidura, a menudo de alta complejidad técnica (procesos complejos) y procesal (procesos colectivos).

El arbitraje, entonces, se proyecta en diversas aunque convergentes direcciones: por un lado, atiende con un *opus* de calidad y mejor justicia intrínseca la parcela que tradicionalmente venía abasteciendo, la de los conflictos interempresarios, societarios, de seguros, transporte y mercantiles, en general. A perfeccionar el arbitraje en sus formas tradicionales tienden las remozadas preceptivas de los ordenamientos procesales y las nuevas leyes específicas, antes recordadas.

Sin embargo, otro diverso y mucho más extendido es el universo en el que, y para el que, se proyecta el arbitraje en la vertiente social. El tradicional mecanismo del arbitraje *ad hoc*, para la solución de los puntuales casos -naturalmente de singular utilidad y valía a esos fines-, resulta insuficiente desde el punto de vista organizacional cuando se pretende brindar respuesta a aquella creciente masa conflictiva que en estos tiempos busca refugiarse en las formas alternativas. Tampoco exhibe eficiencia un sistema de mediación «caso por caso», por razones que son comunes⁹.

Claro que el fenómeno del auge de los mecanismo «parajudiciales» que vienen a competir con la justicia pública, no es exclusivo de estos tiempos. Baste recordar las diversas jurisdicciones especiales y comisiones arbitrales de todo tipo que ya refería Calamandrei, que se multiplicaron en los años de la primera conflagración mundial, y más cercanamente los que aquí y allá se instalaron durante y después de la última gran guerra. El análisis histórico no deja de ser útil y sugiere reflexiones insoslayables; con la perspectiva del tiempo parece ingenua la conclusión principista del maestro florentino que veía en la proliferación de la jurisdicciones de equidad tan sólo un fenómeno de excepción y acotado por las circunstancias. Quizá la conclusión deba ser

9 Morello A. M., *Estudios de Derecho Procesal...*, *Op. cit.*, v. 2, pp. 873-876: Conciliación y mediación. Más sombras que luces.

diversa: aquellos órganos fueron, es cierto, producto de su tiempo, pero también lo es que en realidad son siempre frutos de un estado de necesidad; lo que entonces era necesidad transitoria, ahora se ha convertido en un estado de necesidad continuado y permanente, definitivamente afincado en nuestras circunstancias. De ahí que la recurrencia a los medios alternativos de solución de disputas se integra ahora, y está aposentado probablemente por mucho tiempo, en el arsenal de mecanismos de la justicia. Aserto que se sostiene tanto en el previsible incremento continuado de los reclamos, por la conciencia de un mayor y más efectivo acceso a la justicia, cuanto por las ventajas diferenciales que tales medios -y el arbitraje en particular, en lo que aquí interesa- ofrecen según las particulares clases de conflictos, sentado el acentuamiento de las tutelas diferenciadas.

Bien entendido, sin embargo, que en cualquiera de sus modalidades, el sometimiento al arbitraje privado no puede, en ninguna circunstancia, imponerse obligatoriamente a los particulares. Ello implicaría contrariar su esencia y razón de ser, que asienta en la libre voluntad negocial de las partes. La garantía constitucional de la defensa en juicio, es bien sabido, supone la oportunidad concreta para toda persona de hacer valer sus derechos en justicia, y por ende que se encuentren expeditas las vías útiles, ante un juez imparcial e independiente, que no es otro que el juez oficial. Sólo por la libre y espontánea voluntad de los interesados puede obviarse la vía judicial y, si se tratare además de conflictos sobre derechos disponibles no excluidos por la ley, es legítimo y operante el deliberado sometimiento a jueces particulares cuya competencia, de todos modos, solo se abre si son ambos contendientes de consumo quienes libremente escogen esa opción. Salvo los excepcionales supuestos en los que el desemboque arbitral viene, por la naturaleza singular (técnicas) de ciertas cuestiones conflictivas adosado al quehacer de jueces privados, sujeto de todos modos a la regla genérica del control judicial del laudo.

3. El arbitraje institucional

La organización institucional del arbitraje ofrece diversas peculiaridades que la diferencian del tradicional método del arbitraje *ad hoc*. Mientras en este último se confía individualmente a los árbitros espe-

ciales convocados para dirimir el específico conflicto, quienes llevan a cabo su cometido vinculados tan solo por el lazo que les une a los propios requerientes y bajo su exclusiva responsabilidad; en cambio, en aquel, el enlace y la comisión se encarga a una entidad -pública estatal o no estatal o privada- que organiza, controla y responde por el singular servicio (por el buen servicio), dispensado por especialistas (árbitros) que se desempeñan por sí aunque bajo la gestión y responsabilidad de la institución administradora (arbitraje «administrado»).

Va entendido, entonces, que tal tipo de arbitraje «administrado» supone un conjunto de actividades de organización, gerenciamiento, control y consecuente asunción de responsabilidad de la entidad por los «productos» (laudos) que se expidan. Dichos servicios pueden confiarse a organismos públicos -v. gr. cámaras de arbitraje o comisiones especiales para arbitrar en conflictos individuales del trabajo, locaciones, materia agraria, etc.¹⁰. Una modalidad de este tipo de entes se ha desarrollado recientemente para atender la tutela de los derechos de los consumidores (tribunales y juntas arbitrales de consumo); procuraduría de los consumidores y usuarios, entre otros).

Sin embargo, por la propia esencia del arbitraje que supone el emplazamiento voluntario de jueces privados, que por definición no han de ser funcionarios públicos ni integrar la nómina del personal de la administración, la modalidad por antonomasia de arbitraje «administrado» es el que se organiza y gestiona por entidades privadas, asociaciones, fundaciones, entes sectoriales (cámaras empresarias, organizaciones sindicales), incluyendo a ciertas entidades paraestatales públicas, aunque no estatales (colegios, órdenes o «barras» profesionales) o autónomas (institutos universitarios); y aún supranacionales (tribunales arbitrales del Mercosur).

La organización institucional del arbitraje presenta notorias ventajas comparativas en relación con el arbitraje *ad hoc*. Básicamente, porque la atención masiva de los reclamos se facilita por la organización de un íntegro sistema que se asemeja -debe asemejarse- al propio esquema jurisdiccional oficial. Una trama reglamentaria, siquiera mínima aun-

10 Así las comisiones especiales italianas ya aludidas por Calamandrei M., *op. cit.*, pp. 71 y nota 24, 87 y notas 53-56. En los países iberoamericanos son conocidos múltiples organismos administrativos de ese tipo.

que de fuente legal, traza las pautas y principios que lo gobiernan: a) reglas de organización de los centros de arbitraje, entidades autorizadas, funciones, atribuciones; b) mecanismos de selección de los árbitros (concursos públicos); c) reglas de procedimiento arbitral (debido proceso, desacralización, informalismo) y supletoriedad; d) listas de árbitros y procedimiento de su confección, duración de los cargos, requisitos que deben reunir los aspirantes, reglas para la asignación a cada caso, causas de recusación y excusación; e) control de la actividad de los árbitros, régimen disciplinario; f) costos del servicio, tarifas de honorarios y gastos; g) contralor público de los centros y régimen de responsabilidades derivadas del servicio (de la entidad y de los árbitros).

4. Auge y expansión del arbitraje institucional

El desarrollo «explosivo» del arbitraje institucional constituye un fenómeno en expansión, típico de la última década del siglo fenecido. En Brasil, la Ley de arbitraje de 1996, no obstante la inexistencia de una cultura favorable generó una multiplicación de los órganos arbitrales institucionales. No sólo se modernizaron los entonces existentes sino que se crearon entes nuevos, especialmente en los grandes centros urbanos, multisectoriales, con el apoyo de las asociaciones mercantiles, bajo la forma de centros de mediación y arbitraje. De hecho, se han amplificado las zonas de cobertura de tan novedosos sistemas, descentralizándose su operatoria; completándose y categorizándose el cuadro de los árbitros por sectores de actividad; se han adecuado las tablas de costos, tornándose más competitivas, en paralelo con un sostenido esfuerzo de divulgación y discusión del instituto¹¹.

Un movimiento similar se ha producido en España, donde especialmente al amparo del Art. 10º de la Ley Nº 36/1998, han prolifera-

11 Barbosa Moreira J. C., «La nueva ley de arbitraje brasileña», en *Rev. Urug. Der. Proc.*, FCU, Montevideo, 1997, Nº 4, pp. 475-491. Carmona C. A., *arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigencia da Ley 9307/96*, comunicación al Coloquio Internacional «*Processi di integrazione e soluzione delle controversie: dal contenzioso fra gli Stati alla tutela dei singoli. Europa e America Latina*», Roma, 7-9 setiembre 1999, cit. Theodoro Junior H., «*A arbitragem como meio de solucao de controversias*», en *Genesis*, *Rev. Dir. Proc. Civ.*, Curitiba, 1999, Nº 14, pp. 103 y ss.

do organismos arbitrales de todo tipo, cada uno esforzándose por «vender» su propia cláusula arbitral y compitiendo en un mercado jurídico atractivo, que sin embargo no deja de generar suspicacias¹².

La misma tendencia se advierte, en general, en Colombia, principalmente a partir de la Ley general de arbitraje N° 23 de 1991, cuyo Art. 90° diferencia el arbitraje institucional -que se realiza a través de los «centros de arbitramiento» organizados con sujeción a dicha preceptiva- del denominado «independiente», regulado por el Decreto N° 2279 de 1989 y modificatorios. Diferenciación que reposa en la naturaleza del órgano que la administra, en tanto aquella se confía a asociaciones, fundaciones o agremiaciones y cámaras de comercio habilitadas para instituir centros de arbitraje, sometidos a la vigilancia del Ministerio de Justicia.

No ha sido ajena a esa línea la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela de 1998, que regula minuciosamente el «arbitraje institucional», previendo que una amplia gama de entidades no gubernamentales están autorizados para organizar sus propios centros de arbitrajes, dictando los respectivos reglamentos, bajo las condiciones que preceptivamente establece la ley relativas a sede permanente, infraestructura de apoyo, lista de árbitros y demás aspectos.

En Costa Rica, la Ley N° 7727 de Resolución Alternativa de Conflictos de 1998, superando la anterior legislación que omitía regular el arbitraje «administrado», impulsa ahora decididamente la creación de centros arbitrales con amplias facultades; entre otras, para resolver arbitrajes, aplicar su procedimiento a arbitrajes externos, conformar la lista oficial de árbitros. Los centros son autorizados por el Ministerio de Justicia, que controla su funcionamiento y está facultado para revocar la habilitación. La ley determina, sobre procedimiento -actos procesales mínimos, régimen de recursos, medidas cautelares, ejecución del laudo-¹³.

12 Ramos Mendez F., *Enjuiciamiento Civil*, J. M. Bosch ed., 1997, v. II, pp. 1118, 1120.

13 [...] existentes, las organizaciones vinculadas a actividades económicas e industriales, las organizaciones cuyo objeto está relacionado con la promoción de la resolución alternativa de conflictos, las universidades e instituciones superiores académicas y las demás asociaciones y organizaciones que se crearen con posterioridad a la vigencia de esta ley que establezcan el arbitraje como uno de los medios de solución de las controversias, podrán organizar sus propios centros de arbitraje. Los centros

El Código General del Proceso uruguayo (Ley N° 15.982 de 1988) reconoce de pleno derecho los laudos dictados por las «cámaras de arbitraje», a los que se sometan las partes (Art. 472º, segundo apartado); ello permitió que se haya generalizado la posibilidad de remitirse a elegir alguno de los tribunales arbitrales permanentes que establecen las Cámaras de Arbitraje, que facilitan la selección de jueces particularmente especializados, con un costo apropiado¹⁴.

En México se ha destacado el papel relevante que cumple la Procuraduría Federal del Consumidor, creada en 1976 como organismo público descentralizado del gobierno federal y que tiene a su cargo la aplicación en el ámbito administrativo de la Ley federal de protección del consumidor (1992), con facultades para fungir como árbitro institucional. Misión similar se adjudica para intervenir en los conflictos entre los usuarios de servicios financieros y las entidades financieras, a la Comisión Nacional de Protección y defensa de los derechos usuarios de servicios financieros¹⁵.

creados antes de la vigencia de esta ley, podrán continuar funcionando en los términos aquí establecidos y deberán ajustar sus reglamentos a los requerimientos de la misma. Artículo 12º. En el arbitraje institucional todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo las notificaciones, la constitución del tribunal, la recusación y el reemplazo de árbitros y la tramitación del proceso, se regirá de conformidad con lo dispuesto en el reglamento de arbitraje del centro de arbitraje al cual las partes se hayan sometido. Artículo 13º. Todo centro de arbitraje ubicado en Venezuela tendrá su propio reglamento, el cual deberá contener: a) Procedimiento para la designación del director del Centro, sus funciones y facultades; b) Reglas del procedimiento arbitral; c) Procedimiento de elaboración de la lista de árbitros, la cual será revisada y renovada, por lo menos cada año; los requisitos que deben reunir los árbitros; las causas de exclusión de la lista; los trámites de inscripción y el procedimiento para su designación; d) Tarifas de honorarios para árbitros y tarifas de gastos administrativos, las cuales serán revisadas y renovadas cada año; e) Normas administrativas aplicables al centro; y f) Cualquier otra norma necesaria para el funcionamiento del centro. Artículo 14º.

14 Gelsi Bidart A., *Significado de la promoción del arbitraje*, *op. cit.*, pp. 694-695. Asimismo, Greif J., Informe nacional uruguayo en *El juez y la magistratura...*, *op. cit.*, p. 497. La Ley N° 16.995 de 1998 impuso la asistencia letrada obligatoria en la instancia arbitral y en la mediación (Calvo Carballo M. L., «Jueces conciliadores...» en *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Inst. Urug. Der. Proc., FCU, Montevideo, 1999, pp. 591 y ss).

15 Ovalle Favela J., *op. cit.*, pp. 347-440.

En otros países, como Argentina, están proliferando los organismos que ofrecen arbitraje «administrado», aún sin una preceptiva legal que los regule, lo cual naturalmente constituye un obstáculo severo. De todos modos, dejando de lado la instalación en curso de tribunales administrativos para el arbitraje en las relaciones de consumo¹⁶, ocupan un lugar destacado los tribunales arbitrales institucionalizados que organizan las cámaras empresarias¹⁷. Es tradicional y con extensa y reconocida actuación el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires¹⁸, experiencia emulada por otras entidades similares¹⁹.

16 Resulta novedoso el ya aludido sistema de arbitraje de consumo instituido en la Provincia de Buenos Aires -aún no ha sido puesto en funcionamiento-, por el cual se crean bajo dependencia ministerial los tribunales arbitrales de consumo que han de funcionar en el ámbito de los colegios de abogados departamentales (18), conformados por tres árbitros, uno designado entre los representantes de las asociaciones de consumidores, otro por los representantes de las asociaciones empresariales, y el tercero que lo presidirá como árbitro institucional, un abogado especializado, designado por la autoridad de aplicación de entre los inscriptos en un registro especial (arts. 1º, 7º, 8º, dec. 1667/99). Las decisiones tienen carácter vinculante produciendo «idénticos efectos a la cosa juzgada para ambas partes»; sin perjuicio de ello, los laudos dictados por los tribunales arbitrales pueden ser recurridos ante una Junta Arbitral de Consumo de composición igualmente proporcional (arts. 4º a 6º). Cuando el proveedor hubiere realizado oferta pública de sometimiento al sistema de arbitraje respecto de futuros conflictos con consumidores o usuarios, el compromiso quedará formalizado con la solicitud de arbitraje que presente el reclamante (Art. 17º).

17 En lo pertinente y esencial los reglamentos de los distintos tribunales arbitrales se ajustan a las pautas de la ley modelo de arbitraje comercial internacional (UNCITRAL) de 1985. Conf.: Morello A. M., Sosa G. L. y Berizonce R. O., **Códigos Procesales...**, *op. cit.*, v. IV-B.

18 Reglamento aprobado en 1971, con reformas de 1972, 1979 y 1993. Puede verse su texto en Morello A. M., Sosa G. L. y Berizonce R. O., *op. cit.* en nota anterior, pp. 83-88. El tribunal actúa como árbitro de derecho o amigable componedor, conforme a la modalidad escogida por las partes; si nada se hubiere estipulado, debe proceder y decidir como amigable componedor (Art. N° 2, reglamento cit.).

19 Entre otros, en 1989 se creó el Tribunal de Arbitraje Permanente de la Bolsa de Comercio de Bahía Blanca, que se desempeña como árbitro de derecho o amigable componedor. Conforme a su reglamento, se instituye un proceso sumario con intermediación del tribunal en dos audiencias, una preliminar y otra de vista de la causa. También funciona con beneplácito de los sectores involucrados el Tribunal de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires (Caivano R. y Goyeneche A. T., **El arbitraje en el comercio de granos**, J. A., Bs. As., 1985-II, pp. 807 y ss.).

Importa atender la conformación, a partir de los años noventa, de órganos de arbitraje permanente en el seno de los colegios profesionales de abogados²⁰, notarios y de ciencias económicas. Resulta particularmente interesante la labor en este terreno de los colegios de abogados de la Provincia de Buenos Aires²¹ -entidades de derecho público creadas, por ley, pero que aunque sujetas a contralor público no integran la administración estatal-, que han acordado un reglamento arbitral uniforme para ser adoptado por las dieciocho entidades departamentales que componen el organismo provincial²². En la misma línea la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) -persona jurídica privada- sancionó en 1993 su reglamento de conciliación y arbitraje. Asimismo, el Consejo de Colegio y Ordenes de Abogados del Mercosur (COADEM) instituyó el Tribunal Permanente de Conciliación y Arbitraje Institucional²³.

Iberoamérica, en definitiva, asiste en la última década al remozamiento del arbitraje tradicional, a partir de la sanción de leyes especiales o la actualización de los ordenamientos procesales para dar cabida, entre otras modalidades, al arbitraje institucional²⁴, y aún al cobijo de

20 El H. Colegio de Abogados de Barcelona instituyó un tribunal arbitral modelo que ha servido de inspiración a emprendimientos similares. Las leyes profesionales de la abogacía argentina, sancionadas a partir de fines de los años '40, atribuyen a los colegios la facultad de aceptar arbitrajes; así, entre otras, la Ley N° 5177 (1948) de la Provincia de Buenos Aires. Morello A. M. y Berizonce R. O., **Las entidades profesionales y los desafíos del presente**, J. A., Bs. As., 1985-II, pp. 665 y ss. Berizonce R. O., *Efectivo acceso a la justicia*, LEP, La Plata, 1987, pp. 94-95; 194-195; id., *Derecho Procesal Civil actual*, *op. cit.*, pp. 607-608. Caivano R., *El arbitraje como modelo alternativo...*, La Ley, Bs. As., 1989-C, p. 1125.

21 Se ha destacado la proficua labor del tribunal arbitral del Colegio de Abogados de Mar del Plata, especialmente por el alto índice de acuerdos amigables logrados. Conf.: Hooft E. R., Games L. M. y Gulminelli R. L., **Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Mar del Plata**, La Ley, Bs. As., 1999-C, pp. 1027 y ss.

22 Reglamento de Conciliación y Arbitraje Institucional aprobado el 24-4-1998. Publicado por Col. Abog. Prov. Bs. As., 1998.

23 Reglamento aprobado en reunión plenaria de C.O.A.D.E.M. del 31-03-1996. Publicado en **La abogacía organizada en el proceso de integración del Mercosur**, ed. Col. Abog. San Isidro, Argentina, agosto 1998, año II, N° 5, pp. 16 y ss.

24 Berizonce R. O., «Recientes tendencias en la posición del juez» en **El juez y la magistratura...**, R. O. Berizonce Relator General, *op. cit.*, pp. 46-48. También en Chile, donde existe una larga y exitosa tradición de justicia arbitral, la falta de sanción

las leyes comunes que han posibilitado la instalación de centros de arbitraje «administrado».

5. Desafíos y perspectivas

El reflorecimiento de la vieja institución arbitral domina, junto con otros medios alternativos para dirimir los conflictos, una parte no desdénable del escenario del sistema de justicia, en un tiempo histórico de profundas mutaciones políticas, económicas y sociales, en el que los juristas porfían denodadamente por articular en concreto respuestas adecuadas a las exigencias de la gente.

Aún partiendo de la premisa pacíficamente aceptada que el arbitraje aplicado a negocios privados presenta ciertas ventajas comparativas en relación al proceso jurisdiccional, en particular para ciertas categorías diferenciadas de controversias -sea por la especialización del órgano, cuanto por la mayor flexibilidad e informalidad de los procedimientos y la consecuente celeridad en la adopción de los laudos-, es lo cierto que la aún corta experiencia de los años '90, insuficiente claro para evaluaciones definitivas, ha puesto de resalto más dudas que certezas, más sombras quizás que luces.

El arbitraje «administrado» o institucional comienza a dar sus primeros, y siempre encarpados, pasos en un medio -común, en general, en todos los países del área iberoamericana- poco proclive a aceptar la declinación de la competencia judicial y su transferencia a jueces particulares -aunque tal transvasamiento no sea total, por la subsistencia de cierto control judicial que no cabe suprimir-. Razones diversas y complejas siguen resistiendo el avance de las soluciones arbitrales, en intensidad muy superior incluso a cierto desdén que se advierte respecto, v. gr., de la mediación-conciliación.

No están en cuestión las bondades técnicas que se adjudican al arbitraje, sino su operancia y virtualidad práctica a partir de su efectiva experiencia²⁵. Si bien son notorios los avances en punto a la difusión

de un ordenamiento especial y actualizado no ha sido obstáculo para su desarrollo pujante (Tavolari Oliveros, informe nacional chileno, en *op. cit.*, pp. 285-587).

25 Berizonce R. O., *Derecho Procesal Civil actual*, *op. cit.*, pp. 582 y ss. Se ha sostenido que en general el público considera ineficiente la justicia privada: Arguedas

de estas instituciones, de todos modos no han penetrado aún en la estimativa colectiva. Entre los propios abogados, operadores principales en el esquema, subsisten resquemores y desconfianzas alentadas a veces, es cierto, por sus propios intereses; pero si no están ellos convencidos difícilmente sus defendidos declinan la jurisdicción de los jueces oficiales, que aún en un marco de ineficiencia del servicio judicial ofrecen todavía garantías objetivas mínimas no desdeñables²⁶. Porque no obstante sus conocidas rémoras se considera que puede conjugar mejor y más adecuadamente los principios de igualdad de las partes²⁷ y la razonabilidad comparativa de los costos, verdadero «talón de Aquiles» del arbitraje.

El modelo superador debe provenir de la articulación y puesta en práctica de un eficiente sistema de arbitraje institucional, organizado de modo que pueda ofrecer ventajas manifiestas en comparación con el sistema judicial, en confiabilidad, en celeridad procesal y sobre todo en ahorro de costos y en la calidad de las decisiones («llave en mano», es decir al momento de la efectiva satisfacción de lo pretendido). De lo contrario, seguramente los litigantes seguirán «prefiriendo» el proceso jurisdiccional común.

La mejor calidad no se mide tan sólo en términos técnicos -por la mayor especialización- sino que está referida también a una cualidad

Salazar O., informe nacional costarricense en *El juez y la magistratura...*, *op. cit.*, p. 231. Sobre la desconfianza y temores de los abogados: Morello A. M., *Los abogados. Desafíos de los años 90*, LEP, La Plata, 1993, pp. 76-77.

26 Entre las conclusiones del relatorio general sobre «recientes tendencias en la posición del juez», en el XI Congreso Internacional de Derecho Procesal (Viena, agosto de 1999), quedó de resalto la paradoja de la creciente «jurisdiccionalización», por la mayor recurrencia de los ciudadanos ante el Poder Judicial, no obstante la ineficiencia comprobada del sistema jurisdiccional y aún, el desprestigio de la magistratura, fenómeno particularmente notable en los países latinoamericanos. Berizonce R. O., «Recientes tendencias en la posición del juez», *op. cit.*, pp. 57-58.

27 Se ha sostenido en tal sentido que en realidad más que el arbitraje, es menester ensanchar los mecanismos sociales de solución de conflictos, como la conciliación en equidad a través de los jueces de paz (Parra Quijano J., informe nacional colombiano, en *op. cit.*, pp. 222-223). En sentido similar, hay que estimular la creación de centros de arbitraje para darle satisfacción al 88 por ciento de la población que, por falta de recursos, no accede al sistema de justicia formal, para lo cual debería considerarse obviamente los costos del sistema y los honorarios de los árbitros (Quintero Tirado M. informe nacional venezolano en *op. cit.* p. 574).

del órgano y del «producto» (laudo) cual es, en relación a ciertas controversias, el contar con una decisión justa y equitativa (*fair and equitable*)²⁸. De ahí que el arbitraje institucional debe ser de derecho y, también y preferentemente de amigables componedores (árbitros de equidad)²⁹. Más aún, este último ofrece inmejorables posibilidades para abastecer cierto tipo de conflictividad simple, porque no entra a competir con los jueces oficiales y viene a superar, por la informalidad de los procedimientos, el sacramentalismo tan criticable de los procesos jurisdiccionales. En correspondencia, no se requiere de patrocinio letrado obligatorio.

La reducción de los costos es no menos esencial. Si el arbitraje resultara tanto o más oneroso que la justicia pública, se confirmaría la creencia común que le adjudica un carácter elitista; sería inviable a los fines de erigirse en un «equivalente jurisdiccional». La menor onerosidad, al igual que cuando se trata del proceso común, ha de pasar necesariamente por el abaratamiento de los costos de los abogados, periciales y, naturalmente, el agregado de los emolumentos de los árbitros y las tasas arbitrales no deberá incidir en la sumatoria general. En definitiva, tal sumatoria debe expresar guarismos finales menores -mejor aún, considerablemente inferiores- a los que eroga la justicia oficial.

El montaje del sistema institucional -con lo que deben lidiar las entidades que aspiran a prestarlo- implica la selección de los árbitros mediante concursos públicos, la organización y gestión burocrática de los centros de arbitraje, incluyendo el asesoramiento gratuito para los carentes de recursos, el control de la actividad de los árbitros y el ejercicio del poder disciplinario, en fin, el dictado de los respectivos reglamentos. Habrá de cuidarse de no generar una nueva burocracia paralela a la judicial, para poder instalar una organización eficiente y dispuesta para atender la conflictividad que, de algún modo graciosamente, esté dispuesta a recurrir a los jueces particulares.

28 Cappelletti M. y Garth B., *op. cit.*, p. 124. **Sobre las jurisdicciones de equidad**, Calamandrei P., *op. cit.*, pp. 64 y ss.

29 Los amigables arbitadores o componedores actúan sin subordinación a formas determinadas, pero sujetos a los principios básicos del debido proceso y la igualdad de las partes. Si bien resuelven «según su saber y entender», «a verdad sabida y buena fe guardada».

Para ahuyentar el temido estigma de una «semijusticia» (Bentham) o «justicia de segunda», sustituto caritativo y caricaturezco de la jurisdicción oficial, que alienta en el inconsciente colectivo cada vez que se opera un desplazamiento del régimen natural, en menester optimizar la prestación arbitral, que debe trepar hasta los más altos registros de confiabilidad, calidad y seguridad jurídica. Contar con -y antes, capacitar árbitros altamente dotados, especializados y confiables, con vocación señalada, porque no se asentará el arbitraje institucional si se muestra incapaz de emular y aún superar a los propios jueces oficiales, con los que han de competir, de uno u otro modo. En ello radica el arduo desafío que plantea el arbitraje en la dimensión institucional. Sólo cabe ahora la apuesta, que el tiempo dirá si se alumbra una ilusión o se desvanece otra esperanza.

Conciliación y Arbitraje en el Perú: presente y futuro

Aníbal Quiroga León

«[...] a un hombre se le cayeron tres monedas, y otro las encontró. Ambos fueron ante el juez y los dos insistían en que no les correspondía quedarse con el dinero. El que dejó caer las monedas, explicó que no merecía recuperarlas porque la pérdida se debía a su propia negligencia. El que las encontró argumentó que no podía quedarse con ellas, porque no le pertenecían originalmente.

Después de escuchar a las partes, el juez sacó otras tres monedas de su propio bolsillo y las agregó a las otras, luego dividió las seis entre los tres. Al final dijo: el que dejó caer las monedas, y que tenía tres al principio, ahora tiene dos; el que encontró tres monedas, también tiene dos; yo tenía tres monedas en mi bolsillo, pero ahora tengo dos. Cada uno de nosotros perdió una moneda. Este es mi Fallo».

*Decisión judicial del período feudal Edo (1600-868)*¹

1. Introducción

La Conciliación y el Arbitraje constituyen figuras judiciales fascinantes. Muchos se preguntarán cómo pueden ser definidas como judiciales si son muchas veces constituidas de modo pre-judicial o en sede privada arbitral, dado que la ideología imperante sobre la materia, y cierta desinformación, en los últimos tiempos han presentado a estas instituciones como diferentes, hasta antagónicas, cuando ello en realidad no es así.

Lo anterior se ve ahora más resaltado cuando se presenta, en la hora actual de crisis generalizada –en mayor o en menor grado– de la admi-

1 Tomado de Lorenzo Zolezzi. «Relevancia social del Juez Civil»; Ponencia ILANUD, San José, 1987.

nistración de justicia globalizada, los ADR's (*Alternatives Dispute Resolutions*), que en una traducción semántica que equivoca su concepto jurídico, se presenta de modo grueso como «Formas alternativas de solución de conflictos». Y decimos equívoca, por cuanto —en realidad— ni la Conciliación ni el Arbitraje son, en puridad, formas ni medios alternativos al sistema judicial para la solución de los conflictos intersubjetivos de una sociedad, sino formas antecedentes de solución de esos conflictos como instrumentos que el Derecho procesal ofrece para la solución de tales conflictos de modo previo al proceso judicial jurisdiccional.

La Conciliación y el Arbitraje comparten la misma naturaleza jurídica del proceso judicial. Tienen la misma finalidad. Repiten en mayor o en menor grado el mismo método. Y se sirven del proceso para su realidad. Son, en realidad, procesos judiciales privados o arbitrales de forma variada frente a la única solución que el Estado ofrece a los conflictos intersubjetivos de sus ciudadanos y que puede definirse como proceso judicial jurisdiccional².

En los orígenes de la humanidad, donde hunde sus raíces el proceso como medio pacífico de solución de controversias, las disputas al interior de una comunidad fueron inicialmente resueltas por mano propia. Regía entonces la ley del más fuerte, la ley de la selva, la autotutela en la defensa de los derechos de cada cual. Con el desarrollo y evolución de las condiciones sociales de vida, las gentes dejaron de pegarse y de matarse para dirimir la razón y los derechos, y empezaron a establecer acuerdos bilaterales de solución, a negociar, a hacer autocomposición, para la composición de los derechos de las partes. Finalmente, en el grado máximo del desarrollo social, frente a la limitación de la negociación cuando las partes no necesariamente llegaban a un acuerdo, o frente a la injusticia que se podía lograr porque siempre hay una parte más fuerte y una más débil, una más astuta y una más lerda, una más poderosa y otra menos pudiente, y ante el temor cierto de que el fracaso les hiciera involucionar nuevamente hacia la confrontación directa, con el grave perjuicio que ello supondría, decidieron hacer intervenir a un tercero, imparcial, que con la aceptación de los contendores y una necesaria legitimación social, determinase finalmente lo que a cada

2 Pedro Aragoneses Alonso. *Proceso y Derecho Procesal*; Ed. Aguilar; Madrid, 1960.

cual correspondía. Descubrieron entonces la heterocomposición como trilogía judicial para la solución pacífica de sus controversias³. Ello se encuentra estupendamente condensado por González Pérez⁴, quien al efecto señala:

«Los hombres que en su estado primitivo natural no reconocían superior que los defendiesen de insultos, opresiones y violencias, estaban, por consiguiente, autorizados para hacerlo por sí propios; la experiencia les hizo entender los graves daños a que los conducían estos medios, pues no podía defenderse por sí mismos, o excediendo los justos límites para conservarse, excitaban turbaciones a que eran consiguiendo mayores desavenencias, injurias y muertes; y consultando otros medios que mejorasen en la seguridad de sus personas sin los riesgos anteriormente indicados, acordaron unirse en sociedades y confiar su defensa y la de todos sus derechos a una persona que mirándolos con imparcialidad les distribuyese sus derechos y los conservase en paz y en justicia».

Y este tercero podía ser el anciano de la comunidad, el brujo, a quien se considerara el más sabio, el líder, el azar, el sacerdote, etc.⁵.

3 Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa**; Textos Universitarios; UNAM, México, 1970.

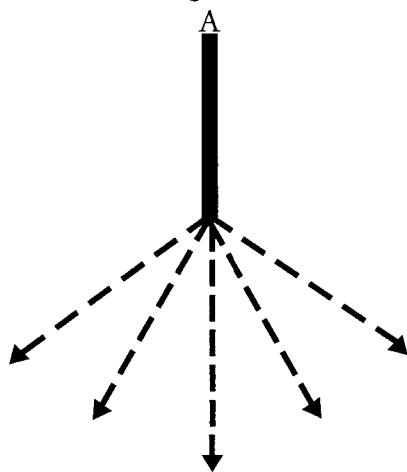
4 Jesús González Pérez. **El Derecho a la Tutela Jurisdiccional**; Ed. Civitas, Madrid, 1984; p. 19 y ss.

5 Es Calamandrei quien señala que históricamente la cualidad preeminente de la idea de juzgar, desde los albores de la civilidad ha sido la búsqueda de la ansiada imparcialidad. Así, de modo muy significativo, el juez se confunde con el sacerdote o brujo, que requiere de la ayuda de la inspiración de la superstición o magia, y hallará la motivación de sus fallos en el simple vuelo de las aves o en las vísceras palpitantes de las víctimas así inmoladas. El *juicio de Dios*, la *prueba de fuego*, el *occulto chiuso*, etc., serán expedientes suficientes para introducir en el juicio la garantía de la necesaria imparcialidad, entendida como una fuerza superior a todo cálculo humano y a todo poder terrestre, como la indeferencia de los dioses y la suerte ciega. También el método seguido el famoso juez *Bridoye di Ravelais*, que metiametría en una balanza los escritos de los litigantes dando la razón a los que pesaran más, como la justicia del *cadí turco* que decidía a ojos cerrados lanzando puñales a los eventuales contrincantes, sacrificándose al que perdía el juicio. Cuenta también la experiencia de etnólogo extranjero que presencié en una tribu africana, habitante en las orillas de un lago: cuando se producía una disputa, los litigantes eran atados a dos palos erigidos en la proximidad del lago, a igual distancia

Dentro de una de las fases del desarrollo del derecho en Roma se le denominó *árbitor*, para luego en la fase final adoptarse la de *iudicum* de la que se deriva el vocablo juez (el que dice la ley o el que dice el derecho), y la *iurisdictio* (jurisdicción) como la acción de decir el derecho (hoy la potestad jurisdiccional reservada de modo exclusivo y excluyente al Estado)⁶.

ESQUEMA

a) Autotutela

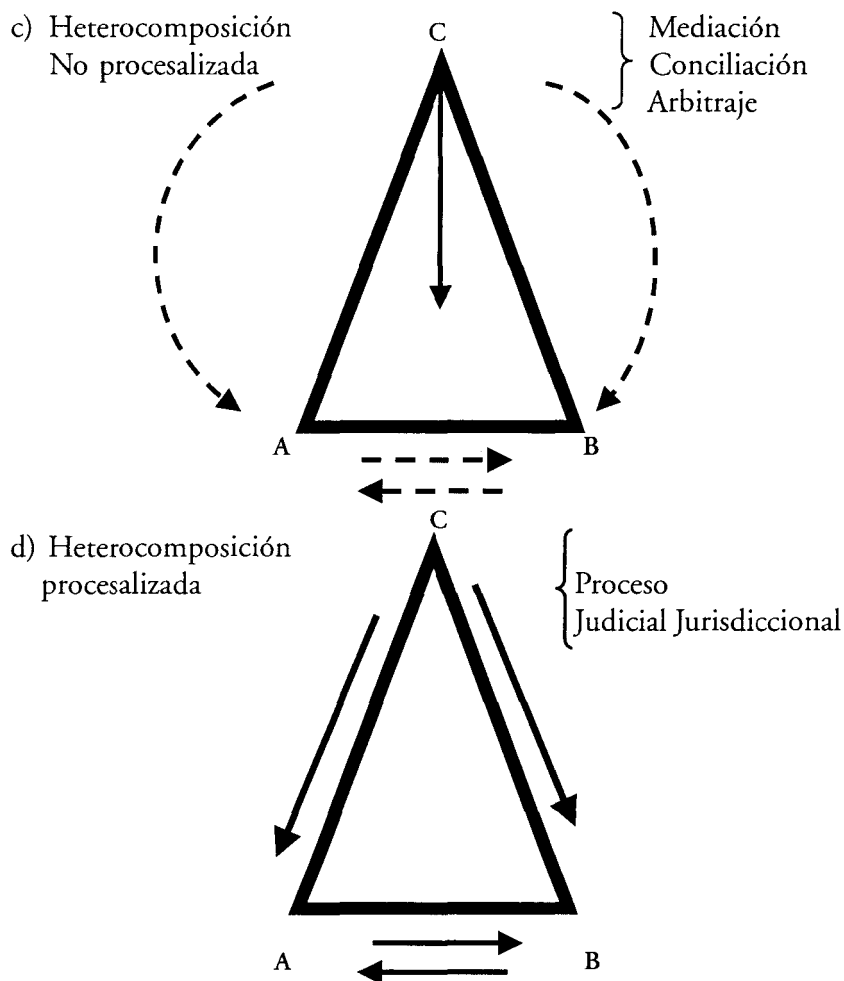


B) Autocomposición



el uno del otro con respecto al agua, quedándose allí a la espera de la sentencia. Al cabo de un rato, el oleaje anunciaba la presencia del juez: un viejísimo cocodrilo, muy enterado en aquellos menesteres, que después de haber soperadosopesado muy seriamente la cuestión, se acercaba muy lentamente a uno de los palos. El litigante devorado había perdido la causa, con evidente condena accesoria de propia vida. Piero Calamandrei. *Processo e Democrazia*. CEDAM, Pádova, 1954; pp. 46-49; también ed. bajo el título **Proceso y Democracia**; EJEa, Bs. As., 1960; con la traducción de don Héctor Fix-Zamudio.

6 El **Arbitraje** constituye la cuna del proceso jurisdiccional. Los antiguos jueces



Como señala con agudeza Calamandrei⁷, la idea fundamental que se encuentra en los más remotos albores de la civilización, y que constituye el germen de todos los institutos judiciales posteriores, es la siguiente:

romanos, tanto dentro de la Ordinaria Cognitio como dentro de la Extraordinaria Cognitio recibieron la denominación de Pretores o Arbiter. Aníbal Quiroga León. «Naturaleza Jurídica del Proceso Arbitral. Nulidad de Juicio Arbitral: Excepción de Cosa Juzgada»; en *El Jurista Revista Peruana de Derecho*, N°. 7/8; Lima, 1992.

7 Piero Calamandrei. *Instituciones del Derecho Procesal*; Bs. As., 1943; pp. 148 y ss.; cit. por Pedro Aragonese Alonso. *Op. cit.*; p. 47 y ss. y cit. 76.

«Para alcanzar una pacífica solución del conflicto, es necesario sustraerlo a las partes y confiar su decisión a un tercero extraño al conflicto, que por estar desinteresado pueda ser imparcial. Pero no se debe creer que este tercero imparcial, que se opone entre los sujetos del conflicto, sea originariamente el mismo Estado, con un órgano suyo con carácter de juez público. En un principio, el Estado se limita a favorecer y a disciplinar el uso del arbitraje, esto es, el uso de someter la decisión de la controversia a un particular de confianza común entre los contendientes (árbitro) a cuya decisión las partes se obligan por contrato a atenerse. Del arbitraje facultativo, al cual los contendientes recurren solamente si están de acuerdo en preferir la solución arbitral al uso de la fuerza privada, y en el que la decisión del árbitro es obligatoria solo en cuanto es aceptada por las partes, se pasa al arbitraje obligatorio en el sentido de que los contendientes están obligados por la autoridad a recurrir a él, y que la obligatoriedad de la decisión se impone también con la fuerza del Estado. De aquí a la institución de los jueces públicos el paso es corto: cuando el Estado en lugar de limitarse a imponer a los contendientes el recurrir a los árbitros privados, asume directamente la función plena de garantizar el derecho, mediante órganos propios investidos de pública autoridad, a los cuales los particulares están obligados a recurrir para la composición de las controversias, la jurisdicción como función del Estado ha nacido ya».

El Arbitraje no nace, pues, como una alternativa a la facultad jurisdiccional del Estado moderno de derecho. Habiendo sido el antecedente fáctico de éste, hoy es una fórmula procesal remanente de marcados y propios perfiles en un ámbito específico del Derecho procesal. Históricamente nace como una fase anterior al desarrollo del proceso jurisdiccional y que, con posterioridad a la formación del Estado-nación o Estado de derecho a finales del siglo XVIII, se hace tarea exclusiva y excluyente del Estado, quien se convierte así en el exclusivo *Arbiter* de los conflictos sociales e individuales de sus ciudadanos.

Sin embargo, el Arbitraje se mantiene como figura jurídico-procesal válida para la solución definitiva de determinadas controversias en las que el Estado cede su posición exclusiva y excluyente permitiendo que sus ciudadanos obtengan la satisfacción a sus conflictos de un modo consensualmente judicializado. Pero sólo en aquellas actividades que el Estado lo permita y bajo la tutela de éste, tanto como se permite la renuncia a los derechos judiciales, la conciliación de éstos, la transacción o su negociación.

Sin embargo, tal vez por la grave crisis del sistema judicial a nivel mundial en la sociedad contemporánea, muchos han vuelto sus ojos hacia el Arbitraje tejiendo una serie de mitos sobre su realidad, y otorgándole una calidad que ni tiene ni le corresponde, y que a la larga más que beneficiarle le restará fortaleza como adecuado mecanismo antecedente de solución de conflictos entre los particulares.

En efecto, el Arbitraje no puede ser considerado como una alternativa al proceso judicial, porque no lo es, ni por historia ni por realidad; como tampoco lo son el desistimiento de los derechos o la transacción judicial. Son mecanismos antecedentes de solución de conflictos que el Derecho procesal contiene de sus múltiples variables, en donde el proceso judicial jurisdiccional es el modo final, terminal, de lograr la solución compuesta por el Estado a falta de voluntad de los litigantes.

Y es precisamente eso lo que diferencia el Arbitraje del proceso judicial: la voluntad. En efecto, para renunciar a un derecho, para transigir con él, para arbitrar, se requiere de la voluntad expresa de hacerlo, sin la cual no se puede ingresar válidamente a ninguna de estas figuras. Así como no existe el «desistimiento forzado», ni la «transacción compulsiva», tampoco puede subsistir el «arbitraje obligatorio» porque dejaría de ser Arbitraje para convertirse en liso y puro proceso judicial jurisdiccional, solo que mentiroso.

Para mantener el Arbitraje —evidente institución procesal que, sin embargo, en la versión final del Código Procesal Civil del Perú de 1993 se la contiene⁸ en su verdadera dimensión, y con la fuerza jurídica que

8 Nótese que el Código Procesal Civil del Perú fue inicialmente aprobado por Decreto Ley N° 768 de 29 de febrero de 1992, y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el siguiente 4 de marzo, allí se contenía —en su Libro Segundo, arts. 841° a 931°— a la denominada *Justicia Arbitral*. Sin embargo, su primera *vacatio legis* estableció que ingresaría en vigencia el 1 de enero de 1993, y ello fue postergado hasta el 28 de julio de 1993. En el *ínterin*, mediante Decreto Ley N° 25940 —expedido en la fase dictatorial del Gobierno del Presidente Fujimori después del Golpe de Estado de 5 de abril de 1992— se le modificó sustantivamente, generando la necesidad de un *Texto Único Ordenado*, que es la versión actual aprobada por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS. En ese texto final desapareció, sin mayor explicación, el *Libro Segundo Justicia Arbitral* que luego fue regulado, con algunas modificaciones, como *Ley General de Arbitraje*, mediante Decreto Ley N° 25935 (D), de 09 de diciembre de 1992, y que prontamente fue derogada de modo integral y reemplazada con el mismo epígrafe por la Ley N° 26572 en actual vigencia.

le corresponde, debe tenersele en el lugar que le corresponde, sin desdibujar sus contornos y falsear sus alcances, porque de ese modo no se hace otra cosa que debilitarlo. Uno no puede arbitrar la validez de su matrimonio, ni la determinación de su herencia, ni su divorcio, ni todos aquellos derechos que la ley explícitamente excluye del Arbitraje (la gran mayoría). Tampoco el Arbitraje puede reemplazar a la justicia penal, ni a la justicia constitucional. Entonces, ¿qué es lo que se puede someter al Arbitraje?: fundamentalmente los derechos patrimoniales y que sean de libre disposición de los ciudadanos. Nada más.

Pero ello que parece poco desde un punto de vista conceptual, es bastante en la realidad. El proceso Arbitral reemplaza al proceso judicial del Estado. La decisión arbitral (Laudo) equivale a una sentencia judicial, y el laudo final constituye cosa juzgada para sus protagonistas, sustrayéndose el conflicto o litigio (materia arbitrable) de la competencia de la justicia ordinaria, la que para ese caso específico deviene incompetente en su juzgamiento por sobre el convenio arbitral.

Y lo que es más importante: los árbitros designados válidamente por los contendores devienen en verdaderos jueces jurisdiccionales, pero sólo delegados para el caso concreto de que trate el arbitraje y por el plazo que allí expresamente debe consignarse; tan jueces como los jueces de la justicia común, con la misma representación estatal que la ley les reconoce y con las mismas responsabilidades e incompatibilidades. No podría ser de otro modo.

No existe, pues, una jurisdicción arbitral propiamente dicha como erradamente lo establece la Constitución de 1993, repitiendo el error conceptual de la anterior de 1979⁹. La explicación que a ello se ha dado, antes y ahora, se expresa en función del presunto fortalecimiento y respeto de esta institución por el hecho de estar dentro del texto

9 **Constitución de 1979(D)**; «Art. 233°.- Son garantías de la administración de justicia:

1.- La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente con excepción de la arbitral y la militar. [...]».

Constitución de 1993; «Art. 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1.- La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. [...]».

constitucional¹⁰. A ese paso y con la misma metodología, casi todo el país debería estar consagrado en la Constitución. No nos parece que esa deba ser la manera más adecuada en que se habrá de fortalecer y hacer efectiva una institución que permite reconducir válidamente los conflictos individuales y colectivos de la sociedad hacia las mismas soluciones pacíficas que son norte del proceso judicial jurisdiccional. Son su verdadera ubicación, conceptualización, educación, respeto y comprensión lo que habrá de permitir al Arbitraje constituirse en sólida válvula antecedente, manejada por los propios ciudadanos, para la composición pacífica de algunos de sus más grandes quebraderos de cabeza. Siempre que lo deseen claro está.

2. Naturaleza jurídica del arbitraje y de la conciliación

Ha sido relativamente difícil ubicar a la institución del arbitraje en una clara definición desde la ciencia del proceso. La doctrina suele pasar a su descripción, a su finalidad o ha sido captada por definiciones que surgen del Derecho civil o, más específicamente, desde el Derecho de los contratos o de las Obligaciones. Sin embargo, queda claro que el Arbitraje y la Conciliación son, esencialmente, instituciones procesales, desde que tienen el mismo origen, cumplen la misma finalidad y se sirven de las mismas categorías básicas para su realidad.

Son, pues, estas instituciones, formas pacíficas de solución de controversias en la sociedad, permitiendo mediante actos concatenados y

10 Andrés Aramburú Menchaca. «Notas al margen de la Constitución»; *Concytec*; Lima, 1990. Es interesante señalar que este autor, constituyente de 1978 y proclamado autor de esta cláusula constitucional, señaló bajo el epígrafe *El Arbitraje Comercial*, lo siguiente: «Al discutirse el artículo 233° [de la Constitución de 1979(D)] hubo un intenso debate técnico-jurídico en la Asamblea Constituyente. Como se ha dicho, el artículo citado considera los arbitrajes como una jurisdicción independiente del Poder Judicial. Por eso la Constitución se refiere a la “*jurisdicción arbitral*” y creemos que esto es lo apropiado. Sin embargo, distinguidos procesalistas sostuvieron que el arbitraje sólo era un procedimiento, un juicio de naturaleza especial, como otros que considera el Código de Procedimientos Civiles. Triunfó la primera tesis y no seguiremos tratando ahora el punto porque existen otras teorías. Hoy impera lo que la Constitución preceptúa y esta prima sobre todas las leyes. [...]».

sistémicos (*pro-caedere*), llegar a una solución que sea definitiva, definitiva y con calidad de *Res Iudicata*, eludiendo o evitando el proceso judicial jurisdiccional del Estado, pero dentro de la misma tutela del Estado –de hecho, permitida por éste– dentro del mismo sistema de justicia. Por ello, comparten los elementos esenciales del Debido proceso legal y de la tutela judicial efectiva, ocupando un importante rol y lugar dentro del Derecho jurisdiccional.

Hay, sin embargo, una primera gran diferencia que suele llevar a confusión, y una segunda gran limitación que suele soslayarse. En efecto, la primera gran diferencia entre el proceso arbitral del sistema jurídico y el proceso judicial jurisdiccional radica en que el primero, basado en la ley y permitido por el sistema judicial, pasa por una realidad contractual que le da nacimiento y origen a cada proceso arbitral, y donde bajo los principios procesales de la liberalidad de las formas y de la composición de las partes debe prevalecer por sobre la composición judicial, las partes intervinientes «escogen» a sus jueces (a los árbitros), definen la materia válidamente arbitrable, determinan la mejor forma procesal aplicable al caso (hacen su proceso) y fijan el plazo del mismo. La gran limitación surge precisamente de allí mismo: sólo será procedente (admisible, viable y válido) para aquellos derechos civiles y comerciales de libre disponibilidad, básicamente de orden patrimonial. De allí que no se pueda hablar con propiedad del Arbitraje como medio o forma «alternativa», pues tal no existe: no se puede escoger entre la alternativa de arbitrar o litigar, pues en la mayoría de los casos que el derecho plantea tal alternatividad no existe: así, no se puede arbitrar un divorcio, ni los derechos de familia, ni los de los menores, ni los personalísimos, ni los que corresponden a los Derechos fundamentales de las personas, ni los de responsabilidad criminal regidos por las leyes penales que llevan una condena criminal, etc. Bien visto, el Arbitraje se establece como posibilidad en un universo limitado, pero muchas veces cualitativa y cuantitativamente importante que justifica –y permite– su realidad, pues representa un costo más elevado que el ordinario para el litigante interesado. Y asimismo, tampoco se podrá arbitrar contra la voluntad de la contraparte, de no mediar pacto previo (en sus distintas acepciones de cláusula compromisoria, compromiso arbitral, pacto arbitral, contrato arbitral, etc.), o pacto posterior, no se podrá compeler por ningún medio lícito ni jurídico a arbitrar, de no mediar expresa anuencia, sometimiento o siempre que, además de dicha expresa vo-

luntad, la materia arbitrable sea lícita para tal propósito.

Ogayar y Ayllón es, quizás, uno de los que mejor define esta situación, cuando señala que:

«Pero, para resolver los conflictos o contiendas entre particulares, existen diversos medios, pues, además de acudir a los tribunales estatales [...], hay veces que la solución se logra *sacrificando* una de las partes su posición, abdicando de su pretensión o de la resistencia que venía oponiendo a la pretensión ajena, mediante la *renuncia* de su derecho; o las partes se hacen *concesiones recíprocas* para poner fin al litigio, o para impedir que éste surja, por la *transacción*, o, sin ponerle fin, se conviene que las diferencias se resuelvan no por los órganos jurisdiccionales del Estado, sino por un organismo extraoficial que se denomina arbitraje, pues el Estado, respetuoso con la libertad que concede a los ciudadanos para disponer de sus intereses, la lleva a sus últimas consecuencias [...], permitiendo que las resoluciones de los procesos civiles en los que no haya implícito un interés público, se entregue por ellos, no a los tribunales estatales, sino a jueces privados, facultad consagrada en las legislaciones desde una antigüedad bastante remota, porque el Estado [...] al ejercer la tutela jurídica sobre los ciudadanos, así puede valerse de funcionarios que, en todo caso, asumen la potestad jurisdiccional como de personas a quienes concurriendo determinadas circunstancias, atribuye la facultad de juzgar para un caso concreto»¹¹.

En consecuencia, el Arbitraje es un proceso judicial –en tanto forma trilateral heterocompositiva– de orden privado, bajo la autoridad del Estado, y que surge de un necesario acuerdo de voluntades, expreso o tácito, para dirimir una o más controversias ante un tribunal *ad-hoc*, convocado por el consenso de las partes y protegido por el sistema judicial, con decisiones ejecutoriadas y con calidad de *Res Iudicata* (Cosa juzgada material).

Por su lado, Merchan-Alvarez¹² que:

11 Tomás Oyagar y Ayllón. *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*; Ed. Rvta. de Derecho Privado-Edls. de Derecho Reunidas, Madrid, 1977; pp. 63-64.

12 Antonio Merchan Alvarez. *El Arbitraje. Estudio histórico jurídico*; Publicaciones de la U. De Sevilla; Utrera, 1981.

«Pero, además, de estos cuerpos normativos se deduce una considerable equiparación entre la figura del árbitro y la figura del juez, es decir, que podemos afirmar que los árbitros en líneas generales se tienen en la mente del legislador como unos jueces más. [...] Por eso cuando el maestro Jacobo en su Doctrina nos habla de “De los jueces ordinarios *et de quantas* maneras que son judgadores” afirma “*que son tres maneras dellos. La primera es los ordinarios. Et la segunda de los delegados. Et la tercera de los árbitros*” [...] “*terçera manera de judgadores [...] son los árbitros a que dizen en latín juez de abenencias* [...]».

Y por su parte, el procesalista italiano Carnacini¹³, señala por su lado:

«Así contemplado a grandes rasgos el arbitraje ritual, [...], se presenta como el instituto en que se concede al particular, en mayor medida posible, que contribuya con su obra al ejercicio de aquella función que, en atención al fin que persigue y al resultado que lleva, no puede menos que llamarse jurisdiccional».

En el caso de la Conciliación la institución reproduce las mismas características básicas respecto del Arbitraje. Así, por Conciliación se entiende, al decir de Guzmán Barrón¹⁴:

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

El *conciliador* es un facilitador de la comunicación, no ejerce la función de juez, ni de árbitro. Por ello, para los abogados esta tarea resulta más difícil que para las demás personas, dado que están acostumbrados a buscar las posiciones de las partes y aplicar la ley, por encima de la razón de las partes».

Resulta claro que el proceso de Conciliación, en esencia trilateral y heterocompositivo comparte las características básicas de la estructu-

13 Tito Carnacini. *Arbitraje*; EJE, Bs. As., 1961; p. 27 y ss.

14 César Guzmán Barrón. «La Conciliación: principales antecedentes y características»; en *DERECHO-PUC* N°. 52, Rev. de la Fac. de Der., PUC del Perú; Lima, Dic.1998-Abr.1999; p. 67 y ss.

ra y fundamento del proceso judicial arbitral o jurisdiccional. Las diferencias están en la forma del resultado, pues el conciliador no puede imponer la fórmula de solución en el sentido clásico en que se impone la autoridad de un fallo, aún el del laudo, pero el acuerdo de las partes –cuando se logre– tendrá el mismo valor y efecto que una sentencia judicial, que un laudo o que un acuerdo de transacción debidamente perfeccionado, con plena autoridad de *Res Iudicata*, dando fin al conflicto que le dio origen, y eliminando del mundo del derecho el conflicto intersubjetivo y/o la incertidumbre jurídica que enfrentó en su momento a sus partes.

Y el conciliador también deberá ser un tercero imparcial, aceptado por las partes o designado por la ley, con las mismas características y obligaciones que el juez judicial o el árbitro privado. Por eso es que la Conciliación pertenece al rubro de los procesos heterocompositivos, como lo precisa Ovalle¹⁵, cuando señala que:

«[...] el tercero ajeno a la controversia puede asumir un papel más activo, consistente en proponer a las partes alternativas concretas para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias. En esta hipótesis, el tercero asume el papel del conciliador y a su función se le denomina conciliación. El conciliador no se limita a mediar entre las partes, sino que les debe sugerir fórmulas específicas para que puedan llegar a un convenio entre ellas. Para que el conciliador pueda desempeñar eficientemente su función, es indispensable que conozca la controversia de que se trate, a fin de estar en condiciones de proponer alternativas razonables y equitativas de solución.

Pero la función del conciliador se limita a proponer posibles soluciones, cuya adopción queda sujeta, en todo caso, a la voluntad de las partes. Éstas pueden aceptar o rechazar las propuestas del conciliador. Por ello, en la conciliación, al igual que en la mediación, la solución del litigio depende, finalmente, de la voluntad de las partes. Esta es la razón por la que se considera que la mediación y la conciliación tienen, en realidad, una posición intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición».

15 José Ovalle Favela. *Teoría General del Proceso*; 4ta. ed., Oxford University Press-Harla México S. A., México, 1998; p. 25 y ss.

3. Regulación legal del arbitraje en el Perú

El proceso arbitral no ha sido desconocido para la legislación peruana desde antiguo, aun cuando sin la necesaria bondad técnica. Así, por ejemplo, en el Código de Procedimientos Civiles de 1912(D), a principios del siglo pasado, se regulaba el arbitraje bajo el epígrafe «juicio arbitral» regulado en el Título V de su sección segunda. Allí se consignaba en su original Art. 548° lo siguiente:

«Art. 548°.- Toda controversia, sea o no materia de juicio, puede someterse a la decisión de uno o más árbitros. El número de éstos será siempre impar».

Los arts. 549° a 582° desarrollaban, a partir de allí, el proceso de formalización judicial del arbitraje cuando éste hubiere sido pactado y las partes no cumplieran con formalizarlo, los requisitos de la materia arbitrable, la capacidad para conferir válidamente éste, la imposibilidad del arbitraje de las pretensiones del Estado y demás instituciones de carácter oficial, la formalidad del compromiso arbitral o del compromiso para arbitral, la sede, el carácter de equidad o de derecho, las condiciones para recurrir, las causales de anulación del laudo y la forma de conformación del mismo en defecto de la aceptación de las partes. Asimismo, esas reglas resultarán aplicables por supletoriedad a todo proceso arbitral instaurado en defecto de norma arbitral expresa, y por la vía de conexión, todo el *Corpus Iuris* mismo Código de Procedimientos Civiles de 1912(D), especialmente en la figura del entonces llamado juicio ordinario, que era el esquema procesal *más lato* que dicho ordenamiento legal preveía.

El Código Civil de 1936(D) guardó silencio absoluto sobre el Arbitraje, y ninguna de sus estipulaciones de obligaciones o del Derecho de los contratos hizo referencia a este instituto.

La Constitución Política del Perú de 1979(D), que estuvo vigente desde el 28 de julio de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1992, sí tuvo —como ya se ha señalado líneas arriba, crf. cit. N°. 10, *Op. cit.*— referencia expresa al arbitraje, al definir, dentro de las Garantías constitucionales de la administración de justicia en su Art. 233°, Inc. 1ero., dentro del Capítulo IX del Poder Judicial, a la denominada «jurisdicción arbitral», equivocadamente como jurisdicción de excepción al igual de

la justicia militar, y como si estuviese fuera del control judicial de los tribunales ordinarios. Todo ello, como ya se señaló en su oportunidad, no reflejaba ninguna bondad técnica, ni tenía respaldo en doctrina procesal alguna y, más bien, tuvo como paradójico propósito «enceerrar» y «definir» en el texto constitucional al instituto del Arbitraje a fin de forzar a su regulación legal por el legislador y forzar a su respeto por parte de la administración de justicia estatal. En efecto, en su momento se dijo que¹⁶:

«Hay sólo, señala taxativamente la Constitución, dos excepciones a esta regla general: la jurisdicción militar que se rige por la Ley Orgánica de la Justicia Militar y el Código de Justicia Militar como rezago moderno de un típico “fuero de casta” que se mantiene vigente en la mayoría de las naciones y que está referido al juzgamiento del personal militar en servicio y solo por los actos del servicio o función militar, siendo por tanto un fuero privativo en razón de la actividad pública del Estado que realizan los funcionarios militares. La segunda está referida a la denominada “jurisdicción arbitral” que en puridad no es una jurisdicción diferente a la del Poder Judicial. Sin embargo, las excepciones a la regla general no están a su vez exceptuadas del cumplimiento de las garantías constitucionales de la administración de justicia ni de los principios básicos del debido proceso legal, de tal modo que no podrá existir juzgamiento militar válido, ni soportable por nuestra estructura constitucional (recordemos que las dos excepciones están igualmente sometidas a la autoridad de la Constitución) si es que en su realidad se han cumplido las reglas esenciales del juzgamiento justo que precisamente la Constitución y los pactos internacionales prescriben de modo imperativo. E igual principio debe regir también en las reglas procesales que terminen siendo pactadas dentro de un compromiso arbitral».

El Código Civil de 1984, en actual vigencia, derogó el Código Civil de 1936(D), y promulgado el 14 de noviembre de ese año, trajo como novedad en el Título XI de la Sección Segunda, *Contratos Nominados*, de su Libro VII, *Fuentes de las Obligaciones*, la referencia a la *Cláusula*

16 Aníbal Quiroga León. «Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia»; en: *La Constitución diez años después*; AAVV; Fund. Naumann y Const. & Soc., Lima, 1989; p. 307 y ss.

Compromisoria y *Compromiso Arbitral*, entre los numerales 1906 a 1922, y que a la fecha se encuentran íntegramente derogados¹⁷. Es importante observar cómo la *Comisión Revisora del Código Civil*, que trabajó por varios años para reformar el principal cuerpo jurídico civil, y donde no hubo ningún procesalista presente, se abocó a legislar sobre esta institución, a la cual, además, ni se le reconoció ni se le aceptó carácter procesal alguno.

Así, en el Capítulo Primero, Cláusula Compromisoria, en los arts. 1906° a 1908°, se regulaban las características (como contrato preliminar) y la formalidad (pacto principal o estipulación accesoria, pacto a futuro y materia arbitrable) y su efecto vinculante ante el Poder Judicial.

En el Capítulo Segundo, Compromiso Arbitral, arts. 1909° a 1922°, se regulaba al compromiso arbitral, su naturaleza, definición, solemnidad (por escrito), tanto cuando es fuera de proceso o cuando se hace dentro del proceso (petición escrita suscrita por ambas partes con firmas legalizadas por el secretario de la causa). Asimismo, su contenido, sanciones en caso de incumplimiento, libertad de los árbitros para fijar las costas, materias no arbitrables (en el caso del Estado y sus bienes, con excepción de las empresas de derecho público o estatales o de economía mixta, en cuyo caso el compromiso arbitral debía ser previamente aprobado por Resolución Suprema), la regulación del arbitraje de derecho o el de conciencia (presumiéndose a falta de acuerdo expreso en contrario, que el arbitraje debía de ser derecho), la obligatoriedad de designar árbitros letrados reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico peruano, necesariamente abogados, salvo en el caso de los árbitros de conciencia (que el Código denomina impropriamente con evidente confusión «amigable componedor») en que la designación podía recaer en personas naturales nacionales o extranjeras mayores de veinticinco años con pleno ejercicio de sus derechos civiles; y, en ambos casos, la necesidad de su número impar, los impedimentos para ser árbitro, el funcionamiento del tribunal arbitral colegiado, las obligaciones y deberes básicos de los árbitros y las causales de extinción del compromiso arbitral. Se termina con una necesaria referencia genérica a la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles de 1912(D) en cuanto al proceso arbitral en aquello no previsto por el Código Civil.

17 Primero por la Primera Disposición Final del Decreto Ley N° 25935, y luego esta norma por la actual *Ley General de Arbitraje* N° 26572.

Hemos dejado para el comentario individual la norma dispuesta en el Art. 1914° del Código Civil de 1984, ahora derogada, pues constituye una disposición eminentemente procesal que amerita una disgregación individual y que señalaba lo siguiente:

«Art. 1914°.- La existencia de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral puede ser invocada como excepción por cualquiera de las partes».

Resulta evidente la falta de bondad técnica de esta previsión procesal, que da el mismo pie de igualdad a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral, no obstante que la propia normatividad del Código Civil le tratan como diferentes. Por otro lado, a creación de una nueva figura de «excepción procesal» (en este caso la que fue llamada excepción de arbitraje) no guarda relación técnica con las excepciones materia de un proceso judicial, pues bien, la existencia de un pacto arbitral o de un compromiso arbitral (cualquiera sea su naturaleza o la denominación que reciba) determina la incompetencia material de la autoridad judicial ordinaria, para ceder paso a la autoridad de la voluntad de las partes que, con la expresa autorización legal, determinan que legítimamente su controversia sea definitivamente resuelta por un Tribunal Arbitral colegiado o unipersonal. Ello genera de modo ineluctable la incapacidad materia (incompetencia por razón de la materia) del órgano jurisdiccional para dirimir válidamente tal controversia en contravención a lo que resuelva de modo previo el Tribunal Arbitral que, conforme al mismo pacto, se instale, laudando la misma de modo definitivo y definitorio (*Res Iudicata*). Los actos procesales que realice la autoridad judicial en contrario al acuerdo expreso de las partes en tal sentido serían, por ende, nulos de pleno derecho, siempre que ello se le haga saber en la forma o modo oportunos.

Entonces no hacía falta «crear» una nueva figura procesal inexistente (excepción arbitral), confusa por lo demás, pues hubiese bastado señalar que «la existencia de la cláusula compromisoria o de un compromiso arbitral válidamente otorgado determina la incompetencia del juzgador».

La Constitución de 1993, que derogó la Constitución de 1979(D) luego de un proceso político complicado y conflictivo, repite literalmente la formulación de su predecesora, e ingresó en vigencia luego de

un proceso de Referéndum el 1ero. de enero de 1993, manteniéndose vigente desde entonces hasta la fecha, y allí se hace referencia expresa al arbitraje, al definir nuevamente, como de las garantías constitucionales de la administración de justicia en su Art. 139°, Inc. 1ero., –aún cuando allí se le denomina «Principios y Derechos de la función jurisdiccional», dentro del Capítulo VII, Poder Judicial, a la nuevamente denominada «Jurisdicción Arbitral», como jurisdicción independiente, de excepción, al igual de la Justicia militar, y como si estuviese. Como aquella, fuera del control judicial de los tribunales ordinarios. Como ya se ha dicho líneas arriba, con relación a la Constitución de 1979(D) sin reflejar bondad técnica, ni tener el respaldo en la moderna doctrina procesal, teniendo más bien como paradójico propósito el «encerrar» y «definir» en el texto constitucional al instituto del Arbitraje a fin de forzar a su regulación legal por el legislador y forzar a su respeto por parte de la administración de justicia estatal. No se discute la importancia del Arbitraje como tal, menos aún en la hora actual del casi total fracaso y colapso de los sistemas de administración de justicia en la sociedad contemporánea; pero si criticamos el que no se haya hecho esto del modo más adecuado, quizás dentro de las mismas «garantías constitucionales de la administración de justicia», la necesidad de revalorar y relanzar el Arbitraje como una forma pacífica de solución de controversias (quizás más pacífica –si cabe la expresión– que el proceso judicial jurisdiccional) por el manejo y presencia de las partes sobre su proceso, por la mayor confianza y certeza en la labor de los árbitros y, en suma, por ser un proceso *ad-hoc* generado y creado y fraccionado por las partes antes que el proceso judicial ordinario que en forma seriada ofrece el Estado hoy, no siempre con la bondad y resultados que la sociedad espera para la consecución de la ansiada paz social que tanto reclamó Couture¹⁸ para ello, más allá de la mera satisfacción de las partes interesadas en la composición del litigio o controversia.

Así las cosas, al derogarse todo el Libro Segundo, Justicia Arbitral, del novísimo Código Procesal Civil de 1993, mediante el Decreto Ley N° 25935(D)¹⁹, aún antes de haber éste entrado en vigencia, desapa-

18 Aníbal Quiroga León. «Conceptos Básicos en el Estudio del Derecho Procesal: a propósito de la Ciencia del Proceso»; en **DERECHO** N° 40, Rev. de la Fac. de Derecho de la PUC del Perú, Lima. Dic. 1986; p. 243 y ss.

19 La primera de las *Disposiciones Finales* de esta norma legal estableció que:

reció la regulación del Arbitraje en este *Corpus Iuris*, quedando únicamente subsistentes las referencias señaladas en los arts. 446°, Inc. 13, 448°, 450° y 451°, Inc. 5 del TUO del Código Procesal Civil, en donde se señala la procedencia en juicio de la ahora denominada *Excepción de Convenio Arbitral*, y donde se regula la procedencia de la misma únicamente cuando exista el documento que acredite su existencia, la precedencia de la misma frente a las demás, cuando se la deduce en con-

«Primera: Deróganse los artículos 1906° a 1922° del Código Civil, el Libro II del Código Procesal Civil, aprobado por Decreto Legislativo N° 768 y las referencias al “Libro Primero de Justicia Civil” en dicho Código, así como la Vigésima, Vigésimo Primera y Vigésimo Segunda Disposiciones Finales del mismo». Ver además, cit. N° 8 *supra*.

Esta misma falta de coherencia en la regulación de la denominada «*Justicia Arbitral*», y su completa derogación antes de la puesta en vigencia del Código Procesal Civil, junto con otras tantas normas del flamante Código Procesal Civil, que han dado lugar a que hoy exista un *Texto Único Ordenado* aprobado por Resolución Ministerial del Ministerio de Justicia, puede encontrarse en parte de su presentación, titulada «*Exposición de Motivos*» en la parte que señala: «[...] No pueden mantenerse instituciones procesales que tienen su origen en la Edad media y parentesco con las Siete Partidas. Los anaqueles del Poder Judicial son elocuentes testigos de la farragosa tramitación a que han estado y están sujetos los procesos civiles. Litigios hay que duran décadas. Nuestros jueces y abogados están acostumbrados a la rutina de pleitos inacabables, en que las partes en conflicto son sustituidas, con frecuencia, por sus herederos. La pereza mental induce al facilismo y, como consecuencia, a la declaratoria de nulidad de muchos juicios, con años de tramitación, por fallas o vicios procesales. El abuso de los recursos prolonga los pleitos con perjuicio de los derechos sustantivos y con el descrédito de la administración de justicia. [...] Otras Comisiones, designadas por el Poder Ejecutivo, con más tiempo, tampoco culminaron el empeño, dejaron útiles aportes. Por encima de mezquindades, de egoísmos y de incomprensiones, la Comisión revisora del Código Procesal Civil, ha culminado su tarea. Quienes integramos la Comisión tenemos el convencimiento que el proyecto tiene, como toda obra humana, defectos, omisiones, imperfecciones. Asumimos la responsabilidad plena de las deficiencias. A medida que la experiencia acredite la necesidad de introducir correcciones, los legisladores viabilizarán (sic) a mejora del Código. Pero las bondades de la novísima (sic) legislación procesal se advertirán [a] poco de su vigencia. [...] Habrá un debate, tras la promulgación del Código y antes de su vigencia. Ojalá se adviertan los errores para subsanarlos. Los frutos del Código Procesal Civil serán generosos. Los que osaron oponerse a su aprobación, pronto estarán arrepentidos (sic). Al Presidente de la República, con el voto del Consejo de Ministros le corresponde adoptar la decisión más adecuada al interés del Perú. [...]».

junto con otras excepciones procesales y cuando se regulan los efectos de la decisión que la acoge, determinándose por ello que en tal caso – al igual que en el caso de la excepción de incompetencia– el juez de acogerla deberá anular todo lo así indebidamente actuado en el ámbito judicial, dándose por concluido el proceso judicial iniciado en contravención al pacto arbitral que debe ser previo y constar por escrito.

Quizás las características más saltantes del Decreto Ley N° 25935(D), denominado *Ley General de Arbitraje* bastante más completa e integral que la regulación prevista en el Libro II del Código Procesal Civil –que nunca entró en vigor– fueron las siguientes:

- a) La definición del *Convenio Arbitral* como un contrato previo, solemne (arts. 4° a 15°);
- b) La determinación de que la integración o formalización judicial del arbitraje, y sus reglas, sobre la base de un *Convenio Arbitral* no honrado por las partes, debe hacerla el Juez Civil señalado por las partes, o el del lugar en donde éste deberá realizarse, o del lugar de celebración del Convenio, o el del lugar del domicilio del demandado, o de cualquiera de ellos si fueran varios;
- c) La presunción de que, en defecto de pacto expreso, el *Arbitraje* deberá ser derecho;
- d) En cuanto a los árbitros, (arts. 16° a 25°), se establece que en el caso de los arbitrajes de derecho, estos deberán llevarse a cabo por árbitros letrados conforme a las leyes peruanas, debidamente Colegiados (defensa cautiva);
- e) La prohibición de deferir a una sola de las partes la designación de la totalidad de los árbitros;
- f) En cuanto al proceso arbitral en sí mismo, (arts. 26° a 34°) se estableció la libertad de las formas;
- g) La posibilidad del *arbitraje administrado*, a cargo de instituciones especializadas para el efecto, frente al *arbitraje de partes*;
- h) La posibilidad de que el *proceso arbitral* concluya por Conciliación, Transacción, Suspensión del Proceso Arbitral, Renuncia al Proceso Arbitral y Desistimiento del Proceso Arbitral (arts. 35° a 37°);
- i) Competencia de los *árbitros* y su sistema de votación en el caso de los *Tribunales arbitrales colegiados*;
- j) Las características del Laudo (arts. 42° a 51°);

- k) Los recursos de apelación cuando su procedencia haya sido pactada su procedencia (arts. 52° a 54°), sea ante una segunda instancia judicial, sea ante una segunda instancia arbitral expresamente pactada;
- l) El recurso de anulación de Laudo (arts. 55° y 56°), en las causales *numerus clausus* allí expresamente previstos;
- m) Las medidas cautelares y de ejecución del laudo (arts. 73° a 80°);
- n) El arbitraje internacional (arts. 81° a 107°), su definición y características; y,
- o) El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales provenientes de arbitrajes internacionales.

A los escasos tres años de vigencia de la comentada norma legal, sin mayor explicación²⁰. Ésta a su vez fue íntegramente derogada y sustituida por la Ley N° 26572, también denominada *Ley General de Arbitraje*, de 5 de enero de 1996, y que reguló nuevamente por completo todo el *Proceso Arbitral* en 124 artículos, ocho disposiciones complementarias y transitorias, tres disposiciones modificatorias y dos disposiciones finales.

Esta norma legal, siguiendo la moderna técnica legislativa, aparece ahora debidamente sumillada a diferencia de lo normado originalmen-

20 El auge del *Arbitraje* empezó a generar doctrina, instituciones habilitadas, mayor cobertura y difusión. Esto motivó, en nuestro concepto, el que la tarea se «repartiera» en el seno de la Comisión Revisora del Código Procesal Civil. Así la mayoría se dedicó a este *Corpus Iuris*, y una minoría al tema del *Arbitraje*, en un mutuo pacto de apoyo. Esto es más evidente cuando se comparan los textos del Libro II con respecto al propio Código Procesal Civil -p.e. el Código Procesal Civil se presenta sumillado-, en tanto que su Libro II no lo estaba, además de ser notoria una diferente redacción y utilización de conceptos procesales. Quizás ello explique el porqué de su escisión aún antes de que el Código Procesal Civil ingrese en vigencia. Luego de esta curiosa «división del trabajo», una Resolución Ministerial del Ministerio de Justicia aprobó el denominado Texto Único Ordenado del Código Procesal en la versión que rige hasta ahora -ya sin el Libro II *Justicia Arbitral*-, en tanto que un Decreto Ley -norma legal con rango de ley que promulga el Ejecutivo, en la sede del Consejo de Ministros, en ausencia del Congreso Nacional en la fase dictatorial del Gobierno Peruano en 1992 luego de un Autogolpe de Estado Institucional que dio paso al autodenominado «Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional»-; con lo que se evidencia que ni una ni otra norma se hubiesen podido dictar así, en tales condiciones, sin un apoyo explícito del Ejecutivo de aquella fase dictatorial, de consuno con los mentores de estas dos normas legales.

te en el Código Procesal Civil, Libro II, *Justicia Arbitral*, y a lo que se reguló en el Decreto Ley N° 25935.

Los arts. 1° al 8° regulan las Disposiciones Generales, resaltando que:

- a) La posibilidad de arbitrar las consecuencias patrimoniales de los fallos judiciales previamente expedidos, para sustraer de la ejecución de una sentencia las materias que sean de libre disponibilidad de las partes interesadas;
- b) La regulación del Arbitraje del Estado, con un cambio cualitativo a toda regulación pasada (vr.g. la regulación del Arbitraje en el Código Civil de 1984), sin necesidad de autorización previa especial, entendiendo como Estado al gobierno central y los gobiernos regionales y locales (municipalidades). Se establece que las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente, sin necesidad de autorización previa, someterse a arbitraje nacional, con relación a los contratos celebrados con nacionales y extranjeros.
- c) Se invierte la presunción en el sentido de que, a falta de pacto expreso, el Arbitraje deberá ser de conciencia o equidad, a menos que expresamente se halla pactado el Arbitraje de Derecho. Y aun en este último caso, cuando el arbitraje verse sobre asuntos de carácter comercial, los árbitros deberán tomar en cuenta los usos mercantiles aplicables a cada caso;
- d) Se excluye, a falta de pacto expreso, la intervención del Poder Judicial, sometiéndose de modo exclusivo y excluyente a la denominada jurisdicción arbitral;
- e) Se regula el arbitraje administrado a cargo de una institución Arbitral, la que necesariamente deberá instituirse como persona jurídica, dándose a la misma la facultad de nombrar árbitros, el procedimiento y demás reglas con las que administrará el arbitraje, de conformidad con su Reglamento Arbitral;
- f) Se abandona definitivamente la diferenciación, clasificación y distinción de Cláusula compromisoria y de Compromiso arbitral, para resumirse en un solo concepto: convenio arbitral, que resulta así regulado en los arts. 9° a 17°. Así, la definición legal del *convenio arbitral* es:

«Art. 9°.- *Definición de convenio arbitral*. El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las

controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial.

El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral.

El convenio arbitral puede estipular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada.

Independientemente de lo dispuesto en el párrafo anterior, los árbitros se encuentran facultados para imponer multas hasta por un máximo de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias a la parte que no cumpla sus mandatos. Estas multas que serán en favor de la otra parte, constarán en el laudo arbitral y se ejecutarán conjuntamente con este último».

- g) La solemnidad escrita del convenio arbitral se flexibiliza, ya que se señala que por forma escrita no sólo se entenderá cuando éste se celebre por escrito, sino cuando resulte clara del intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia en que inequívocamente se deje constancia documental de las partes de someterse a arbitraje. Ello es mucho más avanzado aún cuando la norma señala que a pesar de no haberse formalizado el convenio arbitral respectivo, el mismo se entenderá perfeccionado cuando una de las partes tomase la iniciativa de comenzar el arbitraje, bajo el conocimiento de uno o más árbitros, y la otra parte acepta la misma, sea expresamente, sea tácitamente apersonándose al proceso arbitral sin objetar tal intervención, en una suerte de convalidación tácita retroactiva;
- h) El convenio arbitral podrá tomar la forma de cláusula accesorio, o relación jurídica estándar, y será oponible y exigible, siempre que haya sido conocida o podido ser conocida por la otra usando la diligencia ordinaria, sea en Cláusulas Generales de Contratación o Contratos por adhesión. También se reconoce el Arbitraje estatutario configurado por el convenio arbitral regulado por los Estatutos o

normas equivalentes en sociedades civiles o mercantiles cualesquiera sea su denominación conforme a ley, asociaciones jurídicas y demás entidades colectivas. Se regula, asimismo, el denominado arbitraje testamentario cuando así lo haya previsto el testador respecto de cualquier controversia surgida o por surgir entre los herederos testamentarios, o de terceros en relación con los bienes de la herencia;

- i) Se prevé la separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato o convenio que le contenga, de manera que constituyen pactos independientes, donde la inexistencia, anulabilidad, nulidad, resolución, rescisión, etc., de éste, ni afecta a la existencia, validez o exigibilidad de aquel, inclusive para determinar válidamente las condiciones jurídicas del convenio o contrato que contenga;
- j) Se insiste nuevamente en el concepto, errado en nuestro criterio, de la denominada excepción de convenio arbitral, de manera tal que el desconocimiento en juicio ordinario de la existencia del convenio arbitral para la solución de la controversia sometida a la justicia ordinaria dará lugar a la oponibilidad de la excepción de convenio arbitral válida de este medio de defensa. Vencido el plazo previsto para este, se entenderá renunciado el derecho a invocarla, y sin efecto alguno el convenio arbitral;
- k) Será posible la sustracción de la materia sometida al proceso judicial cuando las partes celebren, en el curso de la misma, un convenio arbitral que deberá ser respetado por la autoridad judicial haciendo caducar el proceso de que se trate y cediendo paso a la instalación del tribunal arbitral de que se trate, bajo las reglas que se pacten para este efecto;
- l) El Capítulo de Los árbitros está regulado en los arts. 18° a 32°, siendo lo más destacable el que los árbitros podrán ser personas naturales o personas jurídicas dentro de una plena libertad para el proceso de su nombramiento, siendo en este último caso nombrada a su vez como entidad nominadora, y cuando se trate de Arbitraje de Derecho deberá recaer en abogados, sea nacionales o extranjeros, sin que estos últimos deban ser necesariamente abogados registrados en el territorio nacional;
- m) Se regula, finalmente, un procedimiento judicial expeditivo para la designación judicial de los árbitros de la parte renuente a hacerlo, sin que quede recurso alguno cuando el juez hubiese nombrado al o a los árbitros, y sí con efecto suspensivo cuando lo hubiese negado;

- n) El proceso arbitral se regula entre los arts. 33° y 40°, bajo el principio de que la libertad de la regulación del proceso –bajo el cumplimiento estricto del principio procesal de que a composición de las partes prevalece por sobre la composición judicial, desmitificando el concepto de la irrenunciabilidad o el carácter público de las normas procesales, siendo alternativo el sometimiento a los reglamentos de las entidades autorizadas a llevar el arbitraje administrado;
- o) Se establecen reglas básicas, de funcionamiento supletorio, de la tramitación del proceso arbitral. Dentro de esto, una regla esencial es la contenida en el Art. 39° en donde, además de la materia arbitrable que las partes conceden en el proceso arbitral, se establece como norma de orden público la facultad inmanente de que los árbitros siempre tendrán la potestad de establecer los límites válidos de su propia competencia, incluyendo la posibilidad de determinar en ello la existencia o inexistencia, eficacia o validez del propio convenio arbitral. Esta facultad podrá exigirse *ex officio*, pudiendo hacerlo como cuestión previa, o ser ello reservado, por decisión del propio tribunal arbitral, a la expedición del Laudo, no siendo esta decisión susceptible de recurso alguno;
- p) También se establece como regla genérica la posibilidad del tribunal arbitral de ocurrir, aún las partes con autorización de éste, a la autoridad judicial para requerir el auxilio judicial en la actuación de los medios probatorios;
- q) Las demás normas se refieren a la posibilidad de conciliar o transigir ante los árbitros, quienes deberán ser promotores de estas posibilidades, aún del desistimiento y de la suspensión temporal del proceso arbitral, la competencia de los árbitros y las mayorías para Laudar válidamente, el Laudo arbitral, los costos del arbitraje, los recursos, sea en una segunda instancia arbitral, o ante el Poder Judicial –en la Sala Civil correspondiente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial que corresponda– cuando ello haya sido expresamente autorizado por el convenio arbitral o por las reglas pactadas para el mismo, las causales taxativas de anulación del Laudo (*Numerus Clausus*), y la posibilidad restrictiva del recurso de casación sólo cuando el Laudo haya sido anulado en todo o en parte, donde este recurso extraordinario de impugnación se prevé sólo en defensa del proceso y de la institución arbitral;

- r) Se regulan también entre los arts. 79° a 87°, con bastante precisión, las providencias cautelares susceptibles de solicitarse en el proceso arbitral, sea en sede judicial, sea en sede arbitral, la ejecución del Laudo y su publicación en diarios o en revistas de la prensa del Laudo a costa del que lo solicite, como sanción moral para la parte que obligó al vencedor a recurrir al Poder Judicial para la ejecución y cumplimiento de lo que haya sido así laudado;
- s) También se regula con profusión y prolijidad el Arbitraje Internacional entre los arts. 88° y 126° con toda una normatividad propia;
- t) Se establece entre los arts. 127° y 131° las condiciones del *Exequatur* de los Laudos extranjeros, las condiciones de su reconocimiento y ejecución;
- u) Es interesante destacar, dentro de lo ya señalado al principio de este comentario, que la Primera disposición complementaria y transitoria que toda referencia legal o convencional a una «Cláusula compromisoria» o a un «Compromiso Arbitral» deberá ser reconducida al entendimiento legal de un convenio arbitral, en los términos de los supuestos de hecho de esta Ley;
- v) Se estableció también un plazo para la adecuación de los reglamentos arbitrales de las instituciones del arbitraje administrado (sesenta días), y la necesidad de que estas instituciones sean siempre –y tengan la forma de– persona jurídica; y,
- w) Finalmente, se ordena la creación de juzgados y cortes de justicia de especialidad arbitral para el conocimiento de la designación de los árbitros en defecto del cumplimiento de la parte renuente, y para el conocimiento de los recursos de apelación, cuando esto haya sido pactado, y para conocer el recurso de anulación que esta ley prevé taxativa y restrictivamente.

4. Regulación legal de la conciliación en el Perú

El 13 de noviembre de 1997 se publicó en el Diario Oficial «El Peruano» la Ley N° 26872, denominada «*Ley de Conciliación*». Esta norma legal no está aún en vigencia, pues actualmente se halla bajo prórroga de *vacatio legis* como consecuencia de las diferentes normas legales que han postergado su aplicación en el tiempo, pues prevista inicialmente para ingresar en vigencia a los dos años de su publicación (14 de enero

del 2000), la imposibilidad de lograr su aplicación forzosa en todo el territorio nacional ha dispuesto mediante la Ley N° 27218 de 12 de diciembre de 1999 que esto ocurra recién, en principio, el próximo 14 de enero del año 2001.

La conciliación es también, al lado del arbitraje, básicamente una figura procesal. Como ya se ha señalado, muchas veces se tiende a pensar –de modo equívoco, por cierto– que lo procesal es siempre litigioso, siempre controversial, siempre guerrero, de manera que figuras como la conciliación deberían estar fuera de lo procesal por ser incompatibles. Si miramos una vez más con detenimiento dentro de la teoría del proceso, y su ciencia, veremos que la conciliación es una de las formas que el proceso nos proporciona un método ordenado, secuencial y lógico para lograr la solución de un conflicto de intereses de manera pacífica. El proceso, y sus variantes, son pues, modos pacíficos de solución de controversias, a mitad de camino entre una fórmula autocompositiva y la forma heterocompositiva. En términos reales, constituye una forma casi anterior de solución procesal a la que provee la heterocomposición procesalizada que está a cargo, de modo exclusivo y excluyente, del Poder Judicial por mandato de nuestro esquema constitucional, y dentro de un esquema de heterocomposición no procesalizada.

Corresponde la Conciliación, en consecuencia, a una etapa anterior a la del proceso judicial jurisdiccional conforme señala la Ley de Conciliación. Esta norma tiene por evidente finalidad el descongestionar al Poder Judicial de un importante número de causas que, bien manejadas por las partes de modo directo, bajo la inducción de un Conciliador como tercero necesariamente imparcial, le impiden actuar dentro de plazos razonables que la ley y el principio de razonabilidad consideran los adecuados para la resolución de una controversia. Se pretende con la implementación y obligatoriedad de esta institución del Derecho Procesal desviar del Órgano Jurisdiccional el aumento innecesario de litigios en nuestra sociedad, bajo una adecuada técnica jurídica de negociación y persuasión, buscando con ello que las partes interesadas en su conflicto, reflexionen acerca de los puntos comunes que les acercan, quitándole la innecesaria litigiosidad y con ello instaurar una «Cultura de Paz» por la cual aquellos particulares que tengan un conflicto de intereses, de modo previo a la solicitud de actuación de la autoridad judicial competente, busquen la posibilidad de arribar a un acuerdo razonable y satisfactorio para ambas.

Como se podrá apreciar de modo directo con la Ley N° 26872, que en el proceso conciliatorio tendrá intervención un tercero cuya misión será la de encaminar el proceso de tal modo que la fórmula conciliatoria a la cual se arribe sea una que imponga un nuevo *status* jurídico definitivo para las partes, será también función de este tercero proponer alternativas de solución previas a la decisión de acudir al poder judicial.

La obligatoriedad de acudir al proceso conciliatorio antes de ingresar al proceso judicial, y como requisito *sine qua non* de éste, tiene por finalidad la disminución del ingreso de nuevas causas judiciales cuya tramitación supone un costo tanto para las partes como para el Estado. Ahora bien, esta obligatoriedad se refiere al proceso de conciliación, no así a que las partes deban necesariamente resolver sus controversias. Finalmente cabe señalar, que este rasgo de obligatoriedad que se ha plasmado en la Ley de Conciliación también estará presente en el cumplimiento del acuerdo al cual arriben las partes, pues caso contrario se requerirá el apoyo de la autoridad judicial para su ejecución.

Al igual que la transacción judicial y la transacción extrajudicial, la conciliación judicial o preventiva (como es el caso de la Ley de Conciliación) responden también a la ya señalada moderna denominación de ADR's (*Alternative Disputes Resolutions*), y cuya impropia traducción al español las señala como «medios alternativos de solución de controversias», constituyen mecanismos anteriores —antes que propiamente «alternativos»— a la solución adecuada de una controversia mediante la posibilidad de que las mismas partes interesadas logren esto evitando la actuación y costo del órgano judicial, y con ello obstar la innecesaria intervención del Estado para la solución de los conflictos jurídicamente relevantes que se den entre sus ciudadanos y que estos mismos, en el contexto de la autonomía y libre disponibilidad de los derechos.

Así, la Ley N° 26872, en sus 38 artículos y siete disposiciones complementarias, transitorias y finales, siendo sus aspectos más saltantes, los siguientes:

- a) Se declara de interés nacional (*SIC*) la institucionalización y desarrollo de la Conciliación como mecanismo alternativo (*SIC*) de solución de conflictos;

- b) La Conciliación propicia una Cultura de Paz (*SIC*), siguiendo los principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía;
- c) La Conciliación es una institución consensual (*SIC*), prevaleciendo la voluntad de las partes dentro del principio procesal de que la composición de las partes prevalece por sobre la composición judicial;
- d) La Conciliación, señala textualmente la ley, no constituye acto jurisdiccional;
- e) El Art. 5° de la ley define la Conciliación del siguiente modo:
«Art. 5°.- La conciliación extrajudicial es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación o al Juzgado de paz letrado a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto».
- f) El Art. 6° señala imperativamente que la Conciliación es requisito de procesabilidad necesariamente antecedente de los procesos judiciales relacionados a derechos de libre disponibilidad de las partes, sin excepción. No están comprendidos en ello los derechos de familia que no sea el derecho de alimentos, régimen de visitas y las denuncias por violencia familiar;
- g) La audiencia única de la Conciliación puede tener una o más sesiones;
- h) La asistencia de las partes a la audiencia de conciliación es facultativa, y la ausencia de una o de las dos partes da como lugar la culminación del proceso de Conciliación;
- i) De la audiencia de Conciliación se confeccionará un acta, la misma que constituye Título de Ejecución cuando de su contenido se desprenda válidamente una obligación exigible en razón del tiempo, lugar y modo;
- j) No obstante no ser un acto jurisdiccional, la ley señala que el inicio del proceso de conciliación interrumpe los plazos de prescripción y caducidad, como en el caso de la impetración por medio de una demanda;
- k) El conciliador es definido como una persona capacitada y acreditada que deberá cumplir sus labores en un Centro de Conciliación, que propicia el proceso de comunicación de las partes, y que propondrá fórmulas conciliatorias sobre la base de cada caso, pero que

no serán vinculantes, con plena libertad de acción, de acuerdo con los principios de esta ley;

- l) Los Centros de conciliación serán entidades que tendrán por objeto ejercer la labor conciliatoria. Podrán serlo las personas jurídicas de derecho público o privado sin fines de lucro, que tengan entre sus finalidades el ejercicio de la función conciliadora;
- m) Habrá una Junta Nacional de Conciliación que tendrá forma de persona jurídica, y servirá para coordinar sus acciones a nivel nacional, promover la eficiencia de los Centros de Conciliación y difundir la Conciliación como mecanismo pacífico y adecuado de solución de conflictos; y,
- n) Se determina que los Jueces de paz –letrados y no letrados– serán conciliadores natos de pleno derecho en los procesos bajo su conocimiento y conforme a las reglas de esta ley.

Lima, septiembre del 2000

Un Derecho procesal para todos los tiempos...desde Carlos V al tercer milenio

Mario Masciotra

Convocado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal, que preside el Prof. Marcel Storme, se desarrolló durante los días 25 a 28 de abril del corriente año en la ciudad de Gante (Bélgica) el Coloquio Internacional de Derecho Procesal, con el título de referencia.

Participaron ciento treinta procesalistas, entre los cuales podemos mencionar a P. Gilles, B. Hess, P. Gottwald (Alemania), A. M. Morello, G. L. Sosa, A. Ledesma, J. C. Hitters, A. Valcarce, (Argentina), N. Andrews (Australia), Barbosa Moreira, A. De Pellegrini (Brasil), V. Fairen Guillén, I. Díez Picazo (España), G. Bolard (Francia), Yessiou-Faltsi (Grecia), N. Andrews, Peysner (Inglaterra), F. Carpi, I. A. Andolina, M. Taruffo, G. Tarzia (Italia), S. Shetreet (Israel), Weidong Ji (Japón), Gomez Lara (México), A. Quiroga León (Perú), Ferreira Da Silva (Portugal), W. De Vos (Sudáfrica), Vescovi, J. Greif (Uruguay), P. Carrington, G. Hazard (USA), entre otros.

I

Habiendo sido designada la ciudad de Gante como sede del coloquio por celebrarse en ella el quinto centenario del nacimiento de Carlos V resultó inexorable referirse a su pensamiento y accionar político.

Y en ese sentido, se destacó que quien fuera rey por nacimiento y emperador por elección, no tenía buen concepto de los juristas y se opuso terminantemente a que los abogados se trasladen a América para no producir anarquía ni conflictos estériles.

El descrédito de la justicia en esa época era alarmante, los abogados percibían sus honorarios conforme a la extensión de las presentaciones que redactaban, lo que provocaba densos desarrollos e innecesarios planteos, escritos con mucha cantidad de fojas (se relata que escribían cuatro palabras por renglón y catorce renglones en cada página).

Por su parte, la morosidad de los jueces era tan manifiesta que los litigantes debían perseguir a los funcionarios para que dictaran pronunciamiento (pudo haber sido el origen de los «lobbistas» judiciales).

No obstante la opinión que le merecía a Carlos V la actuación de abogados y jueces, tenía la convicción de la importancia del Derecho Procesal -aun cuando éste carecía de autonomía científica- y de la necesidad imperiosa de mejorar la administración de la justicia.

En esa inteligencia y con ese espíritu, no sólo ordenó compilar las normas consuetudinarias de carácter procesal que imperaban entonces, que fue el primer intento de codificación procesal, sino que intentó reformas sustanciales tendientes a disminuir el costo y el tiempo de los litigios, ya que los procedimientos eran costosos y los juicios muy lentos.

Producto de su incansable labor, décadas después durante la gestión de Fernando II -emperador germánico- se publicó el primer Manual de Derecho Procesal Civil que data de 1626 de *Joost de Damhouder Practycke Civile*, cuyo ejemplar fue obsequiado a los concurrentes al Coloquio.

Cabe destacar que el citado autor, a quien podemos calificar como el primer tratadista de Derecho Procesal ante la indiscriminada iniciación de pleitos que inundaban los tribunales de la época y para paliar dicha situación anunció tres remedios: 1) los litigantes debían privilegiar el espíritu solidario en sus relaciones contractuales; 2) los abogados, debían contener sus ansias de ganar dinero; y, 3) los jueces debían, a su vez, tener más fervor, una mayor dedicación y asumir un rol activo en el proceso judicial.

Como puede percibirse claramente, los problemas judiciales que aquejaban a la sociedad flamenca de principios del siglo XVII son muy similares a los que padecemos actualmente.

Las soluciones que se diseñaron en el pasado y las que deben vertebrarse casi cuatro siglos después, más allá de los avances tecnológicos que nos depara esta última década, encuentran su fundamento en las cualidades humanas, los valores éticos, el espíritu de sacrificio y criterio de responsabilidad que debe primar entre todos los que esta-

mos involucrados en el quehacer judicial, abogados, jueces, docentes, estudiantes, periodistas, legisladores, gobernantes, en fin, los ciudadanos todos, sin exclusión alguna.

Privilegiando estos valores y teniendo como premisa liminar que la eficacia de la jurisdicción es la base del estado de derecho se solidificará la credibilidad de la justicia ante la comunidad.

II

La solidez intelectual de los participantes, su elevado número y la representatividad de los mismos, pues provenían de países de los cinco continentes, permitió recepcionar información actualizada acerca de la situación en que se encuentran las normativas procesales y las administraciones judiciales de estados tan lejanos como disímiles.

Estas son algunas de las impresiones recogidas y de los conceptos vertidos en el importante evento académico:

Área asiática:

En China, a partir de 1993 se han puesto en ejecución importantes reformas procesales, tales como:

- Activo trabajo pre-judicial para evitar la contienda.
- Otorgar mayor importancia a la mediación, aunque continúa siendo facultativa del juez.
- Estadio procesal previo al juicio oral tendiente a depurar el procedimiento.
- La prueba es a cargo de las partes.
- Autorizar a los tribunales a aplicar sanciones en caso de abuso procesal (Ji Wiedong).

No obstante, las sustanciales innovaciones encaradas, es escasa e insuficiente la inmediación de los jueces.

En Japón la discrecionalidad judicial y la incertidumbre tanto legislativa como la emanada de los jueces ha provocado una gran antipatía por los litigios, generando una creciente canalización de los conflictos a través de los sistemas alternativos de solución de conflictos ADR (negociación, conciliación, mediación y arbitraje).

Japón carece de tradición jurídica, el número de juristas es reducido y es uno de los pocos países del mundo donde escasean los abogados (Takeshi Kojima).

Area Africana:

La Constitución de Sudáfrica de 1985 establece en forma expresa que los ciudadanos deben gozar de un proceso justo, del derecho a ser oído, de un juez independiente y derecho a acceso a la justicia.

Influenciado por la prédica doctrinaria de Mauro Cappelletti en 1985 se implementó un procedimiento abreviado, para juicios de menor cuantía, que presenta las siguientes características:

- No hay representación legal ni asistencia letrada.
- El funcionario interviniente, que actúa *ad-honorem* pues forma parte de la comunidad, tiene un rol muy activo.
- El procedimiento es inquisitorio, no hay investigación contradictoria, y se trata de un sistema consuetudinario.
- El funcionario -comisario- posee una vasta discrecionalidad pues goza de amplísima libertad para flexibilizar el procedimiento y para ordenar y recepcionar la prueba que considere más conveniente.
- No hay recurso sino un reexamen por parte del Tribunal Superior (Wouter De Vos).

Área europea oriental:

En el mundo occidental existe una tendencia hacia un mayor activismo judicial, mientras que en Europa del este, es a la inversa, se tiende a restringir las facultades del juez. Tal situación tiene motivaciones ideológicas, por cuanto en la época socialista y durante un dilatado lapso se impuso un rígido y acendrado intervencionismo estatal.-

A partir de la democratización de los regímenes socialistas comienza una transformación en la estructura de los procedimientos judiciales, se evoluciona hacia un concepto privatístico fundado en motivaciones ideológicas y se desarrolla el principio de la autonomía de la voluntad; como consecuencia de ello, en los países del este los jueces no están facultados para decretar medidas de mejor proveer (Paul Oberhamer).

Durante la última década Croacia convive tiempos de guerra y de paz, a partir del abandono del sistema socialista, no se ha podido es-

estructurar ni solidificar un sistema democrático. Actualmente vive una época de transición, se cambió un sistema político, se creó un estado independiente y se ganó una guerra.

Con anterioridad, el Poder Judicial no era independiente, era un acápite del poder ejecutivo, el socialismo no admitía la división de poderes.

La Constitución de 1990 reconoció la división de poderes, la inamovilidad de los jueces, la independencia del poder judicial. A partir de la democratización de las estructuras políticas, los jueces se politizaron y se violaron frecuentemente las garantías constitucionales. Cuando terminó la guerra en 1996 se abolieron los tribunales marciales. Durante la confrontación bélica se produjo el exilio de los jueces.

Actualmente existe un Consejo Judicial del Estado, cuyos miembros los designa el Parlamento encargado de la selección y designación de los magistrados. El 25% de los jueces tienen menos de 35 años, unos son amanuenses del gobierno, otros son inexpertos e incapaces y existe una manifiesta morosidad en la labor judicial. Conclusión, el poder judicial no está ahora mejor que en la época socialista.(Alan Uzelac).

Área europea occidental:

En Suecia rige un sólo código de procedimientos civil y penal. Ello explica que el rol del juez sea sumamente activo que intervenga libremente; el proceso está más próximo a la gente. Las partes se presentan sin abogados, de ahí que el juez no puede quedarse con los brazos cruzados en un rol pasivo.(Sakari Laukkanen).

En Portugal a mediados de 1998, se aplicó un proceso monitorio «puro» para el cobro de pequeños importes. Las empresas envían su reclamo mediante *disquette* que lo recepciona una Secretaría, en la cual se sustancia las actuaciones. No hay representación legal obligatoria. (C. M. Ferreira Dasilva).

Los juicios complejos, es decir, procedimientos para asuntos difíciles, de un importante caudal patrimonial como el caso de las *class action* o acciones colectivas, no se conocen en Europa, se resuelven a través de otros mecanismos.

Las acciones colectivas no se compadecen con el purismo jurídico que rige en Alemania donde se admiten sólo los juicios individuales. Admitir aquéllas afirmó Paul Oberhammer generará numerosos inconvenientes.

Los procesos complejos se pueden dar en juicios donde estén involucrados importantes empresas y los montos reclamados sean muy elevados.

La realidad tribunalicia refleja que los importes demandados y que son materia de condena en EE.UU. superan diez veces más los montos que se cuestionan en Europa.

En EE.UU. los letrados no concurren a los tribunales, mientras que en Alemania y Austria los abogados se forman profesionalmente y profundizan sus conocimientos litigando. El país germano se ha convertido en el más litigioso del mundo, a pesar de que el 80% de los contratos internacionales que se celebran contienen la cláusula arbitral.

En Austria se ha puesto el acento en las pequeñas causas para descongestionar a los tribunales, estableciendo un procedimiento abreviado, utilizándose nuevas tecnologías y dotando a los jueces de relevantes poderes para que ejerzan un rol activo y protagónico.

Pero para los juicios de un monto superior a los diez mil euros no se ha producido mayores cambios procedimentales.(Paul Oberhammer).

Mientras que en el *common law* se trata de restringir las vías recursivas, en Italia cualquier sentencia es susceptible de recurso, incluso ante el Tribunal Supremo. El ordenamiento procesal italiano contempla diferentes recursos con variadas modalidades de interposición y de substanciación.

El criterio restrictivo en materia recursiva imperante, en el mundo anglosajón se fundamenta según Morello en que la primera instancia es eficaz y actúa con oficio y criterio.

En Italia cualquier ciudadano puede concurrir ante el Tribunal Supremo, lo que genera un verdadero colapso judicial, mientras que en EE.UU. nueve jueces tratan cien cuestiones por año.(Michele Taruffo).

Área americana del norte:

En EE.UU. funcionan doscientas facultades de derecho y están matriculados un millón de abogados. Nadie intenta obtener una magistratura judicial sin que previamente haya tenido experiencia política o tener amigos o aliados políticos. Los jueces más politizados son los jueces federales. El 80% de los jueces estatales son designados por elección popular. Los jueces designados políticamente suelen superar intelectualmente a los designados técnicamente.

Conforme a la tradición inglesa vigente en la totalidad de los estados americanos, con excepción de Lousiana colonizada por Francia, los procedimientos civiles revisten las siguientes características:

- Iniciativa de las partes,
- Facultad de los jueces,
- Mandato judicial,
- Estructura de la vista de causa,
- Cada parte sufraga sus propias costas, los abogados trabajan a resultado.
- Las sentencias dictadas en un Estado pueden ser ejecutadas en otro, salvo violación de normas de orden público o principio de derecho procesal.(Paul D. Carrington).
- Philip Shuchman afirmó que los procedimientos abreviados en EE.UU. constituyen una manera de adoptar medidas urgentes y determinar previamente la necesidad o no de juicio sin producción de medida probatoria. Si se deniega el procedimiento abreviado, resolución que es irrecurrible, continúa el juicio.-

En Canadá se propugnó aumentar los procedimientos abreviados a fin de disminuir costos y reducir los litigios.-

III

En el ámbito del Coloquio internacional de referencia se llevó a cabo una mesa redonda presidida por el Prof. Konstatinos Kerameus (Atenas), que abordó el tema «Armonización o globalización del procedimiento civil» y a continuación se indicarán los conceptos más sobresalientes de los distintos expositores.

A partir de la aparición de la globalización y el funcionamiento de mercados integrados se impone la necesidad de uniformar las normas procesales vigentes en los diferentes países y de encarar una armonización entre el derecho sustancial y el derecho procesal.

Se afirmó que los factores que obstaculizan la armonización y unificación de las normas procesales radican en las diferentes culturas locales y nacionales.

En tal sentido, se mencionó el caso de Suiza donde rigen veintisiete códigos de procedimientos, un código civil y una ley uniforme de quiebra. Otro caso que merece señalarse es el que luego de la unificación de las Alemanias no se ha hecho nada para unificar las normas procesales y que actualmente en dicho país, rige un código de procedimientos federal y veintiséis códigos estatales.

El Tribunal de la Comunidad Europea ha generado una sólida corriente jurisprudencial tendiente a la aproximación de las normas procesales y en los diferentes tratados celebrados, se ha otorgado al Consejo facultades para dictar normas procesales comunes.

A fin de continuar con esta tendencia a la uniformidad y armonización que impulsa la Comunidad Europea, Giuseppe Tarzia reclamó una serie de medidas, tales como un título ejecutivo común para Europa, garantizar el intercambio de la información, dictar normas tendientes a la incautación de depósitos bancarios y viabilizar el *exequatur* a través de un procedimiento sumarisimo; la tendencia es llegar a la supresión del *exequatur*.

Sostuvo el catedrático de Milano que el Tratado de Amsterdam ha mejorado el procedimiento en materia de notificaciones y contiene normas comunes en orden a la competencia, concluyendo que toda unificación es ilusoria si no existe un tribunal que garantice la interpretación y aplicación de las normas legales dictadas.

Koen Lenaerts Juez del Tribunal de la Comunidad Europea, señaló las siguientes características del Derecho comunitario europeo:

- Existe primacía sobre los ordenamientos locales.
- Contiene normas procesales.
- No se adopta el sistema dual vigente en los EE.UU., pues no existe federalidad.
- Los tribunales nacionales aplican el derecho comunitario.
- Los tribunales nacionales solicitan consulta al Tribunal de Justicia europeo acerca de la interpretación de una norma de derecho comunitario (cuestión prejudicial); la respuesta es vinculante, no es cosa juzgada es cosa interpretada. Ello ha generado toda una jurisprudencia en materia de interpretación de normas comunitarias.
- Los estados tienen total libertad e independencia para organizar la aplicación del derecho comunitario, la única condición impuesta es que sea lo más eficaz posible reflejada en dos aspectos: 1) debe mediar

equivalencia, es decir, aplicación idéntica de derecho comunitario y derecho nacional, con prevalencia del primero; y, 2) debe existir eficacia cabal o total eficacia (criterio de razonabilidad).

¿Puede un tribunal nacional aplicar de oficio el derecho comunitario? La respuesta afirmativa sería una consecuencia de la aplicación del principio *iura novit curia*. Al respecto K. Lenaerts afirmó que la jurisprudencia no es uniforme.

El funcionamiento actual del Tribunal europeo, fue analizado críticamente por Mial Fennelly, abogada general del alto tribunal, quien afirmó enfáticamente que padece de innumerables dificultades atribuibles a:

- El aumento de la litigiosidad provenientes de las acciones directas y de los recursos de apelación.
- La hiperinflación legislativa, se han multiplicado las normas dictadas en la última década, señalando como dato comparativo que en EE.UU. en doscientos años, sólo hubo veintitrés enmiendas constitucionales.
- La mundialización jurídica.
- El incremento de costos y personal, así como exceso de dilación provocado, pues debe trabajarse en once idiomas.

A fin de percibir la magnitud del trabajo que aqueja al Tribunal Supremo europeo, destacó M. Fennelly que en EE.UU. la Corte Suprema recibe ocho mil causas por año y sólo trata cien.

Linda S. Mullenix aludió a «La armonización de normas procesales en EE.UU.» y aseveró que ha sido y es difícil lograr la unificación de normas procesales en EE.UU., ya que actualmente la justicia federal está dividida en noventa y cuatro distritos, a los que debe adicionarse doce circuitos regionales.

Al respecto, Paul D. Carrington acotó que la mayor parte de las contiendas judiciales, el 95% se radica en los tribunales locales.

Hasta 1938 los tribunales federales debían sujetarse a las normas locales, a partir de entonces se dictó un Código uniforme de procedimientos federal que no sólo unificó las normas en la materia, sino que simplificó la tramitación de los procesos y estableció las acciones de equidad a través de juicio por jurados.

La mayor parte de los Estados han adoptado las normas contenidas en el Código uniforme. Esta normativa, se ha dicho, implica una limitación constitucional de aquéllos.

Si bien las interpretaciones jurisprudenciales de los tribunales de apelación difieren, existe una tendencia a unificar criterios.

Afirmó la catedrática de Vilanova, en los EE.UU. que existen tres factores que conspiran con la uniformidad de las normas procesales:

- Todo tribunal de distrito tiene sus normas propias diferentes a las que rigen en el ámbito federal; ello encuentra sustento legal en la Ley N° 83.
- La interpretación jurisprudencial de los tribunales inferiores.
- La adopción en 1990 de reformas procesales tendientes a obtener un mejoramiento en el funcionamiento de los tribunales.
- La Corte Suprema de Justicia es un tribunal político por lo que no intenta unificar los criterios interpretativos.

A modo de colofón, sostuvo que en teoría, el sistema federal es uniforme, pero en la práctica está balcanizado.

José Carlos Barbosa Moreira disertó sobre «La unificación de normas procesales en Latinoamérica», y afirmó que el continente presenta diversas peculiaridades, a saber: Brasil tiene sus raíces en el derecho lusitano, mientras que en el resto de los países americanos sus ordenamientos se fundan en el derecho español. Brasil tiene modalidades recursivas diferentes al resto de América. Aquél tiene desde 1939 un sólo Código Procesal, mientras que en Argentina existen tantos códigos como provincias, veintitrés códigos provinciales y un código nacional.

El objetivo perseguido por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal fue elaborar un Código único que se plasmó en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que se identifica con el de Austria con algunas diferencias, como que la audiencia de vista de causa en éste es optativa. El aludido cuerpo legal fue adoptado por Uruguay que lo sancionó en 1988 y posteriormente sus lineamientos fueron volcados en el Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero de la Provincia de Tierra del Fuego (Argentina) que comenzó a regir en 1994.

La finalidad del Instituto no es sustituir los códigos vigentes sino inspirar a los legisladores para que apliquen reformas tendientes a lograr un mejoramiento del servicio de justicia.

Si bien es cierto que la idea de armonizar y unificar las normas procesales es una utopía, concluyó Barbosa Moreira, ello no nos debe desanimar y debemos agotar todos los esfuerzos tendientes a lograr tamaño objetivo.

En esa inteligencia y con el espíritu señalado por el eximio procesalista carioca, entendemos que en el ámbito del Mercosur todos los esfuerzos de gobernantes, políticos e intelectuales deben tener como objetivo la creación de un Tribunal de Justicia Supranacional, que se constituirá en el pilar de un sistema transparente, sólido y previsible a fin de garantizar la existencia de una comunidad que se funda en el Derecho y contribuir a consolidar la integración regional.

IV

El tema central «El poder discrecional del juez: límites y control» fue analizado a través de estos tópicos: «Noción y concepto de la discrecionalidad judicial»; «La discrecionalidad en los procedimientos ordinarios»; «La discrecionalidad en los procedimientos especiales» y «El control de la discrecionalidad judicial».

Al presentar el tema en debate el Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Prof. Marcel Storme (Bélgica) afirmó que la discrecionalidad del juez es a su vez su límite, su control, el sentido de oportunidad. El juez ocupa una posición central en el proceso que se materializa durante la producción de la prueba y la aplicación del derecho material. Los jueces no pueden ser legisladores de las normas, deben «hacer proceder».

Shimon Shetreet (Israel) definió discrecionalidad como el poder escoger entre varias opciones o alternativas lícitas e implica la idea de selección.

La discrecionalidad judicial se manifiesta en tres aspectos: 1) en la determinación de los hechos pertinentes; 2) en la determinación de las normas aplicables; 3) en la aplicación de las normas a los hechos litigiosos.

En principio, son las partes las que fijan los hechos sin perjuicio de que el juez tenga en cuenta otros hechos no aducidos por las partes que se incorporan producto de la investigación probatoria, siempre con control de aquéllas.

Burkard Hess (Alemania) sostuvo que el concepto de discrecionalidad judicial es inherente a todo sistema jurídico, que existe divergencias de criterios, pero en general, rige una tendencia hacia la amplitud de la misma.

No cabe duda que el concepto «discrecionalidad judicial» es un término impreciso, que implica libertad de elección y de selección, significa la capacidad del juez de estructurar el juicio.

La discrecionalidad judicial forma parte de los deberes y de los poderes inherentes al juez e implica siempre independencia del juez, éste es el intérprete de la ley («la boca del legislador»).

El control de la discrecionalidad es ejercida por las partes a través de la facultad recursiva. Jamás se lleva a cabo en forma absoluta e ilimitada, siempre es en forma guiada, conforme a pautas; los límites son las garantías constitucionales: 1) igualdad de las partes; 2) derecho a ser oído; 3) proceso justo.

Las conclusiones arribadas por el Prof. Hess fueron las siguientes:

- 1) La discrecionalidad judicial no puede determinarse globalmente; debemos distinguir la discrecionalidad sustancial que está dada en la aplicación de la ley de la procesal que se materiliza en la dirección del proceso.
- 2) Toda la doctrina moderna tiende a aumentar el activismo judicial, sea en forma de facultad o de deberes de los jueces, el ejercicio de los mismos no debe afectar el juicio.
- 3) Reconoce siempre la facultad recursiva de las partes. En la medida que se logre afianzar la legalidad de la primera instancia, los recursos se limitarán. Las pautas del contralor son la razonabilidad y el respeto del principio de proporcionalidad.
- 4) No es ilimitada depende de los objetivos y de las garantías constitucionales, ésta también exige una gestión judicial oportuna y eficaz.

Karen Broeckx (Bélgica) sostuvo que la discrecionalidad judicial está dada por el poder de apreciación de los hechos litigiosos y para emitir una decisión judicial.

En Holanda no hay poderes sino facultades discrecionales las que se ejercen en la apreciación de los hechos no esgrimidos por las partes pero que surgen de la investigación y forma parte del proceso, debiéndose cumplimentar el principio de bilateralidad o de contradicción a fin de respetar que las partes ejerzan el derecho de ser oído.

Por su parte, Sakari Laukkanen (Escandinava) afirmó que el concepto de discrecionalidad del juez se presenta en aquellas áreas donde existe carencia de normas y por ende, el juez asume el carácter de legislador, mientras que en el campo reglado por normas legales la discrecionalidad judicial no aparece.

El poder discrecional del juez en Iberoamérica fue presentado por Ignacio Díez Picazo (España) quien sostuvo que existen dos tendencias acerca de la discrecionalidad judicial. Para unos es un fenómeno inexistente, pues se la identifica con la facultad de interpretar la ley la que es inherente a la actividad judicial. La discrecionalidad judicial sólo puede ser entendida como mayor libertad en la interpretación de las normas, en los casos en que la misma contiene conceptos amplios e imprecisos, pero no como facultad de opción entre varias soluciones jurídicamente correctas.

Para otros, existe un amplio número de potestades discrecionales de los jueces en la dirección del proceso, mientras que en la apreciación de los hechos y en la decisión de fondo la discrecionalidad debe considerarse un fenómeno residual.

En Brasil el poder discrecional del juez -expuso Ada de Pellegrini- es muy amplio pues suple la actividad de las partes en la búsqueda de la verdad. En el Código de los Derechos del Consumidor se autoriza a invertir la carga de la prueba. La tendencia es hacia un mayor activismo judicial.

Hay discrecionalidad cuando el juez elige entre dos opciones lícitas, en que la ley no impone ninguna de ellas. Siempre debe ser motivada, fundada y puede ser revisada por la alzada.

El control del acto discrecional se hace efectivo a través del criterio de justicia, de la finalidad social de la justicia y el criterio de proporcionalidad o razonabilidad.

Concluyó que el poder discrecional del juez siempre está limitado por las garantías constitucionales, la prohibición de pruebas ilícitas, el principio de igualdad de las partes y el derecho de ser oído.

Aníbal Quiroga-León (Perú) afirmó que la discrecionalidad judicial está en la dirección del proceso y en la aplicación del derecho y resaltó la importancia de la capacidad intuitiva de los jueces en la administración de justicia.

Avaló su posición invocando los litigios resueltos por el Rey Salomé, el juez Marshall y el de los jueces legos de Perú en su actividad jurisdiccional cotidiana (En Perú hay tres mil jueces legos y mil quinientos jueces letrados), para finalizar recordando al maestro uruguayo Eduardo J. Couture, «El Derecho nunca me impidió hacer justicia».

En China toda la jurisprudencia está basada en la interpretación abierta de la ley fundada en la subjetividad. No hay determinismo, sino una gran flexibilidad. La capacidad psicológica del juez tiene un rol protagónico. A partir de 1993 se ha puesto en práctica una serie de garantías tendientes a evitar la arbitrariedad que genera el subjetivismo de los magistrados.-

El poder discrecional del juez se manifiesta en la libre evaluación de las pruebas y en la libre decisión de los conflictos teniendo en cuenta los intereses de las partes y la ley.(Ji Wiedong).

En EE.UU. hay una tendencia a aumentar el poder discrecional de los jueces, especialmente antes del juicio; a fin de que las partes arriben a una conciliación, prueba de ello las estadísticas muestran que sólo el 2 o el 3% de los asuntos civiles llegan a juicio en los EE.UU. A ello debe adicionarse una ostensible restricción en la revisión de los casos por la Alzada. (Philip Shuchman, EE.UU.).

John Peysner (Inglaterra) afirmó que en los sistemas de *common law* lo que se denomina acto discrecional del juez, no es, sino interpretación y aplicación de la norma jurídica.

La capacidad de decisión de los jueces en el derecho anglosajón es amplísimo; no ocurre lo mismo en el derecho continental, pues aquí el juez no crea la ley.

En abril de 1999 se sancionaron en Inglaterra normas de procedimientos civil que otorgan una mayor discrecionalidad judicial. A tenor de esta reforma afirmó Neil Andrews el Tribunal ejerce poderes para:

- 1) aplazar la vista de causa, suspender la misma, determinar el orden de los temas a tratarse;
- 2) adoptar medidas sin instancia de parte y dictar resoluciones tendientes a hacer progresar eficazmente la causa;

- 3) suprimir puntos de defensa fundado en que carece de fundamentación, abuso de procedimientos, obstaculizar la justicia o por incumplimiento de normas u órdenes procesales.
- 4) sugerir a las partes la adopción de métodos alternativos de solución de conflictos.

En los Tribunales de Apelación hay una tendencia a no revisar las resoluciones dictadas en uso de la discrecionalidad judicial. Estas reformas han variado el estilo de los jueces y no pocos poseen la suficiente capacidad para ejercer plenamente las atribuciones otorgadas; y por otra parte, las decisiones judiciales en ejercicio de esa mayor discrecionalidad judicial ha tomado por sorpresa a los litigantes acostumbrados a una pasividad conservadora de los jueces ingleses.

John Peysner acotó al respecto, así como se habla normalmente del miedo de los guardametas ante la ejecución de los penales, existe un miedo generalizado de los abogados ante los poderes de los jueces, es el temor a lo desconocido.

El Prof. Andrews señaló los siguientes peligros de la discrecionalidad:

- 1) Subjetividad: es injusto que dependa del temperamento del juez.
- 2) Incoherencia: es inadmisibile que se apliquen criterios disímiles para casos iguales, pues se deteriora la seguridad jurídica.
- 3) Vergüenza judicial: no puede atentarse contra el criterio de la comunidad.

Por ello, afirmó que la discrecionalidad judicial irrestricta e ilimitada puede configurar «la tiranía judicial».

También destacó las siguientes ventajas de la discrecionalidad judicial:

- 1) Impide que el tribunal esta limitado a ritos formales.
- 2) Implica que la ley sea interpretada.
- 3) Simplifica los procedimientos al reducir la complejidad de las normas.
- 4) Entraña ejercicio de soberanía.

De las brillantes exposiciones y del debate suscitado entre los concurrentes, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1) En todas las latitudes, países del *common law*, del derecho continental, Escandinavia, países asiáticos y africanos, como en Iberoamérica, en fin, toda la doctrina procesal moderna está dirigida hacia un preponderante activismo judicial, abandonando el estatismo de los jueces, al otorgarles mayores facultades y deberes.

La única excepción lo constituyen los países de Europa oriental, que por motivaciones políticas, ajenas a la disciplina jurídica, ante el fracaso del sistema socialista y por el péndulo ideológico han girado hacia una concepción privatística del proceso. No obstante ello, en dichos países comienza a afianzarse una corriente doctrinaria tendiente a otorgar a los jueces facultades para que investiguen y verifiquen la verdad material.

- 2) Es conciencia casi unánime que en un Estado moderno es del interés público hacer justicia y el único medio éticamente aceptable para ese objetivo es el descubrimiento de la verdad y para el cumplimiento de ese cometido necesitamos contar con jueces que asuman un rol activo en el procedimiento civil con deberes y facultades que le permitan dictar una sentencia justa. Ello implica ejercicio de una soberanía y torna al juez verdaderamente independiente.
- 3) El poder discrecional del juez es amplio, pero jamás es absoluto. El ejercicio abusivo de la discrecionalidad jurídica lleva al subjetivismo aumentando la imprevisión e inseguridad jurídica. Los límites están en las garantías constitucionales y en los principios fundamentales del proceso: igualdad de las partes, contradicción o bilateralidad y congruencia.
- 4) A mayor poder de los jueces, un incremento de la responsabilidad de los mismos y un aumento de las facultades de los abogados, ya que la participación activa de éstos equilibrará los poderes y deberes de los jueces y constituirá la garantía más idónea para impedir un ejercicio arbitrario e ilimitado de aquéllos.
- 5) Si bien la discrecionalidad judicial es una noción abstracta, la misma compete y es ejercida por seres humanos, los jueces, de ahí la importancia que tiene la formación, selección y elección de los magistrados. la discrecionalidad judicial está íntimamente vinculada a la calidad de los jueces, por ende el imperativo es la selección de los mejores.

Revisión de la cosa juzgada írrita

Arodín Valcarce

«La renuncia consciente de la verdad es incompatible con el servicio de justicia».

(CSJN en L.L., v. 89, p. 412)

Los vicios de la actividad pueden afectar no sólo a los actos procesales aislados, sino también a todo un proceso, de suerte que en determinados supuestos será procedente la declaración de nulidad de un proceso íntegro¹.

No se trata de que las formas procesales hayan sido perturbadas. El procedimiento luce pleno de regularidad, y el órgano jurisdiccional ha cumplido ostensiblemente su cometido, pero tales situaciones se plantean generalmente cuando median vicios sustanciales intrínsecos, distintos de las irregularidades extrínsecas. Mientras éstas apuntan a la violación de las formas estatuidas, aquéllos se repliegan en los casos en que sin escozor del ritual «el vicio está en la entraña».

Así, el proceso fraudulento no es sino un negocio fraudulento, realizado con o mediante instrumentos procesales; el fraude y la simulación a través del proceso están orquestados por las partes, pero también dirigidos al juez a quien enlazan para complicarlo en la expedición de una sentencia injusta. El juez, sujeto también de la relación procesal, ha sido llevado a engaño en la confección de un acto que de lícito sólo

1 Roberto O. Berizonce. «Cosa Juzgada Fraudulenta» en *JUS Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires*, N° 10, p. 76.

tiene lo externo. Y si por principio de orden común es anulable todo acto jurídico con vicio de error, parece indudable que la sentencia obtenida en esas condiciones deba asimismo caer bajo las consecuencias de esta sanción ².

«El fraude procesal es toda maniobra de las partes, de los terceros, del juez o de sus auxiliares que tienda a obtener o dictar una sentencia con o sin valor de cosa juzgada, o la homologación de un acuerdo procesal u otra resolución judicial, con fines ilícitos o a impedir su pronunciamiento o ejecución»³.

Así, si las partes, para lograr la sentencia acogedora de sus ilegítimas pretensiones, han recurrido, por ejemplo a testigos comprometidos a falsear los hechos, o se hubieren servido de documentos adulterados o del cohecho de peritos, tal comportamiento asume el rol de una asechanza dirigida a inducir en error al juez, según es, precisamente la noción del dolo. Víctima inmediata del dolo es, pues, la propia administración de justicia, en la persona del juez que la representa.

Es evidente que en estos casos, la presunción de justicia que cubre la decisión pasada en autoridad de cosa juzgada ha de ceder ante el fraude demostrado. Es inoponible el resultado de un proceso obtenido con escarnio de principios fundamentales, y tanto los terceros perjudicados como las propias partes pueden valerse de la acción de la nulidad. Esa es la posición dominante de la doctrina y de la jurisprudencia.

También procede la revisión de la cosa juzgada en casos en que no habría mediado fraude, así ocurre por ejemplo, si después de pronunciada la sentencia definitiva la parte perjudicada obtuviere documentos decisivos o ignorados o extraviados que pueden hacer variar la sentencia definitiva cuya revisión se pretende⁴.

Colocados ante la alternativa de elegir entre la seguridad jurídica que emerge de la cosa juzgada, aun en oportunidades, a costa de la

2 Axel M. Bremberg. «La cosa juzgada y daño de terceros», L.L. Tomo. 79, p. 389.

3 Jorge W. Peyrano. *El Proceso Civil*. Ed. Astrea, 1978, p. 202.

4 Arts. 156° inc. 1 CPC y 144° inc. 9 de la Constitución de Mendoza; Art. 395° inc. 3 CPCC Pcia. de Córdoba; Art. 283° Código General del Proceso del Uruguay.

justicia, por un lado, y la justicia, aun a veces, a costa de la seguridad jurídica, por otro, tanto estudiosos del derecho, por una parte, como jueces por otra, se inclinan en casos extremos, muy especiales y siempre con carácter excepcional, por la justicia, valor supremo éste que no debe ser dejado a un costado⁵.

1. Antecedentes jurisprudenciales

La Corte Suprema de Justicia de la nación sentó la doctrina favorable a la revisión de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada en los casos «Villareal de Rodríguez, Manuela v. Onetto, Domingo C.», 5/6/57⁶; «Tibold, José y otros», 23/11/62⁷; «Campbell Davidson, Juan v. Prov. de Buenos Aires», 19/2/71⁸; «Bemberg», 29/2/71⁹ y «Atlántida S.R.L. v. Naveira, José Antonio», 26/6/72¹⁰.

El paradigma lo constituye el caso «Campbell Davidson» donde el Alto Tribunal dijo: «son revisables las sentencias fraudulentas o dictadas en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación [...]. No puede reconocerse eficacia final a la sentencia dictada en juicio en que se ha incurrido en estafa procesal. La institución de la cosa juzgada, como todas las instituciones legales, debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales. No a toda sentencia judicial puede reconocérsele fuerza de resolución inmutable, sino sólo a aquéllas que han sido precedidas de un proceso contradictorio en que el vencido haya tenido adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y prueba. No puede invocarse el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada cuando no ha existido un auténtico y verdadero proceso judicial».

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos «Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Duarte, Víctor c/ Banco

5 Del voto del Dr. Bossi, en autos Lambruschini, Sara Baldomera c/Corbani de Canavesi, Néida s/Reivindicación y Nulidad del Acto Jurídico, Cám. 2° de Apelación – Sala III, La Plata, 23/5/67.

6 Fallos 238-18 y JA 1957-IV-263.

7 Fallos 254-320 y JA 1963-I-674.

8 Fallos 279-54 y JA 11-1971-231.

9 Fallos 281-421.

10 Fallos 283-66 y JA 16-1972-95.

Central de la República Argentina», en sus considerandos sostuvo que «[...] si bien es cierto que conocida jurisprudencia de este Tribunal confirió jerarquía constitucional a la cosa juzgada, en razón de que la inalterabilidad de los derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme reconoce fundamento en los derechos de propiedad y defensa en juicio y que la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales constituye un presupuesto ineludible para la seguridad jurídica, no lo es menos que también se han reconocido numerosas excepciones, entre otros supuestos, en los casos de estafa procesal, ya que debe admitirse, en tales hipótesis, que la existencia de resoluciones que formalmente se apartan de lo dispuesto en una sentencia firme «lejos de menoscabar la autoridad de la cosa juzgada la salvaguardan, porque salvaguardan su justicia, sin la cual el más íntimo sentido de dicha autoridad, que es su sentido moral, no es concebible» (Fallos : 310: 1797 y sus citas del considerando 7º, segundo párrafo, el entrecomillado corresponde a Fallos: 294: 434) (Considerando 4º). Que «[...] esta Corte ha sostenido que la admisión genérica, en el ordenamiento jurídico argentino, de la institución de la cosa juzgada, no significa que no pueda condicionarse su reconocimiento a la inexistencia de dolo en la causa en que se ha expedido la sentencia, ya que «la circunstancia que de ésta manera se afecte la seguridad propia de las sentencias firmes en el orden civil, debe ceder a la razón de justicia, que exige que el delito comprobado no rinda beneficios» (Fallos: 254:320, doctrina reiterada en Fallos: 275:389; 279:137 y 283:66) (Considerando 7º). Que «[...] la interpretación de normas procesales no puede prevalecer sobre la primacía que corresponde atribuir a la búsqueda del esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, cuyo desconocimiento consciente es incompatible con el adecuado servicio de justicia que asegura el Art. 18º de la Constitución nacional [...]» (Considerando 6º) (Fallos de la Corte Suprema: 320 pp. 1038 a 1041).

2. Requisitos de viabilidad

Teniendo en cuenta la doctrina y jurisprudencia que admiten la revisión de la cosa juzgada, en principio, podemos decir que los recaudos para que la pretensión en tratamiento pueda prosperar son los siguientes:

- a. sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada;
- b. que aquella adolezca de vicios esenciales, preponderantes, sustanciales;
- c. existencia de un daño al pretensor;
- d. causalidad adecuada;
- e. interés actual en la declaración de nulidad;
- f. que el afectado haya ejercitado los remedios legales que, por vía indirecta, eran capaces de remover el vicio esencial del que luego se muestra quejoso.

3. Conveniencia de legislar

No existen inconvenientes para deducir la revisión de la cosa juzgada fraudulenta no obstante la circunstancia de que la ley procesal no legisle expresamente sobre esa vía autónoma.

Son garantías constitucionales las que sostienen la imposibilidad de consagrar el proceso fraudulento. Así como la sentencia arbitraria contiene inconstitucionalidad en el decisorio, el proceso viciado intrínsecamente no admite alcanzar el grado de sentencia inmutable cuando no está precedido de un «auténtico y verdadero proceso judicial»¹¹.

Adolfo E. Parry sostiene: «la expresión cosa juzgada no equivale a decisión definitiva o inapelable —como erróneamente suele creerse—, pues solamente hay cosa juzgada cuando ha habido contienda promovida por la lesión de un derecho o de un interés legítimo, y la decisión a la cual la cosa juzgada se refiere ha sido dictada en virtud de “procedimiento regular”, con garantías de defensa, audiencia, prueba y alegación [...] La circunstancia de que ningún texto legal autorice expresamente la acción revocatoria no constituye impedimento para su admisibilidad. Para reconocer su procedencia basta con acudir a la vasta teoría que recuerda que ciertos principios generales del derecho no necesitan formulación expresa porque son del derecho mismo; sin ellos no habría igualdad, ni seguridad, ni justicia. La consagración del fraude es el desprestigio máximo y la negación del derecho, fuente incesante de descontento en el pueblo y burla de la ley»¹².

11 Osvaldo A. Gozaíni. *La conducta en el Proceso*. Ed. LEP, 1988, p. 278.

12 Adolfo E. Parry. «La Cosa Juzgada Irrita». L.L., vol. 82, p. 473.

De todas maneras, algunos autores como Ibáñez y Frocham, sostienen que el instituto de la revisión no prestigia la cosa juzgada sino, por el contrario la debilita «con una amenaza de inseguridad que suspende el fin buscado en el proceso civil: la certeza en la declaración del derecho [...] el principio de la cosa juzgada «purga» toda nulidad. Si no alcanzare a cubrir el dolo o el fraude convertido dentro del proceso, será el legislador quien ha de decir si en el estado actual de nuestro derecho y de nuestras costumbres de pueblo sano, vale la pena recomenzar [...] y otorgar una acción»¹³. Otros autores también sostienen la conveniencia de que se legisle sobre «la acción autónoma procesal de nulidad por vicios intrínsecos»¹⁴.

Siguiendo a Peyrano, nos parece conveniente la adopción de una nueva terminología, «desviación procesal» en reemplazo de «fraude procesal»¹⁵, y considerando las ventajas o desventajas de acuñar un texto abierto o numerativo de situaciones que harían admisible la acción, en trance de optar, preferimos la consagración de un texto abierto a las situaciones siempre nuevas, a condición de la utilización de un vocabulario que inequívocamente exprese el carácter excepcionalísimo de dicha vía.

4. Recurso de revisión o acción autónoma de nulidad

Tradicionalmente se ha caracterizado a la vía invalidatoria de la cosa juzgada como un «recurso», y así se lo ha regulado en algunas provincias argentinas –CPC de Mendoza (Art. 156°), Corrientes (Art. 290°, incs. 4, 5, 6 y 7), San Luis (Art. 548°), Córdoba (Art. 395°), San Juan (Art. 364°)— y en la legislación comparada –Uruguay (Código General del Proceso, Art. 281°), Chile, (CPC Art. 810°)—, mas, como sostiene Hitters, esta calificación no resiste a la crítica, puesto que muy pocas de las notas principales de los procedimientos recursivos se dan

13 Tratado de los Recursos en el Proceso Civil, 3° ed., Depalma, Buenos Aires, p. 570, N° 374 y 574.

14 Roberto O. Berizonce, op. cit., p. 77.

15 Peyrano, op. cit., p. 204.

en la revisión, salvo la de llevar a cabo un examen de lo decidido por un Tribunal.

El citado autor, enuncia las siguientes diferencias entre los institutos de referencia:

1. La revisión va contra decisiones firmes, los recursos obviamente no.
2. La eficacia de éstos depende de que la resolución adolezca de vicios en relación con una determinada situación necesariamente precedente a la misma, o con una norma jurídica de vigencia igualmente anterior a la propia decisión. En cambio, en la revisión, los defectos que pueden dar lugar a la retractación han de ponerse de relieve en consonancia con situaciones fácticas conocidas con posterioridad al fallo que se pretende invalidar; mientras que jamás puede producirse por vicios de tipo jurídico.
3. Para recurrir sólo están legitimadas las partes que han sufrido el perjuicio, en tanto que la revisión puede ser solicitada también por los herederos y aún por los terceros afectados.
4. Los recursos generalmente tienen efecto suspensivo; la revisión, en principio no.
5. El juez que resuelve aquéllos tiene el mismo conocimiento e idénticos poderes que el a-quo, en tanto el que conoce de la revisión está limitado sea por la naturaleza del contralor que le es dable hacer o por la necesidad de una investigación previa de admisión¹⁶.

En nuestro país, doctrina y jurisprudencia aceptan la existencia de una acción autónoma de nulidad¹⁷ que supone una demanda que inicie un juicio de conocimiento pleno, el que debe transitar por todas las etapas e instancias, respetando los principios del debido proceso; la autoridad de la cosa juzgada, aun cuando en el caso fuese aparente, sólo puede destruirse mediante un debate adecuado¹⁸. Se la califica de autónoma porque genera una nueva instancia distinta en principio de la

16 Juan Carlos Hitters. **Revisión de la Cosa Juzgada**. Ed. LEP, 1977, pp 15-16.

17 Luis Alberto Maurino, «Revisión de la cosa juzgada. Acción autónoma de nulidad» en **Revista del Derecho Procesal** N° 2, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 109.

18 Roland Arazi. «Acción de revisión de cosa juzgada írrita» en **Revista del Derecho Procesal** N° 2, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 384.

que se intenta destruir¹⁹ no debiendo confundirse esta acción con la demanda de nulidad de los actos jurídicos privados –que tiene su actividad fuera del proceso–; con el juicio de conocimiento posterior al ejecutivo –por esta vía no pueden discutirse las interpretaciones legales formuladas en la sentencia ni la validez o nulidad del procedimiento de ejecución–; ni con el recurso de rescisión –en éste se cuestionan fundamentos y no requisitos formales–²⁰.

5. Trámite procesal

- a) Competencia: aunque prevalece el criterio de asignarle competencia para entender en el recurso en estudio, al tribunal que oficia de cúspide de la pirámide jurisdiccional respectiva²¹, algunos sostienen que razones prácticas de economía procesal y conexidad aconsejan que entienda en la revisión el mismo juez que dictó la sentencia que se pretende enervar²². De la lectura de las diferentes leyes se advierten dos sistemas diferentes de impugnación, a saber: uno que determina que entiende directamente en el recurso el Tribunal Superior de Justicia, como es en Uruguay (SCJ) y en España (Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o del Tribunal de Justicia de una Comunidad Autónoma); otro que prevé una demanda autónoma a iniciarse ante el mismo juez o tribunal que dictó la sentencia (San Juan) o ante otro juez (Italia)²³.

Entendemos como el más apropiado al sistema que aconseja tramitar la demanda autónoma ante otro juez, teniendo en cuenta principalmente que, si bien el fraude habitualmente proviene de las partes o terceros, también puede ser del propio juez o de sus auxiliares.

- b) Objeto o motivo de revisión: el objeto final será la revocación del pronunciamiento, en tanto que, inicialmente, deberá investigarse sobre lo sucedido en el proceso cuestionado, verificando si existen

19 Luis Alberto Maurino, *op. cit.*, p. 110.

20 Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Teoría General del Proceso*. Ed. Ediar, 1996, p. 320.

21 Jorge W. Peyrano, *op. cit.*, p. 215.

22 Osvaldo Gozaíni, *La conducta en el proceso*, p. 279.

23 Roland Arazi, *op. cit.*, p. 385.

motivos suficientes que habiliten la instancia de revisión y, en especial, si los principios procesales de trascendencia, convalidación, protección, etc., no han operado en el proceso sus papeles definidores y postergan la nueva vía de sustanciación. Si el caso es confuso o dudoso, el magistrado se abstendrá de anular la cosa juzgada²⁴. La sentencia que hace lugar a la demanda producirá los efectos que la ley atribuye a la nulidad de los actos jurídicos.

- c) Legitimados activos: estarán legitimados para deducir la acción, las partes afectadas, los terceros perjudicados y el Ministerio Público, teniéndose presente cuál ha sido su situación respecto del proceso que se pretende invalidar para deducir de allí si constituye un afectado que no ha sido parte o, si lo ha sido, para concurrir a su respecto los principios citados de convalidación, trascendencia, etc.²⁵
- d) Prescripción: por aplicación del Art. 4030° del Código Civil, el plazo de dos años, desde que se toma conocimiento del vicio o desde los momentos indicados en la norma citada, guarda estrecha relación con los tiempos procesales que tampoco toleran la permanencia en los estados de incertidumbre²⁶.
- e) Potestad cautelar: en principio, la interposición de la demanda no interrumpe el curso de ejecución de la sentencia. En supuestos excepcionales, el tribunal, con caución bastante, puede disponer la suspensión de la ejecución de la sentencia objetada. Un tribunal dispuso, acordando mérito a un pedido cautelar de no innovar, suspender los trámites de ejecución de una sentencia firme mientras pendiese el proceso en que se hizo valer una pretensión de revisión de dicha cosa juzgada²⁷.

24 Osvaldo Gozaíni A., *op. cit.*, La conducta en el proceso, p. 279.

25 Osvaldo Gozaíni A., *op. cit.*, La conducta en el proceso, pp. 279-280.

26 Osvaldo Gozaíni A., *op. cit.*, p. 281; en el mismo sentido Jorge W. Peyrano, *op. cit.*, p. 201.

27 Autos: «Género, Jorge Alberto c/Alesso, Nilda Raquel y otros s/Revocación de cosa juzgada», Santa Fe, 28/6/93; ED, 154-424-24. De Midón, Gladis E., «¿Potestad cautelar en la acción de nulidad por cosa juzgada írrita o fraudulenta?», *Revista de Derecho Procesal* N° 1, Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, pp. 269-279.

Conclusiones

1. Cuando en el proceso median vicios sustanciales intrínsecos parece indudable que la sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada obtenida en esas condiciones puede ser impugnada mediante una acción autónoma de nulidad ejercida por los terceros perjudicados, por las propias partes o por el Ministerio Público, siempre que se den los requisitos para su viabilidad.
2. Es evidente que en estos casos la presunción de justicia que cubre la decisión pasada en autoridad de cosa juzgada ha de ceder ante la desviación procesal demostrada.
3. No puede invocarse el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada cuando no ha existido un auténtico y verdadero proceso judicial.
4. Si bien no existen obstáculos para deducir la revisión de la cosa juzgada resultante de un proceso con escarnio de principios fundamentales, no obstante la circunstancia de que la ley procesal no legisle expresamente sobre el tema, es conveniente que así se lo haga, consagrándose un texto abierto a las situaciones siempre nuevas, a condición de dejar expresamente sentado el carácter excepcionalísimo de dicha acción.
5. En cuanto a la competencia entendemos como el más apropiado al sistema que aconseja tramitar la demanda autónoma ante otro juez, quien sólo podrá suspender la ejecución de la sentencia impugnada en supuestos excepcionales y con caución bastante.

Tratamiento jurídico del sistema de anotaciones en cuenta de valores

Ivanna Loncharich Lozano

El presente trabajo tiene como objeto central desarrollar, desde una perspectiva legal, los principales aspectos de los valores representados mediante anotaciones en cuenta o anotados en cuenta en nuestro mercado peruano, así como aclarar algunos conceptos que podrían crear confusión.

De esta manera, consideramos oportuno describir el marco legal de las Instituciones de Compensación y Liquidación de Valores (en adelante ICLV), para luego explicar en qué consiste el sistema de anotaciones en cuenta, así como otros temas vinculados a éste, tales como, registro contable, fungibilidad, transferencia de propiedad de los valores anotados en cuenta, seguridades existentes para estos valores, certificados de acreditación, entre otros aspectos.

I. Aspectos introductorios

Uno de los factores que contribuyó al desarrollo del tráfico mercantil fue la utilización de los títulos valores, que fue posible gracias a la aceptación generalizada del concepto de incorporación del derecho al título. Sin embargo, no queda duda que su utilización masiva se convirtió posteriormente en un obstáculo para la agilidad en la negociación de los mismos.

Tal como señala Manuel Mendoza¹, el éxito del título valor, en cuanto medio de incorporar el derecho al título, acabó siendo uno de los

1 Manuel Mendoza Villar, «El sistema de anotaciones en Cuenta desde una

mayores impedimentos del tráfico mercantil, pues el elemento físico no solo dificultaba la transmisión de derechos, sino el ejercicio de los mismos.

Estas dificultades motivaron la búsqueda de soluciones encaminadas a eliminar del tráfico jurídico la necesidad del traslado de los valores representados mediante títulos físicos, y así facilitar el ejercicio de derechos incorporados en el documento.

Al respecto, se han seguido dos vías de solución: la inmovilización y la desmaterialización. En ambos casos, los valores no se trasladan físicamente, es decir las transmisiones de propiedad son efectuadas mediante transferencias contables. En el primer caso, el valor existe en forma de título físico, que puede ser incluso uno que represente una emisión (macrotítulo). En el segundo, el valor existe en el registro sin representación material alguna, de este modo se produce el abandono del título al que queda incorporado el derecho como instrumento para la circulación y el ejercicio de derechos.

II. Marco legal

El régimen de los valores representados por anotaciones en cuenta o valores anotados en cuenta, se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 861, actual Ley del Mercado de Valores, y está reglamentado por la Resolución CONASEV N° 031-99-EF/94.10, Reglamento de Instituciones de Compensación y Liquidación de Valores (en adelante el Reglamento)².

El ámbito de aplicación del Reglamento comprende a las ICLV, a las personas que participan en el sistema de compensación y liquidación de valores, y a los emisores de valores representados por anotaciones en cuenta, así como otros valores anotados en cuenta.

perspectiva jurídica», Papeles de Economía Española, Suplementos sobre el Sistema Financiero, N° 36, 1991, p. 46.

2 Nótese que nuestra legislación ha optado principalmente por un sistema desmaterializado, a diferencia de otros países como Estados Unidos o México donde funciona un sistema inmovilizado.

Las ICLV tienen un rol preponderante en el mercado de valores ya que son quienes facilitan la liquidación de las operaciones³, además de prestar servicios a emisores e inversionistas a través de sus participantes. En el caso peruano necesariamente son sociedades anónimas debidamente autorizadas por CONASEV.

En algunos países la institución de compensación y liquidación de valores es una entidad independiente de la bolsa; en otros, es parte de ella, y en otros casos existe una institución encargada de la compensación y liquidación y una depositaria central de valores o registro central de valores⁴. En el caso peruano si bien hasta el año 1997 el servicio de compensación y liquidación formaba parte de la Bolsa de Valores de Lima, en el marco de lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores, Decreto Legislativo N° 861, éste se escindió de la Bolsa de Valores constituyéndose como una sociedad anónima independiente.

Para obtener y mantener la autorización de funcionamiento, las ICLV deben contar, entre otros requisitos con infraestructura y sistemas informáticos adecuados, capacidad operativa, personal de experiencia y capacitado, sistemas de seguridad respecto a las instalaciones e información, salvaguardas operativas y planes de contingencia.

Entre los agentes intervinientes del sistema de compensación y liquidación tenemos también a los participantes, los bancos liquidadores y los emisores de valores.

Los participantes⁵ son los que acceden a los servicios de una ICLV, contando necesariamente con una cuenta dentro del registro contable

3 La liquidación de las operaciones es el proceso que comprende el cumplimiento de las obligaciones asumidas como consecuencia de la negociación de valores en mecanismos centralizados, mediante la transferencia de valores del vendedor al comprador y la transferencia de fondos del comprador al vendedor.

4 En los mercados internacionales los depositarios más conocidos son el Depositary Trust Company (DTC) con sede en Nueva York; EUROCLEAR con base en Bruselas, y CEDEL con sede en Luxemburgo. Dichas entidades llevan el registro de valores de diferentes emisores de diversas partes del mundo.

5 De acuerdo al artículo 224° de la Ley del Mercado de Valores están facultados para ser participantes, los agentes de intermediación, las empresas bancarias y financieras, las compañías de seguros y reaseguros, las sociedades administradoras, las sociedades administradoras de fondos de inversión y las administradoras de fondos de pensiones, así como otras personas nacionales o extranjeras que determine CONASEV mediante disposiciones de carácter general.

(cuenta matriz) y para tal efecto deben reunir una serie de requisitos mínimos de índole financiero, económico, operativo, infraestructura, la existencia de un organismo supervisor de la entidad, entre otros.

Los bancos liquidadores son contratados por la ICLV, quien a instrucciones de ésta realiza la liquidación de fondos, es decir, dicho banco recibe la orden de transferir los fondos de la cuenta del participante directo⁶ comprador a la del participante directo vendedor, en forma simultánea a la liquidación de valores o transferencia de valores del participante directo vendedor al participante directo comprador, los cuales se encuentran registrados en una cuenta matriz.

Por último, los emisores son los que contratan a la ICLV para que les brinde el servicio de anotación de sus valores en el registro contable.

III. Sistema de anotaciones en cuenta

El sistema de anotaciones en cuenta es un régimen jurídico especial aplicable a la circulación y ejercicio de derechos que se inscriben en el correspondiente registro contable.

En atención a ello, es preciso indicar que los términos «valores representados mediante anotaciones en cuenta», «valores desmaterializados», «valores anotados en cuenta»⁷ u otros que puedan inducir a con-

Por su parte, el artículo 31° del Reglamento establece que pueden ser participantes, además de las personas mencionadas en el artículo 224° de la Ley, otras ICLV, las entidades constituidas en el exterior que tengan por objeto social el registro, custodia, compensación, liquidación o transferencia de valores, así como otras personas jurídicas que propongan las ICLV a CONASEV, con la debida sustentación.

6 Los participantes directos son aquellos que acceden directamente a los servicios de liquidación de las operaciones.

7 El concepto de valor anotado en cuenta es más amplio, abarcando a los valores desmaterializados como a los inmovilizados, dado que en ambos casos el valor se encuentra anotado en el registro contable o «*book entry*» y las transmisiones de propiedad se efectúan mediante transferencias contables. Dicho concepto también es utilizado en nuestra legislación para aquellos valores de emisores extranjeros admitidos a negociación en una bolsa de valores local. En este sentido, su inscripción en el registro contable de una ICLV no determina cambio en el sistema de representación y, por lo tanto es independiente de que los mismos estén incorporados en un título o representados mediante anotaciones en cuenta.

fusión sólo pueden utilizarse respecto a los valores que sean objeto de inscripción, de acuerdo a lo establecido en las normas señaladas precedentemente.

Nuestra legislación permite que los emisores puedan registrar sus valores mediante otros medios electrónicos, sin que ello signifique el sometimiento a las disposiciones de la Ley del Mercado de Valores y sus reglamentos. Estos registros servirán solo como efectos probatorios y a la libre apreciación judicial.

1. Registro Contable

El registro contable está compuesto por cuentas matrices donde se registran valores propios o de clientes del participante, mientras que en la cuenta de emisor se registran exclusivamente valores emitidos por éste.. Este registro es administrado por una ICLV.

La ICLV tiene la facultad de elegir el sistema de registro contable a administrar, pudiendo ser en forma total y exclusiva, o conjuntamente con sus participantes. El primero es un sistema donde la ICLV lleva el registro individualizado de todos los titulares, mientras el segundo es un registro que se basa en un sistema de doble escalón donde hay un registro central a cargo de la ICLV y una serie de registros periféricos a cargo de cada participante.⁸

En la medida que el Reglamento establece las normas aplicables a la primera forma de registro (en forma total y exclusiva), y es así como la única institución de compensación y liquidación de valores en el Perú (CAVALI ICLV S.A.) lo administra, se prevé que la implementación de un sistema de registro distinto debe sujetarse a las normas que para dicho efecto dicte CONASEV.

8 En España, con el fin de ganar eficiencia y confidencialidad, se delega a las entidades adheridas el mantenimiento del registro individualizado con los datos del titular, reservándose el Servicio de Compensación y Liquidación la responsabilidad de conservar, centralizadamente, los registros que marcan la posición agregada de cada entidad adherida en relación a cada clase de valor. Ver Agustín Marquez Dorsch, *Papeles de Economía Española, Suplementos sobre el Sistema Financiero*, N°. 36, 1991.

2. Seguridades aplicables a los valores inscritos en el registro contable

En cualquiera de los sistemas descritos en el acápite anterior, los propietarios de los valores son los titulares con derecho inscrito y las ICLV como los participantes, no pueden ejercer derecho alguno sobre los valores, o disponer de los mismos. La actuación de las referidas entidades se ciñe a las funciones establecidas en la Ley del Mercado de Valores y sus normas reglamentarias.

Del mismo modo, si fuera el caso que la ICLV entrará en disolución y liquidación, el artículo 237° de la referida ley, establece que en ningún caso, los valores inscritos en el registro contable formará parte del patrimonio en liquidación, evitando de esta manera el enriquecimiento sin causa de los acreedores con bienes que no eran de propiedad de la ICLV.

De otro lado, si bien el registro que administra la ICLV tiene carácter privado, éste se rige por algunos principios de registros públicos, tomando en consideración que los mismos se desprenden de la Ley del Mercado de Valores y del Código Civil, este último, de aplicación supletoria a la citada ley.

Los principios registrales aplicables a los valores inscritos en el registro contable son los siguientes:

- a) Rogación, que implica que las inscripciones no se pueden realizar por la propia
- b) voluntad de la ICLV, siempre proceden a solicitud de parte.
- b) Prioridad, según el cual se debe efectuar las inscripciones en el registro según el orden de presentación.
- c) Tracto sucesivo, según el cual la inscripción de la transmisión, constitución, modificación o extinción de los derechos reales sobre los valores anotados en cuenta, así como el ejercicio por el titular de tales derechos requiere la previa inscripción en el registro contable a favor del transmitente, disponente o titular, respectivamente.
- d) Buena fe registral, según el cual el que adquiere valores de buena fe de quien aparezca inscrito en el registro contable es reconocido como legítimo propietario.

Otra de las seguridades que debemos destacar es el deber de reserva de la ICLV respecto a la información contenida en sus registros, de

modo que solo pueden proporcionar información a los participantes en cuya cuenta matriz se encuentran los valores, a los titulares o quienes tengan legítimo derecho.

Asimismo, la inscripción de los valores en dicho registro otorga seguridad a los titulares de los valores, en la medida que la información contenida en él prevalece respecto de cualquier otra información contenida en la matrícula u otro registro.

3. Decisión de representar los valores

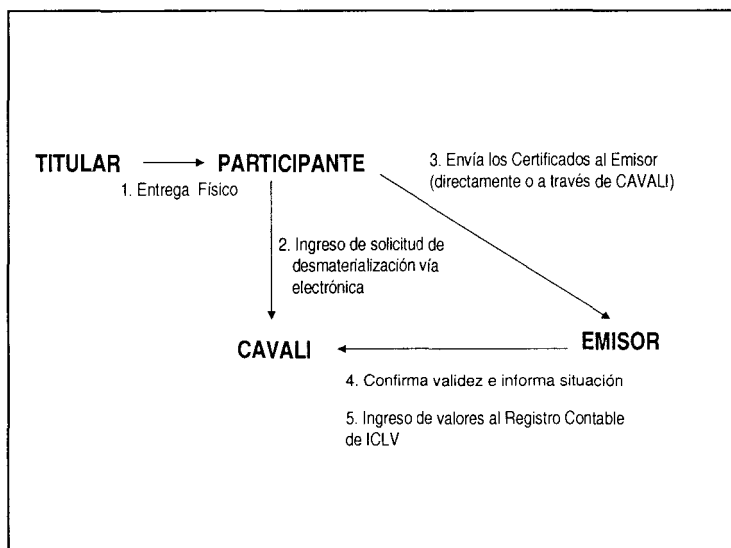
La forma de representación de los valores, sea mediante títulos físicos o anotaciones en cuenta, es una decisión voluntaria del emisor y constituye una condición de la emisión susceptible de modificación. En el caso, que opte por lo segundo, es necesario que contrate con una ICLV adjuntando la documentación correspondiente, tales como: el acuerdo del emisor adoptado según los requisitos establecidos en los estatutos, contrato de emisión u otro instrumento legal equivalente.

Sin embargo ocurre que para la inscripción de los valores en rueda de bolsa se exige al emisor la suscripción del referido contrato, a pesar que sus valores estén representados mediante títulos físicos, debido a la posibilidad de que los titulares de los valores deseen negociar en rueda de bolsa, toda vez que, de acuerdo a la Ley del Mercado de Valores, para que un valor se negocie en dicho mecanismo debe ser previamente desmaterializado.

Éste será el único supuesto donde existan emisiones, series o clases parcialmente desmaterializadas, ya que la legislación prevé que la forma de representación, por decisión del emisor, comprenda a la totalidad de los valores integrantes de una misma serie, clase o emisión, sea que se trate de nuevos valores o de valores existentes (si una emisión está comprendida por clases, la obligación recae sobre cada una de las clases, del mismo modo en el caso que una clase esté comprendida por distintas series, la obligación recae sobre cada una de las series).

El titular también puede solicitar la materialización de sus valores anotados en cuenta, siempre y cuando la emisión, serie o clase, de acuerdo a su estatuto, contrato de emisión o instrumento legal equivalente, estuviera representada por títulos físicos.

El procedimiento para que los titulares de certificados físicos negocien sus valores⁹ en rueda de bolsa es el siguiente:



1. El titular se acerca a un participante de la ICLV para solicitar la desmaterialización de su certificado físico.
2. El participante registra la decisión del titular ingresando los datos del mismo al sistema de la ICLV.
3. El participante envía el certificado físico para la confirmación directamente al emisor o la ICLV quien lo remite al emisor.
4. Los emisores esperan recibir los títulos remitidos por el participante o la ICLV, para dar conformidad sobre la autenticidad del título o para rechazarlo de no estar conforme, asimismo informan sobre el estado de los valores a ser desmaterializados, procediendo simultáneamente a la anulación del respectivo certificado.
5. El valor ingresa al registro contable de la ICLV y es a partir de este momento que el valor está representado mediante anotación en cuenta. Luego de ello, el titular de los valores puede negociar en rueda de bolsa.

⁹ Se pueden representar mediante anotaciones en cuenta no sólo los valores mobiliarios tradicionales (acciones y obligaciones) sino también cualquier tipo de valor mobiliario.

Vemos pues, que el valor se considera desmaterializado una vez que ha sido inscrito en el registro contable de una ICLV¹⁰, y para este efecto el emisor previamente ha firmado un contrato con la respectiva institución sometiéndose a una serie de obligaciones, tales como, información de cargas y gravámenes que afecten a los valores, conciliación de información con la del registro contable, comunicación de la información que disponga respecto de la identidad de sus accionistas o titulares de valores, entre otros.

Ahora bien, el hecho que los valores estén inscritos en el registro contable no significa en modo alguno que se libere al emisor de la obligación de llevar la matrícula de sus valores ya que éste debe cumplir con sus obligaciones de información a CONASEV, la respectiva ICLV, titulares y a quienes corresponda, de acuerdo a la Ley del Mercado de Valores, Ley General de Sociedades y demás disposiciones aplicables. De este modo, la ICLV informa permanentemente al emisor de las transferencias realizadas, constituyendo el registro contable un instrumento del emisor para el registro de sus valores.

4. Fungibilidad

La fungibilidad es una característica inherente al sistema de compensación y liquidación y pretende que las cuentas en el registro contable no estén individualizadas para cada derecho anotado, sino para la cantidad determinada de los bienes fungibles pertenecientes a cada titular «sin referencia que identifique cada uno de los valores», esto facilita la compensación y liquidación de los valores, así como simplifica la propia gestión de los registros contables.

Es decir, los valores correspondientes a una serie, clase o emisión que son inscritos en el registro contable de una ICLV no están numerados, a diferencia de los valores representados mediante títulos físicos donde son identificados con su numeración individual.

10 Los valores existen como tales sin la necesidad de la inscripción en el registro contable, es decir, los valores existen desde que la sociedad acuerda su creación dado que la inscripción en el registro contable de una ICLV equivale a la impresión y entrega de los títulos físicos a sus titulares, en los casos que los emisores hayan optado por esta forma de representación.

Al respecto, el artículo 62° del Reglamento establece que una vez inscritos los valores correspondientes a una misma clase, serie o emisión se consideran fungibles, de modo que quien aparezca como titular de un valor en el registro contable lo será de una cantidad determinada de los mismos sin identificar individualmente los valores, y dejarán de ser fungibles los valores que hayan sido objeto de inscripción de alguna carga o gravamen. En consecuencia, quien aparezca como titular en el registro contable lo será de una cantidad determinada de los mismos y no de unos valores concretos de la emisión identificados mediante numeración alguna.

A diferencia de los depósitos bancarios donde el banco pasa a ser propietario del depósito y los ahorristas acreedores del banco, en la inscripción de valores en el registro contable de una ICLV, cada titular seguirá siendo propietario de los mismos y podría reivindicar los valores entregados, o exigirle a la ICLV la restitución de los valores inscritos. En este sentido, la fungibilidad no excluye que los valores puedan identificarse materialmente.

5. Transferencia de propiedad de los valores representados mediante anotaciones en cuenta

Para explicar el régimen de los valores representados mediante anotaciones en cuenta conviene partir del denominado «principio de equivalencia» de los efectos que producen los actos materiales tradicionales sobre los títulos-valores respecto de ciertas operaciones informáticas sobre los valores anotados en cuenta.¹¹

En este sentido, mientras las transmisiones de la propiedad de los valores representados por título físico se produce mediante la tradición o entrega del documento, este mismo efecto se logra con los valores representados por anotaciones mediante la transferencia contable. Es decir, la inscripción de la transmisión a favor del adquirente produce los mismos efectos que la tradición de los títulos físicos. La misma lógica se utiliza respecto a la constitución de los derechos reales, en especial la prenda, que en el caso de los valores representados por título-

¹¹ Alberto Tapia Hermida, «Derecho del Mercado de Valores». Impreso en España, p. 51.

los físicos opera a través del desplazamiento posesorio, mientras que en los valores anotados en cuenta, se produce mediante la inscripción informática del gravamen.

El artículo 213º de la Ley del Mercado de Valores recoge el esquema mantenido en el Código Civil de la teoría del título y el modo; si bien respecto al primero nada dice, aunque evidentemente resulta necesario un acto o negocio causal de la transmisión, con respecto al modo establece la tradición, el mismo que tiene lugar por transferencia contable, produciendo la inscripción de la transmisión a favor del adquirente los mismos efectos que la tradición de títulos (equiparación legal de efectos entre la inscripción contable y la tradición de títulos). Efectuada la inscripción, se produce la adquisición de la propiedad y, es precisamente desde ese momento, que la transmisión o, dicho de otro modo, la adquisición es oponible a terceros.

6. Certificados de acreditación

El certificado de acreditación es un documento que sirve para acreditar la legitimación de los derechos inscritos en el registro contable. Es expedido por una ICLV a solicitud del titular de los valores.

Con este mecanismo se pretende acreditar, justamente, la «legitimación» contable, de la que se presume luego la titularidad. En consecuencia, los certificados son expedidos «de conformidad» con los asientos del registro, que son los que determinará en cada caso su contenido. Se certifica, pues, la legitimación a que se refiere la solicitud del titular inscrito, pero necesariamente en los términos y con la extensión en que aparezca contablemente registrada.¹²

El certificado también sirve como prueba para iniciar las acciones cambiarias correspondientes, es decir, los certificados de acreditación tienen mérito ejecutivo¹³, no obstante, no constituyen título valor, siendo nulo todo acto de disposición del mismo.

12 Daniel Espina: «Las anotaciones en cuenta, un nuevo medio de representación de derechos», Editorial CIVITAS S.A., España, p 633.

13 El artículo 18º de la Ley de Títulos Valores, Ley Nº 27287, establece que el mérito ejecutivo respecto a los valores con representación por anotación en cuenta, recae en la constancia de inscripción y titularidad que expida la respectiva ICLV.

Esta figura se encuentra regulada en el artículo 216° de la Ley del Mercado de Valores y el artículo 60° del Reglamento, estableciéndose de modo expreso que no podrá expedirse más de un certificado para los mismos valores y para el ejercicio de los mismos derechos. En el certificado constará como mínimo los datos del titular, el fin que determinó su expedición y su plazo de vigencia.

Una vez expedido el certificado, se prohíbe a la ICLV y a los miembros de los mercados de valores, efectuar transferencias o gravámenes, así como las correspondientes inscripciones en tanto esté vigente el certificado. Esta prohibición está dirigida a fin de que la persona que acredite su titularidad muestre la situación actual de los valores, brindando seguridad a terceros interesados en conocerla. Por tal motivo, considerando que la expedición de los mismos limita la venta y cualquier inscripción sobre los valores, el Reglamento concede un plazo de vigencia máximo de tres (3) días.

IV. Reflexiones finales

Los temas tratados constituyen los aspectos más destacados, a nuestro juicio, del sistema de anotaciones en cuenta que nuestra Ley del Mercado de Valores y sus normas reglamentarias han regulado.

En cuanto a la inscripción de los valores en el registro contable de una ICLV es preciso destacar que tiene una serie de ventajas para su negociación en mecanismos centralizados, toda vez que se eliminan los riesgos de deterioro, destrucción, extravío, robo de los valores, negociación de títulos falsificados, así como agiliza la transferencia de los valores y el reparto de beneficios a través de la ICLV.

Finalmente, el sistema de anotaciones en cuenta está tomando protagonismo cada vez más en el mercado de valores, al ser obligatoria la negociación de valores representados mediante anotaciones en cuenta en rueda de bolsa, la misma que se debería extenderse para la inscripción de los valores en dicho mecanismo, de allí la importancia que en su regulación se den una serie de medidas dirigidas a dar seguridad al tráfico mercantil, tales como la aplicación de los principios registrales, el deber de reserva y la prevalencia de lo contenido en el registro contable.

La defensa de la competencia en la Constitución Argentina

Marcela Basterra

1. Mercado y defensa de la competencia en la Constitución nacional

La idea de un «sistema» fundado en la propiedad privada y en el mercado es lo que se conoce como sistema liberal o de economía de mercado y que fuera identificado por Duverger¹ como el correlato lógico con el sistema democrático, de forma tal que el uno en lo económico, y el otro en lo político, se fundamenten en la libertad; idea a la cual adscribieron los primeros constituyentes.

La constitución argentina 1853/60 no contenía definiciones en materia económica sobre la adopción del sistema de economía de mercado. El mismo surge de la interpretación de algunas de sus disposiciones, más aún si hacemos una interpretación «originalista», surge claramente en la obra **Sistema económico y rentístico de la Confederación argentina** de quien fuera el principal mentor de la Constitución nacional Juan Bautista Alberdi²; quien en su otra gran obra **Bases** sostuvo que si se liberaban las trabas a la actividad económica, florecerían las industrias, las ciencias y las artes. Pero debía para ello consolidarse un gran espacio e incrementar la población. No deben existir trabas a la libre circulación de los bienes en el territorio de la Confederación.

1 Maurice Duverger, **Instituciones Políticas y Derecho Constitucional**, Ariel, Barcelona, Citado por Alberto Dalla Vía en «El mercado en la Constitución», ED, 17 de agosto de 1999.

2 Juan Bautista Alberdi. **Bases**, Colección Esquemas Políticos, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1981.

La conformación de un solo mercado desde el punto de vista económico tiene su base en la Constitución de los Estados Unidos; la adopción de un modelo de libre circulación interior de personas, bienes y mercaderías; el reconocimiento único de las aduanas nacionales trajo aparejado la eliminación de las «barreras interiores»; características del proteccionismo colonial. El país se constituyó como una unidad económica, más allá de las distintas economías regionales.

La Constitución cumple una función integradora, que también se proyecta sobre el ámbito económico. El principio de unidad económica, es una resultante de la constitución, y no jurídicamente algo anterior a ella. La inclusión de normas en la constitución dirigidas a regular las conductas económicas de los agentes que participan de dicha actividad, hacen aparecer esta función de integración, especialmente perceptible: por cuanto la constitución contiene reglas sobre el orden y el proceso económico, y en tanto que ella es única y vincula a todos por igual; establece un marco jurídico unitario para la disciplina de la actividad económica.³

Esta interpretación resulta necesaria si partimos de la base que la competencia está insertada en un contexto normativo al que se deberán ajustar los agentes económicos, siendo la Constitución nacional y los valores por ella sustentados la norma fundamental de dicho ordenamiento a la que deberán ajustarse las demás normas.

En los artículos 9º, 10º, 11º y 12º la norma constitucional ha procurado la conformación de un solo espacio económico sentando el principio de libertad de circulación interior y el de la eliminación de las aduanas interiores, estableciendo que existen solo «aduanas exteriores», conforme surge del artículo 10º. El artículo 14º consagra entre los «derechos que gozan los habitantes de la nación [...]»; el de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar, de transitar por el territorio argentino». También es parte de este contexto el artículo 19º *in fine* al establecer que «Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe»; este conocido principio de legalidad, es también susceptible de ser aplicado a los derechos económicos. El artículo 20º prevé estos dere-

3 Alberto R. Dalla Vía. **Derecho Constitucional Económico**, Capítulo X «El Mercado como Sistema Constitucional de Intercambio de Recursos», Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, septiembre de 1999, p. 393 y ss.

chos para los extranjeros, como para asegurárselos en caso de no quedar suficientemente claro al ser enunciados para los «habitantes» en el artículo 14°. En la norma del artículo 26° se establece la libre navegación de los ríos interiores.

Con la reforma Constitucional de 1994; este principio se vigoriza y actualiza en determinadas normas como el artículo 41⁴ que establece la regulación federal del medio ambiente en cuanto a los denominados «presupuestos mínimos»; el artículo 42⁵ en cuanto hace referencia al modelo de competencia y al de protección de usuarios y consumidores, con una redacción en la cual es notoria que alude a la economía de mercado; el artículo 43⁶ en lo que se refiere a la acción de amparo

4 Artículo 41°.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

5 Artículo 42°.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

6 Artículo 43°.- Toda persona podrá interponer acción rápida y expedita de amparo [...]. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

extendiendo la protección de la misma a los derechos que protegen la competencia.

El artículo 75° entre las atribuciones del Congreso contiene determinadas cláusulas que son acordes con esta interpretación; así los incisos 1 y 2 al ratificar la competencia del Congreso de la nación para legislar en materia aduanera y fiscal; del inciso 13 surge la denominada «cláusula comercial»; del inciso 18 la denominada «cláusula del progreso» y del inciso 19 la «cláusula del nuevo progreso; o del progreso económico con justicia social».

Alberto Dalla Vía, siguiendo a Julio Olivera⁷ nos dice que del conjunto de todas estas normas enunciadas desde la constitución originaria hasta la última reforma, surge con claridad que la intención del constituyente ha sido la de diseñar un solo mercado en el territorio de la nación. Se trata del «principio constitucional de la integración económica».

Estas normas guardan una estrecha relación entre sí y se enlazan en forma coherente con otras que conforme al principio de unidad de interpretación; y dentro de un sistema de normas como es la Constitución nacional permite inferir los valores inherentes a ella.

La competencia está especialmente protegida en los artículos 42° y 43°, ambos incorporados en 1994 en el capítulo segundo «Nuevos Derechos y Garantías».

Cionfrini⁸ entiende que la Constitución coloca a las diversas formas de mercado como garantía de satisfacción del bienestar general; según el autor explica, en los artículos 42° y 43° de la Carta Magna se establece una relación jurídica de al menos dos dimensiones entre los derechos, obligaciones y garantías que hacen al consumo y a la competencia: una dimensión individual (derechos y obligaciones individuales); de reconocer el derecho a adecuadas condiciones de satisfacción de deseos y necesidades, tanto individuales como familiares; pero relacionados con un interés personal; y una dimensión pública (derechos y obligaciones de incidencia colectiva); de aumento o disminución de la calidad de vida y del bienestar general, derivada de la acción de

7 Julio H. G. Olivera, *El Modelo Constitucional de la Integración Económica*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo Anales Año XXXIII segunda época. N° 26.

8 Ernesto Cionfrini. *La protección de los mercados y la competencia en la Constitución Nacional*: L.L. «Doctrina Judicial», 31 de mayo de 2000, pp. 308-309.

múltiples acciones individuales o familiares y la incidencia colectiva que tienen los derechos relacionados con el consumo y la competencia.

En el artículo 42° queda establecido expresamente el deber por parte del Estado de «defender la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y control de los monopolios naturales o legales». Estas disposiciones son perfectamente armónicas dentro del ámbito de libertad económica y de libre iniciativa privada que asegura nuestra constitución; porque estos derechos reconocidos en la presente norma no escapan al principio general que es aplicable a todos los derechos plasmados en la constitución; y es que el ejercicio de los derechos puede ser «razonablemente» reglamentado; conforme surge del juego de los artículos 14° y 28° de la constitución nacional.

El ámbito de libertad de comercio, de iniciativa, de industria, de competir, etc. es regulado por la constitución y por el conjunto de leyes, decretos y normas jurídicas; o sea que el ejercicio de los derechos de libertad económica puede ser reglamentado, y dicha reglamentación debe lograr que el ejercicio de los derechos de unos no menoscabe el ejercicio de los derechos de otros.

La importancia que se ha dado aquí al ordenamiento jurídico, haciendo abstracción del mayor o menor grado de cumplimiento por parte de los particulares o del Estado, está dada en que es éste el que determina los grados de libertad y de competencia en los mercados: si la legislación establece fuertes regulaciones o requisitos para la instalación de comercios o de industrias —«barreras a la entrada»—, o se estipulan controles sobre los precios —precios máximos—, o sobre las cantidades o lugares de producción —cupos, distribución del mercado por regiones—, los grados de libertad económica y de competencia en un mercado ser verán disminuidos, tal como ocurrió durante algunos períodos en nuestro país.

Asimismo, si el sistema impositivo o de otorgamiento de subsidios, beneficios o promociones coloca a algunos agentes en situación de ventaja con respecto a otros con quienes va a competir, el punto de partida no será el de una estricta igualdad formal entre agentes económicos sino el de posiciones fácticas y jurídicas diferentes. No nos olvidemos que el Congreso por atribuciones otorgadas en el artículo 75° inciso 18 «cláusula del progreso», puede sancionar «leyes protectoras [...] otorgar concesiones temporales de privilegio y recompensas de estímulo»; y por el inciso 19 «cláusula del nuevo progreso»; debe «pro-

veer al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional [...]; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones».

Estas consideraciones tienen como finalidad entender a la competencia como un proceso económico regulado por el derecho, que no debe concebirse en abstracto, que puede ser distinto en los diferentes sectores de la economía, y que no está sujeta a reglas o parámetros uniformes e invariables; antes bien es un proceso dinámico –en lo fáctico y en lo jurídico– cuyos límites grados y alcances pueden ser generales o estar determinados para cada sector económico, tanto por las reglas jurídicas que rigen en él como por la actividad que desarrollan las autoridades públicas en cada caso determinado⁹.

El artículo 42° de la constitución nacional plantea la necesidad por parte del Estado del ejercicio de un control en la defensa de la competencia, evitando los monopolios naturales y legales. Entendemos por monopolio a aquella situación que se verifica en el mercado cuando por la actuación preponderante de un operador del mismo, por decisión de la autoridad, la competencia se encuentra suprimida o acotada, de tal forma que determina condiciones rígidas en la oferta de bienes y servicios. Pudiendo ser los mismos naturales o legales – conceptos que ya mencionáramos– según la norma constitucional de 1994.

Quizá aquí visualizamos con claridad la sustitución de un Estado protector por un Estado regulador, pero dicha regulación no debe estar orientada a sustituir al mercado y a la competencia; sino más bien a promoverlos. Es necesario por tanto que todos los procesos de privatizaciones importantes vayan acompañados de un marco regulador de la actividad privatizada. Importantes juristas como Forsthoff en Alemania y Pound en el mundo anglosajón, se preocuparon ante la posibilidad de potenciación del poder del Estado como consecuencia de la demanda de prestaciones en previsión existencial, y el peligro que ello puede importar en relación a la libertad individual.

Daniel Bell¹⁰ al calificar a nuestra sociedad como «*The Communal Society*» la caracteriza en tres principios: a) El aumento en alcance y

⁹ Ernesto Cionfrini. *Op. cit.* p. 120.

¹⁰ Alberto R. Dalla Vía. «El Rol del Estado en la Defensa de la Competencia», En *Leyes Reglamentarias de la Reforma Constitucional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1996, pp. 162-163.

número de los «bienes públicos», comprados por el gobierno con carácter general para todo el pueblo; b) la extensión de las «externalidades»; la necesidad de controlar internalizando en lo posible, dichos costos, ha originado una considerable extensión a los poderes gubernamentales; c) el reconocimiento de una igualdad radical de las personas y el derecho de cada una de ellas a un «mínimo vital»; – trabajo, protección contra el desempleo, salud, educación, vivienda digna, jubilación –; esos derechos sociales y económicos que están reconocidos con mayor o menor alcance en todas las constituciones modernas. El reflejo de esta «*Communal Society*» sobre el Estado es, según el autor, claro: mayor control público, mayor regulación y un Estado de prestaciones a través del cual se desea obtener una redistribución de los resultados del proceso económico. En la mayoría de los países, la legislación ha separado un conjunto de actividades que con el nombre de servicios públicos, actividades reglamentadas, actividades de interés general o nombres parecidos, se hallan «disciplinadas» y sometidas al poder público, sujetas a regulaciones.

Todas las sociedades tienen determinadas actividades públicas, que si bien varían en los distintos países y en distintas épocas en general son comunes tales como los servicios de transportes, comunicaciones telefónicas, medios de comunicación – radio, televisión –, servicios de electricidad, abastecimiento de agua, gas, actividades relacionadas con la urbanización – viviendas –, actividades asistenciales, de sanidad, bancarias, crediticias, etc. Estas actividades o las empresas que las brindan necesitaran de una regulación con miras a establecer las relaciones entre ellas y el Estado.

Por otra parte entre dichas empresas puede darse una competencia lógica y leal; o bien que alguna de ellas ostente una posición dominante en el mercado erigiéndose en monopólica. La ley para cumplir con la máxima constitucional pensamos que debe distinguir el control que se deberá realizar en aquellas actividades que se ejercen monopólicamente de aquellos servicios realizados en condiciones de competencia; puesto que en este último caso rigen los principios de libertad de contratar, libertad de ingreso de nuevos prestadores y servicios substitutivos, asimismo como la libertad en los precios y tarifas. Siendo de esta manera, el Estado solo deberá limitarse a realizar el control respectivo sobre la salubridad, la seguridad, la preservación del ambiente, que se respeten los derechos de usuarios y consumidores y se cumplan las normas de

lealtad comercial. En cambio cuando una de dichas actividades se brinda en forma de monopolio es necesario que el Estado amplíe la esfera de control hacia los caracteres de la prestación, la calidad y sobre todo si se trata de precios justos.

La norma del artículo 42° de la Constitución Nacional es clara y prevé expresamente la obligación del Estado de defensa de la competencia contra cualquier forma de distorsión del mercado y del control de los monopolios. En definitiva se trata de asegurar un mercado transparente, en el que el consumidor pueda tener variedad de opciones, y de lograr que el Estado cumpla con esta obligación sancionando leyes que contengan reglas de juego claras y definidas. Eludir esta responsabilidad sería tanto como aceptar que la competitividad entre empresas en un combate sin reglas, lo que traerá aparejado un grave perjuicio para el interés general.

La nueva Ley antimonopolios N° 25.156 del 25 de agosto de 1999 es, sin duda una ley reglamentaria del derecho constitucional plasmado en dicha norma. La que por otra parte ha sido acogida por la jurisprudencia tanto federal como local dando amplitud a su alcance; a modo de ejemplo en un reciente fallo del Tribunal Superior de Neuquén «Othaz Miguel A. C/ Municipalidad del Neuquén»— sentencia del 30 de junio de 1998— se establece que: «El principio de concurrencia que integran los principios inherentes a la defensa de la competencia del artículo 42° de la Constitución Nacional, resulta plenamente aplicable a las relaciones entre los particulares y el Estado en el ámbito de la contratación administrativa. Así la alusión del procedimiento de licitación pública (cuando la concurrencia es posible) constituye una forma de distorsionar el mercado».¹¹

Esta norma se complementa con el artículo 43° en el que se contempla la acción de amparo colectivo, para el caso en que alguien se considere «afectado» en este derecho pueda hacerlo valer ante los tribunales, ya sea por sí mismo, por medio de una asociación que propenda a esos fines o a través del defensor del pueblo.

Según José Eugenio Soriano García¹² la tesis que minusvalora la defensa de la competencia como elemento fundamental de las potesta-

11 La Ley. Doctrina Judicial, 1999-1, p. 227.

12 José Eugenio Soriano García, *Derecho Público de la Competencia* -Monografías Jurídicas- IDELCO, Madrid, España, 1998, pp. 62-64.

des del Estado coincide necesariamente con la tesis que considera que el Estado no es una institución y que, consecuentemente la libertad de empresa no es un derecho fundamental en el que aquella se refleja individualmente. Los que consideran al mercado obra del azar con base en el albedrío de los operadores económicos, lo que sería equivalente a una «selva económica», prevaleciendo la ley del más fuerte o el más predador, rechazan la competencia condenándola precisamente por considerarla causal del salvajismo mercantil. Por lo tanto, rechazan la utilización de la acción de los poderes públicos para la implantación, fijación y exigencia de las leyes de defensa de la competencia.

La defensa de la competencia sin embargo, es uno de los principios guía de la actuación del Estado; «el mercado es una institución, como tal solamente generable allí donde existen poderes estatales consolidados que tienen como función, justamente, preservar el mercado, el orden público económico y fijar límites a la libertad de empresa [...]»¹³.

Consideramos que la defensa de la competencia es un instrumento clave para el buen funcionamiento del mercado; así lo entendieron nuestros constituyentes, y así afortunadamente parece ser un tema del que van tomando conciencia los juristas. Rompiendo de esta manera, a través de la legislación de esta materia en gran cantidad de países del mundo, con una tradición monopolista de siglos.

Hay una nueva cultura que exige que el Estado haciendo uso de su poder administrador, vigile el comportamiento de los agentes económicos para lograr que éstos compitan entre sí, con miras a ofrecer a los ciudadanos mejores precios, calidad y servicios; al mismo tiempo que se promueve la innovación tecnológica. Sin embargo, para hacerse con el mercado no se trata de aplicar la ley del «todo vale», hay que competir de manera «leal», respetando ciertos límites. Ésta es precisamente la razón de ser de un régimen de defensa de la competencia, que pensamos que en el contexto actual además deberá proyectarse en el plano regional; en nuestro caso en el Mercosur.

La defensa del mercado como genuina institución con lugar propio en un Estado de Derecho es precisamente el fin principal del Derecho público de la defensa de la competencia.

13 F. Sainz Moreno. **Orden Público Económico y Restricciones de la Competencia**. RAP, N° 84, p. 557; ver Soriano García, *Op. cit.*, p.74.

2. Privatización y desregulación del mercado

A pesar de los enunciados de nuestra Constitución, existía una clara contradicción entre los valores explícitos en ella y las políticas concretas que se llevaban a cabo en el país de corte netamente intervencionista. Empresas estatales monopolíticas, generalmente prestadoras de servicios públicos esenciales y políticas intervencionistas parecen desmentir la letra y el espíritu de nuestra Carta fundamental.

En la legislación argentina en materia de defensa de la competencia encontramos algunas normas aisladas desde 1919; en 1923 la legislación antimonopólica tuvo su primera manifestación con la sanción de la Ley N° 11.210. Desde entonces esta fue varias veces modificada, siempre con la nota común de asignar crecientes responsabilidades al poder ejecutivo en la esperanza de obtener una mayor efectividad en su aplicación. Pero es recién a partir de las dos últimas décadas que contamos con una legislación destinada a reprimir las conductas que puedan afectar, limitar o distorsionar la competencia de los mercados y asegurar su buen funcionamiento. Nos referimos específicamente a la Ley N° 22.262 promulgada en agosto de 1980; y a la Ley N° 25.156 del 25 de agosto de 1999.

La importancia que se ha comenzado a dar al tema en nuestro país, se advierte también en los demás países de la región; esto se debe a distintos factores de diverso orden —fáctico, valorativo, jurídico, político, etc.— que marcan esta tendencia común: a) la gran cantidad de empresas del Estado, en su mayoría en forma monopolítica, y la política de privatizaciones en reemplazo de los gestores estatales; b) la generalización de políticas de desregulación de los mercados, con la consiguiente eliminación de barreras al ingreso y un aumento sustancial de la competencia; c) la creciente liberalización del comercio internacional, y el ingreso en los mercados internacionales de países, regiones o bloques económicos; que genera a los Estados compromisos en materia de liberalización de mercados, a través de acuerdos internacionales o multinacionales; d) la configuración de bloques económicos o sistemas regionales de integración económica que obliga a los Estados a garantizar la competencia entre los agentes económicos de diferentes países; e) la apertura a nuevas tecnologías, con el consiguiente ingreso de empresas o capitales, que genera entre otras cosas, la necesidad de modificación del marco jurídico que regulan los mercados.¹⁴

Es indudable que el tema de la libre competencia se actualiza con motivo de la Ley de reforma N° 23.696 y la desregulación económica; por Decreto N° 2284/91. Por la primera se posibilitó que al pasar a la gestión privada, la actividad económica que realizaban las empresas públicas comenzara a ser regida sobre la base de los principios de la economía de mercado.

La desregulación a su vez, trata de eliminar determinados instrumentos que distorsionaban la competencia, dejando sin efecto «las restricciones a la oferta de bienes y servicios en todo el territorio nacional [...] y todas las otras restricciones que distorsionen los precios del mercado evitando la interacción espontánea de la oferta y la demanda», aunque exceptúa a las actividades vinculadas con la defensa nacional, la seguridad interior, la prestación de servicios públicos que constituyan monopolios naturales o legales, regulados por leyes específicas, (artículo 1° Decreto N° 2284/91).

Esta apertura modifica las relaciones entre el mercado y sus agentes; porque en épocas de economía «cerrada»; el Estado sustituye al mercado. Actualmente, con una economía «abierta», el Estado tiene el deber de garantizar el funcionamiento del mercado; tal como surge claramente del artículo 42° de la constitución nacional.

En este contexto, el proceso de privatización y de desregulación implica la recuperación del riesgo empresario, el derecho a la iniciativa privada y el estímulo a la inversión. La iniciativa privada, la participación comprometida del capital privado, bajo la dirección general del Estado, genera la competencia y limita el monopolio.¹⁵

3. La Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156 y los monopolios

3.1 Antecedentes nacionales y extranjeros

El antecedente inmediato en nuestro país, es la Ley N° 22.262 sancionada en 1980, y desde entonces ha sido aplicada hasta la promulgación

14 Ernesto Cionfrini. Curso de posgrado sobre «Defensa de la Competencia». UBA. 1° Cuatrimestre 1999.

15 Roberto Dromi. **Competencia y Monopolio**, Argentina, Mercosur y OMC, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pp.14-16.

de la reciente ley de agosto de 1999; tanto por la Comisión Nacional de defensa de la competencia, por tribunales federales y del fuero penal económico, para los casos de denuncias por prácticas que interfieren en el funcionamiento competitivo de los mercados.

El propósito básico de esta norma legal fue evitar las prácticas anticompetitivas que puedan afectar el bienestar general de la comunidad. En consecuencia, tal como surge de los documentos de la CNDC¹⁶; la ley tuvo por objeto las conductas y no las estructuras de los mercados; pero en relación a las consecuencias y no a las causas que generan dichas conductas.

De la misma exposición de motivos surge que esta ley tenía tres objetivos fundamentales; a) definir con mayor precisión las conductas reprimidas, para limitar, restringir o distorsionar la competencia, b) instrumentar un procedimiento administrativo, orientado a la investigación de conductas y c) elaborar el marco jurídico adecuado, para asegurar de modo cabal, el correcto funcionamiento de los mercados, o por lo menos, tiende a constituirse en un arma eficaz para garantizar la transparencia, el normal desarrollo de un mercado, con el consiguiente bienestar general para consumidores y usuarios.

La ley tiende a regularizar la situación de los mercados nacionales, y que se cuente con un ordenamiento que ponga en manos del Estado normas penales que le habiliten para adoptar la correspondiente actitud coactiva frente a quienes limiten el funcionamiento del mercado.

En relación a los «Monopolios»¹⁷ la parte sustancial de esta ley establece en primer lugar, los objetivos de la misma; el artículo 1º dice: «Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley los actos o conductas relacionados con la producción o intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante del mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general». La ley sanciona, por un lado el abuso de posición dominante, y por otro las restricciones, limitaciones o distorsiones a la

16 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia; **Memoria Anual 1997**. p. 13.

17 Marcela Ampliar de Basterra. «La Defensa de la Competencia. Las Leyes Antimonopolio y la Constitución Nacional»; Revista Científica (UCES), Volumen IV. N° 1. Otoño de 2000. (Trabajo realizado antes de la sanción de la Ley N° 25.156).

libre concurrencia. Estas conductas aparecen como alternativas, puede darse el primer o el segundo caso, pero el «perjuicio al interés económico general» es una condición necesaria para que se configure una violación a la ley; lo que implica que para que una conducta sea sancionable a través de la presente ley debería, por un lado ser anticompetitiva – distorsión del mercado o abuso de una posición dominante –; y por el otro ser perjudicial para la comunidad.

Se incluye la figura de «posición dominante», prevista en otras legislaciones contemporáneas, que tiene en cuenta que determinadas conductas anticompetitivas pueden ser consecuencia de decisiones unilaterales fundamentadas en la posición adquirida en un mercado determinado.

Tal situación se presenta en los llamados «monopolios naturales»; que serán aquellos en los cuales dadas las condiciones que deberán hacerse la provisión de bienes y servicios no resulta posible la concurrencia de otros prestadores en competencia. Es una situación típica que es habitual por ejemplo en la prestación de servicios domiciliarios como de saneamiento en los que, dada la complejidad técnica de las instalaciones no permite la concurrencia de más de un prestador en una determinada área. Estos no son punibles en sí mismos, pero pueden originar abusos sancionables. También puede darse el caso de «monopolios legales» en los cuales no se presentan los inconvenientes técnicos anteriores, son establecidos por el Estado, muchas veces fundamentándolos en economía de escala.¹⁸

Es notable que la norma de marras requería que las conductas sean de naturaleza económica y que puedan resultar perjudiciales para el interés económico general. Con la potencialidad de un perjuicio se hace referencia a un peligro concreto razonablemente a determinarse en cada caso particular y no a una simple posibilidad lógica o abstracta de lesión; y con la afectación del interés económico general se dejan a salvo las conductas que puedan aparecer anticompetitivas pero en verdad resulta beneficiosa para la comunidad.¹⁹

18 Roberto Dromi y Eduardo Menem. *La Constitución Reformada*, comentada, interpretada y concordada; Ediciones Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994.

19 Ley N° 22.262 de Defensa de la Competencia, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, p.3.

No es la existencia de hecho de una posición dominante de un mercado, ni el comportamiento normal de una actividad comercial o empresarial tendiente a ganar mercado, sino que son las distorsiones artificiales, las maniobras dolosas, el ejercicio irrazonable del poder económico, lo que pretende sancionar esta ley, son las conductas «anormales» que llevan al monopolio. La condición monopólica en sí misma representa una composición estructural del mercado, una posición que puede implicar el peligro de que la empresa monopólica ceda a la tentación de imponer condiciones abusivas.

No son pocos los autores que han venido predicando los efectos nocivos de los monopolios, entre ellos están los de la «escuela de Harvard», como Areeda; los de la escuela de Nueva York como Barry Hawk y Eleanor Fox, casualmente los más consultados por la Unión Europea; y los de la «escuela de Chicago» como Bork, Porter y Richard Posner; este es el «núcleo duro» de la competencia. «*The american antitrust revolution*»²⁰ Richard Posner explica que en relación a las consecuencias del monopolio para la eficiencia hay que tener en cuenta que la producción es menor en el monopolio que en la competencia. El autor lo fundamenta en que el precio del monopolio hace que algunos consumidores cambien a otros productos, que se vuelven más atractivos por el aumento del precio monopólico. En esta sustitución hay una pérdida de valor. Esto se ve claramente si suponemos que para cada uso del producto monopolizado hay un producto sustituto idéntico de precio menor. El monopolio, entonces hace que algunos consumidores satisfagan sus demandas con otros bienes cuya producción es más cara que el bien monopolizado. El costo adicional constituye un desperdicio para la sociedad.²¹

La libre competencia se relaciona estrechamente con el concepto de mercado dado que la competencia sólo es posible en el marco de la interacción entre la oferta y la demanda que define el mercado.

El abuso de posición dominante se asocia con la idea de ejercicio del poder de mercado por parte de una empresa o grupo de empresas que tienen una posición monopólica o de liderazgo en un cierto mer-

20 Cases Pallarés L. Citado por Soriano García, ver cita N° 27.

21 Richard A. Posner. **El análisis Económico del Derecho**, -traducción: E. Suárez-, Fondo de Cultura Económica, México, Capítulo IX «La Teoría del Monopolio», p.264.

cado. Este concepto es tomado por la ex ley argentina de Defensa de la Competencia del artículo 86° del Tratado de Roma de la Comunidad Europea de 1957. En este sentido se la interpreta normalmente con una noción más laxa que la del artículo 2° de la «Ley Sherman» de los Estados Unidos de 1890, para la que es ilegal la «monopolización» de un mercado que en determinados casos puede asimilarse con la simple existencia de una posición de dominio.

En cambio en las legislaciones europeas y en esta ley argentina admiten como lícito que el mercado quede monopolizado por una sola empresa, se penan los abusos que dicha posición dominante puede originar.

La ley anterior tenía un mecanismo «represivo» de sanción de prácticas monopólicas, abuso de posición de dominio, acuerdo entre competidores, etc.; pero no impide la concentración de un gran poder de mercado, sino que sólo se preocupa de reprimir los abusos y disuadir prácticas distorsivas que puedan cometerse en el ejercicio de dicho poder. Estos conceptos económicos y tipos de infracción son generalmente tomados de la legislación comparada; lo que no es criticable; pero sí lo es sin embargo la escasa definición de los procedimientos, su remisión a los tipos penales y la falta de autonomía del órgano de aplicación, en este caso la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

La diferencia más importante entre la ley vigente y la anterior, es que la Ley N° 25.156; no solo es de carácter «represivo», —al igual— la N° 22.262; sino que además tiene un carácter «preventivo»; y de «Control posterior» de los monopolios.

La mayoría de los países del mundo que tienen una legislación específica en materia de defensa de la competencia les han incorporado mecanismos de previo control, de manera similar a lo planteado en la nueva ley argentina. El pionero en la materia fue Estados Unidos, que en 1914 sanciona la «Ley Clayton» en la que prevé el control previo de fusiones y concentraciones empresariales; sin embargo fue perfeccionada en 1976 por la «Ley Hart-Scott-Rodino» en la cual además se prevé la notificación previa de dichas concentraciones y fusiones a cargo de la División *Antitrust* del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio. Estos organismos a su vez elaboraron reglamentos y normas con los pasos a seguir en dicho procedimiento. La idea básica del procedimiento estadounidense de control previo es que las empresas que van a encarar una operación de adquisición o fusión cuya

envergadura económica supere ciertos límites, deberán poner en conocimiento a las autoridades correspondientes encargadas de evitar los monopolios.

En la legislación Europea los procedimientos son muy similares al sistema americano en cuanto a sus procedimientos; pero distintos en su naturaleza jurídica. Se encuentra legislado a través del Reglamento N° 4064/89 del Consejo de Europa, el que le confiere a la Comisión Europea no sólo facultades de investigación sino también que tenga poder de decisión respecto de las concentraciones y fusiones que tengan «dimensión comunitaria». Este poder abarca la posibilidad de aplicar sanciones tales como desautorizar una adquisición o fusión, separar empresas o activos agrupados y aplicar multas a las entidades involucradas. Las operaciones son definidas como de «dimensión comunitaria» por el volumen de negocio de las empresas involucradas y por el hecho de que más de un Estado miembro de la comunidad se encuentre significativamente afectado por la operación en cuestión.

En América Latina hay legislaciones que contemplan un sistema de control previo para las concentraciones y fusiones más importantes; tal el caso de Brasil –Ley N° 8884 de 1994–; incluye un capítulo dedicado al control de actos y contratos, en el cual se sientan las bases de un sistema de notificación de las concentraciones y fusiones a cargo del Consejo Administrativo de Defensa Económica; también cuando las operaciones sobrepasan un determinado monto.

En México, la ley federal de competencia económica de 1992 contiene un capítulo dedicado a las concentraciones. El mismo dispone que la comisión federal de competencia tiene facultades de investigación y sanción de dichos actos y crea un procedimiento de control previo que es obligatorio para las operaciones que excedan determinado monto establecido en la ley.

En Canadá rige la «*Federal Competition Act*» de 1985 una legislación un tanto particular porque es una combinación de la legislación americana y la europea, ya que utiliza dos organismos de aplicación que se encargan respectivamente de evaluar las concentraciones y fusiones –Director de investigaciones y pesquisas–; y de decidir a cerca de su legalidad –Tribunal de Competencia–. Es distinta a las otras legislaciones también en cuanto a lo escueto de sus procedimientos y que no establece límites mínimos de notificación para las empresas intervinientes.

Otro caso de separación parcial entre el órgano de investigación y el de aplicación de la ley de Competencia es en Sudáfrica, donde la primera de dichas funciones las realiza la Comisión de Competencia; y la segunda el Ministerio de Industria y Comercio.²²

En cuanto al Mercosur²³, en el Tratado de Asunción de 1991, ya se mencionaba que entre los países miembros la libre circulación de productos y servicios y factores de producción debe ser alcanzado en «adecuadas condiciones de competencia entre los Estados parte».

Sin embargo, consideramos que el instrumento de mayor relevancia; en relación a este tema son las reglas del «Protocolo de Defensa de la Competencia», –Decisión 18/96–, que constituye una herramienta imprescindible a fin de lograr asegurar las condiciones adecuadas de competencia que contribuyan a consolidar la integración al garantizar niveles similares de protección entre los Estados parte.

Es de importancia destacar que no existe en esta materia superposición de competencias entre la comunidad y dichos Estados parte. La legislación comunitaria se refiere a las prácticas anticompetitivas que afectan la competencia regional en el Mercosur. Sin embargo es competencia de cada Estado parte del Mercosur la «regulación de los actos practicados en su respectivo territorio por persona física o jurídica de derecho público o privado u otra entidad domiciliaria en él y cuyos efectos sobre la competencia a él restrinjan» –artículo 3º–.

De todos modos, queda aún mucho por hacer; solo Brasil y Argentina cuentan con una legislación de Defensa de la Competencia acorde a las legislaciones de los países más avanzados. Uruguay y Paraguay, todavía no han dictado ley alguna con estas características

3.2 La nueva Ley antimonopolio (Nº 25.156)

La nueva ley antimonopolio fue aprobada el 25 de agosto y promulgada el 16 de septiembre de 1999; derogando a la Ley Nº 22.262. Las notas más sobresalientes de la misma en relación a la ley anterior están dada porque además de tener un carácter «represivo»; se incorporan

22 El Control Previo de las Concentraciones y Fusiones y la Defensa de la Competencia en los mercados, CNDC, Serie Documentos Nº 2, pp. 12-17.

23 Roberto Amliar de Dromi. *Op. cit.* Nº 15; pp. 46-53.

mecanismos de carácter «preventivos»; los mismos tienden a evitar la monopolización o la excesiva concentración del poder de un mercado en pocas manos, a través de procedimientos de control de fusiones o adquisiciones de empresas, o de grandes contratos de colaboración empresaria.

El criterio que fundamenta estos mecanismos de carácter previo a la operación de concentración, no consiste en prohibir las fusiones u operaciones de concentración económica, ni someterlas en su totalidad a procedimientos de autorización, sino solamente se establece la presunción de que dichas operaciones pueden perjudicar el interés económico general, cuando se involucran empresas que detentan un gran poder de mercado y pretenden acrecentarlo.

Es un mecanismo preventivo excepcional, para aquellas operaciones que pueden poner en riesgo las condiciones estructurales de la competencia en los mercados; todas parten de la siguiente premisa: para acrecentar las participaciones de mercado hay que ganar clientes, pero no eliminar adversarios a través de su compra o anular la competencia acordando con competidores.

El análisis tanto jurídico como económico que llevarían a prohibir o condicionar una de estas operaciones sería entre otros factores, la dimensión del mercado, la cantidad de competidores, los avances tecnológicos, los desafíos de la importación, etc. Tampoco se pierden de vista los resultados esperados luego de la operación de concentración, y no siempre las concertaciones arrojan resultados negativos, puede ser beneficiosa para la competencia en términos de eficiencia económica, cuando por ejemplo cuestiones de escala de producción tornarían aconsejable la existencia de una o pocas grandes empresas, y no de muchas medianas o pequeñas que quizá no podrían amortizar inversiones o vender a precios competitivos. Se podrían citar muchos ejemplos; pero uno de ellos sería que en un país como el nuestro no se justificaría la presencia de múltiples empresas siderúrgicas o petroquímicas que requieren grandes inversiones y no tienen un mercado tan amplio como puede ser el norteamericano o el europeo y; si la multiplicidad de empresas de telefonía celular.²⁴ En relación a este último caso bien vale como ejemplo el hecho de haberse permitido la participación de em-

24 Ernesto Cionfrini *La Protección de los Mercados y la Competencia en la Constitución Nacional*, -artículo en prensa- p. 15.

presas ya establecidas, lo que estaba prohibido en normas previas, y se han otorgado enormes cantidades de frecuencias lo que ha redundado en el fortalecimiento de posición dominante en un mercado clave. Basta con señalar que en los Estados Unidos la aparición de las nuevas tecnologías celulares permitió la incorporación de cinco competidoras más al mercado, mientras que en la Argentina se admiten solo dos²⁵.

Esto además de implicar un uso ineficiente de las frecuencias, que son un bien público limita a los consumidores en su derecho constitucional –artículo 42º– de elegir su proveedor de servicios en un medio auténticamente competitivo.

Estos mecanismos de tipo «preventivos» surgen en su mayoría del análisis del Capítulo III titulado «De las Concentraciones y Fusiones» –artículos 6º al 16º–.

En el capítulo I titulado «De los Acuerdos y Prácticas prohibidas», artículo 2º, al igual que la ley anterior, establece las conductas prohibidas, pero en forma sumamente detallada en catorce incisos (de las letras «a» hasta «m») establecen cuales son aquellas prácticas; pero a pesar de esa minuciosidad, aclara la norma «[...] las siguientes conductas entre otras [...]», de lo cual surge que es una norma meramente enunciativa, y que aún pude haber más conductas pasibles de ser consideradas «monopólicas» por el Tribunal de Defensa de la Competencia, en este caso la autoridad competente.

En el Capítulo «De la posición Dominante»; se define a los efectos de la presente ley qué se entiende por posición dominante del mercado, artículo 4º; pero el concepto no difiere de la ley anterior, pues la ley vigente es muy similar.

Otra nota distintiva, y a mi juicio beneficiosa es que la ley crea el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, Capítulo IV «Autoridad de aplicación» –artículos 17º al 24º–; el que tendrá carácter autárquico y podrá intervenir por denuncias y también de oficio ante prácticas antimonopólicas o prohibidas.

Estará integrado por siete miembros que serán designados por el poder ejecutivo previo concurso público de antecedentes y oposición, y durarán en el ejercicio de sus cargos por seis años. «Los mismos serán designados por el Poder Ejecutivo Nacional, previo concurso público

25 Información de *La Nación*, Buenos Aires 25 de agosto de 1999, p. 16, «Información General».

de antecedentes y oposición ante un jurado integrado por el Procurador del Tesoro de la nación, el Secretario de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía, Obras y Servicios de la Nación, los presidentes de las Comisiones de Comercio de ambas Cámaras del Poder Legislativo de la Nación, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y los presidentes de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Nacional de Ciencias Económicas».

Es importante mencionar que si bien se establece claramente el órgano de aplicación del régimen de defensa de la competencia, en nuestro país existen también entes reguladores²⁶ para cada uno de los servicios públicos; los que tienen entre sus obligaciones fundamentales el deber de verificar que los servicios públicos se presten en las condiciones pactadas de calidad y seguridad. Asimismo, deben asegurar que las empresas prestatarias de servicios realicen las inversiones comprometidas, mantengan las tarifas pactadas, atiendan los reclamos de los usuarios y protejan al medio ambiente.

Entre sus principales funciones se encuentra la de supervisar y controlar el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por quienes han de brindar los servicios públicos; entre ellos el control relativo a la competencia dentro de cada sector. Tal es el caso del artículo 19° de la Ley N° 24.065, la que establece el marco regulatorio de la energía eléctrica; estipula, «Los generadores, transportistas y distribuidores no podrán realizar actos que impliquen competencia desleal, ni abuso de una posición dominante del mercado [...]», remitiendo a la ley nacional de Defensa de la Competencia.

Se crea asimismo el Registro Nacional de Defensa de la Competencia –artículo 23°–, donde deberán inscribirse las operaciones de concentración económica prevista en el Capítulo III y las resoluciones definitivas dictadas por el Tribunal, el registro será público.

El Tribunal deberá organizar dicho registro y; es una de sus principales funciones la de autorizar operaciones de gran envergadura; lo que no debemos descartar es la posibilidad de convertirse en un arma de doble filo; puesto que en los Estados Unidos y en Europa existe el requisito de autorización previa cuando se dan determinadas condiciones de contratación, pero ese control está siempre sujeto a plazos cor-

²⁶ Ente Nacional Regulador de la Electricidad –ENRE–; Ente Nacional Regulador del Gas –ENARGAS–

tos —en nuestra ley se prevén noventa días—, y a un régimen de aprobación prácticamente automático.

Para que un sistema de este tipo funcione se requiere fundamentalmente transparencia por parte de los órganos del Estado. En países con un alto grado de corrupción, burocráticos y con traumas ideológicos, la exigencia de aprobación anterior o posterior puede transformarse en una valla infranqueable para la adquisición o fusión de empresas. Lamentablemente Argentina está entre ese grupo de países.

Viendo el lado positivo; aquí se advierte nuevamente el carácter «preventivo» de la norma. Además, creo que deberíamos apuntar que se prevé un mayor control, al haber una autoridad de aplicación determinada, con carácter autárquico tal como surge del artículo 17° y con amplias facultades establecidas en dieciocho incisos del artículo 20°; tales como vetar fusiones de empresas y bancos, verificar el abuso de posición dominante, promover acciones ante la justicia y dictar su reglamento interno; ello además de imponer las sanciones previstas en el proyecto.

Las sanciones están previstas en el Capítulo VII —artículos 46° a 51°— y se refiere a multas que oscilarán entre \$10.000 y \$ 150.000.000 para quienes realicen las prácticas prohibidas; las que se elevarán a \$ 1.000.000 diarios cuando las empresas no cumplan con la obligación de notificar al Tribunal de toda fusión de empresa que supere el 25% del mercado relevante; o cuando el volumen del negocio supere los \$200 millones en el país; o \$250 millones en el nivel mundial — artículos 8°, 35° y 36°—.

Uno de los temas del proyecto de la presente ley que suscitó mayores controversias fue la modificación que introdujo la Cámara Alta al original enviado por la Cámara de Diputados de la supresión del artículo 58°, en el que se establecía que la presente ley no será aplicable a las empresas periodísticas; modificación finalmente acatada por la Cámara Baja; puesto que el proyecto fue aprobado tal como lo enviara el Senado sin modificaciones. Consideramos que en nada peligra la libertad de prensa —argumento sostenido por quienes pensaron correcta la incorporación de dicho artículo—; puesto que tan cara libertad, esencial en un sistema republicano goza de suficiente protección constitucional en los artículos 14° y 32°; y en los tratados internacionales incorporados a la Constitución nacional.

Esta nueva ley traería aparejado importantes beneficios, sobre todo en mérito al control y porque con esta ley ha salido a la luz la conveniencia del control previo de las concentraciones y fusiones por parte de la autoridad competente.

En los países más desarrollados rige desde hace varias décadas leyes antimonopolios; porque las consideran fundamental en el desarrollo de su economía; a modo de ejemplo el Departamento de Justicia de los Estados Unidos multó recientemente a los laboratorios farmacéuticos Roche y Basf con US\$ 725 millones, por concertar los precios de las vitaminas A, B2, B5, C, E, y betacaróteno. Según pudo comprobarse, ambas empresas se reunían cada mes para repartirse el mercado. Fue la multa más alta aplicada en los EE.UU. por prácticas monopólicas hasta la fecha.²⁷

La Ley N° 22.262 no preveía un esquema explícito de control previo o posterior de las concentraciones y fusiones empresarias, la ley parece pensada para resarcir daños ocurridos efectivamente y no para solucionar problemas estructurales de mercado; lo que ha hecho que prácticamente no hayan existido procesos relacionados con las concentraciones y fusiones, ni tampoco resoluciones.

La apertura económica de Argentina en los últimos años y la desregulación de los mercados que muy lentamente ha comenzado, hace que se torne una necesidad imperiosa contar con una legislación antimonopólica similar a la de los países más civilizados del mundo. Por otra parte, si uno de los fundamentos de las privatizaciones es evitar los monopolios del Gobierno, que se han demostrado perversos, es necesario el reaseguro de que no se produzcan los mismos monopolios pero en manos privadas.

Quizá es una prueba de ello que el tratamiento de la nueva ley, se vio acelerado con la compra de la empresa «YPF» por parte de la empresa petrolera española «Repsol». Esta operación, ha sido sin duda la de mayor envergadura en su sector en la historia argentina, ha sido muy cuestionada por diversos sectores que temen un monopolio extranjero en un mercado tan sensible como el de los combustibles. Si bien las leyes no son retroactivas y no sería aplicable a dicha operación; Repsol no quedará exenta de controles de acuerdo a la normativa de la presente ley; y el Tribunal podrá imponer condiciones para evitar los

27 La Nación, Buenos Aires 20 de junio de 1999, p. 7, «Información General».

aspectos distorsionadores de la competencia. Incluso como el Tribunal tiene facultad de intervención ante la justicia, podrá solicitar a un juez que la empresa sea desconcentrada o dividida si se prueba que asume una posición dominante en el mercado; de acuerdo al artículo 8º de la misma. En su momento, el Ministerio de Economía se anticipó a la ley y ha comunicado a Repsol que, tras la toma de YPF, deberá cumplir un programa de venta de activos destinados a acotar su participación de mercado en la industria petrolera nacional.²⁸

Cabe mencionar que YPF ya había sido sancionada, por conductas de abuso de posición dominante. El 11 de agosto de 1997, se había iniciado una causa, «YPF, S.A s/ Multa», ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, a través de una investigación de oficio, con fundamento en el artículo 18º de la entonces Ley vigente N° 22.262. La sanción surge de la Resolución N° 189 (BO, 25/3/99); la Secretaría de Industria, Comercio y Minería aplicaba una sanción por considerar comprobadas las conductas investigadas en el marco de la anterior ley de Defensa de la Competencia. La sanción consistió en primer lugar, en ordenar el cese inmediato de las conductas de posición dominante; en segundo lugar en la imposición de una serie de obligaciones, tales como omitir la discriminación de precios, eliminar los contratos de exportación vigentes, etc.; y, en tercer lugar, se impuso en el caso la multa máxima permitida por la ley.²⁹

El reciente dictamen de la Secretaría de Defensa de la Competencia por el que se recomienda al Ente Nacional de Regulación Eléctrica, que es el grupo español Endesa, se desprenda de sus acciones en alguna de las dos distribuidoras eléctricas –Edenor y Edesur– es un público y saludable llamado de atención, en relación al tema que nos ocupa; dado el serio problema planteado en ese orden en el sector energético argentino.

Tal como ocurrió con el tema de YPF; actualmente en dicho sector parece claramente que se va configurando una deformación de mercado. Si bien es generalmente aceptado que la privatización del sector de la electricidad ha sido una de las más transparentes, eso no es óbice a que desde hace un tiempo se viene produciendo una concentración de distintas actividades en clara violación al marco regulatorio de la misma, o sea a la Ley N° 24.065, según el cual quienes desarrollen alguna

28 *La Nación*, Buenos Aires 24 de junio de 1999.

29 Roberto Amliar de Dromi, *Op. cit.*, pp. 259-265.

actividad de la industria eléctrica (generación, transportación o distribución), no podrán tomar a su cargo cualquiera de las otras dos.

Si bien el tema tratado por la Secretaría de Defensa de la Competencia hace referencia a Ednor y Edesur: cabe destacar que Endesa –de acuerdo con las informaciones obrantes en el ENRE– es controlante o importante accionista, tanto en centrales térmicas e hidroeléctricas de generación, como en actividad de transporte.

Esta situación nos hace reflexionar en sentido del riesgo que entraña para el país que un mercado competitivo, como el desarrollado en este aspecto –generación de electricidad–, y que ha permitido lograr tarifas competitivas para las industrias nacionales, deje de serlo por estas situaciones claramente violatorias de la ley; y la gravedad, que justamente significa el hecho de violar esta ley.³⁰

En aquellos países en los que la libertad económica ha permitido el desarrollo de mercados se han preocupado por mantener su transparencia, y lo han logrado a través de entes reguladores, técnicamente capacitados; y sobre todo independientes, que han hecho cumplir en forma permanente la legislación vigente, llevando adelante todo tipo de acciones orientadas a ese fin.

4. Conclusiones

En la última década se ha producido una reorganización de la economía argentina; la que sin duda trajo aparejado grandes cambios; cuyos ejes han sido la estabilidad de los precios, a través de la convertibilidad; la desregulación de los mercados, la apertura económica externa; y las privatizaciones.

En este marco, aparece el Estado no como dueño de los servicios públicos; sino en su papel de «Estado Regulador»; redefiniendo así la función del Estado; que no participa directamente en la producción de bienes y servicios sino que los ha transferido a manos privadas.

Como consecuencia de las razones expuestas, las políticas de competencia adquirieron una importancia preponderante; a punto tal que la misma reforma constitucional de 1994; acompaña este proceso desde su regulación específica en el segundo párrafo del artículo 42°.

30 *La Nación*, nota Editorial «Monopolios que no se ven», 16 de Junio de 2000.

En este contexto, se sancionó la Ley antimonopolio N° 25.156; que es fundamental en esta etapa de nuestra realidad económica; entendemos claramente que se trata de una ley reglamentaria del derecho establecido en la mencionada norma constitucional.

De modo que la nueva ley vendría a suplir una necesidad que ha sido consecuencia de los cambios operados en nuestro país en el ámbito económico, cambios que por otra parte no resultan efectivos si no va acompañado de este tipo de leyes.

Si bien es cierto que recién estamos comenzando a recorrer este camino, y ello implica que se den situaciones de no aplicación o de violación a la ley; tal como señalamos en párrafos anteriores; no es menos cierto que tenemos grandes posibilidades de ir perfeccionando día a día; y lograr lo que han alcanzado otros países que vienen trabajando en el tema varias décadas antes que Argentina.

En aquellos países en los que la libertad económica ha permitido el desarrollo de mercados se han preocupado por mantener su transparencia, y lo han logrado a través de entes reguladores, técnicamente capacitados; y sobre todo independientes, que han hecho cumplir en forma permanente la legislación vigente, llevando adelante todo tipo de acciones orientadas a ese fin.

«Privatización, debe significar competencia entre empresas por el derecho a prestar el servicio acompañada de un importante control gubernamental; generalmente requiere de desregulación, para evitar estas concentraciones de mercado; y la desregulación debe requerir de mayores y serios esfuerzos de parte de los gobiernos para aplicar y hacer efectivas las leyes antimonopólicas».³¹

31 Susan Rose Ackerman. **Desregulación y Privatizaciones en los Estados Unidos. Críticas desde un enfoque progresista**, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, abril de 1996, p. 45.

La formación del contrato en la Convención de Viena de 1980

José Leyva Saavedra
Pilar Perales Viscasillas

1. Nota introductoria

No cabe duda que, hasta el momento, el más grande suceso registrado con respecto a la unificación o armonización del derecho lo constituye la disciplina de la compraventa internacional¹, contenida en la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980. Por ser el contrato comercial por excelencia y la columna vertebral de todo el sistema de las relaciones económicas², la compraventa estaba llamada a convertirse en el más importante vehículo del intercambio de mercancías o, si se prefiere, en el motor del desarrollo del comercio internacional³. Para allanar el camino, no se

1 Leyva Saavedra, «Contratos de empresa», en *Tratado de derecho privado*, Lima, 1997, vol. II, t. 1, p. 133; Id., «La Convención de Viena sobre la compraventa internacional», en *Cathedra*, Lima, 1999, N° 5, p. 165.

2 Cfr. Galgano, *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna, 1980, p. 6; Memmo, «*Il contratto di vendita internazionale nel diritto uniforme*», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1983, N° 1, p. 181; Ferrari, «*L'ambito di applicazione della convenzione di vienna sulla vendita internazionale*», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1994, N° 3, p. 898.

3 La importancia de la compraventa internacional, desde un punto de vista económico, es tan evidente que no requiere mayor mención; baste recordar que es el instrumento a través del cual se realiza una gran parte del comercio internacional, apunta López de Gozalo, «*La vendita internazionale*», en Alpa - Bessone (dirs.), *I contratti in generale. Contratti atipici*, Torino, 1991, vol. II, t. 2, p. 903. No sólo es importante la Convención por el elevado volumen de mercancías que se da en el tráfico comercial internacional, sino porque además, puede ser aplicado a un contrato

tuvo mejor idea que dotarle de una normativa uniforme reguladora, sobre el plano meta-nacional⁴, de su correspondiente derecho sustancial.

La Convención de Viena (en adelante CV), para muchos el más brillante texto de los que conforman la denominada nueva *Lex mercatoria*⁵, o Derecho Uniforme del Comercio Internacional⁶, es la regla jurídica que gobierna actualmente las dos terceras partes del conjunto del comercio internacional de mercancías y parte del derecho

de compraventa internacional celebrado entre dos partes cuyas sedes negociales no se encuentren ubicados en alguno de los Estados contratantes. Cfr. Enrich - Malet, «La convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías», en *Revista jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1991, N° 2, p. 443.

4 Cfr. Luzzato, «*Vendita*» (*diritto internazionale privato*), en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1993, vol. XLVI, p. 502; Ferrari, «El ámbito de aplicación del convenio de Viena sobre compraventa internacional», en *Revista de derecho mercantil*, Madrid, 1996, N° 221, p. 841.

5 Esta *Lex mercatoria* ha surgido con la finalidad de superar aquella situación definida como anarquía con base en las relaciones internacionales; esto es, dirigida a superar la citada nacionalidad del derecho que se revela, precisamente, como un obstáculo para las relaciones económicas, siempre más intensas entre ciudadanos de Estados diferentes; un obstáculo, sobre todo, para las empresas que actúan en mercados internacionales y que adquieren materias primas o colocan mercancías en Estados diferentes, que cuentan cada uno con una legislación distinta. Cfr. Galgano, «*Il diritto uniforme: la vendita internazionale*», en Galgano (dir.), *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 1992, p. 211 y ss; Id., *Lex mercatoria*, Bologna, 1993, p. 8 y ss.; Leyva Saavedra, *La convención de Viena*, *op. cit.*, p. 166.

6 Bajo esta denominación, también bajo la de Derecho mercantil internacional o Derecho del comercio internacional o *Lex mercatoria* y alguna otra más, se incluyen normas que reúnen una serie mínima y elemental de características comunes. Estos rasgos compartidos deben de considerarse como el mínimo común denominador de la categoría que se pretende conceptualizar. Los rasgos comunes definitorios de todas las normas que integran el Derecho uniforme son, de modo indiscutible, la internacionalidad, la uniformidad y el contenido obligacional privado de estas normas. Es discutible, por el contrario, que la autonomía de las normas, en lo que hace a su sistema de producción y de aplicación, constituya un rasgo esencial del actual Derecho uniforme del comercio internacional. No existe, por último, un elemento categorizador común a las normas analizadas derivado ni de la forma externa de las mismas ni, tampoco, de la procedencia de ellas, explica el profesor Illescas, «El derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática», en *Revista de derecho mercantil*, Madrid, 1993, N° 207, p. 39 y ss.

interno de cincuentisiete Estados⁷, incluido el nuestro, que ha adherido a ella el 22 de febrero de 1999, mediante el Decreto Supremo N° 011-99-RE, y ha depositado el instrumento de adhesión un mes después, el 23 de marzo, lo que significa que desde el primero de abril del presente año forma parte de nuestro derecho nacional, a tenor del Art. 99.2 de la propia Convención⁸.

Las razones del considerable éxito de la CV son múltiples. En relación a sus predecesoras, se presenta como un texto con mejoras evidentes y sustanciales a la que no alcanzan las acérrimas críticas que sufrieron los textos de La Haya de 1964. La Convención es un instrumento jurídico que ha sabido conciliar la diversidad de puntos de vista en juego; ha logrado un punto de encuentro entre los diferentes intereses económicos que enfrentan a los operadores comerciales, esto es, a los compradores y vendedores; ha puesto, igualmente, de acuerdo a países con estructuras políticas a primera vista irreconciliables; por último, ha podido conjugar, no sin pocas dificultades, las barreras jurídicas presentes en toda elaboración de textos para los que se pretende una aplicación universal⁹.

7 Los países que actualmente han incorporado la Convención a su Derecho interno son: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Burundi, Canadá, Chile, China, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Guinea, Hungría, Iraq, Italia, Kyrgyzstan, Letonia, Lesotho, Lituania, Luxemburgo, Mauritania, México, Moldavia, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Perú, Polonia, República Árabe Siria, República de Croacia, República Checa, Eslovenia, Rumania, Singapur, Suecia, Suiza, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzbekistan, Yugoslavia y Zambia. Por su parte Ghana y Venezuela la han firmado pero todavía no se han decidido a incorporarla como parte de su Derecho interno. La lista de los países que la han incorporado a su derecho interno puede consultarse en: <http://www.un.or.at/uncitral/status>

8 Dispone esta norma que: «cuando un Estado ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención, salvo la parte excluida, entrará en vigor respecto de ese Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6) de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que se haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión».

9 Cfr. Perales Viscasillas, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, 1996, p. 58 y ss. Entre los obstáculos más impor-

La Convención de Viena es, pues, un bien hilvanado conjunto de normas sustantivas reguladoras del contrato de compraventa internacional; particularmente, reguladoras de la formación del contrato (Parte II), los derechos y obligaciones de compradores y vendedores, así como las acciones que pueden interponerse en los casos de incumplimiento de alguna de las partes de todas o parte de sus obligaciones contractuales o legales (Parte III: Capítulos II y III). Igualmente, la CV contiene importantes reglas relativas a su ámbito de aplicación (Parte I). Ella no dispone de reglas relativas al conflicto de leyes, esto es, reglas diseñadas para discernir qué norma resultará aplicable cuando existen varias legislaciones nacionales implicadas. Aquí, precisamente, radica la importancia de la CV, ya que el abogado o empresario americano, argentino, español, chino o peruano tienen un lenguaje común para negociar: el representado por el conjunto de disposiciones de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, evitando, en efecto, echar mano a las normas de derecho internacional privado de las leyes nacionales, que tanto complican este tipo de relaciones comerciales.

Como podemos observar, hay muchas aristas estudiables de la CV; una de ellas es la que atrae nuestra atención en esta oportunidad: la formación del contrato de compraventa internacional en la citada Convención. Esta parte, se ha dicho, es la más lograda y, por ende, la más importante que contiene el texto uniforme; de allí que su estudio resulte necesario para un mejor entendimiento y, al mismo tiempo, obligatorio para una mejor aplicación a las relaciones contractuales internacionales. No olvidemos que, desde el primero de abril tenemos

tantes que se tuvieron que superar a la hora de conseguir la unificación normativa del contrato de compraventa internacional fue el del enfrentamiento técnico-legal entre los países del área del *common law* y los del *civil law*, y ello debido a que «son dos tradiciones, dos culturas, que difieren en sus principios, en sus instituciones, en sus reglas e incluso en sus esquemas lógicos del razonar jurídico, hasta el punto que la unificación choca inevitablemente con las barreras de esas diferencias. Y la solución no puede venir por la vía del *legal imperialism* ni del *legal transplant*, por la imposición o el injerto de un sistema sobre otro, sino por el diálogo paciente, el espíritu de compromiso, la transacción generosa y las fórmulas de equilibrio», subraya Olivencia, «La Convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual», en *Revista de Derecho mercantil*, Madrid, 1991, N° 201, p. 394.

una doble legislación para los contratos de compraventa: la del Código civil, para las compraventas nacionales, y la de la Convención de Viena, para las compraventas internacionales¹⁰.

2. Apuntes históricos de la Convención de Viena

La idea de dar vida a una reglamentación uniforme de la compraventa internacional se gestó a finales de la década del veinte, particularmente en 1929, año en el cual el Unidroit¹¹, a propuesta del jurista alemán Ernest Rebel, decide emprender los trabajos preparatorios y confiar a un Grupo de trabajo, compuesto por los más renombrados comparatistas de la época, la preparación de un primer proyecto de ley uniforme sobre la materia, el que fue presentado en 1935. Este trabajo preliminar fue enviado a la Sociedad de Naciones y sometido por ésta a la consideración de los Estados miembros. Un texto revisado se publicó en 1939¹².

Los trabajos se interrumpieron a causa de la segunda guerra mundial, pero se volvieron a emprender en 1951 con una conferencia en La Haya, con motivo de la cual se presentó un nuevo proyecto de ley uniforme. A este proyecto siguieron otros, siendo el último el que fue objeto de la Conferencia diplomática de La Haya, desarrollada del 1 al 25 de abril de 1964. En esta Conferencia, convocada por el gobierno

10 Cfr. Leyva Saavedra, «La convención de Viena», *op. cit.*, p. 167.

11 El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado – *International Institute for the Unification of Private Law*, conocido como Unidroit o Instituto de Roma, por el lugar de su sede, fue fundado en setiembre de 1926 como un órgano auxiliar de la Sociedad de las Naciones. Después de la disolución de ésta, fue reconstituido en 1940, en virtud de un acuerdo multilateral. Cfr. Leyva Saavedra, «Contratos de empresa», *op. cit.*, p. 134.

12 Cfr. Bonell, «*Introduction to the convention*», en Bianca - Bonell (coord.), *Commentary on the international sales law*, Milano, 1987, p. 3 y ss; Id., «*La convenzione di vienna sulla vendita internazionale: origini, scelte e principi fondamentali*», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1990, N° 3, p. 715 y ss; Ferrari, *L'ambito di applicazione della convenzione*, cit., p. 899 y ss; Adame Goddard, *El contrato de compraventa internacional*, México, 1994, p. 10 y ss.; Leyva Saavedra, *La convención de Viena*, *op. cit.*, p. 167; Sierralta, *La compraventa internacional y el derecho peruano*, Lima, 1997, p. 8 y ss.

Holandés, se aprobaron dos convenciones: la «Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías» (LUVI, en inglés ULIS) y la «Ley uniforme sobre la formación de los contratos de venta internacional de bienes inmuebles corporales» (LUFC, en inglés ULFC). Estas convenciones, firmadas el 1º de julio de 1964, entraron en vigencia el mismo año: la primera, el 18 de agosto de 1972, al adherirse a ella Bélgica, Gambia, Holanda, Israel, Italia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Federal de Alemania y San Marino; la segunda, el 23 de agosto de 1972, cuando la ratificaron los mismos países, con excepción de Israel¹³. Esta bipartición de la materia, que dividía la regulación de la formación y del contenido del contrato, respondía al deseo de lograr la máxima aceptación de estos instrumentos por los estados y, a la vez, respondía al temor de que la resistencia a adoptar las normas sobre formación del contrato determinase el rechazo, en bloque, de todo la normativa uniforme. La técnica de la doble Convención dejaba en libertad a los Estados para aceptar ambas o, simplemente, una de ellas.

Pese a esta ingeniosa metodología, la aceptación de las citadas convenciones fue escasa. En los debates de la Conferencia se puso ya de manifiesto la dificultad de la tarea. Las posiciones de las delegaciones de Estados pertenecientes a los sistemas del *civil law* y del *common law* se radicalizaron, y solo una actitud de respeto a los esfuerzos unificadores de Unidroit, invocada por la delegación sueca, condujo a soluciones de compromiso. Pero la debilidad de éstas se reflejó en la famosa «reserva quinta», introducida al final de la Conferencia por la delegación del Reino Unido, que permitía que cada Estado, en el momento de su ratificación o adhesión, declarase que no aplicaría la Ley uniforme más que en los casos que las partes la hubieran elegido como aplicable. Este amplio reconocimiento a la autonomía de la voluntad convertía a la Ley uniforme en un texto de aplicación convencional y, en efecto, desnaturalizaba su propio carácter¹⁴.

13 Las dos convenciones siguen en vigencia entre los países que no las han denunciado. Según el artículo 99º, párrafos 3 al 6, de la Convención de Viena, todo Estado que ratifique, acepte o apruebe esta Convención, o adhiera a ella, y que sea parte en una o en ambas convenciones de La Haya de 1964, deberá denunciarlas, mediante notificación al gobierno de los Países Bajos.

14 Cfr. Olivencia, «La convención de las naciones unidas», *op. cit.*, p. 386.

A esa debilidad intrínseca de las leyes uniformes de La Haya se unieron otras causas que abonaron su escaso éxito, a saber: la escasez de Estados representados en la Conferencia, la homogeneidad dominante de los países occidentales, de economía de mercado, desarrollados e industrializados, la oposición de los países de economía colectivista y la irrupción en la esfera internacional de los países del «tercer mundo», que abrieron frentes contra la aceptación de un derecho uniforme en cuya elaboración no habían participado, tildándolo de protector de intereses contrarios a los de sus propios países. No obstante estos obstáculos, ambas Convenciones, con el mínimo de instrumentos de ratificación y adhesión, como hemos apuntado, entraron en vigencia en 1972.

Este poco éxito de las leyes¹⁵, motivó que en 1968 Uncitral¹⁶, aun antes que entraran en vigor, iniciara la revisión sustancial de ambas. Esta inicial revisión se tradujo en una necesaria regulación elaborada ex novo. Se presentaron varios proyectos, pero fue el de 1978 el que resultó aprobado por la Comisión y presentado para su examen en la Conferencia diplomática, convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución de 16 de diciembre de 1978, y desarrollada en el Palacio Imperial de Hofburg, en Viena, del 10 al 11 de abril de 1980, que concluyó con la aprobación unánime de los representantes de sesentidós países presentes en la Conferencia, de la llamada Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (*United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods – Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandise*). En esta Conferencia se aprobó, igualmente, el Protocolo de enmiendas a la Convención sobre

15 Las expectativas despertadas por estas leyes no se cumplieron, por lo que su aplicación fue muy limitada. Cfr. Bonell, «*La convenzione di Vienna*», *op. cit.*, p. 716; Ferrari, *L'ambito di applicazione della convenzione*, *op. cit.*, p. 843; Leyva Saavedra, «La convención de Viena», *op. cit.*, p. 168.

16 Las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2205 (XXI) de la Asamblea General del 17 de diciembre de 1966, con el objeto de promover la armonización y la unificación progresiva de derecho mercantil internacional, constituyó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – *The United Nations Commission on International Trade Law*, conocido como Cnudmi o Uncitral, según el anagrama inglés. Los trabajos de la Comisión comenzaron en 1968 en New York. Cfr. Leyva Saavedra, «Contratos de empresa», *op. cit.*, p. 134.

la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías.

La Convención, no obstante su unánime aprobación, tuvo que esperar cerca de ocho años para su entrada en vigencia. El Art. 99° CV, como hemos visto, dispone que ésta entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de doce meses contados desde la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Tras Leshoto, Francia, Siria, Egipto, Hungría, Argentina, Yugoslavia y Zambia, que fueron los ocho primeros depositantes, lo hicieron Italia, China y Estados Unidos, el mismo día (11 de diciembre de 1986), lo que permitió que la CV entrará en vigor el 1° de enero de 1988. En la actualidad, como hemos dicho, ha sido incorporada al derecho interno de cincuentisiete países, siendo, además, numerosos los países que han anunciado su intención de seguir este ejemplo, lo que nos hace augurar que en un futuro cercano la Convención será de aplicación en todo el mundo.

3. Formación del contrato de compraventa internacional

La formación del contrato es una de las partes más importantes de la estructura contractual; es la columna vertebral de todo este sistema. Los redactores de la LUVI y de la CV concientes de ello, consideraron necesario dotarla de una regulación uniforme por entender que, en este lugar, podían producirse notables discrepancias entre las partes contratantes y, probablemente, lo más importante, sensibles diferencias entre los Derechos nacionales¹⁷. Surgió de este modo, la LUFC y, sobre la base de ésta, se elaboró la regulación de la formación del contrato que contiene la CV.

La Convención de Viena, en una forma que contrasta con muchas leyes nacionales, regula de manera muy completa la formación del contrato de compraventa de mercaderías en la parte II, compuesta por once artículos: cuatro que regulan la oferta (arts. 14° al 17°), seis que se ocupan de la aceptación (arts. 18° al 23°) y uno que norma la efectividad de las declaraciones de voluntad (Art. 24°). Toda esta normati-

¹⁷ Cfr. Díez-Picazo, «La formación del contrato», en *Anuario de Derecho civil*, Madrid, 1995, t. XLVIII, fasc. I, p. 5.

va, que se alza sobre el esquema clásico de contratar, está diseñada para acomodar sus declaraciones de voluntad –oferta, revocación, aceptación, retirada y demás comunicaciones – a los medios de comunicación que utilicen las partes contratantes. Está pensada para dar cobijo tanto a las declaraciones orales como escritas, sin que se distingan los contratos entre presentes y entre ausentes. Ciertamente, el texto uniforme se preocupa fundamentalmente por las declaraciones que se realizan por escrito, ya que en las orales el *iter* formativo es en la práctica simultáneo e implican necesariamente el conocimiento por los interesados del contenido de la declaración de voluntad; hecho de por sí excluyente de los inconvenientes graves que pueden presentarse en el proceso formativo de un contrato en el que la separación temporal entre las declaraciones de voluntad (oferta y aceptación) es dilatado debido al medio de comunicación que se utilice.

Esta preocupación de la Convención por el tipo de contratación comentada se detecta a simple vista de un examen de las disposiciones de la parte II. El Art. 18.2 CV, en su último inciso, establece que la aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata, y el Art. 24° CV acoge la teoría de la cognición para fijar el momento en que una declaración oral «llega» al destinatario, mientras que para las declaraciones realizadas por escrito formula la teoría de la recepción. Es, además, la propia CV la que en su articulado diferencia entre las comunicaciones verbales y las escritas, reconociendo los siguientes medios de comunicación para el intercambio de la oferta y la aceptación, así como para las demás notificaciones que se dirijan las partes contratantes: la comunicación verbal y las realizadas por escrito: carta, telegrama, télex, fax, e-mail (*electronic mail*) y EDI (*Electronic Data Interchange*)¹⁸.

Ahora bien, como quiera que las citadas disposiciones regulan la formación de los contratos de compraventa internacional a través del esquema de concurrencia de dos declaraciones de voluntad (oferta y aceptación), los comentaristas se han planteado la siguiente interrogante: ¿se excluye las demás posibles modalidades de formación de los contratos que no se atengan a ese esquema? Esto ocurrirá, en particular, cuando el contrato haya sido objeto de una larga negociación y de diferentes proyectos debatidos, de manera que no sea posible definir ninguno de ellos como oferta. Tampoco responden al esquema lineal

18 Cfr. Perales Viscasillas, La formación del contrato, *op. cit.*, p. 158 y ss.

de concurrencia de oferta y aceptación los contratos que pueden haber sido formados a través de los esquemas de subasta y de concurso, los de formación progresiva, los articulados a través de una fase precontractual y otros muchos. No parece que estas posibilidades hayan quedado excluidas y, en el supuesto que se produzcan, deberán ser reguladas atendiendo a las líneas de inspiración de la CV y, subsidiariamente, por las reglas del derecho nacional aplicable a tales actos¹⁹.

4. Oferta y propuesta contractual

La Convención, en su Art. 14º, señala que «la propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación». Esta norma, se ha dicho, se inspira en una concepción que distingue la propuesta contractual de la oferta propiamente dicha. La primera constituye el género y, dentro de ella, como una especie particular, se sitúa la oferta, que es una propuesta que reúne unos determinados y estrictos requisitos. La propuesta contractual es una declaración que manifiesta la intención de llegar en lo sucesivo a establecer un contrato que queda inicialmente diseñado en alguno de sus elementos. Es un proyecto cuya finalidad se limita a abrir el proceso que conducirá, eventualmente, a la formación del contrato.

Por la forma como se presenta redactada la citada norma, el género «propuesta contractual» parece dividirse en dos especies distintas: por una parte, se encuentran las genuinas ofertas y, por otra, las llamadas invitaciones a ofrecer, que pueden ser interrogaciones sobre posibles intenciones, solicitudes de información o, en sentido estricto, invitaciones²⁰. Veamos cada una de ellas.

19 Cfr. Díez-Picazo, «Comentario al artículo 14º», en Díez-Picazo (dir.), *Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, Madrid, 1998, p. 165.

20 Cfr. Díez-Picazo, *La formación del contrato*, *op. cit.*, p. 6; Id., «Comentario al artículo 14º», *op. cit.*, p. 165.

5. La oferta

Coincidiendo con el sistema propuesto por la CV, podemos definir la oferta como aquella declaración de voluntad recepticia que, siendo suficientemente precisa, se encamina a perfeccionar un contrato con la sola aceptación del destinatario de la misma. Habiendo aceptación, en efecto, el contrato quedará constituido, sin necesidad de emitir nuevas o distintas declaraciones de voluntad. Esto es lo que quiere destacar el Art. 14.1 CV al hablar de la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Aquí, quedar obligado significa quedar vinculado contractualmente.

5.1. Elementos de la oferta

De la lectura del Art. 14° CV se deduce que se necesita la concurrencia de dos elementos esenciales para que una declaración de voluntad pueda considerarse como una oferta, a saber: a) indicar la intención de oferente de quedar obligado en caso de aceptación; b) ser suficientemente precisa.

- a) Intención del oferente. La voluntad del oferente de quedar obligado o vinculado con la sola aceptación es una intención caracterizable como una genuina voluntad negocial. El Art. 14.1 CV requiere, además, que esta voluntad o intención del oferente esté indicada en la propia oferta. Esto exige que en la declaración de la oferta se encuentre la intención de obligarse o que, dados los términos en que la oferta se produzca, deba entenderse objetivamente que en ella se encuentra implícita tal voluntad. La determinación de la existencia de esta voluntad o intención de quedar obligado y de su suficiente expresión en la propuesta, es una cuestión de interpretación²¹. Resultan aplicables en esta parte los arts. 7° al 9° CV, parti-

21 Cfr. Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, 1996, vol. I, p. 284; Id., «Comentario al artículo 14°», *op. cit.*, p. 166. En materia de interpretación, recuerda este autor, se abren dos grandes líneas (la llamada interpretación subjetiva, vinculada a la voluntad real del declarante, y la interpretación objetiva, que busca más bien el sentido que razonablemente puedan encontrar los destinatarios de la declaración para proteger las expectativas y la confianza que ellos se

cularmente la regla de la buena fe y la regla que señala que debe tenerse en cuenta el sentido dado por una persona razonable, de acuerdo con todas las circunstancias del caso y los usos y prácticas existentes entre las partes contratantes con anterioridad a la celebración del contrato.

Una oferta, cabe agregar, no necesita contener las palabras «oferta de contrato» para que vincule al oferente; lo único que es necesario es que se derive del contenido de la oferta el nacimiento de un contrato. No puede entenderse, entonces, que existe una oferta si se añade alguna cláusula del tipo «salvo aceptación de la casa», «sin compromiso» u otras análogas, pues aquí está ausente la voluntad de obligarse.

b) Precisión de la oferta. Para favorecer la celebración de los contratos, la CV ha sustituido el tradicional requisito del carácter completo de la declaración del oferente por el más matizado de la suficiente precisión. Así, dispone el Art. 14.1 CV que para que la oferta sea suficientemente precisa basta que indique las mercaderías y que, expresa o tácitamente, señale la cantidad y el precio o provea un medio para determinarlos.

La cantidad y el precio, por lo visto, pueden ser señalados de forma expresa (5.000 unidades a 10 dólares por unidad) o de forma implícita (por remisión a las negociaciones previas, a los usos²² o prácticas establecidas con anterioridad por los contratantes²³). Además pueden ser

hayan suscitado), por lo que hay que determinar qué tipo de interpretación es la que debe predominar en esta materia. La Convención de Viena introduce al respecto normas de cuyo carácter objetivo no cabe dudar, como es la aplicación de los usos particulares existentes entre los declarantes y la regla de la buena fe, de una manera que parece objetivar el contrato (*La formación del contrato, op. cit.*, p. 7).

22 Por ejemplo se ha señalado que la falta de indicación de una específica cantidad en una oferta de gas propano – sólo se señalaba una cantidad aproximada –, no es un obstáculo para la validez del contrato, ya que se trata de un uso en el sector del comercio en cuestión (gas propano): Oberster Gerichtshof, 6 febrero 1996 (Austria) (PACE) (UNILEX).

23 Buena prueba de ello es la acertada sentencia del Tribunal Municipal de Budapest de 24 de marzo de 1992 (Hungría) (PACE) (UNILEX). Se trata de la compraventa de determinadas mercancías realizada por teléfono entre un vendedor alemán y un comprador húngaro sin que se hubiesen mencionado los aspectos relativos a la can-

determinados o determinables, por ejemplo por referencia al valor de bolsa de un determinado día, siempre que en la oferta queden fijadas las bases para su determinación o las ofertas que señalen «todas mis existencias», «todo lo que necesite»²⁴ o «una gran cantidad de [...]»²⁵, o estableciendo un tope máximo y otro mínimo²⁶. Tanto el precio como la cantidad pueden determinarse por un tercero o, incluso, por una de las partes. En caso de que ninguna de ellas pueda determinarlo, parece que se podría aplicar el estándar de la razonabilidad para subsanar esa deficiencia²⁷. En cuanto a la forma que debe revestir la oferta,

tividad, calidad y precio de las mismas. El tribunal, tras determinar que la ley aplicable es la Convención de Viena de 1980, concluye declarando la existencia implícita de esos elementos en la oferta contractual, habida cuenta de la obligatoriedad que para las partes representan las prácticas seguidas con anterioridad (arts. 9.1 y 14.1 CV).

24 Comentario de la Secretaría al actual artículo 14º, §12. Esta forma de determinar la cantidad es típica en el derecho estadounidense, concretamente en los denominados *output contracts* y *requirement contracts* (sección 2-306 UCC).

25 Piel de chinchilla («*eine grössere Menge Chinchilla Felle*»): Oberster Gerichtshof, 10 noviembre 1994 (Austria) (PACE) (UNILEX).

26 Por ejemplo, una oferta que fija la cantidad entre 15.000 y 20.000, estableciéndose su concreta determinación para un momento posterior: Tribunal de Comercio de Poitiers, 9 diciembre 1996 (Francia) (PACE) (UNILEX). O una oferta que fija un precio por pieza entre un límite mínimo de 35 marcos alemanes y un máximo de 65 en función del grado de calidad -media o superior- de la mercancía: Oberster Gerichtshof, 10 noviembre 1994 (Austria) (PACE) (UNILEX).

27 En contra: Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, 3 marzo 1995 (PACE) (UNILEX), juzgando un caso entre un comprador austríaco y un vendedor ucraniano declaró la no perfección del contrato. El tribunal indicó que la comunicación realizada por télex por el vendedor de Ucrania donde se indicaba la fecha de entrega, la naturaleza y la cantidad, no podía considerarse suficientemente precisa, puesto que omitía determinar el precio o un medio para su determinación. En el télex se señalaba que el precio debía ser acordado diez días antes del comienzo del nuevo año. En opinión del tribunal, ello no constituye una indicación suficientemente precisa acerca del precio (art. 14.1 CV), sino una mera expresión de asentimiento para determinar el precio de las mercancías en una fecha futura mediante acuerdo de las partes. El comprador austríaco que confirmó el contenido del télex también consintió en que el precio de las mercancías fuese acordado en un futuro por las partes. El tribunal también señaló que el Art. 55º CV no era aplicable ya que las partes implícitamente indicaron la necesidad de acordar el precio en un momento posterior. Por tanto, el tribunal concluyó señalando la no perfección del contrato.

rige el principio de libertad de forma; según esto, la oferta podría estar contenida en una factura²⁸.

5.2. Contratos con precio abierto

Distinta de la mención expresa o implícita en la oferta de contrato, es la cuestión que se plantea con los llamados contratos con precio abierto (*open price contracts*), es decir, de aquellos contratos que nada dicen acerca del precio. Los diversos ordenamientos jurídicos no coinciden acerca del tratamiento de esta cuestión. Así, mientras el ordenamiento español y el francés²⁹, entre otros, no permiten la existencia de contrato sin precio; en los ordenamientos del *common law*, como el estadounidense y el inglés³⁰, por ejemplo, se permite la existencia de contratos carentes del elemento precio. La cuestión se complica en la Convención, y fue además sumamente debatida durante los trabajos previos, porque el Art. 14° CV señala que en la oferta de contrato debe existir un precio, mientras que el Art. 55° CV establece una forma de subsanar la falta de ese elemento cuando el contrato ha sido válidamente perfeccionado; de manera precisa indica que se aplica el precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate. Las posturas de la doctrina en torno a esta cuestión giran desde los que consideran que no es posible la existencia de un contrato sin precio³¹, excepto en muy particulares cir-

28 Cámara Nacional en lo Comercial, sala E, 14 octubre 1993 (Argentina) (Carlos III); LG Aachen, 14 mayo 1993 (Alemania) (PACE) (UNILEX), ambos enjuiciando contratos en los que la oferta se contenía en una factura.

29 Código civil español, arts. 1449° y 1450°; *Code civil*, arts. 1591° y 1592°.

30 Derecho estadounidense (sección 2-305 UCC) y Derecho inglés (artículo 8° *Sale of Goods Act*). Vid., También, Derecho alemán (pfo. 317 BGB); Derecho austriaco (pfo. 1054 ABGB); Derecho italiano (Art. 1474° CC), Derecho suizo (Art. 212.1 COS) y Derecho peruano (Art. 1547° CC).

31 Cfr. Bydlinski, *Das Allgemeine Vertragsrecht*, en Doralt (ed.), *Das Uncitral-Kaufrecht im Vergleich zum Österreichischen Recht*, Wien, 1985, p. 63; Tallon, *The Buyer's obligations under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, en Galston - Smit, *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York, 1984, p. 7 y ss.

cunstancias³², hasta los que sostienen que sí y que el método de determinación del precio previsto en el Art. 55° CV vendría a suplir esa falta³³, pasando por los que señalan que se trata de una cuestión de validez que ha de enjuiciarse conforme a las reglas del derecho nacional no uniforme que resulte aplicable³⁴.

En principio, una interpretación correcta entre los artículos 14° y 55° CV pasa por la determinación de la expresión «cuando el contrato

32 En particular, cuando se trate de: a) países que han declarado inaplicable la parte II de la Convención mediante la reserva del Art. 92° CV (Noruega, Finlandia, Dinamarca y Suecia); b) partes involucradas en un contrato de compraventa que no han indicado el precio de la transacción (expresa o implícitamente) ni señalado un medio para su determinación; y c) que el derecho interno no uniforme que resulte de aplicación declare el contrato válidamente celebrado, por lo que se podrá aplicar el método de determinación del precio que el Art. 55° CV establece.

33 Vid. Honnold, *Uniform Law for International Sale under the 1980 United Nations Convention*, Deventer, 1991, p. 196 y ss.; Sono, *Formation of International contracts under the Vienna Convention: A shift above the comparative Law*, en Volken - Sarcevic (coord.), *International Sale of Goods*, New York, London, 1986, p. 120 y ss.; Fortier, *Le prix dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises: les articles 14 et 55*, en *Journal du droit international*, 1990, N° 2, p. 389; Adame Goddard, *El contrato*, *op. cit.*, p. 94 y ss.; Díez-Picazo, *La formación del contrato*, *op. cit.*, p. 10; Murray, *An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, en *The journal of law and commerce*, 1988, vol. 8, N° 1, p.14 y ss.; Garro, *Reconciliation of Legal Traditions in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, en *The international lawyer*, 1989, vol. 23, N° 2, p.443 y ss.; Muguillo, *Contrato de compraventa*. Contratos «a precio abierto» y «a fijar precio» en nuestro Derecho y en la CCVIM de Viena 1980, en *Estudios de derecho comercial*, Buenos Aires, 1991, N° 7, p. 95 y ss.; Adami, *Les contrats «open price» dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, en *Droit des affaires internationales*, Paris, 1989, N° 2, p.110 y ss.

El ICC Model International Sale Contract (*Manufactured Goods Intended for Resale*), final Draft 17 March 1997 (ICC, Doc. N° 470-9/16) evita cualquier discusión al entender en las condiciones generales que si no se ha fijado precio, la lista de precios del vendedor en vigor en la época de perfección del contrato determinará ese elemento. En su defecto, el precio generalmente cobrado por tales mercancías en el momento de la celebración del contrato será aplicable.

34 Vid., Heuzé, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, París, 1992, p. 60; y Rehbinder, *Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EAG und BGB*, en Schlechtriem (coord.), *Einheitliches Kaufrecht und Nationales Obligationenrecht*, Baden-Baden, 1987, p. 158.

haya sido válidamente celebrado» que son las palabras introductorias del artículo 55° CV. Nos parece que el contrato puede ser válidamente celebrado sin que éste incluya el precio cuando la voluntad de las partes (Art. 6° CV) expresa o implícitamente expresada lleva a esa conclusión, lo que, desde luego, sucederá en todas aquellas circunstancias en que exista ejecución contractual³⁵. Se reconoce, en consecuencia, la posible exclusión implícita del elemento precio señalado en el Art. 14° CV; para ello habrá de asistirse de la ayuda interpretativa del Art. 8° CV³⁶. Más problemáticas son las situaciones en las que no existe ejecución del contrato. La jurisprudencia que se ha enfrentado con estos supuestos ha declarado la imposibilidad de entender el contrato perfeccionado. Por ejemplo, no puede entenderse el contrato perfeccionado

35 Una sociedad suiza envió el 3 de diciembre de 1991 por fax (no firmado) una orden de tres piezas para ordenadores (PMC-Schneideplotter), junto con una indicación de diferentes direcciones para su envío, así como con la expresión *Liefertermin sofort* (envío inmediato). La vendedora alemana envió a los pocos días los componentes. Como el precio no se pagó, el vendedor alemán acudió a los tribunales. El comprador alegó en relación con la perfección del contrato, en primer lugar, que el fax no era una oferta válida y que, por consiguiente, tampoco existía un contrato válido y, que no se cumplían los requisitos del Art. 14° CV, ya que el fax no indicaba el precio. El tribunal sin referirse al Art. 55° CV, indicó simplemente que la oferta era válida. En este sentido se basa en que la intención del oferente se deduce tanto del término «orden o pedido» (*Bestellung*), así como de la expresión «envío inmediato», y que el contrato se entiende perfeccionado, ya que el envío de las mercaderías se produjo al poco tiempo de haberse recibido la oferta. Se trata claramente de un caso en que por virtud de la oferta, el oferente autoriza al destinatario a aceptar mediante la ejecución de un acto, como es el envío de las mercancías, sin necesidad de comunicar dicha aceptación al oferente (Art.18.3 CV, que, sin embargo, no es nombrado por el tribunal). Vid. Handelsgericht St. Gallen, 5 diciembre 1995 (Suiza) (PACE) (UNILEX); Bezirksgericht St. Gallen, 3 julio 1997 (Suiza) que en una compraventa entre un holandés (vendedor) y un suizo (comprador) entendió fijado el precio por aplicación del Art. 55°, aunque las partes no lo habían pactado, si bien el contrato sí se había ejecutado.

36 En el caso de envío de catálogos, los usos del comercio internacional – ampliamente conocidos y regularmente observados – pueden servir de ayuda para deducir si el precio incluido en el catálogo debe ser considerado como el precio real del producto indicado en el mismo (Art. 9.2 CV). En caso afirmativo, se podría interpretar que el comprador ha hecho una indicación tácita «suficientemente precisa» del precio. Así, Garro - Zuppi, *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, 1990, p. 106.

cuando la oferta no fija el precio de uno de los motores de avión ofertados³⁷; así tampoco cuando la oferta (contraoferta, Art. 19.1) no menciona el precio de los productos ni prevé una forma para su determinación³⁸.

5.3. Retirada y revocación de la oferta

En la Convención se utilizan dos términos que a simple vista parecerían tener el mismo significado y los mismos efectos; sin embargo, esto no es verdad, ya que la CV acuña una terminología suficiente para distinguir ambos conceptos. Así, en el texto inglés la idea de retirada se expresa utilizando el término *withdrawal*, mientras que para la revocación se utiliza el término latino *revocation*. No cabe duda que se trata

37 Nos referimos al primer caso que examina -si bien insuficientemente- la problemática de los contratos con precio abierto en el ámbito de la Convención: Tribunal Supremo de la República Húngara, 25 septiembre 1992 (Hungria) (PACE) (UNILEX). No obstante la sentencia de instancia declaró el contrato perfeccionado, pero sin mención de la problemática representada por los contratos con precio abierto: Tribunal Municipal de Budapest, 10 enero 1992 (Hungria) (PACE) (UNILEX). Traducción al inglés por el abogado defensor de la Compañía *Pratt and Whitney* Dr. László Szlávnits. Al respecto: «*Interpretative Decisions Applying CISG*», en *The journal of law and commerce*, 1993, vol. 13, p. 31 y ss. Vid., también, los comentarios a las mismas realizados por Amato, *Recent Developments: CISG. U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods- The Open Price Term and Uniform Application: An Early Interpretation by the Hungarian Courts*, en *The journal of law and commerce*, 1993, vol. 13, p. 1 y ss.; Vida, *Unwirksamkeit der Offerte wegen Unbestimmtheit nach UN-Kaufrecht*, en *IPrax*, 1995, núm. 4, p. 261 y ss.; Lecossois, *La détermination du prix dans la Convention de Vienne, le U.C.C. et le droit français: critique de la première décision relative aux articles 14 et 55 de la Convention de Vienne*, en *Mc Gill Law Journal/Revue de Droit de Mc Gill*, 1996, vol. 41, p. 513 y ss.; Perales Viscasillas, *La formación del contrato*, op. cit., p. 362 y ss.

Al respecto, es útil revisar el caso resuelto por el *Handelsgericht des Kantons Aargau*, 26 septiembre 1997 (Suiza), donde no existió ejecución del contrato, pero el Tribunal declaró la validez del contrato pese al silencio de la oferta en torno al precio. La oferta de compra identificaba las mercancías -juegos de cuchillería-, la cantidad - un número determinado de juegos - y la fecha de entrega, lo que constituye, en opinión del Tribunal, una oferta suficientemente precisa de conformidad con el Art. 14.1 CV. En el caso en cuestión el vendedor procedió a la entrega, pero el comprador la rehusó alegando que el contrato no había sido válidamente celebrado.

38 LG Frankfurt am Main, 4 marzo 1994 (Alemania) (PACE) (UNILEX).

de expresiones con significado diferente, que deben ser mantenidas como distintas, toda vez que esta distinción es clave para la interpretación de los arts. 15° y 16° CV.

La retirada es una declaración de voluntad del oferente que indica su voluntad de dejar sin efecto una anterior declaración emitida, cuando ésta todavía no ha alcanzado efectividad. Se permite la retirada en el período de tiempo o en la fase de formación que media entre la emisión de la oferta y la recepción o llegada de la misma al destinatario. En cambio, revocación es la declaración de voluntad de cancelación de la oferta y de sus efectos, en el período que media entre la recepción de la oferta y la perfección del contrato. La consecuencia práctica más importante de la distinción es permitir la retirada de las ofertas aun cuando éstas tengan el carácter de irrevocables (Art. 15.1 CV). La retirada de la oferta es, lógicamente, libre y está sometida únicamente al requisito de temporalidad: que llegue antes o al mismo tiempo que la oferta. Como es una declaración que no ha alcanzado efectividad alguna, el destinatario de la retirada no puede alegar ningún justo motivo para impedir dicha retirada, puesto que ningún tipo de confianza, ni de interés atendible podrá haberse creado en él³⁹.

El plazo para retirar la oferta, como hemos visto, concluye en el momento de la llegada de la oferta al destinatario. Si la retirada se ha llevado a cabo antes de la llegada de la oferta, utilizando un medio de comunicación más rápido y el destinatario la recibe antes, nada podrá reclamar ni alegar. Esto, naturalmente, ocurre también cuando se produce una coincidencia temporal en la llegada de ambas comunicaciones. Pero, si la declaración de retirada llega fuera de este plazo, nada impide que pueda o deba valer como revocación.

La revocación, como hemos adelantado, es una declaración de voluntad del oferente que tiene como propósito fundamental privar de eficacia a la oferta. A diferencia de la retirada, que se produce en la primera fase de formación del contrato, esto es, antes que llegue la oferta; la revocación se produce en la segunda, es decir, en el tiempo que media entre la llegada de la oferta al destinatario y el momento de la aceptación o rechazo de la misma. Reza el Art. 16.1 CV, «La oferta

39 Cfr. Díez-Picazo, *La formación del contrato*, cit., p. 14; Id., *Comentario al artículo 15*, cit., p. 172.

podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación».

La regla general nos dice que toda oferta puede ser revocada porque no existe ningún tipo de vinculación contractual del oferente, pues éste simplemente ha emitido una comunicación dirigida a motivar la formación de un contrato, no a cerrar el circuito contractual. El solo hecho de haber llegado la oferta al destinatario no crea en éste una situación jurídica de confianza que merezca alguna dosis de protección jurídica.

Ahora bien, si la regla es que el oferente tiene la facultad o poder de revocar porque no ha quedado todavía vinculado contractualmente, el efecto lógico es que la revocación quede impedida una vez que se ha dado la aceptación del destinatario y, por consiguiente, formado el contrato⁴⁰. Esta regla se encuentra expresamente recogida en el Art. 16.1 CV, que establece un límite temporal condicionado. De acuerdo con la primera parte de la norma, el límite temporal de la facultad de revocación es el momento de la perfección del contrato; esto supone, en aplicación de las normas generales de la Convención, que el momento en que la aceptación surte efectos y el momento de efectividad de la misma es la recepción de ésta por el oferente (Art. 24° CV). Sin embargo, en la parte de límites a la facultad revocatoria, la Convención modifica la regla general de la recepción y se inclina por la teoría de la emisión. Esta solución, se dice, ha sido adoptada para no otorgar al oferente una ventaja que pueda considerarse excesivamente prolongada⁴¹.

40 La regla establece que la revocación es posible hasta el momento en que se perfeccione el contrato siempre que la revocación llegue al destinatario antes de que éste envíe la aceptación. Si bien en un plano teórico, puede hacerse la distinción (revocación hasta la perfección cuando se utilizan medios de comunicación instantáneos; y revocación hasta el envío de la aceptación cuando se utilizan el correo y el telégrafo), en un plano práctico resulta que la revocación puede hacerse hasta antes del envío de la aceptación, ya que la perfección del contrato cuando se utilizan medios de comunicación instantáneos se produce casi simultáneamente al envío.

41 Cfr. Díez-Picazo, *La formación del contrato*, *op. cit.*, p. 15; Id., *Comentario al artículo 15°*, *op. cit.*, p. 175. Esta norma se justifica por dar seguridad al aceptante que, de otro modo, no tendría certeza de que no será revocada la oferta que ha aceptado, sino hasta que la aceptación llegara al oferente; en cambio, ella hace que el oferente tenga inseguridad acerca de si puede revocar una oferta cuya aceptación no ha recibido, escribe Adame Goddard, *El contrato*, *op. cit.*, p. 99.

Cabe agregar que en la discusión entre oferta revocable y oferta irrevocable, planteada en la legislación y jurisprudencia comparadas, la Convención se ha inclinado, en línea de principio, por la revocabilidad de la oferta, modificando el sentido del derecho alemán, así como de la jurisprudencia belga y holandesa, que parece inclinada a considerar, como regla general, la irrevocabilidad de la oferta, a menos que exista expresa reserva de la facultad revocatoria.

Por último, debemos señalar que, además de la facultad de retirar y de revocar la oferta que se concede al oferente, el destinatario puede rechazar el contenido de la oferta (Art. 17° CV), lo que significa extinción de la oferta. El rechazo es efectivo cuando llega al oferente, lo que, de nuevo, se enjuicia conforme a la regla general establecida en el artículo 24° CV. El rechazo de la oferta impide que vuelva a revivir, por ejemplo, porque el destinatario de la oferta se arrepienta de su rechazo y pretenda volver a aceptar la oferta.

5.4. Irrevocabilidad de la oferta

Tras establecer la Convención la regla general de la revocación de la oferta hasta la perfección del contrato o el envío de la aceptación, se encarga de indicar expresamente, en el Art. 16.2 CV, las dos excepciones a la regla. Eörsi, por su parte, estima que se trata de una excepción expresada en dos lenguajes diferentes: en el inciso a) se usa el lenguaje del *civil law*, y en el inciso b) el del *common law*⁴².

En el tráfico mercantil, la forma más habitual de indicar la irrevocabilidad de la oferta es cuando el oferente expresa que ella es irrevocable, bien mediante el uso de esta expresión u otras de análogo significado. Así, el oferente puede declarar expresamente que su oferta es irrevocable mediante cláusulas del tipo «garantizo mi oferta durante quince días», «mantendré esta oferta abierta durante un período de treinta días», «prometo no revocar esta oferta hasta [...]» y «oferta vinculante durante el período indicado», o finalmente mediante una frase del oferente en la que declare simplemente que su propuesta es irrevocable⁴³. Estas hipótesis – que se corresponden dentro del artícu-

42 *Revocability of offer*, en Bianca - Bonell (coord.), *Commentary, op. cit.*, p. 156.

43 Igualmente los ejemplos que señala Eörsi, *Revocability, op. cit.*, p.158: «*Our offer is at any rate good till May 13*» (oferta irrevocable); «*I stand by my offer till I get*

lado de la Convención con la frase «la oferta no podrá revocarse, si indica [...] que es irrevocable» (Art. 16.2.a) CV) – constituyen los típicos, deseados y convenientes ejemplos de ofertas en las que se declara o indica indubitadamente el compromiso del oferente de no revocar su declaración de voluntad a través de expresiones claras o de palabras que se entienden generalmente en el tráfico como expresión de la voluntad de vinculación. En la lista de los supuestos mencionados, con excepción de uno, se ha añadido un plazo expreso durante el cual el oferente no puede revocar su propuesta. La Convención, sin embargo, no parece haber solucionado la cuestión del tiempo durante el cual la oferta permanece en situación de irrevocabilidad cuando no se ha fijado un término en la misma. No obstante, por analogía con el Art. 18.2 CV, ese plazo se determinará en función del estándar temporal de la razonabilidad.

Problema distinto es el que se presenta cuando el oferente no indica expresa ni tácitamente que la oferta es irrevocable, pero señala un plazo fijo durante el cual el destinatario puede aceptar la oferta. El señalamiento de un plazo fijo para aceptar (por ejemplo, «tiene veinte días para aceptar la oferta») indica –en muchos ordenamientos jurídicos– la voluntad del oferente de no revocar su oferta; en otros, por contra, no implica irrevocabilidad sino todo lo contrario. Bajo la normativa de la Convención no queda claro cuál es el significado de un plazo fijo para aceptar: si se quiere expresar que la oferta es irrevocable o que existe un plazo durante el cual el oferente puede aceptar la oferta, pasado el cual, la oferta caduca. Esta ambigüedad resulta de la propia redacción del Art. 16.2.a) que fue así redactado porque no se consiguió alcanzar un acuerdo acerca del significado de un plazo fijo para aceptar⁴⁴. Fueron, pues, las diferencias entre los sistemas del *common law* y del *civil law*⁴⁵

your answer) (oferta irrevocable), y «*Our offer is not good after May 13*» (oferta revocable).

44 Como se reconoce, *the history of this article is dramatic*. Eörsi realiza un excelente seguimiento del mismo (*Revocability*, cit., p.150). Honnold, a su turno, indica que la disputa en torno al plazo fijo de aceptación bien puede considerarse como *un temporal en una tetera* (*Uniform Law*, cit., p. 208 y ss.). Resalta también el sentido poco claro del precepto de la Convención Díez-Picazo, *La formación del contrato*, cit., p. 17.

45 Por ejemplo el derecho alemán establece en su párrafo 145 BGB que la

lo que impidió una solución unánime. La consecuencia de este compromiso será muy probablemente una interpretación divergente por parte de los tribunales, como así está sucediendo con la doctrina que examina esta cuestión. Así, mientras algunos autores consideran que una oferta que indique un plazo para aceptar está indicando expresa o tácitamente que es irrevocable. Otros autores señalan justamente la postura opuesta, esto es, que se trata simplemente de un plazo para aceptar, pero no un plazo de irrevocabilidad. La tesis que parece tener más éxito entre los comentaristas es la que señala que se habrá de dejar la cuestión a los tribunales⁴⁶.

Otra forma en que la oferta puede ser considerada irrevocable, aun cuando el oferente no lo haya indicado en su oferta, deriva de la apariencia que crea en el destinatario de la oferta, de tal forma que éste confía en que la oferta es irrevocable y por ello lleva a cabo algún tipo de actuación relacionada con la oferta. En estas situaciones, el oferente no podrá revocar su oferta (Art. 16.2.b) CV)⁴⁷. Muy probablemente las situaciones en las que se conceda un plazo fijo para aceptar, podrían crear esta apariencia en el destinatario, quien si realiza alguna actuación relacionada con la oferta, por ejemplo, inversiones en su empresa o compra de materiales, gastos de asesoramiento de peritos, abogados, etc., podrá gozar de la protección que la Convención le otorga.

En cualquiera de estos supuestos en que el oferente ha intentado revocar una oferta sin que pudiese hacerlo, el destinatario de la oferta podrá aceptarla⁴⁸.

oferta es irrevocable una vez que es efectiva. En el UCC norteamericano, la oferta firme sólo es irrevocable (sólo por tres meses) cuando se cumplen determinadas circunstancias: que así lo indique el oferente por escrito y lo firme (sección 2-205 UCC).

46 Un amplio desarrollo de las diferentes tesis propuestas en Perales Viscasillas, *La formación del contrato*, op. cit., p. 427 y ss.

47 Esta excepción deriva de la doctrina del *common law* conocida como *promissory estoppel* o *detrimental reliance doctrine*. Pero, también, del sistema del *civil law*, de la doctrina conocida como *venire contra factum proprium*, esto es, la de que nadie puede ir contra sus propios actos.

48 De acuerdo Honnold, *Uniform Law*, op. cit., p. 213 y ss.; en contra Heuzé, *La vente internationale*, op. cit., p. 142 y ss.

5.5. Invitación a ofrecer

La Convención exige que la oferta se dirija a una o varias personas determinadas, presumiendo que existe una invitación *ad offerendum* cuando los destinatarios son el público en general. Es decir, que las llamadas ofertas al público no son ofertas en el sentido de la CV, a menos que el oferente indique claramente lo contrario, esto es, que expresamente señale que la declaración dirigida al público en general es una oferta. Ahora bien, entre las situaciones en que la oferta se dirige a «una o varias personas determinadas» y la invitación a hacer ofertas a la «generalidad del público»⁴⁹, existen ciertas situaciones intermedias en las que no queda claro cuál es su calificación jurídica. Nos referimos a los supuestos habituales de envío de catálogos, prospectos, folletos o instrumentos similares a número de personas identificadas por su nombre (nombre de la empresa o datos de identificación personal del empresario) y en los que constan los demás elementos del Art. 14º CV. En nuestra opinión, esos supuestos han de tratarse como si fuesen invitaciones a hacer ofertas⁵⁰, ya que en el tráfico comercial internacional, la utilización de esos instrumentos tiene un sentido perfectamente claro: exponer una información, incitar al destinatario a que realice una oferta o inducir a la lectura de la información que se envía.

49 En ocasiones puede ser difícil dilucidar lo que se entiende por personas determinadas y no determinadas. Se estima que la expresión «personas determinadas» incluye tanto las personas individuales como jurídicas e incluso, grupos que no posean personalidad, que sean uniones mercantiles, sociedades irregulares o grupos de negocios. Estos conjuntos de personas deben considerarse como personas determinadas, tanto si la oferta se dirige a nombre de uno de ellos como si se dirige a todos, recuerda Díez-Picazo, *Formación del contrato*, *op. cit.*, p. 12.

50 A favor: Honnold, *Uniform Law*, *cit.*, p. 195 y ss.; Neumayer - Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Lausanne, 1993, p. 137 y ss.; Garro - Zuppi, *Compraventa*, *op. cit.*, p. 104; Díez-Picazo, *La formación del contrato*, *op. cit.*, p. 12; Id., *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 291. En contra se entiende que el envío de catálogos a compradores específicos, esto es, dirigido a una o varias personas en particular por medio de una lista restringida de direcciones (*restricted mailing list*) podría ser considerado como una oferta a cada uno de los posibles compradores. Así el comentario de la Secretaría al actual artículo 14º, §3; Sono, *Formation*, *op. cit.*, p. 211 y ss.; Heuzé, *La vente internationale*, *op. cit.*, p. 195 y ss.; Audit, *La vente internationale*, *op. cit.*, p. 57 y ss.

6. La aceptación

La aceptación es aquella declaración de voluntad o acto del destinatario de una oferta que manifiesta el asentimiento o conformidad con ésta. Constituye, en sentido propio, una declaración de voluntad negocial clara e incondicionada⁵¹. Como bien apunta Farnsworth, la aceptación es el tramo final del período de formación del contrato y no puede contener ningún tipo de condicionamiento⁵². La aceptación puede realizarse de tres formas: mediante una declaración, mediante un acto o, incluso, mediante su silencio o inacción. A menos que el oferente prescriba alguna forma determinada de aceptación, el destinatario de la oferta es libre de aceptarla, sea por escrito (carta, telegrama, télex, fax, e-mail, etc.) o verbalmente (estando las partes presentes o por teléfono, radio, etc.). En ambas circunstancias, para que la aceptación sea efectiva y, en consecuencia, perfeccione el contrato, debe llegar al oferente en el plazo establecido en la oferta o, en su defecto, en un plazo razonable (Art. 18.2 CV). Por plazo razonable, debe entenderse aquel que resulta del cumplimiento de las reglas de diligencia y buena fe⁵³.

6.1. Aceptación verbal

El Art. 18.2 CV es suficientemente claro en el sentido que la aceptación de las ofertas verbales tiene que ser inmediata, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa. Aquí el carácter inmediato no significa solamente sin demora, sino también sin solución de continuidad temporal. Son ofertas verbales, en el sentido de esta norma, todas aquellas en las que no existe un texto escrito de comunicación y en las que, no

51 Cfr. Díez-Picazo, *La formación del contrato*, *op. cit.*, p. 12; Perales Viscasillas, *La formación del contrato*, *op. cit.*, p. 481 y ss.

52 *Acceptance*, en Bianca - Bonell (coord.), *Commentary*, *op. cit.*, p. 171 y ss.

53 Es claro que no puede someterse al oferente a una espera indefinida, por lo que, aun cuando éste no haya retirado ni revocado la oferta, el transcurso del tiempo por sí solo debe permitirle considerarse liberado de ella. Al mismo tiempo, el aceptante debe quedar cubierto de las posibilidades de abuso por parte del oferente en la posibilidad de considerar la aceptación como tardía. La idea de plazo razonable trata de equilibrar una y otra exigencia, explica Díez-Picazo, *La formación del contrato*, *op. cit.*, p. 21; Id., *Comentario al artículo 18º*, *op. cit.*, p. 183.

encuentran aplicación las reglas sobre el contrato entre ausentes. En efecto, debe tratarse de personas que se encuentren ante un sistema de comunicación que permita que las mencionadas comunicaciones sean ininterrumpidas y que no existan intervalos de tiempo entre los diferentes tramos de ella. Por ende, este precepto resulta aplicable no sólo a los contratos entre personas presentes, sino también a las comunicaciones telefónicas y a todas aquellas en que se utilice cualquier otro sistema que permita la respuesta inmediata y la comunicación ininterrumpida. No se aplica, en consecuencia, a aquellas comunicaciones que, no obstante ser ininterrumpidas, incorporen a su sistema un texto escrito⁵⁴.

La citada regla general tiene una excepción: que de las circunstancias resulte otra cosa. La circunstancia más usual que varía la exigencia de una respuesta inmediata viene constituida por el consentimiento del oferente a una respuesta posterior, bien por la petición del destinatario de ese período de tiempo adicional, bien por la concesión del mismo en la oferta.

6.2. Aceptación mediante actos

La declaración de aceptación se realiza, en lo habitual, mediante una declaración oral o escrita, pudiendo igualmente consistir en actos que indiquen asentimiento a una oferta (por ejemplo, mediante el envío de las mercancías y el pago del precio). En estos casos se establece que no será necesario enviar una declaración, puesto que el mismo acto del envío o el pago del precio perfecciona el contrato⁵⁵. Ahora bien para

⁵⁴ Cfr. Díez-Picazo, Comentario al artículo 18º, *op. cit.*, p. 184; Id., Fundamentos, *op. cit.*, p. 308.

⁵⁵ No obstante algunos autores demandan el envío de una comunicación cuando la llegada de las mercancías se va a producir en un espacio dilatado de tiempo, si bien no la exigen en caso contrario. Así Honnold, *Uniform Law, op. cit.*, p. 223 y ss.; Enderlein - Maskow, *International Sales Law: United Nations Convention of Contracts for the International Sale of Goods*, New York, 1992, p. 91 y ss. En contra: Perales Viscasillas, La formación del contrato, *op. cit.*, p. 534 y ss. La Cámara Nacional en lo Comercial, sala E, 14 octubre 1993 (Argentina) (Carlos III), ha entendido aceptada una oferta-factura de forma implícita por el envío del formulario firmado por el comprador al banco encargado de financiar la operación. Se ha entendido, en consecuencia, que se ha realizado por el comprador un acto referido al pago del precio equivalente a la aceptación del Art. 18.3 CV.

que pueda aceptarse mediante actos de ejecución sin necesidad del envío de una comunicación al oferente, es necesario que la oferta lo autorice (por ejemplo, comience la fabricación, envíe inmediatamente, compre en mi nombre sin demora⁵⁶, o indicando una cuenta corriente para que el comprador pueda hacer efectivo el precio) o que así se permita por virtud de las prácticas establecidas con anterioridad por los contratantes o por los usos (Art. 18.3 CV). La oferta también se acepta concluyentemente mediante el recibo de las mercancías sin objeción alguna en cuanto a los términos de la oferta⁵⁷.

El silencio o la inacción, por sí solos, no implican aceptación (Art. 18.1 CV). En términos generales, el silencio es una actitud que, claramente, no posee ninguna significación objetiva. El que guarda silencio no declara nada y, por ello, no puede decirse que callando se manifieste una voluntad negocial. En rigor, el silencio más que declaración de voluntad es omisión de declaración⁵⁸. Empero, el silencio o la inacción, junto con otros factores, sí pueden significar aceptación de la oferta en algunos casos. Esos factores son los siguientes: a) disposiciones legales, como el Art. 19.2 o el Art. 21° CV; b) usos y prácticas establecidas entre las partes, por ejemplo porque habitualmente no se contesta a la oferta-pedido, sino que se procede al envío de las mercancías; c) la existencia de un deber de hablar o contestar puede hacer que el silencio o inacción se considere como aceptación. Así se ha entendido en uno de los primeros casos que aplicó la Convención de Viena en los Estados Unidos: *Filanto v. Chilewich*. Efectivamente, el *U.S. District Court for the Southern District of New York*, en su sentencia de 14 abril 1992⁵⁹, se enfrenta a la cuestión de si debía entenderse incorporada al

56 Comentario de la Secretaría al actual Art. 18.3 CV, §11. No obstante, parte de la doctrina entiende que un lenguaje de ese tipo no es lo suficientemente claro como para dispensar de la comunicación de la aceptación. Así Farnsworth, *Acceptance*, *op. cit.*, p. 173; Herber - Czerwenka, *Internationales Kaufrecht, Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11 april 1980 über Verträge über den Internationalen Warenkauf*, München, 1991, p. 99.

57 LG Krefeld, 24 noviembre 1992 (Alemania) (PACE) (UNILEX).

58 Díez-Picazo, *La formación del contrato*, *op. cit.*, p. 23; Id., Comentario al artículo 18°, *op. cit.*, p. 185.

59 Vid. acerca de la primera sentencia declarando una aceptación por el silencio del destinatario de la oferta: Perales Viscasillas, «La perfección por silencio de la compraventa internacional en la Convención de Viena de 1980», en *Derecho de los*

contrato una cláusula de sometimiento al arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Moscú. El tribunal acude primero al artículo II de la Convención de Nueva York de 1958 y en orden a determinar si se produce un acuerdo acerca de dicha cláusula, procede a examinar las reglas sobre formación del contrato en la Convención de Viena de 1980. De conformidad con ellas entiende sobre la base de la pasividad o silencio del destinatario de la oferta (Art. 18.1 CV) que la cláusula de arbitraje debe ser entendida como parte integrante del contrato. La decisión es todavía más lógica porque el silencio o la pasividad están reforzadas en el caso concreto por el inicio en la ejecución del contrato (apertura del crédito documentario).

En cualquier caso, no se podrá conceder valor alguno a una frase en la oferta en la que se establezca que el silencio del destinatario se considerará como una aceptación⁶⁰, ya que de lo contrario se vincularía al destinatario al nacimiento de un contrato por una simple declaración unilateral del oferente.

6.3. Aceptación tardía

Como hemos apuntado, la aceptación, para ser efectiva y, por ende, perfeccione el contrato, debe llevarse a cabo antes que la oferta haya caducado o deba considerarse caducada por el transcurso del tiempo. En esta línea, el Art. 18º CV establece una regla de caducidad de la oferta por el transcurso del tiempo, que puede ser la expiración del plazo fijado por el oferente o el transcurso del tiempo razonable. Según esto, la aceptación que llegue al oferente fuera de los plazos indicados, no es aceptación eficaz y, como tal, no permite considerar formado el contrato. En el mejor de los casos tendría que ser considerada como una contraoferta susceptible de una nueva aceptación por el primitivo oferente; sin embargo, debemos recordar que esta regla de caducidad está establecida en interés del oferente, de manera que puede constituir

Negocios, Madrid, 1995, núm. 52, p. 9 y ss.; también en Pace, comentando el caso *Filanto S.p.A. v. Chilewich International Corp.*, 984 F. 2d 58 (2d Cir. 1993) *U.S. District Court for the Southern District of New York*, 14 abril 1992, (Estados Unidos) (Pace) (UNILEX).

60 Precisamente el artículo 2.2 LUF así lo establecía.

una facultad o, mejor todavía, un derecho potestativo del oferente aceptar la efectividad de la aceptación tardía⁶¹.

El Art. 21° CV regula los efectos de una declaración de voluntad que en el ámbito del texto uniforme tiene dos sentidos perfectamente claros y diferenciados que reciben, no obstante, una denominación unitaria: aceptación tardía. A través de esta expresión se quiere designar ciertas situaciones que atienden al destino de una declaración de aceptación que llega al destinatario-oferente fuera del plazo establecido en la oferta o el razonable para que la aceptación surta efectos a causa de un envío extemporáneo, así como aquellas otras circunstancias excepcionales que revelan una llegada tardía de la aceptación derivada de ciertas irregularidades en el curso normal de la transmisión de una declaración de voluntad. Tales situaciones, de conformidad a la norma citada, pueden encontrar efectividad si el oferente inmediatamente le envía al destinatario una comunicación aceptando, no obstante estar fuera del término establecido. De este modo, a pesar del carácter tardío de la aceptación, el contrato puede considerarse formado si hay un acto de aprobación o de conformidad del oferente, que el Art. 21° CV califica como una «información», aunque claro está que es un acto de voluntad del oferente. No se trata, pues, de un acto de aceptación de una contraoferta, sino de un acto que dota de efectividad a la aceptación pese a su carácter tardío. Esta distinción tiene cierta importancia en orden a la determinación del momento en que el contrato debe considerarse formado, porque al dotarse de efectividad a una aceptación tardía, el contrato no queda formado cuando se remite o se recibe esta declaración de conformidad, sino con la llegada de la aceptación, de manera que la aprobación posee, si se quiere, un cierto carácter retroactivo⁶².

61 Cfr. Díez-Picazo, *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 315; Id., *Formación del contrato*, *op. cit.*, p. 29.

62 Cfr. Díez-Picazo, *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 316. La aprobación o conformidad del oferente a la aceptación tardía puede realizarse verbalmente o a través de medios de comunicación escritos, cualquiera que sea el medio que utilice. Debe realizarse sin demora, lo que significa sin retraso imputable al oferente y a través de medios de comunicación que faciliten la rapidez de la transmisión. Si la aprobación de la aceptación tardía fue a su vez tardía, se encontraría justificado que el aceptante pudiera rechazar la formación del contrato, explica el citado autor (*Formación del contrato*, *op. cit.*, p. 30).

En suma, la Convención, con la inclusión del Art. 21º, busca dar la oportunidad al oferente de decidir si desea, ante una aceptación retrasada y, por tanto, incapaz de surtir los efectos propios de una aceptación temporánea, perfeccionar el contrato⁶³. Lo contrario sería absurdo desde un punto de vista lógico, en atención a que si el oferente quiere seguir vinculado no se le debe negar esa posibilidad por un mero defecto temporal que él está dispuesto a soportar, y jurídico, debido a que prácticamente se llegaría al mismo resultado aplicando la sistemática sobre la que se asientan las reglas sobre la oferta y la aceptación en la Convención.

7. La contraoferta

La declaración de aceptación ha de coincidir en todos y cada uno de sus términos con la oferta para que pueda perfeccionar el contrato (Art. 19.1 CV); se trata de lo que se conoce como regla del espejo (*mirror image rule*), ya que la aceptación debe ser como el reflejo de la oferta en el espejo⁶⁴. Se establece como excepción la posible introducción de

63 Cfr. Perales Viscasillas, **La formación del contrato**, *op. cit.*, p. 597. Puede cuestionarse, dice Díez-Picazo, si el carácter tardío del retraso de que habla el Art. 21º, tiene que ser un retraso no sustancial o no demasiado grande o si puede aplicarse la norma cualquiera que sea la consideración que el retraso merezca. La norma no establece ninguna distinción y resulta muy difícil poderla introducir. Lo decisivo no es tanto la consideración del retraso en sí mismo como la rapidez del oferente en la comunicación de asentimiento. Tampoco entran en consideración las causas que pueden haber originado el retraso, ni imputabilidad o falta de imputabilidad de las mismas al oferente (Comentario al artículo 21º, *op. cit.*, p. 198).

64 Es consecuencia de esta forma de entender las cosas que si el destinatario de la oferta acepta el contrato ofrecido, pero introduce en su comunicación un elemento nuevo o términos que suponen modificación de la propuesta, no hay verdadera aceptación, sino una nueva oferta (contraoferta). Los anglosajones señalan que se produce entonces una inversión y pasa a ser oferente el destinatario de la anterior oferta. Se habla, por ello, de *last shot rule* o «regla de la última palabra», señala Díez-Picazo, **La formación del contrato**, *op. cit.*, p. 24; Id., Comentario al artículo 18º, *op. cit.*, p. 187. Un importante análisis de estas reglas y las críticas que le han formulado puede verse en Durany Pich, «Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto», en **Anuario de derecho civil**, Madrid, 1992, t. XLIV, fasc. III, p. 1083 y ss.

términos en la aceptación que no alteren sustancialmente a la oferta. En este caso, la aceptación valdrá como tal y el contrato comprenderá los términos de la oferta mas aquellos incluidos en la aceptación que no los alteren sustancialmente y siempre que éstos no hayan sido objetados por el oferente sin demora injustificada, bien verbalmente, bien por el envío de una notificación (Art. 19.2 CV). Por el contrario, si el elemento que se introduce en la declaración de aceptación adiciona otros términos, modifica los términos de la oferta o introduce cualquier otro tipo de limitación en la oferta que la altere sustancialmente, entonces el contrato no podrá entenderse perfeccionado, y la respuesta a la oferta se transforma en contraoferta, si reúne desde luego los requisitos que la Convención demanda para considerar a una oferta como completa (Art. 14° CV).

En orden a determinar cuándo un elemento introducido en la aceptación altera sustancialmente a la oferta y, por ende, perfecciona o no el contrato, se proporciona todo un listado de términos. Este listado es un mero ejemplo, como se deriva de la expresión del Art. 19.3 CV «en particular». Además la lista tiene un carácter presuntivo («se considerará»). La lista incluye los siguientes elementos: precio (únicamente las variaciones relativas al monto total del precio ofertado, incluyendo las cláusulas de variación del precio por el incremento en los costos)⁶⁵, pago (modalidades⁶⁶, lugar y tiempo), calidad y cantidad de las merca-

65 Este caso se ejemplifica muy bien con un supuesto real. Una sociedad francesa realiza una oferta de compra de componentes electrónicos indicando «al precio previamente indicado por el proveedor que se revisará en función de los cambios de mercado». Este pedido es confirmado por la destinataria, una sociedad alemana, indicando: «los precios son revisables al alza sobre la base convenida en función del mercado». En este caso, si bien el tribunal no entra a discutir la esencialidad de la modificación, parece entender que no es esencial. Tribunal de Casación de París, 4 enero 1995 (Francia) (PACE) (UNILEX).

66 LG Giessen, 22 diciembre 1992 (6 0 66/92), en apelación OLG Frankfurt am Main, 4 marzo 1994 (Alemania) (PACE) (UNILEX), han entendido que una respuesta a la oferta en que se modifican las modalidades de pago es una contraoferta (se indicaba que el pago había de ser por adelantado o mediante una garantía bancaria). Asimismo una respuesta a un pedido donde se señalaba «pago anticipado» cuando la oferta indicaba expresamente «envío contra reembolso»: OLG Hamm, 21 marzo 1979 (Alemania) (PACE) (UNILEX), enjuiciando un litigio en la LUF.

derías⁶⁷, lugar y fecha de la entrega⁶⁸, grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra⁶⁹, y solución de las controversias. No obstante, es muy posible que el listado se considere por los tribunales en el sentido de que los términos allí mencionados que se añaden a una respuesta a la oferta la alteran sustancialmente en cualquier caso y viceversa, especialmente, en el segundo caso, cuando la oferta nada dice. En caso contrario, parece que la alteración se considerará sustancial. Por ejemplo, se ha señalado que es una variación sustancial el rechazo del embalaje de beicon en «bolsas de polietileno» mediante el contra ofrecimiento de un método de embalaje «a granel»⁷⁰. La interpretación de que se considere como sustancial ha de hacerse con carácter restringido con el objeto de facilitar una regla de interpretación clara⁷¹.

La lista que se ofrece contiene elementos de carácter sustantivo que se refieren a los derechos y obligaciones que surgen del contrato de compraventa, lo que elimina de la consideración de elementos sustanciales, en primer lugar, a la iniciativa del destinatario de la oferta por volver a las negociaciones⁷² y, en segundo lugar, a los pequeños cam-

67 Si la oferta indica que la calidad del cristal ha de ser «Fiolax», mientras que el destinatario de la oferta responde que la calidad ha de ser «Duran», entonces el contrato no puede entenderse perfeccionado, ya que es una modificación sustancial (Art. 19.3): OLG Frankfurt am Main, 31 marzo 1995 (25 U 185/94) (Alemania), que se aparta de lo sostenido en instancia (LG Kassel, 14 julio 1994 (11 O 4279/93) (Alemania).

68 Una respuesta a la oferta de modificación del contrato que indique (entrega entre el 1º de julio y el 15 de agosto), cuando la oferta indicaba (entrega julio, agosto, septiembre o octubre) es una contraoferta, ya que se modifican los plazos de entrega de las mercancías (OLG München, 8 febrero 1995 (Alemania) (PACE) (UNILEX).

69 LG Baden-Baden, 14 agosto 1991 (4 O 113/90) (Alemania) ha entendido que una cláusula por la que se indica que se deberá avisar de la falta de conformidad de las mercancías en el plazo de treinta días a contar desde la fecha de la factura no puede considerarse que altere sustancialmente a la oferta; además parece admitirse que las cláusulas previamente redactadas que aparecen impresas se convierten en contenido del contrato.

70 OLG Hamm, 22 septiembre 1992 (Alemania) (PACE) (UNILEX).

71 Algo en lo que está de acuerdo la mayor parte de la doctrina, por todos: Enderlein - Maskow, *International Sales Law*, *op. cit.*, p. 100.

72 Cfr. Durany Pich, Sobre la necesidad de que la aceptación, *op. cit.*, p. 1083; Díez-Picazo, *La formación del contrato*, *op. cit.*, p. 26. Vid. en la jurisprudencia: Pretura Circondariale di Parma, sez. di Fidenza, 24 noviembre 1989 (Italia) (PACE) (UNILEX).

bios de redacción en relación con la oferta que en nada afecten a la aceptación. Por ejemplo, una aceptación en la que se añaden ciertas quejas («acepto porque necesito urgentemente las mercancías»; «de acuerdo, pero esperaba un acuerdo más satisfactorio»); algunas recomendaciones o preguntas («acepto, que el pago sea en billete de 10.000 pesetas»; «acepto, ¿sería posible incluir una cláusula de arbitraje?»); algunas peticiones («que la aceptación se mantenga reservada hasta que se anuncie por ambas partes públicamente»)⁷³. Asimismo, tampoco parece que pueda considerarse como una alteración sustancial el hecho de añadir en la respuesta a la oferta algún término que se entiende parte integrante de la oferta, y como tal entraría a formar parte del contenido contractual como parte del derecho dispositivo aplicable; todo esto, porque se trata de una práctica que es habitual entre las partes o un uso que les vincula, o porque así se deriva de la buena fe (por ejemplo, si se añade en la aceptación «de acuerdo con el estándar de calidad usual».

Por último, una modificación de la oferta que por su tenor beneficie al oferente tampoco debería considerarse sustancial⁷⁴. Sería el caso en que una oferta ha establecido que el pago se realizará a plazos y el destinatario de la oferta responde afirmativamente al tiempo que indica que el pago lo realizará al contado. Tampoco estaremos ante una contraoferta cuando el oferente haya previsto que el destinatario pueda variar o modificar alguno de los elementos de la oferta o, incluso, que pueda elegir alguno de ellos a su conveniencia.

⁷³ Así lo entendió el Tribunal Metropolitano de Budapest, 10 enero 1992 (Hungría) (PACE) (UNILEX) en el caso *Pratt and Whitney v. Malev Hungarian Airlines*, y ello porque dicha petición no puede considerarse como una adición, limitación o modificación.

⁷⁴ Así parece sugerirlo el Oberster Gerichtshof, 20 marzo 1997 (Austria) (2 Ob 58/97m), que si bien envía la cuestión a la determinación por parte del tribunal inferior, declaró que las alteraciones que se efectuaban únicamente en favor de la otra parte no requerían una aceptación expresa. En el caso concreto, la oferta del comprador ruso indicaba 10.000 toneladas +/-10% de monoamoniofosfato (MAF) con la especificación "P 205 52% +/-1%, min 51%. El vendedor aceptó la entrega de 10.000 toneladas +/-5% MAF con la especificación "P 205 52% +/-5%, min 51%.

8. Perfección del contrato: momento y lugar

El momento en el cual el contrato de compraventa internacional de mercaderías se perfecciona en el marco de la Convención de Viena se recoge en la penúltima de las disposiciones dedicadas a la perfección del contrato. Señala el Art. 23° CV que «el contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención»⁷⁵. La versión española, como podemos observar, siguiendo la tradición, utiliza el vocablo «perfección», a diferencia de las versiones inglesa y francesa que hablan de conclusión «*is concluded, est conclu*».

La disposición más importante que se relaciona con la citada norma es el Art. 18.2, que se encarga de establecer la regla general acerca del momento de perfección del contrato en la CV. Dice este artículo que «la aceptación de la oferta surtirá efecto cuando llegue al oferente», bien en el plazo por él fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable⁷⁶; cuestión que el Art. 24° CV se encarga de aclarar a efectos interpretativos, acogiendo para ello la teoría del conocimiento para las declaraciones realizadas de forma oral y la teoría de la recepción para las declaraciones escritas. Así, pues, el sistema general del cual parte la Convención es el de indicar que las declaraciones de voluntad y en general cualquier manifestación de intención se tornan perfectas en el

75 La presencia de esta norma en la CV ha dividido a los comentaristas: para unos, el contenido de este precepto no era absolutamente necesario porque se encuentra sobrentendido en los artículos anteriores (Díez- Picazo, Comentario al artículo 23°, *op. cit.*, p. 201), para otros, en cambio, determinar este momento es importante puesto que otros artículos de la Convención se refieren a él (Adame Goddard, el contrato, *op. cit.*, p. 114).

76 Por un plazo razonable para aceptar parece que habrá de entenderse, al menos, el tiempo de viaje de la oferta, el tiempo necesario para reflexionar acerca del contrato que se ofrece, así como el tiempo necesario para que la declaración de aceptación llegue al oferente. En cualquier caso, el artículo 18.2 somete a este plazo razonable a la guía de interpretación que marcan las circunstancias de la transacción y la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Entre las circunstancias que rodean a la transacción, que habrán de tenerse en cuenta, de cara a calibrar el plazo de aceptación, están la naturaleza de las mercancías: sometidas a un rápido deterioro físico (mercancías perecederas) o económico (mercancías sometidas a rápidas fluctuaciones en el precio); el cumplimiento de ciertas exigencias de tipo administrativo (licencias de exportación o importación).

momento de su llegada, esto es, cuando son recibidas (entregadas) o conocidas (comunicadas verbalmente), y no cuando son declaradas o emitidas. El uso del término «llega» empleado por la Convención (*reaches* en la versión oficial en inglés) se corresponde en el UCC norteamericano con la definición de *receives* (UCC 1-201), con lo que se conoce en el sistema alemán como *zugehen*, y, en general, con lo que nosotros llamamos teoría de la recepción por lo que respecta a las declaraciones escritas y teoría del conocimiento para las declaraciones orales. La perfección del contrato, sin embargo, puede truncarse si el aceptante retira su aceptación antes de que surta efecto o en ese momento (Art. 22° CV). Se evidencia que, al igual que sucede con la retirada de la oferta, ello sólo es posible cuando la declaración de aceptación se ha enviado por correo o telégrafo.

Es posible, igualmente, que el contrato se perfeccione, no obstante que la aceptación llegue fuera del plazo legal o contractual. Se trata de aceptaciones tardías que se regulan en el Art. 21° CV. Existen a estos efectos dos posibles situaciones: a) una aceptación que llega tarde por culpa del destinatario de la oferta – es decir, se presume que el retraso ha sido causado por el destinatario de la oferta, bien porque envía la aceptación fuera de plazo o sin tener en cuenta el tiempo necesario para que llegue al oferente – (Art. 21.1); y b) una aceptación que llega tarde por causa de alguna irregularidad conectada al medio de transmisión, por ejemplo porque existe una huelga de los empleados de correos (Art. 21.2). En el primer caso, la aceptación no puede perfeccionar el contrato; no obstante, el oferente puede informar oralmente al destinatario o enviarle una comunicación validando la aceptación, por lo que el contrato se entiende perfeccionado desde ese momento⁷⁷. En el segundo caso, la presunción es la contraria a la establecida para la situación anterior y por ello se considera que la aceptación es capaz de perfeccionar el contrato, pero se faculta al oferente a que declare que el mismo no se perfecciona, en cuyo caso, ha de informar de su intención al destinatario de la oferta, sin demora, verbalmente o por escrito. Si el oferente no se comunica con el destinatario, entonces el contrato se perfecciona con la llegada de la aceptación; nótese, no obstante, que en la práctica se extiende hasta el tiempo límite de que dispone el

⁷⁷ En contra, el comentario de la Secretaría, § 3 y buena parte de la doctrina. Por todos, Díez-Picazo, *La formación del contrato*, *op. cit.*, p. 30.

oferente, un plazo que se cualifica por la expresión «sin demora» para informar al aceptante de la caducidad de la oferta.

Se advertirá que cuando el oferente ha fijado un plazo para aceptar la oferta, el destinatario ha de aceptarla dentro de ese plazo. Algún problema se presenta en los casos en que el oferente no especifica el término inicial (*dies a quo*) ni el final del cómputo del plazo para aceptar, por ejemplo, que únicamente haya indicado que la oferta puede aceptarse en un mes. En estos casos, la Convención establece que cuando el plazo de aceptación se ha fijado en una carta o en un telegrama, el cómputo del mismo comienza desde el momento de la entrega (en el caso del telegrama) o desde el momento que figure en la carta o, en su defecto, desde la fecha que figure en el sobre (en el caso de correspondencia postal). Si se trata de medios de comunicación instantáneos, entonces el plazo comienza desde que la oferta llega al destinatario (Art. 20.1 CV). Además, en el cómputo se incluyen los días feriados oficiales o no laborables, pero si la aceptación no puede ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente (Art. 20.2 CV). Por último, vale indicar que estas normas relativas al cómputo del plazo de aceptación pueden ser útiles para aplicarlas analógicamente a cualquier plazo establecido en la parte III de la Convención, cuyo cómputo no se haya establecido.

En cuanto al lugar de perfección del contrato, la Convención no contiene ninguna norma ni ningún principio general que permita determinar ese lugar. Esto nos lleva a señalar que, de conformidad con el Art. 7.2. CV habrá de acudir al derecho interno no uniforme que resulte aplicable⁷⁸. Por ejemplo, si resulta aplicable el español (Art. 1262° c.c.) o el peruano (Art. 1373° c.c.), el lugar de perfección del contrato vendrá determinado por el lugar en que se hizo la oferta.

78 Así lo indica, además, la historia legislativa. Cfr. Perales Viscasillas, **La formación del contrato**, *op. cit.*, p. 265; Farnsworth, «*Time of conclusion of contract*», en Bianca - Bonell (coord.), *Commentary, op. cit.*, p. 200 y ss.; Fernández de la Gándara - Calvo Caravaca, «El contrato de compraventa internacional de mercancías», en Fernández de la Gándara - Calvo Caravaca (dir.), **Contratos internacionales**, Madrid, 1997, p. 215.

9. Formación del contrato a través de representantes

Es habitual que en el comercio internacional, compradores y vendedores no negocien por sí mismos el contrato sino que lo hagan a través de terceras personas: agente, representante o, en general, cualquier tercero que se halle vinculado a alguna de las partes. Terceros que, además, pueden desempeñar algún papel durante la fase de ejecución del contrato, por ejemplo, porque se les comisiona para cobrar el importe del precio del contrato de compraventa. La Convención presupone que el proceso negociador se lleva a cabo directamente entre las partes contratantes; no obstante, el cumplimiento de la necesidad de llegada de cualquier indicación de asentimiento puede producirse mediante la entrega y recepción de la comunicación por terceras personas distintas del oferente y del aceptante. Si ello es así, es importante que la parte que se comunica con ese tercero se asegure de que la comunicación le llega personalmente a su contraparte.

Una ilustración de los problemas que pueden surgir nos la ofrecen los tribunales alemanes, donde en relación con la noticia que el comprador ha de enviar al vendedor por la falta de conformidad de las mercaderías (Art. 39.1 CV), se ha entendido que cuando dicha noticia no se da personalmente al vendedor sino a un empleado del vendedor por teléfono, el cual no estaba autorizado a recibir comunicaciones, pero que aseguró que haría llegar el mensaje al vendedor, lo cual aparentemente nunca sucedió, el comprador ha de asegurarse de que el vendedor la reciba personalmente⁷⁹.

Ha de tratarse en todo caso de un representante autorizado⁸⁰. La suficiencia del poder de representación habrá de resolverse conforme al

79 LG Bochum, 24 enero 1996 (Alemania) (PACE) (UNILEX).

80 Lo reconoce de esta forma el comentario de la Secretaría al actual artículo 24º CV, § 6, que añade, además, que las cuestiones acerca de cuáles son las personas que pueden estar habilitadas para representar al destinatario deben resolverse de conformidad con la ley nacional aplicable. El LG Kassel, 15 febrero 1996 (Alemania) (PACE) (UNILEX) ha tenido la ocasión de resolver un litigio entre un vendedor italiano y un comprador alemán que concluyeron un contrato de compraventa de baldosas de mármol, que habían de ser fabricadas por el vendedor de acuerdo con las especificaciones proporcionadas por el comprador. El comprador se negó a pagar el precio alegando que había notificado por teléfono la falta de conformidad de las mercaderías al mediador (tercero independiente) que actuó durante la formación del

derecho nacional no uniforme que resulte aplicable al tratarse de una cuestión de validez que el Art. 4º CV reenvía para su enjuiciamiento al mismo⁸¹.

10. Modificación del contrato

La Convención mediante el Art. 29º regula expresamente la modificación del contrato. De entrada, la regla del Art. 29.1 CV establece que «el contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes». Mediante esta norma se acercan los dos grandes bloques de sistemas jurídicos, el *civil law* y el *common law*, privando de virtualidad a la *consideration* como elemento imprescindible para que se pudiese producir la modificación del contrato⁸². En los ordenamientos pertenecientes al sistema del *civil law*, la modificación de los contratos de compraventa no ofrece ningún problema, pues éstos son negocios en los que basta para su modificación o extinción el mero consentimiento

contrato. No obstante, el vendedor nunca recibió dichas quejas. El tribunal indicó que la comunicación de la falta de conformidad al tercero mediador que no tiene relación alguna con el vendedor no puede considerarse como «medios adecuados a las circunstancias» (Art. 27º CV), por lo que el comprador tiene que soportar el riesgo de no haber comunicado al vendedor la falta de conformidad de las mercancías.

81 Así lo ha entendido recientemente el Kammergericht Berlin, 24 enero 1994 (Alemania) (PACE) (UNILEX). Asimismo la doctrina, Neumayer - Ming, *Convention de vienne*, op. cit., p. 200; Bydlinski, *Das allgemeine*, op. cit., p. 64; Id., «Der Vertragsschluss nach der Wiener UN-Kaufrechtskonvention in Komparativer Betrachtung», en *Archivum iuridicum Cracoviense*, 1985, vol. XVIII, p. 143 y ss. Díez-Picazo, por su parte, indica que se aplican las reglas generales de los contratos cuando la persona que haya emitido la oferta sea un representante legal o voluntario, un apoderado, un agente o el órgano de una persona jurídica. Además señala a continuación que compete al aceptante reclamar un examen de los poderes, aunque, según los casos, podrá funcionar un apoderamiento derivado de hechos concluyentes (**La formación del contrato**, op. cit., p. 11).

82 El Art. 29.1, señala Cabanillas, tiene por objeto principal descartar la exigencia de la *consideration*, vigente en el sistema del *common law*, en el que se requiere que la alteración no perturbe el equilibrio contractual, tal como éste se presenta en el momento de la celebración del contrato. Un acuerdo no puede implicar, sin contrapartida, un agravamiento de las obligaciones de una sola de las partes (Comentario al artículo 29º, en Díez-Picazo (dir.), *La compraventa internacional*, op. cit., p. 235).

de los contratantes sin necesidad de que se observe, en principio, requisito formal alguno.

Basta, pues, en el ámbito de la Convención, el mero acuerdo de las partes contratantes (verbal, por escrito, por actos o, incluso, por el silencio o inacción) para que la modificación (la variación de alguno de los términos del contrato previamente acordado) o la extinción (la total terminación de la relación contractual que liga a la partes del contrato) se produzcan⁸³. A los efectos aplicativos de esta disposición es indiferente que una de las partes obtenga una ventaja sobre la otra, por ejemplo, que se incremente el precio sin modificar la cantidad y al contrario⁸⁴.

83 Siempre teniendo en cuenta que existan factores suficientes que puedan otorgar el valor de aceptación al silencio o inacción del destinatario de la oferta, como se confirma, además, por la jurisprudencia: *Handelsgericht des Kantons Zürich*, 10 julio 1996 (Suiza) (HG 940513). En principio, el silencio de la otra parte contratante no equivale a un acuerdo sobre las modificaciones realizadas en el contrato, apunta Cabanillas, Comentario al artículo 29º, *op. cit.*, p. 235.

84 Precisamente una «pretendida» modificación del precio del contrato que significaba una reducción del precio sin la correlativa disminución de la cantidad, era el supuesto de hecho discutido por la *Cour d'appel de Grenoble (Chambre Commerciale)*, 29 marzo 1995 (PACE) (UNILEX). El litigio envuelve a la Cámara Agraria Provincial de Guipuzcoa, como compradora, y a André Margaron como vendedor. La Cámara compró 10.000 toneladas de maíz para uso alimentario de animales a finales de 1991. Resultó que el vendedor entregó las mercancías, pero la Cámara no pagó el precio, por lo que el primero le demandó ante los tribunales franceses. En primera instancia, la Cámara fue condenada a pagar el precio pero no los intereses. En apelación, la Cámara alegó que el precio del contrato de compraventa había sido modificado por acuerdo de las partes en una reunión celebrada en Navarra el 25 (o 26) de septiembre de 1991 y que si bien el precio inicial era de 0,16 francos franceses por kilo, se acordó un precio de 0,14. A estos efectos la Cámara presentó dos testigos, un agricultor y un veterinario, que atestiguan que el precio acordado era el que el comprador indica. El tribunal entiende que si bien la Convención permite la modificación del contrato, que en este caso todo apunta a que dicha modificación no se ha producido. Que además la modificación de un precio de venta no puede resultar de un ambiente general de una reunión; que el vendedor envió las facturas con posterioridad a la reunión sin que el comprador se quejase por el precio y, por último, que cuando el vendedor reclamó el pago, tampoco el comprador respondió. En definitiva condena al comprador al pago del precio reclamado por el vendedor y al pago de los intereses que, en opinión del tribunal, se computan desde el día en que las facturas debieron haber sido pagadas.

El Art. 29° CV, al indicar que «el contrato podrá modificarse o extinguirse» engloba en su texto tanto a la mera variación de alguno de los términos del contrato sin que la misma implique una extinción total del mismo, sino solo una modificación en su contenido (novación modificativa), y a la total extinción del contrato, independientemente de si ésta es seguida por una nueva obligación (novación extintiva) o no⁸⁵. En el caso de la novación extintiva seguida de una nueva obligación, si se produce el cambio de objeto y éste queda excluido de la Convención, ésta no podrá aplicarse a la nueva obligación⁸⁶.

Es posible que las partes acuerden que sólo valdrá una modificación o extinción escrita de los términos del contrato o del contrato mismo, por lo que cualquier modificación oral se considerará carente de valor (Art. 29.2 CV). Se trata, en consecuencia, de hacer inoperante (con el

85 En cuanto a las consecuencias de esa extinción, creemos que se pueden aplicar analógicamente los artículos 81° *et seq* de la Convención. Asimismo, sobre la base de entender aplicables los principios generales de la Convención, Schlechtriem, en Caemmerer, von - Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, München, 1990, §4, p. 255. El laudo de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, ICC) 7331/94 (PACE) (UNILEX), ha indicado que lo que hemos caracterizado aquí como novación extintiva no se regula por la Convención de Viena de 1980 sino por el derecho nacional que resulte aplicable. Y así indica tras transcribir el Art. 29° CV que: «*To be distinguished from a mere amendment to a prior contract is the doctrine of novation. Under the laws of all three national jurisdictions which the tribunal deems potentially relevant (France, Italy and Yugoslavia), novation cannot be presumed and requires the proof by the party alleging the existence of a novation that the original parties to the contract shared an animus novandi*». Vid. el texto en *Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la CCI*, noviembre, 1995, vol. 6, núm. 2, p. 73 y ss.; también publicada y comentada por Hascher, en *Journal du droit international*, 1995, núm. 4, p. 1001 y ss..

86 Por ello resulta muy acertada la decisión del LG Aachen, 14 mayo 1993 (Alemania) (PACE) (UNILEX), que ha aplicado las normas de la Convención relativas a los derechos que asisten al vendedor por incumplimiento del comprador y ello aun cuando las partes tras un primer incumplimiento del contrato acordaron (*settlement agreement*) que el vendedor renunciaría a cualquier acción contra el comprador si éste aceptaba las mercancías y pagaba parte del precio en una determinada fecha; pasado este término, y ante el segundo incumplimiento del comprador, el vendedor demandó sus derechos y acciones bajo la Convención en función del acuerdo original. El tribunal indicó que el comprador había incumplido sus obligaciones y aplicó las reglas de la Convención (por tanto, insinuando la aplicación al segundo acuerdo, lo que se reafirma al indicar que la Convención no se ocupa de la validez del mismo).

límite representado por la doctrina de los propios actos) cualquier modificación del contrato que no se haya realizado por escrito, si el contrato incluye una estipulación que exija su modificación por ese medio. Se reconoce, pues, la facultad de las partes contratantes para disciplinar sus relaciones de obligatoriedad en la forma que estimen más conveniente. No obstante este reconocimiento, el legislador uniforme no parece ajeno a la realidad en la que se mueve la práctica comercial internacional, donde no es del todo infrecuente que, a pesar de la existencia de una cláusula de ese tipo, se produzcan modificaciones del contrato verbalmente o mediante actuaciones de las partes contratantes. Por ello, pese a la existencia de una cláusula exigiendo la modificación por escrito – cláusulas que en el *common law* reciben el nombre de *No Oral Modification clauses* (NOM clauses)⁸⁷ –, serán eficaces las modificaciones realizadas mediante actuaciones concluyentes en la medida en que una parte haya confiado en la actuación realizada por la otra⁸⁸.

Una cierta ayuda a la hora de determinar esa actuación y esa confianza (*reliance*) es proporcionada por los arts. 8º y 16.2.b) CV, que acoge el principio de que nadie puede ir en contra sus propios actos. Esta inadmisibilidad, se ha dicho, constituye técnicamente un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, derivado del principio de la buena fe, y particularmente de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente⁸⁹.

87 «Ninguna modificación ni adición al presente Contrato se considerará válida a menos que la misma se realice por escrito y sea firmada por los representantes autorizados de ambas partes». Esta NOM clause corresponde al litigio *Graves Import Co. Ltd. and Italian Trading Company v. Chilewich Int'l Corp.*, (PACE) (UNILEX); 1994 WESTLAW 519996 (S.D.N.Y.); 1994 U.S. Dist. LEXIS 13393.

88 Reconocen varios comentaristas problemas en torno a qué actuaciones serán suficientes: Hilman, «Article 29 (2) of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A New Effort at Clarifying the Legal Effect of "No Oral Modification" Clauses», en *Cornell international law journal*, New York, 1988, núm. 21, p. 459; Herber - Czerwenka, «Internationales Kaufrecht», *op. cit.*, p. 142; Date-Bah, en Bianca y Bonell, (coord.), *Commentary, op. cit.*, p. 243 y ss. En opinión de este autor, no se especifica el tipo de conducta que determina que la parte contratante no pueda alegar la estipulación que exige que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito. Esto implica que existe una flexibilidad, o vaguedad, que produce un cierto grado de incertidumbre en la aplicación del Art. 29º CV.

89 Así, Díez-Picazo, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, p. 193 y ss.

En suma, la Convención consagra, en el Art. 29.2, el principio de seguridad en el comercio internacional al impedir que una de las partes contratantes vea frustradas sus expectativas a la ejecución del contrato bajo unos determinados términos cuando confió en la modificación operada verbalmente por su contraparte. Expectativas que se concretan en la circunstancia de la realización de alguna actuación o de algún acto que manifiesta una modificación en los términos del contrato escrito (requisito que exige alguna actuación positiva, objetiva y fácilmente constatable) y en la confianza en la modificación operada. Confianza que se basa en una creencia «razonable» en la modificación que debe materializarse en algún tipo de acto o actuación⁹⁰.

11. Responsabilidad precontractual

No existe en la Convención ninguna norma o principio que imponga una responsabilidad contractual a una de las partes como consecuencia de su conducta durante la fase de negociaciones⁹¹. Éste puede decirse que es el punto de vista que ha tenido más aceptación en la doctrina uniforme, que entiende que el rechazo a reglamentar esta cuestión es demostrativo de la voluntad deliberada del legislador uniforme por abandonar la regulación de la responsabilidad precontractual al derecho interno que resulte aplicable⁹².

90 Es interesante destacar la distinta orientación que se sigue en el *ICC Model International Sale Contract (Manufactured Goods Intended for Resale)*, final Draft 17 March 1997 (ICC, Doc. núm. 470-9/16) en las condiciones generales. En concreto el Art. 1.5 indica que cualquier modificación del contrato habrá de acordarse y probarse por escrito. No obstante, se establece como excepción la de que nadie puede ir contra sus propios actos, en una manera muy similar a la formulada por el Art. 29.2 CV.

91 Se rechazó durante la Conferencia Diplomática una propuesta de la antigua República Democrática Alemana de introducir un principio general de responsabilidad precontractual para cubrir aquellos casos en que una de las partes, basándose en la confianza del buen fin de las negociaciones, había gastado sumas considerables antes del abandono de las negociaciones por su contraparte (A/CONF.97/C.1/SR.11, en A/CONF.97/19, p. 317 y ss.).

92 Por todos, Schlechtriem, *Uniform Sales Law. The UN-Conventions on contracts for the international sale of goods*, Vienna, 1986, p. 57.

No obstante, se debe indicar que existen dos disposiciones que sancionan al oferente en dos situaciones muy puntuales y por las cuales se le impide revocar su oferta, bien cuando es irrevocable (Art. 16.2.a) CV) o bien cuando el destinatario confiaba en la irrevocabilidad de esa declaración y ha actuado basándose en ella (Art. 16.2.b) CV). Se trata, pues, de impedir que el oferente revoque cuando no puede hacerlo, bien porque ha concedido a su oferta el carácter de irrevocable, bien porque se han creado ciertas expectativas en el destinatario de la oferta que le hacen realizar algún tipo de actuación en relación a la misma. La *ratio* de estas disposiciones se orienta claramente a impedir, de un lado, al oferente una actuación contraria a la buena fe: revocación de una oferta que en sí misma es irrevocable; y, de otro lado, a proteger las expectativas creadas en el destinatario de la oferta. En ambos casos, el oferente se verá constreñido a la perfección del contrato si el destinatario acepta, lo que no sucede en el resto de las hipótesis de responsabilidad, donde únicamente pueden buscarse pretensiones indemnizatorias y de reparación del daño.

12. Nota conclusiva

Luego de este breve recorrido por la parte II de la Convención de Viena, dedicada a la Formación del Contrato, para muchos la zona neurálgica de la regulación del contrato de compraventa internacional de mercaderías, no nos queda duda que la Convención de Viena es uno de los más finos productos elaborados en una *tavolo di lavoro*, como diría el maestro italiano Messineo, y, además, uno de los más valiosos instrumentos que conforman el derecho uniforme del comercio internacional.

Primavera del 2000

Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena

Víctor Prado Saldarriaga

1. Concepto y función

El ejercicio del *jus puniendi* del Estado se encuentra regulado por diferentes principios que son el resultado de un largo proceso de lucha por la libertad, la democracia y los derechos humanos. Los principios penales de legalidad, lesividad, proporcionalidad y humanidad, entre otros, surgieron en la necesidad de controlar el uso arbitrario y prepotente del control penal por parte del Estado y de sus órganos delegados de poder¹.

Sin embargo, el proceso de configuración y consolidación de límites y garantías contra el poder punitivo del Estado, conoce también un desarrollo formal no menos significativo a través de las llamadas causales de extinción de la acción penal y de la pena. Se trata de un conjunto de circunstancias diferentes de carácter político, legal, natural o privado, que son ajenas al hecho punible, pero que extinguen su posibilidad de persecución (acción penal) o de sanción efectiva (ejecución de la pena). Como afirma Cuello Calón: «Las causas de extinción de la responsabilidad penal son determinadas circunstancias que sobrevienen después de la comisión del delito y anulan la acción penal o la pena. Se diferencian de las causas de exención de responsabilidad penal en que estas son anteriores a la ejecución del delito (como la infancia, la locura), o coetáneas, es decir, surgen en el momento de su realización (v.

1 Cfr. Víctor Prado Saldarriaga. **Todo sobre el Código Penal**. IDEMSA. Tomo I. Lima, 1996, p. 19 y ss.

gr., la legítima defensa), mientras que las causas de extinción de la responsabilidad penal sobrevienen no sólo después de delito sino aún después que la justicia ha comenzado su persecución y, en ciertos casos, con posterioridad a la sentencia condenatoria».² Precizando más tales diferencias Roy Freyre ha sostenido también que: «la diferencia está en que las causas “extintivas” cancelan una responsabilidad penal que se supone ya surgida o que se tuvo por incuestionable; por tanto, miran al pasado. En cambio las causas “eximentes” impiden el nacimiento de una responsabilidad penal; en consecuencia, tienen en perspectiva el futuro».³

Como suele ocurrir en otros ámbitos de la dogmática de las consecuencias jurídicas del delito, la denominación que se otorga a las causales que estamos analizando no es uniforme. Si bien resulta frecuente que se les designe como causales de extinción de la acción penal y de la pena,⁴ también es común detectar que se les denomina causas de extinción de la responsabilidad penal.⁵ Sin embargo, en la doctrina coexisten otras nomenclaturas como la de condiciones de operatividad de la coerción penal que utiliza Zaffaroni.⁶

En el derecho penal peruano se ha optado por la primera de las denominaciones mencionadas. Es así que tanto en el Código Penal de 1924 (Título XV del Libro Primero) como en el de 1991 (Título V del Libro Primero) el legislador nacional se ha referido a la extinción de la acción penal y de la pena. Sólo en el Código Penal de 1863 el legislador no organizó estas causales bajo una denominación común.⁷

Resulta anecdótico recordar la preocupación que mostraba Cornejo en torno a que las causales que analizamos no podían extinguir la acción penal, por lo que su denominación correcta debería ser causales

2 Cfr. Eugenio Cuello Calón. **Derecho Penal**. Editora Nacional. México, 1973, p. 626.

3 Luis Eduardo Roy Freyre. **Causales de extinción de la acción y de la pena**. GRIJLEY. Lima, 1998, p. 21.

4 Cfr. Luis Eduardo Roy Freyre. *Ibid.*

5 Luis Gracia Martín y otros. **Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español**. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1996, p. 317.

6 Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. **Manual de Derecho Penal**. Parte General. EDIAR. Buenos Aires, 1982, p. 560 y ss.

7 Cfr. Luis Eduardo Roy Freyre. *Op. cit.*, p. 15 y 16.

de extinción del delito: «la acción no es susceptible de extinción, y que no puede impedirse su ejercicio aun cuando llegare a faltar el fundamento de la pretensión correlativa. Cuando la ley penal o civil habla de la extinción de la acción, entiende referirse, no a la facultad de pretender un derecho, sino a la relación jurídica objeto de la pretensión; o al delito (si se trata de relación personal) pero no como hecho —que históricamente no puede suprimirse— sino como ente jurídico, según la concepción de Carrara. Esto equivale a decir que lo que propiamente se extingue es la relación de que el delito como ente, es elemento».⁸

Cabe señalar, finalmente, que otros sistemas jurídicos nacionales de nuestro hemisferio se han inclinado también por denominaciones similares a la acordada en nuestra legislación peruana. Así, por ejemplo, el Código Penal argentino se refiere a *Extinción de Acciones y Penas* (Título X del Libro Primero) y el Código Penal colombiano de 1980 *trataba De la Extinción de la Acción y de la Pena* (Capítulo V, del Título IV del Libro Primero). En cambio el Código Penal mejicano adopta el término *Extinción de la Responsabilidad Penal* (Título Quinto del Libro Primero), muy semejante, pese a su diferencia cronológica, al que emplea el Código Penal cubano que alude a *La Extinción de la Responsabilidad Penal* (Título VIII del Libro I).

Ahora bien, según Bustos Ramírez «es mucho más correcto hablar de extinción de la responsabilidad criminal y no de extinción de la responsabilidad penal. Las causas de dicha extinción no están necesariamente vinculadas exclusivamente con el sentido y función de la pena, sino con el sentido y función de la responsabilidad en términos generales, esto es, con el sentido y función del derecho penal. Se trata de dilucidar cuales son los principios que informan el problema de la fundamentación y límites de la intervención penal. Tales principios no son otros que el de la dignidad de la persona, el de los bienes jurídicos y el de la necesidad de la pena».⁹

8 Angel Gustavo Cornejo. **Parte General de Derecho Penal**. Tomo Primero. Librería e Imprenta de Domingo Miranda. Lima, 1936, p. 306.

9 Juan Bustos Ramírez. «La Extinción de la Responsabilidad Criminal», en **Debate Penal**. Año 1. N° 3, 1987, p. 367

2. Clasificación

Generalmente los códigos penales contemporáneos incluyen las mismas causales de extinción de la acción penal y de la pena. En ese contexto se advierte que la legislación concede tal condición a la muerte del imputado o reo, a la amnistía, al indulto, a la prescripción y al perdón del ofendido (Cfr. C.P. argentino, Art. 59°; C.P. colombiano de 1980, arts. 76° a 79°; C.P. ecuatoriano, arts. 96° a 101°).

Bustos Ramírez, sin embargo, considera que desde la teoría de la pena «pareciera que en sentido estricto, esto es, desde los contenidos tradicionales de las teorías de la pena, sólo son causas de extinción de la responsabilidad penal, la muerte del reo y el cumplimiento de la condena».¹⁰

Las causales de extinción pueden clasificarse en razón de varios criterios. La doctrina en este dominio ha planteado varias propuestas que toman en cuenta la efectividad de la causal, su origen o sus alcances.

En relación a su efectividad se diferencia a las causales atendiendo a que ellas proyecten sus efectos únicamente sobre el autor (la muerte del imputado), o que ellos abarquen conjuntamente al autor y a los partícipes del hecho punible (la prescripción).

Luego atendiendo a su origen, las causales se subdividen en aquellas de etiología natural (muerte del imputado), legal (amnistía e indulto) o privada (perdón del ofendido).

Y, finalmente, en torno a sus alcances las causales pueden afectar exclusivamente la persecución del delito (extinguen la acción penal) o su sanción punitiva (extinguen la pena).

Roy Freyre, siguiendo a Maggiore y Núñez, ha sistematizado las causales de extinción de una manera idónea y práctica. Para el apreciado jurista sanmarquino es posible una clasificación a partir de dos indicadores. Primero, según el alcance extintivo del *jus puniendi*. En este ámbito se detectan causales que extinguen la acción penal y la pena como la muerte del reo o la prescripción. Pero también hay causales que sólo extinguen la acción penal como la cosa juzgada o el desistimiento; y causales que únicamente suprimen la pena, caso del indulto o el perdón del ofendido.

¹⁰ Juan Bustos Ramírez. *Ibid.*, p. 365.

El segundo indicador gira en torno a los responsables que comprende la causal extintiva. Aquí se incorporan causales subjetivas o personales que sólo benefician a los autores o partícipes en quienes se cumplen los presupuestos específicos de la causal: la muerte del imputado o la prescripción. Luego se ubican, también, causales subjetivas que alcanzan a todos los responsables sin atender a sus niveles de intervención en el delito, como la amnistía. Y, por último, se incluyen causales mixtas que reúnen aspectos subjetivos y objetivos como la renuncia del titular del interés ofendido.¹¹

3. Las causales de extinción en el código penal de 1991

Siguiendo igual sistemática que su antecesor, el Código Penal vigente trata, por separado, a las causales de extinción de la acción penal (Art. 78°) y a las causales de extinción de la ejecución de la pena (Art. 85°).

3.1 Causales de extinción de la acción penal

Se encuentran reguladas en el artículo 78° del Código Penal. Estas causales extinguen el derecho de persecución penal del Estado y con él la facultad del Ministerio Público de ejercitar ante la autoridad judicial competente la acción penal. Entendida esta última, como propone San Martín Castro, como «un poder-deber de activar la jurisdicción penal, o sea de pedir al órgano jurisdiccional un pronunciamiento concreto sobre una noticia criminal específica, y que, además, se trata de una iniciativa típicamente procesal dirigida a la activación de la función jurisdiccional para la actuación del derecho penal sustantivo».¹²

El legislador nacional ha considerado las siguientes causales de extinción de la acción penal:

- a. La muerte del imputado
- b. La prescripción
- c. La amnistía
- d. El derecho de gracia
- e. La autoridad de cosa juzgada

11 Cfr. Luis Eduardo Roy Freyre. *Op. cit.*, pp. 18-19.

- f. El desistimiento
- g. La transacción

Cabe señalar que las dos últimas causales sólo son aplicables a los delitos perseguibles por ejercicio privado de la acción penal, como los delitos contra el honor (injuria, difamación o calumnia).

3.2 Causales de extinción de la ejecución de la pena

Estas circunstancias suprimen el derecho del Estado de hacer cumplir al condenado la pena que le fue impuesta por una autoridad judicial competente. Sin embargo, alguna de estas causales, como el indulto, operan directamente sobre la ejecución efectiva de la pena, extinguiendo sus períodos regulares de cumplimiento.

Conforme al artículo 85° del Código Penal son causales de extinción de la ejecución de la pena las siguientes:

- a. La muerte del condenado
- b. La amnistía
- c. El indulto
- d. La prescripción
- e. El cumplimiento de la pena
- f. La exención de la pena
- g. El perdón del ofendido

La última de la causales mencionadas tiene también una operatividad condicionada a que la infracción cometida por el sentenciado corresponda a un delito de acción penal privada.

Como se puede apreciar de ambos catálogos, coexisten causales de extinción que poseen una doble función operativa en tanto pueden extinguir la acción como el derecho de ejecución de la pena. En efecto, ello ocurre con la muerte del infractor, con la amnistía y la prescripción.

3.3 Estudio analítico de las causales de extinción

Para un mejor análisis de todas las causales de extinción nos referiremos a partir de la siguiente secuencia metodológica:

Primero revisaremos las causales que afectan tanto a la acción penal como a la ejecución de la pena. En segundo lugar, abordaremos aquellos supuestos que sólo extinguen a la acción penal. Y, en tercer lugar, trataremos de las causas que cancelan únicamente la ejecución de la pena. Aquí también haremos una breve alusión a la naturaleza y función de la rehabilitación.

Finalmente, por su mayor trascendencia práctica, analizaremos de modo individual a la causal de prescripción.

3.3.1 causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena

- a. La muerte del autor o partícipe del delito. Esta causal obedece a una razón natural y jurídica. La acción penal y la pena tienen su realización en una persona. Conforme a nuestra legislación civil se deja de ser persona con el suceso biológico-social de la muerte (Cfr. Artículo 61º del Código Civil). Por lo demás, el contenido de la punibilidad y de la punición se orientan a retribuir un mal a una persona, a la cual se le va a privar o restringir determinados bienes jurídicos. Y desde una perspectiva funcional preventiva, la pena sólo puede promover efectos utilitarios en una persona viva. Como explica Bustos Ramírez «Desde la perspectiva del principio de la dignidad de la persona, el derecho penal aparece con un carácter estrictamente personal e intransferible en su contenido; de ahí que la muerte del reo le signifique al derecho penal la pérdida de su función y sentido. La intervención del Estado más allá de la vida no tiene ninguna legitimación posible».¹²

Resulta relevante la preocupación de Roy Freyre por discutir los efectos de la causal que analizamos ante la llamada muerte clínica y la muerte presunta. Con relación a la primera, estimamos que los efectos funcionales de la pena y el marco legal vigente, permiten, de modo coherente, estimar que ante la declaración de un estado de

12 César San Martín Castro. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I, GRIJLEY. Lima, 1999, p. 217.

13 Juan Bustos Ramírez. *La extinción de la responsabilidad criminal*. *Op. cit.*, p. 367.

muerte clínica, el derecho del Estado para perseguir o hacer cumplir una pena al autor o partícipe de un delito ha dejado también de existir. Por lo demás, se trata de una situación excepcional que, a nuestro modo de ver, no puede apreciarse exclusivamente en su esfera biológica o en el de sus consecuencias estrictamente civiles, como con acierto y atendibles argumentos postula el maestro sanmarquino. La vida es sobre todo interacción social, capacidad de vincularse con terceros y con el entorno, y la muerte clínica evidencia imposibilidad irreversible de todo ello. Cabría preguntarse si un «descerebrado» puede sentir e interpretar una pena. Y en el caso de que se le condene a muerte biológica, nos preguntamos: ¿cuál sería la oportunidad de su ejecución?, o ¿qué sentido funcional cabría reconocer a dicho proceder punitivo?

Distinta, es la situación de la muerte presunta a la que nuevamente Roy Freyre dedica fundamentada reflexión. En este supuesto compartimos plenamente su opinión, en cuanto siendo la muerte presunta una suposición *juris tantum* la extinción de la acción penal y de la pena estará sujeta a la eficacia formal de dicha presunción: «nada impide la decisión de tenerse por extinguida la acción penal o la pena de un reo a quien se declaró muerto presunto con motivo, por ejemplo, de un incendio en un centro carcelario o respecto de quien se tiene noticia de haber sido incinerado en el horno de la panadería del penal».¹⁴

En resumen, pues. desde nuestra posición la muerte biológica, clínica o presunta extinguen la acción o la ejecución de la pena. Ahora bien, no se ha presentado jurisprudencialmente la oportunidad de debatir los casos de muerte clínica o presunta y sus efectos de extinción. La jurisprudencia nacional, sin embargo, exige como medio para acreditar el fallecimiento del imputado o condenado la partida de defunción correspondiente. Es así que en la Ejecutoria Suprema del 16 de setiembre de 1991, recaída en la causa N° 160-91 y originaria del Distrito judicial de Huánuco se declaró que «si se ha acreditado con partida de defunción, instrumento público pertinente, la muerte del procesado, resulta procedente declarar la extinción de la acción penal conforme a lo establecido en el inciso 1 del artículo 78° del Código Penal». Entendemos que en el caso de la

14 Luis Eduardo Roy Freyre. *Op. cit.*, p. 45.

muerte clínica el documento pertinente para acreditarla será la declaración médica de dicho estado. Luego en la Ejecutoria Suprema del 13 de enero de 1992, emitida en el proceso N° 1271-92 y procedente de Lima, se sostiene también que «Habiéndose acreditado que el procesado, condenado en primera instancia, falleció durante la tramitación en segunda instancia de un recurso impugnatorio, cabe anular la condena que le fue impuesta y declarar extinguida, por muerte del imputado, la acción penal incoada».

- b. La amnistía. Es una causal de origen político. Surge de las decisiones que adopta el Estado frente al tratamiento de determinados delitos, para los cuales estima innecesario mantener la punibilidad o la punición. Por consiguiente es, en esencia, una causal de aplicación coyuntural. Según Bustos Ramírez: «Estimamos que la amnistía y el indulto solo pueden basarse en la necesidad de la pena [...]». En relación a la amnistía, las precisiones sobre la necesidad de la pena requieren de una diferenciación según se trate de determinados delitos cometidos con ocasión de una guerra, o bien de delitos comunes. Para los primeros, la innecesariedad surge fundamentalmente de la idea de la reconciliación social y política. Su persecución o la aplicación de la pena significarían una perturbación de la paz social, y de la vigencia del ordenamiento jurídico, lo cual entraría en contradicción con el sentido y función del derecho penal. Por tanto, y en atención a la fundamentación de la amnistía, ésta se extiende a la acción penal y a la pena. En cambio, en relación a los delitos comunes, la innecesariedad de la pena sólo puede estar vinculada con transformaciones profundas de la economía y de la sociedad. La alteración de las condiciones que hicieron surgir determinados hechos delictivos deja sin sentido el mantenimiento de la pena. En este sentido la amnistía se convierte en la anticipación de una reforma de derogación de dichos tipos penales. En otros casos no se podría aplicar la amnistía respecto de los delitos comunes y habría que recurrir a la vía del indulto».¹⁵

La amnistía en nuestra legislación se encuentra regulada por el artículo 89° del Código Penal que señala que ella «elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio res-

15 Juan Bustos Ramírez. *La extinción de la responsabilidad criminal*. *Op. cit.*, pp. 368-369.

pecto a él». Ella, pues, demanda la promulgación de una ley ordinaria. Esto es, conforme al artículo 102°, inciso 6° de la Constitución de 1993 es atribución exclusiva del Congreso «ejercer el derecho de amnistía».

La historia de la amnistía en el Perú ha estado ligada a los avatares de la persecución política o al interés de excluir la punibilidad y punición de delitos cometidos por las agencias de seguridad durante la etapa de violencia que vivió el país entre 1980 y 1995. La última amnistía fue promulgada con la Ley N° 26479 del 14 de junio de 1995. Ella repercutió fundamentalmente en la condena a efectivos militares por los graves sucesos de la Cantuta.¹⁶ Y su aplicación constituyó una de las más flagrantes interferencias del Poder Legislativo en las competencias exclusivas de la administración de justicia.

Ahora bien, en torno a la efectividad y alcances de la amnistía resultan pertinentes las observaciones que formula Roy Freyre: «a) La ley amnistiante debe identificar los hechos delictivos que beneficia mediante la mención de los numerales que los tipifican.

- b) La amnistía únicamente aprovecha a los infractores cuyas conductas están comprendidas en el tiempo que precisa la ley.
- c) La ley de amnistía comprende a los delitos consumados, no existiendo inconvenientes para que abarque a los continuados y permanentes, siempre que la continuidad o permanencia cesen en el plazo que la norma conceda para este efecto.
- d) Si la autoridad encargada de aplicar la ley de amnistía no lo hace con la debida celeridad, o si se niega a hacerle partícipe de su beneficio a quien se cree con tal derecho, entonces procede la acción de hábeas corpus (Art. 12°, Inciso 16, de la Ley N° 23506).
- e) La Comisión Permanente del Congreso sólo podrá amnistiar en caso que se delegue dicha facultad».¹⁷

3.3.2. Causales de extinción de la acción penal

- a) **El derecho de gracia.** Esta causal es novedosa en nuestra legislación penal. Sus antecedentes los encontramos en la debatida regulación

16 Cfr. Víctor Cubas Villanueva. *La Cantuta. Crónica de la Investigación Fiscal*. Palestra Editores. Lima, 1998, p. 244 y ss.

17 Luis Eduardo Roy Freyre. *Op. cit.*, p. 174 y 175.

del «indulto de procesados» que tuvo lugar a través del Decreto Supremo N° 017-90-JUS del 02 de octubre de 1990.

Su fundamento está referido a la necesidad de un juzgamiento que resuelva la situación jurídica del imputado en un tiempo razonable. Sin embargo, lo equívoco de su naturaleza jurídica, así como lo poco ideográfico de su denominación, han generado un justificado desconcierto en la doctrina, al extremo que Roy Freyre le niega la condición de «institución del Derecho», y la asimila a una atípica *praxis* de corte de secuela del proceso que se aplicó durante el régimen militar de la década de los años setenta.¹⁸

Conforme al artículo 118° de la Constitución de 1993, inciso 21, es atribución del Presidente de la República «[...] Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más un ampliatorio». Justamente, la exigencia de un plazo de duración exagerado en la investigación judicial del delito, y que opera como presupuesto de su concesión, es lo que diferencia esta causal de la controvertida corte de secuela del proceso.

Por otro lado, su efecto cancelatorio de la acción penal incoada diferencia al derecho de gracia de las previsiones del artículo 137° del Código Procesal Penal que alude a una excarcelación por el tiempo de detención acumulado. Esta disposición adjetiva sólo posibilita que el imputado sometido a una medida cautelar de detención, pueda cambiar dicha medida por una comparecencia, cuando se han vencido en exceso los plazos ordinarios de la instrucción.¹⁹

La operatividad de este derecho de gracia está, pues, condicionada a la decisión del Presidente de la República. El cual decide al respecto, luego de evaluar los informes que formulan Comisiones Especiales como la creada por la Ley N° 26239 del 27 de junio de 1994.

- c. **La autoridad de la cosa juzgada.** El artículo 90° del Código Penal declara que «Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente». De esta manera el legislador nacional ha regulado la garantía procesal del *ne bis in idem*. La cual, nos vincula con la autoridad de la cosa juzgada.

18 Luis Eduardo Roy Freyre. *Ibid.*, p. 230 y ss.

19 Cfr. César San Martín Castro. **Derecho Procesal Penal**. Volumen II. *Op. cit.*, pp. 908-909.

Ahora bien, en el inciso 3 *ab initio* del artículo 139° de la Constitución de 1993, y que trata de los principios y derechos de la función jurisdiccional, expresamente se prohíbe «revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada». La doctrina nacional se ha preguntado si tiene igual contenido semántico la expresión «cosa juzgada» que la de «autoridad de la cosa juzgada».

Roy Freyre, siguiendo a Manzini, ha señalado que entre ambas expresiones cabe establecer ligeras diferencias conceptuales. Así la cosa juzgada sería «la esencia de la decisión conclusiva del juicio contenida en una providencia jurisdiccional con carácter de sentencia de absolución o de condena constituida en irrevocable». En cambio, la autoridad de la cosa juzgada sería un efecto, «la fuerza reconocida por la ley a la decisión del juez para regular jurídicamente en forma de relativa inmutabilidad (esto es, fuera de las hipótesis de mutabilidad expresamente previstas por la ley) el caso decidido, de manera que se imponga positivamente con eficacia coercitiva, o sea ejecutiva (llamada *actio iudict*), y negativamente con eficacia prohibitiva, o sea como preclusión que prohíbe la repetición total o parcial del juicio sobre el mismo objeto (*exceptio rei iudicati*)».²⁰

Por su parte San Martín Castro, se limita a definir que «la cosa juzgada es un efecto procesal de la sentencia firme, que por elementales razones de seguridad jurídica, impide que lo que en ella se ha resuelto sea atacado dentro del mismo proceso (cosa juzgada formal) o en otro diferente (cosa juzgada material). En este último aspecto el efecto de la cosa juzgada material se manifiesta fuera del proceso penal, y hacia el futuro, impidiendo la existencia de un ulterior enjuiciamiento sobre los mismos hechos».²¹

En consecuencia, pues, la autoridad de cosa juzgada extingue la acción penal incoada en tanto permite advertir que sobre el mismo hecho histórico y su autor se ha emitido ya una sentencia judicial firme. Ahora bien, para que la autoridad de la cosa juzgada ejerza su efecto extintivo, debe evaluarse, previamente, la presencia real de un juzgamiento anterior y en el cual se aprecia una situación de doble identidad con los hechos que se han denunciado y son base del nuevo juicio.

20 Luis Eduardo Roy Freyre. *Op. cit.*, p. 187.

21 César San Martín Castro. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. *Op. cit.*, p. 276.

Ahora bien, sólo puede afirmarse la presencia de cosa juzgada si concurren los siguientes requisitos:

- a) Identidad del agente o unidad del sujeto imputado en el proceso precedente y en el actual. A ello se denomina límite subjetivo de la cosa juzgada.
- b) Identidad del hecho denunciado o unidad del hecho punible en el proceso precedente y con el actual. Este límite objetivo de la cosa juzgada, sin embargo, no implica exigir una identidad en la tipicidad asignada al mismo hecho en ambos procesos. Lo importante es verificar que el hecho ya juzgado sea el mismo que aquél que ahora es sometido a proceso.

En la *praxis* judicial se han planteado algunas distorsiones, sobre todo en atención a la tipificación distinta que a determinados delitos se asigna en el derecho penal militar. Es así que las lesiones ocasionadas por un efectivo militar o policial en acto relacionado a su función y que implica un abuso de autoridad en el Código de Justicia Militar (Cfr. Art. 81° Inc. 7 del C.J.M.), no suele admitirse como idéntico al que en el fuero común se aprecia como un delito de lesiones. De esta manera, pues, se privilegia, equivocadamente, la identidad del tipo penal, en desmedro de la exigencia material de identidad del hecho realizado. Frente a esta constatación resulta pertinente la aclaración que formula Roy Freyre al exigir «que el contenido de la *notitia criminis* narrada en la nueva denuncia debe ser sustancialmente la misma respecto a los hechos expuestos en la sentencia irrecurrible, careciendo de importancia para desvirtuar esta identidad si es que posteriormente se le aderezó con nuevas circunstancias. En el mismo sentido, tampoco la asignación de un diferente *nomen juris* enerva el requisito *eadem res*, puesto que un cambio en la designación o identificación jurídica del acontecimiento humano, sin una correspondiente mutación no maliciosa de los hechos, es insuficiente para lograr una nueva acción penal, una nueva sentencia».²²

La Corte Suprema, por lo demás, ha reconocido la autoridad de la cosa juzgada aún cuando los procesos se han ventilado ante fueros diferentes. Así, por ejemplo, la Ejecutoria Suprema del 25 de octubre de 1996 resolvió que «en cuanto al encausado Esteban Durand

22 Luis Eduardo Roy Freyre. *Op. cit.*, p. 200.

- Tenorio, los hechos materia del juzgamiento son los mismos que han sido conocidos por la zona judicial de la Policía, habiendo recaído en éstos la sentencia de fecha veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, conforme aparece a fojas mil setecientos catorce, la misma que ha sido confirmada por Resolución del Consejo Superior de fojas mil setecientos dieciséis, fechada el primero de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, que ordenó el archivo definitivo de los autos, por resolución de fojas mil setecientos diecisiete, por lo que resulta procedente declarar fundada la excepción de cosa juzgada deducida por el mencionado Esteban Durand Tenorio [...].
- c. Desistimiento y transacción. El Código Penal incluye también causales de extinción que se vinculan con una declaración de voluntad del afectado por el delito, de no incoar o mantener la acción penal, cuando ésta es de ejercicio privado. Estas causales son el desistimiento y la transacción.

Con relación al desistimiento destaca Soler que «consiste en una manifestación de voluntad, por la cual se desiste (el agraviado) de la acción entablada o a entablarse».²³ Por su parte Peña Cabrera estima que «Si la parte agraviada decide no continuar con el proceso surge la causal de extinción de responsabilidad penal. El ofendido renuncia a la facultad que le otorga el derecho».²⁴

La transacción gira en cambio sobre un acuerdo bilateral de voluntades entre la víctima y el autor del delito para concluir, bajo ciertas condiciones, el proceso incoado contra el segundo. Es, pues, un acuerdo conciliatorio entre agraviado y ofensor. Conforme lo definen Bramont Arias y Bramont-Arias Torres se trata de un «convenio por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo, cada una alguna cosa ponen término a un proceso que ha comenzado. Se trata de una verdadera “composición”, cuyo significado jurídico fue el “transigir” en el primitivo Derecho penal».²⁵

23 Sebastián Soler. *Derecho Penal Argentino*. Tomo II. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires, 1956, p. 515.

24 Raúl Peña Cabrera. *Tratado de Derecho Penal*. Estudio Programático de la Parte General. Segunda Edición. GRIJLEY. Lima, 1995, p. 575.

25 Luis A. Bramont Arias y Luis A. Bramont-Arias Torres. *Código Penal anotado*. Tercera Edición. Editorial San Marcos. Lima, 2000, p. 300.

Ahora bien, en la actualidad el espacio disponible para la operatividad de ambas causales de extinción es muy reducido. En efecto, nuestra legislación vigente ofrece un catálogo muy escaso de delitos sujetos al ejercicio privado de la acción penal. Entendiendo a ésta como la persecución del delito por querella directa del agraviado ante la autoridad judicial y sin intervención del Ministerio Público.²⁶ Se trata, pues, del ámbito siempre limitado de los «delitos exceptuados». Concretamente sólo encontramos esa posibilidad en los delitos de lesiones culposas leves (Art. 124° *ab initio*), contra el honor (Art. 138°), contra la intimidad (Art. 158°) y contra la reputación industrial (Art. 240° *in fine*). No cabe, pues, extender los efectos de extinción del desistimiento y la transacción a otra clase de delitos, ni siquiera a los llamados de acción mixta o a instancia de parte.

El Código de Procedimientos penales regula expresamente en su artículo 325° la extinción por desistimiento en el juicio por faltas. Y con relación a las querellas el artículo 306° permite cancelar la acción entablada por transacción, con la conciliación de las partes.

3.3.3 Causales de extinción de la ejecución de la pena

- a. El indulto. Según el artículo 89° del Código Penal «el indulto suprime la pena impuesta». Se trata, pues, de una verdadera causal de extinción de la ejecución de una pena concreta. En ese sentido, Soler señalaba que «El indulto es un perdón y extinguir la pena presupone, en consecuencia, una sentencia condenatoria firme».²⁷ Esta causal es también una manifestación especial del llamado derecho de gracia. Ella se manifiesta como una circunstancia extintiva de origen legal y que a diferencia de la amnistía, se proyecta de modo individualizado sobre un condenado, para quien se estima que la pena ha devenido en innecesaria y no podrá alcanzar efecto funcional alguno.²⁸

26 Cfr. César San Martín Castro. **Derecho Procesal Penal**. Volumen II. *Op. cit.* p. 1014 y ss.

27 Sebastián Soler. *Op. cit.*, p. 521.

28 Sobre las diferencias entre indulto y amnistía véase Luis Eduardo Roy Freyre. *Op. cit.*, p. 237 y 238.

Sobre su fundamento Bustos Ramírez ha sostenido desde una posición político criminal que con el indulto se pretende «encontrar una solución a la falta de sentido de la pena frente a un caso específico, que pone de manifiesto que el Derecho Penal no podrá cumplir su función protectora de bienes jurídicos ni tampoco servir para la profundización de la capacidad de liberación personal del sujeto. Más bien todo lo contrario. De ahí que la pena aparezca como innecesaria. Nos encontramos frente a la última regla legal no metajurídica, de determinación de la pena que lleva justamente a su no aplicación.

Luego, el indulto solo puede estar referido a la renuncia de la pena y no a la persecución penal, ya que sólo cuando se ha analizado el caso concreto en el proceso se puede llegar a la conclusión que su aplicación contradice el sentido y función del derecho penal.

En segundo lugar, el indulto responde a la idea político criminal de humanizar y concretar en la ejecución de la pena el sentido y función del derecho penal. Es decir, por la forma en que ha transcurrido la ejecución de la pena o bien, por la aparición de nuevos antecedentes que han surgido con posterioridad al proceso en un caso concreto, aparece como contradictorio con el sentido humanizador de la ejecución penal y del sentido y función de la pena, el cumplimiento de ésta».²⁹

Conforme a nuestra Constitución Política de 1993, el indulto es una facultad del Poder Ejecutivo y que ejerce el Presidente de la República según se dispone en el inciso 21 del artículo 118°. Operativamente esta facultad se desenvuelve a través del Trabajo de Comisiones del Ministerio de Justicia que analizan los casos de condenados «indultables» para, luego, someterlos a decisión del primer mandatario del Estado.

Ahora bien, en la experiencia reciente de nuestra legislación, el indulto ha sido objeto de varias distorsiones que lo han llevado a convertirse en una medida coyuntural de descongestión de los centros carcelarios. Ha dejado de ser, pues, una opción despenalizadora para convertirse utilitariamente en una nueva llave o vía de «desprisonalización». Pero, además, a través del indulto se ha pre-

²⁹ Juan Bustos Ramírez. *La Extinción de la responsabilidad criminal*. *Op. cit.*, p. 369.

tendido superar el grave daño ocasionado a miles de peruanos que fueron injustamente condenados por delitos de terrorismo inexistentes o no probados debidamente. En ese sentido, de manera atípica y polémica, el indulto ha asumido la contradictoria función de suprimir las penas impuestas a personas inocentes. Como señalaba Landrove Díaz «el indultado dejará de cumplir la pena impuesta, o parte de ella, pero técnicamente es un penado».³⁰

Por último, en esta etapa de nuestra evolución normativa, el indulto se ha contaminado también de los objetivos efectistas de las normas premiales por colaboración eficaz. En efecto el Decreto Legislativo N° 824 incluyó al indulto como un nuevo estímulo para la disociación silenciosa o la delación que coadyuven a la detección y sanción de organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas.

El indulto, estima con corrección la doctrina nacional y extranjera, puede ser total o parcial.³¹ Esto es, abarcar toda la amplitud cualitativa y cuantitativa de la pena impuesta o proyectarse únicamente sobre un período, siempre final, de ésta. Es por tanto lógico que «el indulto de la pena principal se extiende a las accesorias».³² Sin embargo, el indulto a diferencia de la amnistía, deja intacta la reparación civil fijada a favor de la víctima. Sobre esto último ha precisado Roy Freyre que «el texto penal en comentario nada dice expresamente acerca de la obligación de abonar la reparación civil, pero debe interpretarse que la deja subsistente al señalar el Código Penal en su artículo 89°, como su efecto único, el de “suprimir la pena impuesta”. En cambio el Código de Justicia Militar es más explícito sobre la materia y también más amplio al disponer que “la amnistía y el indulto dejan subsistentes las acciones de la reparación civil”, artículo 58°, segundo párrafo».³³

- d. El cumplimiento de la pena. Esta es, si se quiere ser ideográfico, no una causal de extinción de la pena, sino la vía natural del término

30 Gerardo Landrove Díaz. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Segunda Edición. Bosch. Barcelona, 1983, p. 144.

31 Cfr. Juan Bustos Ramírez. *La extinción de la responsabilidad criminal*. *Op. cit.* p. 370.

32 Borja Mapelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Civitas. Madrid, 1996, p. 225.

33 Luis Eduardo Roy Freyre. *Op. cit.* p. 239.

de aquella. El cumplimiento de la pena no extingue la sanción, pues sencillamente después del vencimiento total de la pena no queda nada que extinguir. Esta posición es también compartida, para el derecho penal español, por Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco: «Es obvio que el derecho subjetivo del Estado a imponer y hacer ejecutar la pena desaparece una vez cumplida ésta. Por ello hubiera resultado aconsejable no aludir al cumplimiento como causa de extinción, puesto que nada extingue» (Borja Mapelli Caffarena – Juan Terradillos Basoco. *Op. cit.*, p. 222). En su enfoque particular de las causales de extinción de la responsabilidad criminal, Bustos Ramírez, en cambio, encuentra en el cumplimiento de la condena la realización de las funciones retributiva o preventivas de la pena, lo que justificaría sus facultades extintivas: «La teoría de la retribución tiene como fundamento legítimamente la justicia y la igualdad en relación a las personas; esto es a toda persona sin discriminación de ninguna especie, ha de aplicársele un mal que restablezca el ordenamiento jurídico en la misma magnitud que el mal que quebró ese ordenamiento. Luego, si la magnitud de ese mal impuesto se ha ejecutado plenamente no hay fundamento legítimamente para mantener la responsabilidad criminal. Por su parte, para las teorías generales, sea ésta intimidatoria, o bien positiva, conforme a las nuevas concepciones, en especial de Hassemer y Jakobs, se pueda plantear una posición semejante».³⁴

Ahora bien, como precisa Landrove Díaz «la condena debe entenderse cumplida y, por consiguiente, extinguida la responsabilidad penal cuando haya transcurrido el tiempo señalado en la sentencia condenatoria».³⁵ Es más, en el caso peruano, el cumplimiento de la sanción impuesta determina la cancelación de los antecedentes penales o lo que nuestra normativa denomina como la «rehabilitación» del condenado (Cfr. artículo 69º del Código Penal). Denominación incorrecta en la medida en que solo una determinada pena inhabilita al sentenciado. No hay, pues, en esta causal el mismo efecto que encontramos en el indulto o en la exención de pena, e

34 Juan Bustos Ramírez. *La extinción de la responsabilidad criminal*. *Op. cit.*, p. 365 y 366.

35 Gerardo Landrove Díaz. *Op. cit.*, p. 139.

incluso en el perdón del ofendido. En todas ellas, a fin de cuentas la pena se extingue porque no se cumple en su totalidad o no se impone. Por otro lado, desde la perspectiva de la necesidad de pena el cumplimiento de la pena no puede ser una causal de extinción en la medida que la realización total de la sanción estaría justificando su necesidad de aplicación o ejecución.

- e. El perdón del ofendido. Esta causal tiene un viejo arraigo en el derecho penal nacional y extranjero. Podríamos decir que es un rezago de la etapa inicial de la venganza privada. Landrove Díaz se refiere a ella como a una «modalidad de gracia privada».³⁶ Sus orígenes tienen una base idealista cristiana (dar la otra mejilla, perdonar a quienes nos ofenden). No obstante encuentra en la actualidad una nueva justificación basada en la recuperación del espacio de la víctima en la composición del conflicto. Lo cual, entiende Bustos Ramírez, que conlleva riesgos de arbitrariedad: «Ciertamente se podría sostener que es más garantista establecer el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad criminal; pero ello es dudoso, pues equivale a dejar entregada la responsabilidad criminal a la arbitrariedad de una persona, y más aún, como ha sucedido frecuentemente, a que el proceso penal cumpla fines que son ajenos al sentido y función del derecho penal (cual sería la obtención de una indemnización de perjuicios conforme a las miras de la víctima y no al ordenamiento jurídico). Este criterio empalma con una ideología victimológica, en que se pretende garantizar exclusivamente a la víctima, más allá de los ciudadanos en general, lo que equivale que esta forma de extinción criminal quede en una total y absoluta arbitrariedad».³⁷

En ese sentido es adecuado exigir que «el perdón ha de ser expreso e incondicionado» como argumentan Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco.³⁸ Un perdón sujeto a condiciones sería extraño al sentido de la causal a la vez que se convertiría, cuando menos de modo implícito, en una transacción la cual en nuestro sistema legal sólo puede extinguir la acción penal.

36 Gerardo Landrove Díaz. *Ibid.*, p. 145.

37 Juan Bustos Ramírez. *La extinción de la responsabilidad criminal. Op. cit.*, p. 371.

38 Borja Mapelli Caffarena – Juan Terradillos Basoco. *Op. cit.*, p. 227.

Frente a la escasa descripción que da la legislación peruana de esta causal resultan atendibles las sugerencias que formula Roy Freyre en torno a su naturaleza y operatividad:

- a) «El perdón debe ser otorgado en forma expresa y sin condiciones.
- b) Su concesión para uno de los querellados, beneficia a todos;
- c) El perdón es irrenunciable por el ofensor; y,
- d) Su concesión por uno de los querellantes no perjudica el derecho de los otros: en consecuencia, en tal caso no se extingue la pena hasta que todos los ofendidos perdonen».³⁹

El Código Penal peruano regula esta causal en el inciso 4º del artículo 85º y se alude nuevamente a un uso condicionado de la misma. Ella sólo operaría en el caso de delitos de acción penal privada. Ahora bien, por su naturaleza estos delitos son sancionados con penas privativas de libertad de corta duración y de multa, de allí que el efecto real del perdón del ofendido en nuestra legislación sea muy relativo. Tradicionalmente esta causal fue considerada en los delitos contra la libertad sexual y en el delito de adulterio que regulaba el Código Penal de 1924 (Art. 213º). Sin embargo, estos supuestos ya no existen en la legislación vigente.

- d. La exención de pena. Nuevamente el legislador peruano utiliza esta equívoca denominación en el artículo 85º inciso 3. En esta ocasión lo hace para referirse a una causa de extinción de la pena, pero cuya eficacia no se proyecta sobre la ejecución de la sanción sino exclusivamente sobre su imposición. En realidad se alude, pues, a una institución diferente a la que regula el artículo 68º del Código Penal.⁴⁰ Y tampoco aquí nos encontramos regulando aquellos supuestos que cancelan la pena como premio a los delincuentes que participan de un procedimiento de colaboración eficaz, y a los cuales nuestro legislador identifica también como casos de exclusión de pena.⁴¹

39 Luis Eduardo Roy Freyre. *Op. cit.*, p. 248.

40 Cfr. Cesar San Martín Castro. **Derecho Procesal Penal**. Volumen II. *Op. cit.*, p. 1102.

41 Cfr. Decreto Legislativo N° 815, Art. 1º.

Como causal de extinción de la pena el legislador nos vincula, más bien, con las llamadas «excusas absolutorias o causales personales de exclusión de pena». Como señala Zaffaroni: «se trata de causas personales que excluyen sólo la penalidad de la conducta y que se establecen por puras consideraciones político-penales».⁴²

El Código vigente incluye excusas absolutorias en dos casos:

- a) En los delitos contra el patrimonio cuyos sujetos se encuentran estrechamente vinculados, tal como se regula en el artículo 208° del Código Penal.
- b) En los delitos de encubrimiento real y personal que ejecuta el agente por sus relaciones estrechas con el autor de los mismos, tal como se dispone en el artículo 406° del Código Penal.

De lo que eximen estas causales es de la imposición de la pena. En términos más precisos se exime de la pena concreta, pues ella no llega a definirse ni evaluarse judicialmente.

Ahora bien, como hemos mencionado en ocasiones anteriores, la exención de pena que menciona el artículo 299° en los casos de posesión de drogas en escasa cantidad y para consumo personal no es tal.⁴³ Fundamentalmente porque la exención presupone una persona culpable y esto último tiene como presupuesto la ejecución de un injusto por el imputado. No siendo típica la posesión de drogas para el consumo personal, no es posible declarar culpable a su autor, ni mucho menos poder aplicarle una pena.

3.3.4 Otras causales de extinción

El Código Penal y la legislación penal complementaria y especial han incorporado varias instituciones que tienen también efectos cancelatorios sobre la acción penal y la penalidad. El supuesto más generalizado, en los últimos tiempos, es el que deriva de los procedimientos especiales de colaboración eficaz o lo que se ha denominado también el derecho penal premial o el derecho penal de recompensas.

⁴² Eugenio Raúl Zaffaroni. *Manual de Derecho Penal. Op. cit.* p. 560.

⁴³ Cfr. Víctor Prado Saldarriaga. *Todo sobre el Código Penal. Op. cit.*, p. 178.

Efectivamente, a partir de la experiencia de la legislación contra el terrorismo, el legislador nacional viene promoviendo la aplicación de efectos de extinción de la acción penal o de la ejecución de la pena, en el caso de delincuentes que se arrepienten de su actividad ilícita y colaboraran con las autoridades del sistema de control penal para la prevención y sanción de la criminalidad grave y organizada.⁴⁴

Cabe recordar que el Código Penal contiene también supuestos premiales que se vinculan con un arrepentimiento posterior al delito, y que permiten la exención de la pena. Ello ocurre en el caso del delito de falsedad en juicio (Art. 158º) y en los delitos de rebelión, sedición y motín (Art. 351º).

La diferencia entre estos supuestos de exención y los que se regulan como causales extintivas conforme al artículo 85º inciso 3 del Código Penal, es que los primeros como en el caso del artículo 68º son facultativos y su aplicación depende de una decisión judicial. En cambio en los segundos la causal extintiva surge directamente por mandato imperativo de la ley.

3.3.5 La rehabilitación

Sostiene Jescheck que la rehabilitación permite «restablecer jurídicamente el prestigio social de un condenado dentro de la comunidad».⁴⁵ Velásquez Velásquez, de modo análogo, menciona que ella consiste en «la restitución del condenado al *status* jurídico en que se encontraba antes de proferirse la sentencia».⁴⁶

Con la rehabilitación se deben, pues, eliminar los efectos penales *de iure* que afectan al sentenciado y que, como señalan Cobo del Rosal y Vives Antón, son distintos de las penas y medidas de seguridad. Según estos autores entre tales efectos se pueden considerar a «la imposibilidad de obtener la condena condicional si se comete otro delito, la posibilidad de que se aplique la agravación por reincidencia o de que

44 Cfr. Decretos Legislativos N° 815, N° 824, N° 901 y N° 902; César San Martín Castro. Volumen II. *Op. cit.*, p. 1036 y ss.

45 Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de Derecho Penal*. Volumen Segundo. Bosch. Barcelona, 1981, p. 1247.

46 Cfr. Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho Penal*. Editorial Temis. Bogotá, 1994, p. 654.

se califique al autor como habitual, la incapacidad para participar en determinados concursos públicos o ejercer ciertas profesiones, así como toda una serie de restricciones en orden al ejercicio de actividades que necesiten permiso o licencia de algún organismo público».⁴⁷

Se trata, pues, de un medio legal que anula los efectos penales de la sentencia condenatoria en la persona del sentenciado. Ahora bien, opera luego de cumplida o extinguida la sanción impuesta. Por tanto, la rehabilitación no anula la pena (ésta ya se cumplió o extinguió) sino la condena. En términos más específicos, con la rehabilitación se elimina la condición de condenado en aquel que cumplió una pena.

Desde una perspectiva evolutiva, la rehabilitación ha transitado por tres etapas. Primero se le identificó como una reposición del ejercicio de los derechos que le fueron suspendidos al autor o partícipe de un hecho punible a través de una sentencia condenatoria, y más precisamente por la imposición de una pena de inhabilitación. Posteriormente, fue entendida como la cancelación de los antecedentes o registros oficiales de las condenas impuestas a un sentenciado. Y, finalmente, en su actual concepción, la rehabilitación ha integrado ambos conceptos funcionales. Esto es, con la rehabilitación se habilita al inhabilitado y se anulan los antecedentes penales del penado que surgieron con la inscripción de su condena en los registros correspondientes.⁴⁸ El Código Penal peruano de 1924, por ejemplo, asignó a la rehabilitación ambas funciones (Cfr. arts. 130° y 131°). Sin embargo, en el Código de Procedimientos Penales de 1940 el legislador nacional sólo trató de la rehabilitación como cancelación de antecedentes penales (Cfr. arts. 343° y 344°).

Se ha debatido constantemente en torno a la naturaleza sustantiva o procesal de esta institución. Sin embargo, en la actualidad se admite que la rehabilitación es una institución mixta, pues en su esfera normativa corresponde al derecho penal, pero como realización de un derecho subjetivo del sentenciado demanda de una vía procedimental para su reconocimiento.⁴⁹

El Código Penal de 1991 regula la rehabilitación en los artículos 69° y 70° los cuales fueron, en parte, inspirados por el Código Penal Tipo para Latinoamérica (Cfr. arts. 87°, 88° y 90°).

47 Cfr. M. Cobo del Rosal – T. S. Vives Antón. *Derecho Penal*. Parte General. Segunda Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1987, p. 726.

48 Cfr. M. Cobo del Rosal – T. S. Vives Antón. *Op. cit.*, p. 725.

49 Cfr. Luis A. Bramont Arias y Luis A. Bramont-Arias Torres. *Op. cit.*, p. 264.

La rehabilitación en la legislación vigente se extiende a penas y medidas de seguridad. Sus efectos abarcan la restitución en el ejercicio de los derechos suspendidos con la condena, así como la cancelación de antecedentes penales. Sin embargo, ella no puede reponer en los cargos o funciones que le fueron suprimidos al condenado.

Ahora bien, el cambio más importante que produjo la reforma penal fue la eliminación, para la procedencia de la rehabilitación, de todo plazo posterior al cumplimiento o extinción de la sanción impuesta. En el Código vigente, pues, la rehabilitación opera desde el preciso momento en que se cumple la pena o medida de seguridad, o cuando éstas son suprimidas por alguna causal de extinción como el indulto, la amnistía o la prescripción. Al respecto, el artículo 69° *ab initio* señala, expresamente: «El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite».

Otra innovación positiva fue la prohibición de comunicar a cualquier entidad o persona, con posterioridad a la rehabilitación, ningún registro o antecedente vinculado a la condena anteriormente impuesta. Esta obligación de silencio y confidencialidad es imperativa y resulta funcional al objetivo de la rehabilitación el cual no es otro que eliminar para siempre y ante la colectividad todo indicio o rezago de «marca penal».⁵⁰

En un plano jurisprudencial la rehabilitación no ha producido controversias relevantes. En todo caso, las principales dudas que se han planteado en la judicatura han girado en torno a su aplicación en casos de incumplimiento de penas de multa impuestas conjuntamente con penas privativas de libertad, o ante el no pago de la reparación civil fijada en la sentencia.

Con relación a lo primero se ha resuelto acertadamente negando la rehabilitación, puesto que la misma sólo puede operar si se cumplieron todas las penas impuestas. En ese sentido en la Ejecutoria Superior del 10 de agosto de 1995, recaída en la causa N° 163-92 de la Décimo Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Lima, se precisó que «si al sentenciado se le impuso conjuntamente con una pena privativa de libertad una pena de multa, la cual no tiene la condición de sanción

⁵⁰ Cfr. Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de Derecho Penal*. Volumen Segundo. *Op. cit.*, p. 1252.

accesoria sino de principal, la rehabilitación no es procedente mientras no se haya pagado dicha pena pecuniaria».

Y en cuanto a lo segundo se ha decidido, también con corrección, que el incumplimiento del pago de la reparación civil no obstaculiza ni impide la rehabilitación. Al respecto una Ejecutoria Superior del Primer Tribunal Correccional de Lima, citada por Villavicencio Terreros,⁵¹ y emitida en el expediente N° 68-84 declaró que «siendo la exigencia del pago de la reparación civil, de carácter civil, no constituye un requisito para la rehabilitación del sentenciado».

En realidad, el problema central de la rehabilitación en el Perú es que no se concede de oficio, pese a que a ello apunta el sentido de la ley vigente. Esto significa que en nuestro medio se puede seguir «condenado» pese a que se haya cumplido la sanción impuesta en la sentencia. Ello también ocurre en los casos donde se impuso una suspensión de la ejecución de la pena y el plazo de prueba se venció exitosamente (Art. 61°). Es, pues, necesario agotar los esfuerzos administrativos pertinentes para revertir esta endémica situación de inercia judicial frente a la rehabilitación y el derecho del sentenciado que cumple los requisitos del artículo 69° a quedar «rehabilitado sin más trámite».

4. La prescripción

4.1. Concepto y fundamentación

De manera concreta la prescripción puede definirse como el transcurso del tiempo que extingue la persecución de un delito o la ejecución de una pena. No obstante, en un plano más técnico se identifica a la prescripción como la pérdida, por parte del Estado, de la facultad de ejercitar en un caso concreto el *jus puniendi*. En ese sentido, por ejemplo, Rodríguez Devesa precisa que la prescripción viene a ser «la extinción por el transcurso del tiempo del derecho del Estado a imponer o hacer ejecutar la pena ya impuesta».⁵²

51 Felipe Villavicencio Terreros. *Código Penal*. Cultural Cuzco. Lima, 1990, p. 240.

52 José María Rodríguez Devesa. *Derecho Penal Español. Parte General*. Décima Edición. Dykynson. Madrid, 1986, p. 681.

Otros conceptos de prescripción aluden más bien a los efectos que aquella produce sobre la antijuricidad de un hecho punible y sobre la culpabilidad o responsabilidad de su autor. Señalándose que aquella tendría la condición de circunstancia que invalida el delito y sus consecuencias. Al respecto, Del Toro Marzal, sostiene que la prescripción «supone la invalidación por el transcurso del tiempo de la valoración penal de aquellas acciones y omisiones que, hallándose penadas por la ley, comparecen en la realidad social y jurídica».⁵³

Rey Gonzáles, luego de evaluar los distintos criterios de fundamentación de la prescripción que se han sustentado en la doctrina y jurisprudencia, a lo largo del tiempo, destaca que en el presente ella encuentra su sustento en «los principios constitucionales de presunción de inocencia, prohibición de indefensión y derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, todos ellos conectados con el principio de seguridad jurídica».⁵⁴ Por su parte Bustos Ramírez asocia el fundamento de la prescripción a la necesidad de pena, ya que «después de pasado un determinado tiempo se estima innecesaria la pena, no sólo por razones de tipo preventivo-general o especial, sino también en virtud del concepto mismo de necesidad de la pena».⁵⁵ A ello, Morillas Cueva agrega que: «el Estado, ante poderosas razones de política criminal y utilidad social basadas todas ellas en los efectos que produce el paso del tiempo y entre los que pueden incluirse la mayoría de los enunciados con anterioridad que van desde la disminución del interés represivo, la extinción de los efectos antijurídicos del hecho y de la alarma social producida, las dificultades probatorias hasta la eliminación de un estado de incertidumbre en las relaciones jurídicas entre el delincuente y el Estado, renuncia al ejercitar el *ius puniendi* que le corresponde al declarar extinguida la responsabilidad penal».⁵⁶ Por consiguiente, no cabe duda que el fundamento esencial de la prescripción responde a una

53 Cfr. Juan Córdova Roda y otros. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II, Barcelona, 1972, p. 668.

54 Cfr. Carlos Rey Gonzales. *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*. Marcial Pons. Madrid, 1999, p. 43 y ss.

55 Juan Bustos Ramírez. *Manual de Derecho Penal Español*. Parte General. Ariel. Barcelona, 1984, p. 460.

56 Lorenzo Morillas Cueva. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Tecnos. Madrid, 1991, p. 197.

necesidad político criminal de controlar el *ius puniendi* a partir de su ejercicio temporal razonable y a favor de la seguridad jurídica de los ciudadanos.

4.2. Legislación nacional

Tradicionalmente en nuestro país, el legislador ha elaborado un sistema normativo sobre la prescripción, en el cual se han diferenciado los plazos de extinción en función de la naturaleza de las penas conminadas y de su duración legal. Ese fue, por ejemplo, el criterio que predominó en el Código Penal de 1924 y que era coherente con la pluralidad de tipos de penas privativas de libertad que en él coexistían (Cfr. arts. 119º y ss.).

En el Código Penal de 1991 se ha establecido un régimen legal novedoso. Como regla general se señala que para la determinación del plazo de prescripción de la acción penal o de la ejecución de la pena, debe atenderse al límite máximo de pena privativa de libertad conminada en la ley para el delito cometido. Esto es, dicho límite máximo de pena legal será el término del plazo de la prescripción ordinaria. Sin embargo, el legislador ha establecido que el plazo de prescripción no será superior, en ningún caso, a los veinte años.

Ahora bien, tratándose de penas conminadas no privativas de libertad (multas, limitativas de derechos, restrictivas de la libertad), conjuntas o alternativas, el plazo ordinario de prescripción será de tres años.

En el caso de penas de duración indeterminada como la cadena perpetua, la ley establece un plazo legal de prescripción ordinaria de treinta años.

Los artículos 80º y 86º del Código Penal tratan de los plazos de prescripción que hemos mencionado. Cabe anotar que dichas disposiciones asumen criterios similares a los acordados durante el proceso de elaboración del denominado Código Penal Tipo para Latinoamérica (Cfr. Art. 102º, Incs. 2 y 3).

La llamada prescripción extraordinaria, consecuencia de la concurrencia de causales de interrupción de la prescripción y que se define en los artículos 83º y 87º del Código Penal, mantiene el mismo requerimiento que se adoptó durante la vigencia del Código Penal derogado. En efecto, la ley precisa que la prescripción extraordinaria opera al cumplirse cronológicamente el plazo de prescripción ordinario más la

adición de la mitad de dicho plazo. Esto supone que si la pena conminada para el delito de estafa es de seis años (Art. 196º) como máximo, lo que sería el límite del plazo de prescripción ordinaria para dicho delito, la prescripción extraordinaria se cumpliría al transcurrir un total de nueve años.

En el caso de delitos cuyas penas conminadas sean multa, inhabilitación, prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, expatriación o expulsión de extranjeros, la prescripción extraordinaria operaría transcurridos cuatro años y seis meses. Esto último en atención a que, como se mencionó, el plazo de prescripción ordinario en tales casos es de tres años.

La prescripción en el Derecho Penal

La prescripción es la pérdida por el transcurso del tiempo del derecho del Estado a perseguir o sancionar penalmente al autor o partícipe de un delito.

La prescripción puede ser ordinaria o extraordinaria. Las reglas sobre la prescripción se encuentran contenidas entre los artículos 80º a 88º del Código penal.

El artículo 84º se refiere al supuesto de suspensión de la prescripción. La norma mencionada solo se aplica a los plazos de prescripción de la acción penal. En ella se precisa que se suspende la prescripción de la acción penal cuando excepcionalmente el proceso penal a incoar o ya incoado, por el delito imputado queda supeditado a lo que se resuelva en una vía extrapenal. Es el caso, por ejemplo, de las cuestiones prejudiciales.⁵⁷ En caso de suspensión los plazos ordinario o extraordinario no corren mientras subsista la causal que determinó dicho efecto.

Cabe señalar que el Código vigente estipula en su artículo 88º que ante la pluralidad de agentes, los plazos de prescripción se aprecian y contabilizan de modo individualizado. Por su parte el artículo 91º declara

⁵⁷ Cfr. Florencio Mixán Mass. Cuestión Previa, Cuestión prejudicial, excepciones en el procedimiento penal. Ediciones BLG. Trujillo, 1999, p. 122 y ss.

expresamente que el imputado tiene el derecho de renunciar a la prescripción de la acción penal. Esta disposición que implica un reconocimiento de la primacía constitucional de la presunción de inocencia, contradice radicalmente la posición que asumió sobre el particular el Código de 1924 (Art. 129° «La prescripción es irrenunciable»).

Ahora bien, la coherencia original del marco legal de la prescripción de la acción penal se vio alterada como consecuencia de un suceso político que repercutió en el Derecho penal. En efecto, la finalidad de evitar la superación por el paso del tiempo de los cargos formulados contra un ex – Presidente de la República, determinaron que el Congreso decidiera la promulgación de la controvertida Ley N° 26641 que configuró como delito la situación procesal de contumacia e incorporó confusas fórmulas de suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal para tales casos. Sobre esta norma de excepción, es esclarecedora la reflexión crítica que en torno a ella ha formulado Roy Freyre: «Pensamos que es una arbitrariedad, disfrazada con ropaje jurídico, conminar de la manera indicada a que un ciudadano, presumiblemente inocente según norma constitucional (Art. 2°, Inciso 24, apartado “e”), soporte sumisamente la eventualidad de una condena a pena privativa de libertad, y en caso de rehusarse a comparecer, considerarlo como autor de un insólito delito de contumacia, aparte de agravar su situación jurídica al quedar en suspenso la prescripción del delito primigenio que motiva su alejamiento del proceso. Resulta, así, que un mismo hecho consistente en que el agente se sustrae a la acción de la justicia, con el complemento se le “declare contumaz”, genera dos graves consecuencias jurídico-penales: la comisión de un nuevo delito y la suspensión de la prescripción de la acción penal.

Es un principio propio del Derecho natural reconocerle a la persona que se sabe perseguida por la justicia, la posibilidad de eludir su detención y juzgamiento valiéndose de un medio tan elemental y a su alcance como es el sustraerse a “la acción de la justicia”, sin que tal decisión haga suponer al menos su responsabilidad en los hechos investigados».⁵⁸

Esta norma no sólo distorsiona los criterios imperantes en la legislación nacional e internacional de la materia, sino que, además, hace visible lo negativo y arbitrario que se vuelve el Derecho penal cuando se le utiliza como un medio de persecución política.

58 Luis Eduardo Roy Freyre. *Op. cit.*, p. 106 y 107.

4.3. Reglas especiales

El Código Penal de 1991 contempla también normas especiales de prescripción de la acción penal. Ello ocurre en los supuestos siguientes:

- a. Cuando existe un concurso de delitos.
- b. Cuando el autor o partícipe del hecho punible al momento de comisión del delito tenía más de 18 años y menos de 21 años de edad, o más de 65 años de edad.
- c. Cuando se sanciona el delito con penas conminadas alternativas o conjuntas.
- d. Cuando el autor de un delito contra el patrimonio del Estado, tenía la condición de funcionario o servidor público.
- e. Cuando la infracción cometida es una falta.

Con relación al primero de los supuestos mencionados, esto es, cuando media un concurso de delitos, el legislador ha diferenciado en el artículo 80° los plazos de prescripción aplicables en un concurso ideal de delitos (Art. 48° C. P.), y en un concurso real de delitos (Art. 50° C. P.).

En el caso de un concurso ideal el plazo de prescripción se contabiliza en función de las penas conminadas para el delito más grave. Se aplica, pues, un criterio similar al de absorción, que rige para la definición y determinación de la pena en este tipo de concursos.

Tratándose de un concurso real, la regla es que el plazo de prescripción debe apreciarse de modo independiente para cada uno de los delitos en concurso. Esto es, contando por separado los términos que corresponden a las penas conminadas para cada delito. Es claro que esta disposición no tiene efectos prácticos ante un concurso real homogéneo, por tratarse del mismo tipo de delito y por ende del mismo tipo de pena.

En atención a la edad del agente, lo temprano y avanzado de la misma, en los niveles étareos que fija el artículo 81° del Código penal, determinan que el plazo de prescripción ordinario y extraordinario aplicables al delito cometido se reduzcan a la mitad. Para lo cual, claro está, la edad del agente al momento de comisión del delito debe acreditarse de modo suficiente, y con los documentos pertinentes para ello (Partida de Nacimiento, Libreta Militar, Libreta Electoral, Docu-

mento Nacional de Identidad, etc.). Cabe anotar que el artículo 81° alude de modo genérico al plazo de prescripción, sin diferenciar entre prescripción de la acción penal y prescripción de la pena. En consecuencia, estimamos que la reducción prevista es también aplicable para efectos de la prescripción de la sanción. Lo cual, por lo demás, resulta coherente con lo establecido en el artículo 86° del Código Penal que establece que: «El plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal».

Merece especial atención el caso en el cual la ley penal fija para un delito penas conminadas alternativas o conjuntas. Por ejemplo, pena privativa de libertad o prestación de servicios a la comunidad, tal como ocurre en el delito de autoaborto que tipifica y sanciona el artículo 114° del Código Penal. O cuando se trata de pena privativa de libertad y multa como se observa en el artículo 194° que se refiere a la receptación. Ante la ausencia de norma expresa que de pautas al respecto, somos de la opinión que en estos casos la prescripción de la acción penal deberá contabilizarse en función de las dos o más penas alternativas o conjuntas que el legislador fija para la sanción de un mismo delito.

En consecuencia, pues, la extinción de la acción penal por prescripción ordinaria o extraordinaria, sólo será posible cuando se hayan vencido, paralela o secuencialmente, los diferentes plazos de prescripción que correspondan a todas las penas alternativas o conjuntas. En tal sentido, no estimamos correcto considerar la prescripción solamente en atención a los plazos de las penas privativas de libertad. Sobre esto último hay que recordar que las penas no privativas de libertad no son más benignas que aquellas, sólo se trata de penas de distinta naturaleza.

Tampoco consideramos legal entender que frente a sanciones alternativas, la exclusión de una o más de tales penas se produce a través de la acusación fiscal. Sobre esto último cabe recordar que la pena que el Fiscal solicita en su acusación escrita u oral, es solamente una pretensión punitiva y no un acto de determinación de la pena, tarea que, como bien lo expresa el artículo 46° del Código Penal, es de absoluta competencia del órgano jurisdiccional, el cual la ejerce exclusivamente en el momento de la sentencia. Sólo en ese instante se decide cuál de las penas alternativas se aplicará al condenado.

Ahora bien, el hecho que el tiempo transcurrido desde la comisión del delito alcance el plazo de prescripción de la pena privativa de liber-

dad que concurre como sanción alternativa con una pena no privativa de libertad, cuyo plazo de prescripción no ha vencido, no inhabilita al juzgador a decidir en la sentencia la imposición de una pena privativa de libertad. Esta interpretación es compatible con la función de la prescripción de la acción penal, cual es extinguir el derecho de persecución penal del Estado ante el delito cometido, y no la extinción de la pena que, como ya se ha mencionado, sólo se produce en función de los plazos a que alude el artículo 86°. Plazos que, por lo demás, recién se contabilizan con posterioridad a la emisión de la sentencia condenatoria correspondiente. Más adelante revisaremos los criterios jurisprudenciales que se han desarrollado sobre todos estos aspectos.

Cuando el autor del delito es funcionario o servidor público (ver artículo 425° del Código Penal), y se trata de un delito contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, los plazos de prescripción ordinaria o extraordinaria se duplican. Son delitos contra el patrimonio del Estado, fundamentalmente, la concusión (arts. 382° a 386°) y el peculado (arts. 387° a 392°).

Finalmente, si la infracción penal cometida es una falta, la acción penal prescribe a los seis meses y la ejecución de la pena al año (Art. 440°, Inc. 5°).

4.4. Inicio de la prescripción

El artículo 82° y el artículo 86°, párrafo segundo, señalan el inicio de la prescripción de la acción penal y de la pena, respectivamente.

En cuanto al inicio de la prescripción de la acción penal, la ley toma en cuenta el modo de ejecución y el momento de consumación del delito. La regla general es que el plazo de prescripción de la acción penal debe comenzar a contarse a partir del momento en que el agente concluyó su actividad ejecutiva del delito. Ahora bien, el legislador ha contemplado normas específicas para los casos de tentativa, delito continuado y delito permanente.

Con relación a la tentativa (Art. 16° C.P.), acabada o inacabada, el plazo de prescripción corre desde que cesa la ejecución imperfecta del hecho punible.

Para el caso del delito continuado (Art. 49° C.P.) la prescripción comienza cuando el agente termine la actividad delictuosa que materializa su única resolución criminal.

Y en el delito permanente, la cuenta de la prescripción se inicia desde que concluye la situación antijurídica creada y mantenida por el agente.

Un tradicional problema jurisprudencial y doctrinario vinculado a la prescripción, es el que corresponde al cómputo de la acción penal para el delito de usurpación en la modalidad de despojo (Art. 202º, Inc. 2 C. P.). Al respecto la discusión siempre ha girado en torno a determinar si dicha infracción penal es un delito instantáneo o permanente. O si se trata de un delito instantáneo pero de efectos permanentes.

Sobre el particular, debemos mencionar que el verbo típico que gobierna la hipótesis del artículo 202º inciso 2 es despojar. Esto es, desposeer mediante violencia, amenaza o abuso de confianza al sujeto pasivo de la conducción de un inmueble. Es decir, la acción acontece de modo inmediato y concluye excluyendo a la víctima de la posesión del bien. Y esto último determina la consumación del delito, y, por ende, el inicio de la prescripción. El que el inmueble se mantenga en poder del agente más o menos tiempo constituye un efecto posterior a la consumación, y que ya no implica despojo. La usurpación, pues, en su forma de despojo es un delito instantáneo pero que puede tener efectos permanentes.

Por tanto, consideramos no adecuadas a nuestra legislación la propuesta de interpretación que formulaba Peña Cabrera.⁵⁹ El desaparecido penalista nacional, influenciado por la doctrina española, equiparaba la acción del despojo de carácter instantáneo con la de «ocupar» de claro sentido permanente y que es la que comanda la conducta típica prevista en el artículo 245º del Código Penal español («al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliaria de ajena pertenencia [...]»).

La prescripción de la ejecución de la pena, según lo dispone el artículo 86º del Código Penal, se inicia en función al hecho procesal de la sentencia firme. Esto es, corre sólo desde que se configura cosa juzgada. El artículo 87º señala las causales de interrupción en la prescripción de la pena. En primer lugar, señala el hecho de que comience la ejecución de la pena impuesta y en segundo lugar que se detenga al condenado por la comisión de un nuevo delito doloso. Todo parece indicar, en este último supuesto, que es suficiente que la imputación del nuevo delito se encuentre en trámite procesal de investigación o juzgamiento. No es,

pues, necesario una nueva condena. Se trata, entonces, de una detención preventiva y no del cumplimiento de una nueva pena privativa de libertad. Roy Freyre asume que esta causal sólo podría operar en caso de un delito cometido en el extranjero y en la medida en que exista ya una sentencia condenatoria y una pena impuesta.⁶⁰

5. problemas jurisprudenciales detectados

No cabe duda que en términos porcentuales la prescripción de la acción penal se constituye en la causal de extinción más común y frecuente en la *praxis* jurisdiccional. De allí, pues, que las decisiones judiciales en este dominio, pronunciadas fundamentalmente a través de incidentes de excepción (Artículo 5° del Código de Procedimientos Penales) constituyen un volumen considerable de la casuística que hemos tenido oportunidad de analizar. Sin embargo, pese a la pluralidad de esta clase de resoluciones, los problemas prácticos que se detectan son bastante concretos.

Al parecer, pues, las tendencias y criterios con los que la magistratura evalúa y resuelve la prescripción de la acción penal resultan en lo esencial sumamente homogéneos y estables. Esta constatación resulta interesante si se tiene en cuenta, como ya se precisó, que la regulación de la prescripción en el Código Penal de 1991 (arts. 80° a 88° y 91°) evidenció cambios importantes con relación al marco legal existente en el Código Penal de 1924 (arts. 119° a 125° y 129°). Al respecto, es de recordar que las principales variantes ocurridas determinaron la unificación de los términos de prescripción para las penas privativas de libertad temporales, así como la renunciabilidad de la prescripción de la acción penal por parte del imputado. También se produjeron reformas en lo concerniente a las causales de interrupción, sobre todo como consecuencia de la autonomía funcional que hoy posee para el ejercicio de la acción penal el Ministerio Público y por haberse suprimido la reincidencia como *status* procesal.⁶¹

59 Cfr. Raúl Peña Cabrera. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial II-A*. Ediciones Jurídicas. Lima, 1995, p. 512 y ss.

60 Cfr. Luis Eduardo Roy Freyre. *Op. cit.* p.129.

61 Cfr. Luis Eduardo Roy Freyre. *Ibid.*, p. 53 y ss.

Examinando, entonces, la evolución práctica del uso de las reglas sobre prescripción de la acción penal se detectan principalmente dos tipos de controversias:

- a. La determinación de los plazos de prescripción en caso de delitos sancionados con penas conjuntas.
- b. La determinación del cómputo de la prescripción en delitos con penas alternativas.

Seguidamente haremos un detallado estudio de las tendencias jurisprudenciales generadas en el tratamiento y solución de tales problemas. Comencemos ratificando que en la actualidad nuestro Código Penal carece de disposiciones que orienten la decisión judicial del término de la prescripción de la acción penal en caso de delitos que combinan en la sanción conminada, penas privativas de libertad y penas no privativas de libertad como la multa o las penas limitativas de derechos.

El Código sustantivo, por lo demás, posee en su Parte especial un número considerable de estos delitos. Sólo con fines explicativos, podríamos citar como ejemplos a los delitos tipificados en los artículos 110° (infanticidio), 122° *ab initio* (lesiones dolosas leves), 124°, (lesiones culposas), 194° (receptación patrimonial) y 427° primer párrafo (falsedad en documento público).

En torno a la prescripción de la acción penal en estos supuestos, donde encontramos penas alternativas y conjuntas, se han desarrollado dos criterios judiciales. El primero estima que la prescripción sólo operaría si se han vencido los plazos que corresponden a la pena privativa de la libertad (extremo máximo legal de la pena conminada) y a la pena no privativa de libertad (tres años). Y el segundo, considera que debe declararse la prescripción, únicamente cuando se vence el plazo que corresponde a la pena privativa de la libertad a la cual se califica como la «más grave».

En el Pleno Jurisdiccional de Arequipa – 1997, luego de una enardecida discusión, por mayoría se acordó que la última posición hermenéutica citada debería ser seguida por la judicatura nacional. El acuerdo adoptado fue el siguiente: «Que el término de prescripción de la acción para delitos conminados con penas conjuntas debe fijarse atendiendo al plazo que corresponda al elemento más grave integrado a la

sanción, que en un caso será la pena privativa de libertad, incluso aunque ésta sea no mayor a dos años» (Acuerdo Plenario N° 5-97).

Sin embargo, consideramos esta tendencia equivocada, pues implica una reducción teleológica de la ley penal, lo cual contradice, como el uso de la analogía, el Principio de Legalidad.⁶²

En efecto, si estudiamos en detalle el problema planteado, nos encontramos con que él sólo se manifiesta complejo cuando se debate la prescripción en aquellos delitos similares a los previstos en los artículos 114° (autoaborto) y 122° (lesiones leves dolosas) del Código Penal. Ya que en ellos el plazo de prescripción referente a la pena conminada no privativa de libertad (tres años) sería superior al que correspondería a la pena privativa de libertad (dos años), surgiendo así la duda sobre la extinción o vigencia de la acción penal.

En otros ilícitos penales, como los tipificados en los numerales 194° (receptación) y 427° (falsedad documental), el cómputo de los dos plazos puede observarse sin mayor dificultad, pues en el primer tipo de delitos coincide y en la segunda clase de infracciones se ven comprendidos, sucesivamente, por la mayor extensión de la pena privativa de libertad.

Pues bien, el problema que hemos detectado tiene su origen en una equivocada recepción de la legislación colombiana al momento de decidir la reforma de los plazos de prescripción de la acción penal en delitos sujetos a penas privativas de libertad temporales.

Efectivamente, al decidir el legislador nacional que dicho plazo sería «igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad», (Art. 80°) se limitó a reproducir, de modo parcial, el texto legal del artículo 80° del Código Penal colombiano: «La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de libertad, pero, en ningún caso será inferior a cinco años ni excederá de veinte». Lamentablemente el no incorporar en el artículo del Código peruano esta última frase condicional fue determinante y generó el problema que ahora analizamos. El cual, por lo demás, no ocurre en Colombia, ya que la ley atinadamente establece que en «los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco años».

62 Cfr. José Hurtado Pozo. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. EDDILI. Lima, 1987, p. 196.

Por consiguiente, pues, si el legislador nacional hubiera señalado en el artículo 80° que la prescripción de la acción penal en las penas privativas de libertad en ningún caso ocurriría antes de los tres años de cometido el delito, no se producirían conflictos aparentes como el planteado en torno al artículo 122°. Por tanto, el error del legislador no puede afectar el sentido de proporcionalidad que subyace en la prescripción cuando se trata de penas conjuntas. Esto es, si son dos los plazos a tener en cuenta en el cómputo y evaluación de la prescripción, por tratarse de dos penas diferentes, lo adecuado y justo es que también se deban verificar ambos plazos para decir la extinción de la acción penal. Además, la legislación sustantiva sólo autoriza tener en cuenta el plazo que corresponde a la pena más grave en caso de un concurso ideal de delitos (Cfr. Art. 80° tercer párrafo), ya que tratándose de un concurso real «las acciones prescriben por separado» (Cfr. Art. 80° segundo párrafo).

De otro lado, el error de apreciación del sector mayoritario en el Pleno jurisdiccional de Arequipa – 1997 se manifiesta con mayor nitidez en el contenido de las consideraciones cuarta y quinta del referido acuerdo plenario:

«Cuarta: Que por su propia naturaleza, las penas conjuntas deben necesariamente ser aplicables a la vez, lo que se desprende del uso que en ellas se hace de la conjunción ‘y’.

Quinta: Que en caso de que uno de los elementos que integran la pena conjunta haya prescrito, la aplicación simultánea de ambas deviene en jurídicamente imposible».

Como se puede observar, estas consideraciones no sólo son implicantes sino que en el caso de la «quinta» confunde la prescripción de la ejecución de la pena con la prescripción de la acción penal. La pena no prescribe porque se venza uno de los plazos de prescripción necesarios para la extinción de la acción penal en delitos con sanciones conjuntas. Fundamentalmente porque lo que se está evaluando o discutiendo con dichos plazos no es la pena a imponer en la sentencia sino el derecho mismo del Estado a perseguir y procesar al autor de un delito. Las penas sólo prescriben luego de haber sido impuestas; por tanto, mientras el Estado esté facultado para perseguir un delito podrá

el órgano jurisdiccional al sentenciar, aplicar todas las penas previstas en la ley para el hecho *sub judice*.

Más aún, lo incoherente en el acuerdo plenario que se está comentando se pone de relieve también cuando en las consideraciones novena y décima se trata de la prescripción en caso de penas alternativas, en la que, curiosamente, no se concede preeminencia a la pena privativa de libertad para el cómputo de la prescripción, ni se imposibilita al Juez a considerar en la sentencia sólo la pena cuyo plazo no se hubiera vencido al momento de sentenciar:

«Novena: Que en el caso de delitos conminados con penas alternativas corresponderá al juzgado establecer, al momento de imponer la condena, cuál de las penas posibles corresponde a la responsabilidad del agente.

Décima: Que, en concurrencia, en el caso de penas alternativas, es imperativo considerar prescrita la acción penal sólo cuando ninguna de las penas conminadas posibles sea susceptible de imposición».

El texto de la Resolución Plenaria en este dominio no es menos sorprendente ya que contradice totalmente al adoptado sobre penas conjuntas: «Que en el caso de delitos conminados con penas alternativas, la acción penal sólo debe considerarse prescrita cuando se haya cumplido el plazo más largo que resulte de las penas susceptibles de imposición».

Un ejemplo nos puede graficar los despropósitos a que nos llevaría aplicar los acuerdos adoptados. Para ello utilizaremos el artículo 124° del Código Penal sobre lesiones culposas pero en su redacción original y contemporánea a la fecha de realización del Pleno 97, esto es, antes de la Ley N° 27054. El citado artículo, en su primer párrafo, consideraba para las lesiones culposas leves, penas alternativas, y para las lesiones culposas graves, en su segundo párrafo, penas conjuntas. Pues bien, aplicando los acuerdos del Pleno de Arequipa tendríamos los siguientes resultados:

- a. El delito de lesiones leves, por tener penas alternativas y a pesar de ser un ilícito menos grave, prescribiría ordinariamente a los tres años, y extraordinariamente a los cuatro años y seis meses, pues su «plazo

más largo» es aquél que deriva de la pena de multa (sesenta a ciento veinte días-multa).

- b. El delito de lesiones graves sancionable con penas conjuntas y perseguible de oficio por implicar una mayor afectación de la salud del sujeto pasivo, prescribiría ordinariamente a los dos años y extraordinariamente a los tres años, pues esos serían los límites generados por la pena privativa de libertad (no mayor de dos años).

De allí, pues, que por tales incongruencias y desproporciones el Acuerdo plenario de Arequipa sobre prescripción de la acción penal en delitos con penas conjuntas o alternativas no se viene acatando en el presente.

En línea de conclusión, entonces, sostenemos que tanto en penas conjuntas como en penas alternativas, la prescripción de la acción penal sólo puede ser declarada si en el caso concreto se han vencido todos los plazos que correspondan a las penas conminadas en la ley.⁶³

En las ejecutorias superiores de fecha 29 de mayo de 1998 (Expediente N° 250-94, procedente de la Primera Sala Penal Corporativa para Procesos Ordinarios con Reos Libres de Lima) y 31 de julio de 1998 (Expediente N° 450-98, procedente de la Sala Especializada en lo Penal del Cono Norte de Lima), correspondientes a dos distritos judiciales diferentes, el criterio que hemos asumido como correcto ha sido también adoptado por ambas decisiones jurisdiccionales. Así, por ejemplo, en la primera de estas resoluciones se argumenta lo siguiente: «a que conforme trasciende de la acusación fiscal de fojas ciento dieciocho y ciento diecinueve, así como del auto superior de enjuiciamiento de fojas ciento veinte, el Colegiado declaró Haber Mérito para pasar a juicio Oral contra Gilberto Palomino Mendoza por los delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud– Homicidio culposo– y contra la Función Jurisdiccional, ello en aplicación de lo dispuesto en los artículos ciento once y cuatrocientos ocho del Código Penal, que prescribe una pena privativa de libertad en el primer caso, no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas y en el segundo una pena privativa de la libertad de tres años y con noventa a ciento veinte días-multa; que tratándose de penas conminadas alternativamente la prescripción opera si ha vencido para-

63 Cfr. Víctor Prado Saldarriaga. *Todo sobre el Código Penal. Op. cit.*, p. 150 y 151.

lealmente o secuencialmente los diferentes plazos de prescripción que corresponden a todas las penas alternativas o conjuntas; por lo que siendo ello así, en estricta aplicación del numeral ochenta, concordante con el artículo ochentitrés del Código sustantivo antes invocado, el término de prescripción en el caso concreto resulta ser de cuatro años y seis meses, al existir una pena diferente a la pena privativa de la libertad [...]».

La segunda ejecutoria citada, con convicción y detalle, precisa que «la extinción de la acción penal por prescripción es viable únicamente cuando han vencido paralelamente o de manera extrema todos los diferentes plazos que establece la norma legal antes glosada referida a todas las penas alternativas o conjuntas previstas, por lo que resulta errado atender a los plazos de prescripción únicamente basados en los límites de la pena privativa de la libertad, puesto que ellas constituyen sólo un sistema de los varios que acoge el sistema normativo penal por lo que su condición punitiva es igual con la diferencia del bien jurídico que restringe; Que, por otro lado, un delito sancionado con pena privativa de la libertad y otra conjunta o alterna, aún cuando habría prescrito en razón de la pena privativa de la libertad si por consideración de la otra pena no ha prescrito, faculta la imposición inclusive de la pena privativa de la libertad, por cuanto la institución de la prescripción no está referida a la extinción de la pena, sino tiene el atributo de concluir el derecho de persecución penal del Estado ante el delito cometido a través de la extinción de la acción penal [...]».

Sin embargo, en la Ejecutoria Suprema del 30 de abril de 1997 (Expediente N° 2550-96, procedente de Ancash) se da prioridad a la prescripción de acción penal en delitos con penas alternativas o conjuntas, evaluando solamente el plazo aplicable a la pena privativa de libertad, decisión que se adopta con una argumentación poco comprensible y que se expresa en los siguientes términos: «que de la revisión del proceso se advierte que los delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud—lesiones leves— y contra la Libertad Personal —coacción— imputados a los acusados [...] ocurrieron en el mes de enero de mil novecientos noventidós, los mismos que se encuentran previstos en el artículo ciento veintidós del Código Penal vigente, reprimido simultáneamente con pena privativa de la libertad no mayor de dos años y multa y en artículo ciento cincuentiuno del mencionado dispositivo legal, con pena privativa de la libertad no mayor de dos años; que, la

regla contenida en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal está referida a los delitos que merezcan otras penas distintas a la privativa de libertad, mas no a las penas complementarias que se impongan conjuntamente con ésta; que por ello teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos ochenta y ochentitrés del Código Penal acotado, desde la realización del evento delictivo a la fecha ha transcurrido el plazo previsto para que opere la prescripción [...]». Al parecer, pues, para esta decisión del Supremo Tribunal el párrafo *in fine* del artículo 80° del Código Sustantivo sólo operaría en delitos donde la pena conminada como única sanción sea una pena no privativa de libertad. Este razonamiento, a nuestro modesto entender, estaría limitando los alcances del texto legal y no podría resolver situaciones como la presencia de penas alternativas.

Como habíamos advertido, otras normas sobre la prescripción han sido aplicadas con criterios adecuados y uniformes. Por ejemplo, la Ejecutoria Suprema de fecha 12 de febrero de 1997 (Expediente N° 1624-96, procedente de Lima) aplicando el artículo 81° del Código Penal, reduce los plazos de prescripción a la mitad, ya que «al momento de comisión del delito *sub-judice* el procesado contaba con más de sesenticinco años de edad».

Por su parte, la Ejecutoria Suprema de fecha 13 de enero de 1997 (Expediente N° 2854-95-B, procedente de Lima) al resolver la prescripción en un concurso ideal de delitos ciñéndose a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 80° del texto sustantivo, consideró que «la acción penal aún no ha prescrito por cuanto no ha transcurrido el plazo correspondiente al delito más grave».

En las Ejecutorias Superiores de fecha 01 de julio de 1998 (Expediente N° 1202-98, procedente de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de Lima) y de fecha 20 de mayo de 1996 (Expediente N° 332-95, procedente de la Décimo Segunda Sala Penal de Lima), se reproduce la inveterada discusión sobre la condición instantánea o permanente de ciertos delitos como la desobediencia a la autoridad (Art. 168°) o la omisión de asistencia familiar (Art. 149°). Este debate de la jurisprudencia nacional encuentra un espacio singular en cuanto incide en torno al delito de usurpación de inmuebles en su modalidad de despojo (Art. 202° Inc. 2°). A pesar del tiempo que lleva de vigencia el Código Penal de 1991 y a los esclarecedores conceptos expuestos por la doctrina nacional todavía subsisten resoluciones judi-

ciales que persisten en considerar a dicho ilícito como de naturaleza permanente.⁶⁴

Ahora bien, en la segunda de las ejecutorias superiores citadas, el órgano jurisdiccional procura alcanzar una distinción entre delitos permanentes y los llamados delitos instantáneos de efectos permanentes: «a que conforme a la doctrina, se denomina delito de comisión permanente a aquél en el cual el estado de antijuricidad no cesa y persiste por actos posteriores del agente; que, en el caso de autos nos encontramos frente a delitos de consumación instantánea, siendo sólo sus efectos los que se proyectan en el tiempo [...]».

Resulta interesante el contenido de las Ejecutorias: Suprema de fecha 11 de noviembre de 1996 (Expediente N° 1980-95, procedente de Lima) y Superior de fecha 25 de marzo de 1997 (Expediente N° 60-95, procedente de la Primera Sala Penal de Lima) en tanto que ratifican la utilidad de la llamada prescripción extraordinaria o «larga»; asimismo, dejan entrever que los plazos de este tipo de prescripción se deben computar considerando también el tiempo acumulado en segunda instancia.

Finalmente, en la Ejecutoria Suprema de fecha 20 de noviembre de 1998 (Expediente N° 2476-98, procedente de Lima) se advierte una reevaluación del principio de combinación y de sus efectos en torno a las reglas especiales de prescripción para delitos cometidos por funcionarios públicos y que afectan el patrimonio del Estado. Según la decisión que comentamos no es posible considerar sólo parcialmente las normas de una ley vigente al momento de comisión del delito y combinarla con normas originales del Código Penal de 1991. Esta interpretación que se basa en la ilegalidad de la llamada *lex tertia*, como lo reconoce la propia resolución en análisis, limita la actitud jurisprudencial asumida con anterioridad por nuestro Supremo Tribunal. Según la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema: «no es del caso invocar, como lo hace el Colegiado, en el caso de la prescripción, la aplicación de la legislación penal anterior inaplicando un supuesto normativo de la misma, bajo el argumento que el Código sustantivo actual no lo contempla, pues en este caso no se trata de una institución

64 Cfr. Luis Alberto Bramont-Arias Torres – María del Carmen García Cantizano. **Manual de Derecho Penal**. Parte Especial. Tercera Edición. Editorial San Marcos. Lima, 1997, p. 377.

jurídica regulada en forma homogénea; por lo que debe aplicarse el segundo párrafo del artículo ciento diecinueve del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiuno que establece que el plazo de la prescripción se aumentaría en una mitad cuando se trate de delitos cometidos en agravio del Estado [...] que, en este orden de ideas, si bien este Supremo Tribunal en reiterada jurisprudencia ha establecido la posibilidad de aplicar el principio de combinación conforme al artículo sexto del Código Penal de mil novecientos noventiuno; sin embargo, en atención a la facultad conferida por el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es del caso precisar que dicho principio no se puede aplicar irrestrictamente, sino que debe respetar la coherencia normativa de las instituciones en comparación, a fin de evitar su desnaturalización y la creación judicial de una tercera norma, lo que es incompatible con nuestro sistema constitucional [...].⁶⁵

65 Cfr. Luis Alberto Bramont-Arias Torres – María del Carmen García Cantizano. **Manual de Derecho Penal**. Parte Especial. Tercera Edición. Editorial San Marcos. Lima, 1997, p. 377.

O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois¹

Ada Pellegrini Grinover

1 - Em 1998, quando o projeto final de Código modelo de Processo Penal para Ibero-América foi apresentado às XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, do Rio de Janeiro, a esmagadora maioria dos países de América Latina adotava a velha legislação de características marcadamente inquisitivas, com precedimientos escritos e secretos, as etapas da investigação, da instrução e da sentença confiadas ao mesmo juiz, a compressão dos direitos de defesa, o sistema probatorio articulado em torno da confissão, a prisão cautelar como regra.

As raríssimas exceções eram representadas pelo Código da Província de Córdoba, que desde sua promulgação, em 1939, havia instaurado um juízo público, oral, contraditório e contínuo, influenciando sobre alguns outros códigos provinciais argentino, denominados «códigos modernos»; pelo Código de Costa Rica, que tinha recepcionado o de Córdoba e pelo Código de Processo Penal unitario do Brasil, de 1940, que abolira os juizados de instrução e adotara uma investigação prévia a cargo da polícia judiciária, como o processo desenvolvendo-se integralmente em contraditório público.

A postura adotada pelo Código Modelo – cujos estudos haviam partido das propostas das V Jornadas Ibero-Americanas de Cartagena (1977), acolhendo as bases de Alcalá-Zamora para o Código de Córdoba

1 Relatório final apresentado após a realização do Congresso Internacional «Processo de integração e solução das controvérsias: do contencioso entre os Estados à tutela individual. Europa e América Latina», Tema: A influência do Código Modelo de Processo Penal na América Latina, Roma, setembro de 1999.

ba e as bases de Claría-Olmedo e Velez Mariconde para a unificação legislativa em matéria processual penal da América Latina –rompia, portanto, com a tradição anterior amplamente majoritária. E, a partir daí, começaram a disseminar-se as novas tendências do processo penal ibero-americano, configuradas no Código-Tipo da seguinte maneira: a –adoção do modelo acusatório, com a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar²; b – supressão dos juizados de instrução; c – atribuição da investigação prévia ao Ministerio Público, com a intervenção do juiz para as medidas cautelares; d – intransponibilidade para o processo dos elementos probatórios recolhidos na investigação da *opinio delicti* do Ministério Público; e- processo público e oral, em contraditório; f – procedimento ordinário, com uma etapa intermédia objetivando receber a acusação; g – previsão da suspensão condicional do processo (*probation*); h – existência de procedimentos abreviados; i – supressão, em princípio, da apelação, substituída pelo recurso de cassação e pela revisão *pro reo*; j- tribunais integrados por elementos do povo; k – adoção de vários mecanismo de seleção de casos, quebrando o princípio da obrigatoriedade da ação penal; l – suspensão do processo em caso de revelia; m – preocupação com a vítima e previsão de acordos reparatórios; n – jurisdicionalização da execução; o – efetivação das garantias do devido processo legal.

2 - Aos poucos, essas idéas forma permeando encontros de estuiosos, eventos e congressos internacionais e nacionais, conferências e debates. O que parecia distante e irreal começou a tornar-se próximo e concreto. A cultura do processo penal estava mudando. E, sob esse ponto de vista, a influência política do Código Modelo foi notável.

Como se proclamou na Exposição de Motivos, a elaboração de um Código Modelo procurava servir de base a uma impostergável política renovadora, atendendo à imperiosa exigência de estimular um profundo movimento de reforma em todos os países da comunidade hispano-

2 Durante o Congresso, estabeleceu-se um debate entre José Carlos Barbosa Moreira (Brasil) e a Relatora Geral, a respeito da concordância dos dois no sentido de que o modelo acusatório não se confundir com o *adversarial system* próprio do ordenamento de *common law* (onde está sendo mitigado), não sendo incompatível com iniciativas instrutórias do juiz, após instaurada a ação penal. Cf, sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover, A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, in Rev. Bras. De Ciências Criminais, ed. RT, São Paulo, julho/setembro de 1999, pp. 71-79.

americana, em grande parte ainda atrelados ao processo penal antigo. E nesse aspecto o Código Modelo atingiu plenamente seus objetivos. Em toda parte começaram os movimientos de reforma. O “modelo acusatório” tornou-se um referencial e é sintomático que mesmo os países que não chegaram a adotá-lo a ele se refiram, considerando-o, bem ou mal, inspirador da reforma.

3 - Se a influência política do Código Modelo é um dado de fato, caracterizando-se como elemento definidor de um novo quadro jurídico-cultural, cumpre sobretudo examinar a influência concreta que tenha porventura exercido no plano técnico-legislativo, é dizer, nas reformas legislativas dos diversos países de América Latina.

É aqui que a influência se matiza em diversas nuances, que serão analisadas nos novos códigos e projetos, de alguma forma ligados ao Código Modelo. O estudo será feito a partir de uma posição ambígua que se encontra em evolução, como a da Argentina; passando por uma incapacidade de superação da tensão entre o velho e o novo, como na Colômbia e no projeto do Uruguai; tramitando por reformas pontuais, como no Brasil; e chegando à adoção do modelo acusatório do Código Tipo, com na Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Paraguai (códigos já em vigor), na Venezuela, na Bolívia e no Peru (códigos promulgados, más ainda não vigentes), no projeto do Chile e, ao que se sabe, em Honduras e no Equador.

3.1. A Argentina, nas palavras do relator nacional³, assumiu posição ambígua com relação ao Código Modelo. Pátria de Julio maier, principal artífice da última versão do Código, rica de antecedentes promissores – como o Código de Córdoba e os «códigos modernos» – o país incorporou as idéias do novo processo acusatório em alguns códigos provinciais (Tucumã, Santiago del Estero) mas não de forma generalizada: o Código de Processo Penal da Nação (1991) e moldado no Projeto Ricardo Levene, guardando os juizados de instrução. O da Província de Santa Fé (1993) invoca o Código Modelo mas adota um procedimento misto. O mais novo código, da Província de Buenos Aires (1998), incorpora mais francamente o sistema acusatório, extinguindo os juizados de instrução, más não avança, por exemplo, em relação à etapa intermedia.

3 Pedro Juan Bertolino

Se de ja como for, numa visão macroscópica, pode-se afirmar que os direitos do acusado são preservados e, mesmo quando mantida a fase de instrução formal, os novos processos a abrem a uma participação das partes, tentando fugir do modelo inquisitório e secreto anterior.

Deve-se dizer, contudo, que a adoção do Código Modelo está em franca evolução.

Diversos projetos de códigos provinciais acolhem as linhas mestras do Código Tipo, com a abolição dos juizados de instrução e a previsão de um juízo todo público e oral. Passa-se a enumerá-los, de acordo com relatório solicitado após a realização do Congresso de Roma⁴:

- a. Província de Neuquén (Projeto Mayer e Binder): investigação a cargo do Ministério Público, reforço das garantias processuais, critérios de oportunidade, maiores poderes processuais à vítima, participação do imputado na investigação preparatória, etapa intermediária no procedimento ordinário, acordos reparatórios, juízos abreviados, impugnações reservadas ao arquivamento e à sentença final.
- b. Província de Chaco (lei promulgada a 6.7.99, para entrar em vigor em janeiro de 2001): Investigação preparatória e exercício da ação penal pelo Ministério Público, preocupação com a vítima, medidas cautelares exclusivas do juiz de garantías, previsão do recurso por inconstitucionalidade, cassação e revisão contra a sentença, juízos abreviados.
- c. Província de Catamarca (lei próxima a ser sancionada): investigação preparatória a cargo do Ministério Público com monopólio das medidas cautelares ao juiz; juízo abreviado em caso de flagrante, suspensão condicional do processo, recurso de cassação amplo, preocupação com a vítima.
- d. Província de Entre Rios (projeto em discussão): investigação prévia atribuída ao Ministério Público, ampla legitimação à vítima (individual ou coletiva), tribunal de jurados, medidas cautelares a cargo do juiz, podendo o Ministério Público autorizar a liberdade do acusado.
- e. Província de Mendoza (3 projetos em discussão): seguem-se as linhas gerais do Código de Costa Rica⁵.

4 Relatora Angela Ledesma.

5 Ver *infra*, n. 3.4.

Observe-se que em todos os projetos dos códigos provinciais argentinos, a iniciativa instrutória do juiz, no processo, é bastante limitada, contrariando a linha de raciocínio desenvolvida na nota n.2.

Finalmente, cumpre notar que a evolução rumo ao modelo do Código Tipo se faz, na Argentina, também no projeto do Executivo de reforma do Código da Nação, em que a investigação prévia ficará a cargo do Ministério Público, o imputado poderá acompanhá-la desde o início, a vítima deverá ser consultada para que o MP aplique o princípio da oportunidade e terá poderes processuais, as medidas cautelares serão exclusivas do juiz, está previsto o procedimento intermédio e a cassação será ampla⁶.

3.2. A tensão entre o velho e o novo fica patente no Código da Colômbia (1991) e no projeto do Uruguai, que deverá entrar em vigor em fevereiro de 2000.

O sistema colombiano⁷ é misto e, embora se fale em “tendência acusatória”, o que ocorreu foi simplesmente a substituição do juiz instrutor pelo Ministério Público, o qual integra o Poder Judiciário. A instrutória formal é por ele dirigida, e ele dirigida, e é ele quem investiga e quem determina os provimentos cautelares. A polícia judiciária atua exclusivamente por ordem do Ministério Público. Faculta-se ao imputado a contrariedade das provas, e todas as provas da investigação e da instrução são permanentes e eficazes.

Como pontos positivos, pode-se salientar o contraditório no juizado de instrução e a reserva ao juiz da função de julgar. Mas a atribuição ao mesmo órgão (Ministério Público) da tarefa de investigar, de valorar a prova e de autorizar as medidas cautelares é de indole tipicamente inquisitiva.

No Uruguai⁸, o projeto aprovado pelo Congresso substituiu outro, apresentado pela Corte Suprema e pelo Instituto Uruguaio de Direito Processual, que se aproximava a mais do Código Modelo, más que mesmo assim conservara a instrutória formal, em contraditório, a cargo do Ministério Público.

6 Relatora Angela Ledesma.

7 Relator, Jairo Parra Quijano.

8 Relator, Jaime Greif.

O atual projeto mantém-se fiel ao sistema misto. Sua única proximidade com o Código Modelo está na oralidade, publicidade e bilateralidade .

3.3. O Brasil encontrava-se em situação peculiar, quando da apresentação do Código Modelo. Desde o Código de 1940, já adotava o processo de estrutura acusatória, sem juizados de instrução, com uma fase de investigação prévia, atribuída à polícia judiciária, medidas cautelares ordenadas pelo juiz, acusação formulada pelo Ministério Público, procedimento público e contraditório. Mas o estatuto processual, até a Constituição de 1988, guardava alguns resquícios do sistema inquisitivo: certos procedimentos instaurados *ex officio* ou pela polícia, para as contravenções penais e as lesões corporais culposas, inquérito policial sigiloso, buscas e apreensões com mandado policial, prisão cautelar obrigatório até 1977, garantias ao acusado restritas ao contraditório e ao direito de defesa.

Foi a constituição que assinalou para o processo penal a marca indefectível do modelo acusatório. E, como observa o relator brasileiro⁹, embora não se possa dizer que o texto do Código Modelo, contemporâneo à Constituição, tenha influído sobre esta, é inegável que seu ideário permeou a Lei Maior, até pela identidade de alguns juristas que colaboraram na produção de ambos.

Assim, a ação penal pública ficou privativa do Ministério Público e privativa do juiz ficou a função de determinar qualquer providência cautelar. A polícia judiciária continuou encarregada das investigações prévias, mas ao Ministério Público (autônomo e desligado do Judiciário e do executivo) coube o controle externo da polícia, bem como poderes relacionados com a atividade investigativa. Outra aproximação como o Código Modelo ocorreu pela admissão da transação penal, em nível constitucional. Novas garantias foram introduzidas, como a publicidade dos atos processuais, o direito ao silêncio, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos, a extensão do contraditório ao processo administrativo.

No campo legislativo, a influência direta do Código Modelo manifestou-se pela reestruturação do instituto da revelia, modificado em 1996 e agora limitado à circunstância de o acusado, citado pessoalmente, não comparecer ou abandonar o processo. Mas, na citação ditalícia, se o acusado não comparecer ou não constituir

9 Antônio Scarance Fernandes.

advogado, o processo e o prazo prescricional ficam suspensos, podendo o juiz determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, restrita aos casos de necessidade previstos no Código de Processo Penal. E, embora em lei sucessiva, de 1998, ficasse consignado que a suspensão do processo à revelia não ocorreria nos crimes de «lavagem de dinheiro», a doutrina está entendendo que a exceção só diz respeito às medidas cautelares de apreensão.

Além disso, no campo da justiça penal consensual, a lei de 1995 não só regulou a transação prevista na Constituição, mas também criou o acordo reparatório e a suspensão condicional do processo (*probation*). E, posteriormente, a transação penal foi ampliada pelo Código de Trânsito, de 1997 e pela Lei dos crimes contra o ambiente, de 1998, a qual também reforçou os acordos reparatórios. Cumpre observar que, no sistema brasileiro, a transação penal e a suspensão condicional do processo não pressupõem o reconhecimento de culpabilidade do imputado e que o acordo civil, em alguns casos, é causa de extinção da ação penal.

O Ministério Público, por sua vez, avançou no caminho de uma ingerência mais direta nas investigações policiais, por intermédio de suas leis orgânicas, que fixaram formas de controle e lhe permitiram maior atuação nessa fase da persecução.

No plano estrutural, projetos de leis foram apresentados visando a um melhor tratamento da investigação prévia e a generalizar a previsão de uma fase intermédia no procedimento ordinário, destinada ao juízo de admissibilidade da acusação, hoje confina aos processos afetos ao Tribunal do Júri (competente para os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, e crimes conexos), bem como aos relativos aos crimes praticados por funcionários públicos.

Como nota destoante no quadro da influência do Código Modelo, uma lei de 1995, que trata do crime organizado, atribuiu ao juiz, na fase prévia, a facultade de efetuar pessoalmente as investigações, de forma sigilosa, contrariando toda a tradição do direito brasileiro a tal ponto, que os juízes não têm utilizado os poderes legais.

Por último, cabe assinalar que as novas tendências do processo penal, moldadas pelo Código Modelo, são objeto de constantes estudos e debates, devendo desaguar, mais cedo ou mais tarde, em mudanças legislativas.

3.4. A adoção do modelo acusatorio do Código Tipo rompeu com a estrutura anterior na Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Paraguai (códigos já em vigor), na Venezuela, na Bolívia e no Peru (códigos promulgados, mas ainda não vigentes), no projeto do Chile e, ao que se sabe, em Honduras e no Equador.

O primeiro código nacional a introduzir o sistema do Código Modelo foi o da Guatemala, por influência direta de Julio Maier e Alfredo Binder, da Argentina, nos trabalhos de preparação¹⁰. Sancionado em 1992, entrou em vigor em 1994, prevendo a investigação prévia a cargo do Ministério Público, com a atribuição ao juiz das medidas cautelares. O procedimento comum contempla a fase intermédia e estão regulados o procedimento abreviado e os acordos reparatórios. Há vários critérios de oportunidade de ação penal, com consentimento judicial e, na maioria dos casos, com anuência da vítima. A suspensão do processo (*probation*) depende da reparação do dano. Foi mantida a apelação de não estão previstos tribunais populares.

Costa Rica, que já adotava um procedimento público e oral, em instância única, por recepção do Código de Córdoba de 1939, incorporou no novo Código Promulgado em 1996 e em vigor desde 1998) o sistema e a estrutura do Código Modelo¹¹. Suas características são as enunciadas para o Código da Guatemala, com as seguintes modificações, que o aproximam ainda mais do Código Tipo: um melhor tratamento da fase intermédia do procedimento ordinário e um juízo público mais acusatório; e, com o princípio da oportunidade, um novo método de extinção da ação penal para alguns delitos, por força da conciliação integral do dano. O juízo mantém-se em instância única, com a sentença impugnável pela via da cassação ou revisão.

O Código de El Salvador, promulgado em 1996, entrou em vigor em 1998¹². Acompanhando o modelo do Código Tipo, aproxima-se bastante deste pela previsão de tribunais populares como regra geral. Aliás, mesmo quando o procedimento penal era escrito, existiam jurados em El Salvador, mas o Ministério Público e a defesa limitavam-se a argumentar na base das provas escritas, que não eram produzidas perante o Júri. Hoje todo o processo é público, oral e contínuo e se

10 Relator, Julio Maier.

11 Relator, Julio Maier.

12 Relator, Julio Maier.

desenvolve numa única instância, sendo a sentença impugnável pela via de cassação e da revisão.

O novo Código do Paraguai, promulgado em 1998, entro em vigor em julho de 1999¹³. O Ministério Público dirige a investigação, com o auxilio da polícia judiciária sobre a qual exerce poder disciplinar, e promove a ação penal pública. As medidas de conteúdo jurisdiccional são privativas do juiz. O procedimento ordinário, após a etapa preparatória, passa pela etapa intermédia, chegando à de julgamento, oral e público, or um tribunal colegiado. O Código também prev procedimentos abreviados e a execução é jurisdiccionalizada.

Existem, finalmente, vários códigos já promulgados, mas ainda não em vigor.

A análise do Código da Venezuela, promulgado em 1998, más cuja vacatio legis foi prorrogada, aponta ter ele ficado a meio caminho entre o de Costa Rica (o mais fiel ao Código Modelo) e o da Guatemala. Conforme observa a relatora¹⁴), além da supressão dos juizados de instrução, substituídos pela investigação prévia a cargo do Ministério Público, que ordena e supervisiona a atividade da polícia, e da presença do juiz de controle para as medidas constrictivas, estão previstos o princípio da oportunidade, os acordos reparatórios, a suspensão condicional do processo (*probation*), a etapa intermédia no procedimento ordinário, o procedimento abreviado, o juízo oral. Além disso, tribunais mixtos (escabinato) e de jurados, a intensa participação da vítima e um rico rol de garantías, dentre as quais o contraditório e a defesa técnica desde a fase de investigações. A apelação é mantida, inclusive para matéria de fato, mas é julgada em audiência oral, com comparecimento das partes e produção de prova. A execução é totalmente jurisdiccionalizada.

Na Bolívia, o código, promulgado em 1999 e com entrada em vigor prevista para 2.001¹⁵, acompanha as linhas do Código Modelo, com a investigação prévia atribuída ao Ministério Público, a previsão de procedimentos abreviados, a adoção de diversos critérios de oportunidades, muitas vezes dependendo da anuência da vítima, a suspensão condicional do processo, uma fase intermédia no procedimento comum,

13 Relator, Rodolfo Duarte Pedro.

14 Mariolga Quintero Tirado.

15 Relator Julio Maier.

a impugnação da sentença pela cassação tradicional. Não estão contemplados tribunais integrados por jurados.

O Código do Peru¹⁶, promulgado em 1991, com prorrogação até o momento da *vacatio legis*, só vige, por enquanto, em relação à adoção do princípio da oportunidade. O Código contempla a investigação prévia e o exercício da ação penal a cargo do Ministério Público, a reserva das medidas cautelares ao juiz, a intervenção do acusado desde o início da investigação, a legitimação difusa da vítima, procedimentos abreviados, a distinção entre ausência e contumácia, a etapa intermédia no procedimento ordinário.

O projeto do Chile¹⁷, aprovado pela Câmara dos Deputados e em fase de revisão no Senado, como entrada em vigor prevista para o ano 2.000, demandou a reforma da Constituição, para nela se incorporar o Ministério Público, organismo autônomo, que não integra os Poderes tradicionais. A ele estarão entregues as investigações, submetidas a um juiz de garantias para a determinação das medidas restritivas. Várias soluções do Código Modelo foram adotadas no projeto: o princípio da oportunidade, a suspensão condicional do processo (*probation*), os acordos reparatórios, a audiência correspondente à etapa intermédia. A sentença só poderá fundar-se na prova produzida na etapa do julgamento e o acusado será declarado em audiência «inocente» ou «culpado», com posterior prazo ao colegiado para a redação da sentença. Esta não será impugnável pela via da apelação, mas só pelo recurso de cassação. Discute-se a respeito da introdução de um recurso extraordinário para a revisão de julgados que se tenham apartado da prova produzida. E, finalmente, está previsto o procedimento abreviado para casos de penas limitadas em que haja aceitação dos fatos pelo imputado.

Finalmente, tem-se notícias de que também Honduras e Equador promulgaran seus novos Códigos, com ampla influência do Código Modelo, mas sobre eles e sua entrada em vigor faltam, até o momento, conhecimentos mais seguros¹⁸.

4.- Em conclusão, pode-se afirmar, 10 anos depois, que o Código Modelo Provocou uma verdadeira revolução no processo penal da América Latina.

16 Relator, Aníbal Quiroga León.

17 Relator, Raul Tavorari.

18 Informações de Julio Maier.

A uma, tornando o sistema acusatório lema e leme das reformas.

A duas, levando sua influência mesmo naqueles países que ainda não conseguiram libertar-se das amarras dos juizados de instrução, de modo a retirar-lhes as características de instrumento sigiloso de inquisição, abrindo-os ao contraditório.

A três, substituindo-os por uma fase investigativa prévia, destinada exclusivamente à formação da *opinio delicti* do Ministério Público e cujos resultados não podem servir de base para a condenação, ficando as medidas cautelares reservadas ao juiz.

A quatro, chegando a permear profundamente alguns estatutos processuais, que incorporaram seu modelo.

Diante desse quadro, é lícito esperar que outros países deverão seguir o mesmo exemplo, até chegar o dia em que se poderá efetivamente afirmar a existência de uma plena harmonização o processo penal na América Latina.

Harmonização horizontal, na tipologia de Giuseppe Tarzia¹⁹, que é deixada à iniciativa de cada Estado, num processo que pode ser lento mas resultará mais suave e seguro²⁰, no pleno respeito das peculiaridades locais. Processo, esse, que descarta a ideia de unificação, segundo modelos impostos, e que dispensa a harmonização vertical, de índole comunitaria, mas que é profundamente influenciado pela aproximação teórica e pelas experiências comuns.

19 Giuseppe Tarzia, Relatório Geral apresentado ao XI Congresso Mundial da *International Association of Procedural Law* (Viena, 23-28 de agosto de 1999), sobre o tema «Une procédure civile sans frontières: harmonization et unification du droit procédural».

20 Roberto Berizonce (Argentina) salientou, no Congresso de Roma, as dificuldades inerentes às mudanças inspiradas no Código Modelo: a mentalidade, a construção de um Ministério Público autônomo, a implementação das estruturas administrativas.

El juez penal y el control difuso: análisis a partir de dos leyes

Roger Yon Ruesta

Introducción

La aplicación de la política social y económica de los distintos gobiernos ha merecido la utilización de diversas formas de control social, desde las más simples, como dación de leyes, hasta otras de carácter más complejo y sofisticado, como el diseño de control a partir de la utilización de medios de comunicación. El control social a través de leyes, en nuestro país, observa una serie de deficiencias técnicas que, realizadas ya sea de manera intencional o negligente, presentan un cuadro controvertido de cara a los postulados constitucionales. Es el caso de la ley que regula la prenda global y flotante y la ley referente a la AFP.

En un primer acercamiento a las precitadas leyes, es curioso notar cómo ambas establecen ilícitos penales en el marco de una regulación civil - comercial y laboral, respectivamente, utilizándose una técnica de remisión inversa en donde no es la ley penal la que busca un complemento en una disposición administrativa, tributaria, civil, laboral, etc.; sino que, por el contrario, son estas disposiciones las que, al estipular incumplimientos, remiten a la ley penal; específicamente, al tipo de apropiación ilícita, regulado en el artículo 190° del Código penal.

El problema con estas leyes no sólo radica en la deficiente técnica utilizada, sino en que la configuración del tipo de injusto se desliga de la protección del bien jurídico, por lo que, ambas disposiciones legales terminan protegiendo acciones de incumplimiento y estableciendo, detrás de ello, la proscrita cárcel por deudas.

Paralelamente, contamos con jueces cuya actuación traduce defi-

ciencias de formación, inestabilidad en el cargo, y falta de especialización; asimismo, existen problemas de carácter político como falta de independencia y un poder judicial con serios casos de corrupción. En este marco de actuación de la función jurisdiccional (con honrosas excepciones, por cierto), solicitarle al juez penal que realice la tarea de control difuso, resulta sumamente complicado. Aún así nuestro objetivo -en el presente trabajo- es brindar algunas pautas que guíen al juzgador en la mencionada labor.

1. El control difuso

1.1. Control de constitucionalidad

El ordenamiento jurídico cumple la misión de regular la vida humana en sociedad, de modo tal que se organiza como una estructura jerárquica. Así, es necesaria una ley que contenga una dirección política, desde la definición de Estado que se quiera adoptar hasta un proyecto de bienestar común; y que, además delimite el ejercicio del poder entre sus detentadores. En suma, una ley que constituya a la vez punto de partida y meta de todo el ordenamiento social¹.

Esta afirmación abre paso al «principio de supremacía de la Constitución», el mismo que supone la existencia, dentro de todo sistema jurídico, de un orden de prelación de normas, siendo la Constitución, la que rige sobre las demás y en tal sentido, vincula más fuertemente al juez que el resto de las leyes, las cuales únicamente serán aplicadas (serán válidas) si no contradicen los principios fundamentales de aquella².

El carácter fundamental de la Constitución, a decir de Lowenstein, se manifiesta en cinco elementos constitutivos irreductibles. Así, toda Constitución que se precie de serlo, deberá contener:

- La diferenciación de las diversas tareas estatales y su asignación a

1 Karl Lowenstein. *Teoría de la Constitución*. Barcelona. Ariel, 1976. p. 149.

2 Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985. p. 54.

diferentes órganos estatales o detentadores del poder para evitar la concentración del poder.

- Un mecanismo preestablecido de cooperación entre los diversos órganos detentadores del poder.
- Un mecanismo de solución autocrática de los conflictos que genere la falencia de cooperación citada en el punto anterior.
- Un método de adaptación pacífica al cambio social (como un método racional de reforma constitucional, por ejemplo).
- El reconocimiento expreso a ciertas esferas de autodeterminación individual –los derechos individuales y libertades fundamentales- y su protección frente a la intervención de uno o todos los detentadores del poder³.

El problema que se plantea, entonces, radica en verificar si la norma fundamental se cumple, esto es, si goza de vigencia efectiva; en tal sentido, se deben escoger los medios adecuados para lograr dicho objetivo, porque, definitivamente, una Constitución que no se aplica engendra la desconfianza y el desapego hacia las instituciones jurídicas.

De lo expuesto en el párrafo precedente, se desprende que el dilema principal se encuentra en cómo hacer que la supremacía constitucional no sea tan sólo una declaración retórica. Aquí es donde aparece y se evidencia la necesidad de contar con un sistema efectivo de control de constitucionalidad del aparato infraconstitucional. En otras palabras, de cómo hacer efectivos los límites impuestos al legislador por la norma fundamental.

Toda ley –en los sistemas de constituciones rígidas- debe estar conformada de acuerdo a los principios generales de una ley superior que no puede ser reformada sino a través de un mecanismo especial y por medio de un órgano distinto de los ordinarios. Es en este sentido que se debe entender la presunción que las leyes, en principio, se encuentran en consonancia con la Constitución. La necesidad de mantener la vigencia efectiva de ambos principios ha engendrado el llamado control de constitucionalidad.

Sin embargo, todo lo relacionado con la llamada revisión judicial se torna por momentos confuso. Ello se presenta particularmente en asuntos tales como la legitimidad del control, en los límites del mismo, o

3 Karl Lowenstein. *Op. cit.* p. 154.

más aún, cuando nos preguntamos si existen actos exentos del control judicial (por ejemplo en dispositivos judiciales de mero trámite). En tal sentido, el control constitucional es uno de los procesos gubernamentales (legislativos o de interpretación legislativa) menos entendidos.

Es quizá por ello que un problema inherente al control de constitucionalidad, es el de colocar constantemente a los tribunales en conflicto frente a los poderes políticos, lo que ha obligado a ir modelando, en cada época, un concepto distinto de control de constitucionalidad.

El control difuso está íntimamente relacionado con el «principio de legalidad»⁴ y con el Estado de derecho; puesto que, en este último, la premisa esencial es la sumisión de la autoridad política a la ley, y dicha subordinación se logra cuando existe un poder que sea capaz de controlar la legalidad constitucional. El Estado de derecho es, en sí mismo, un Estado controlado desde dentro, por sus propios órganos en recíproca interacción; y, desde afuera, por la comunidad gobernada, resultando que el control de constitucionalidad es una de sus herramientas principales⁵.

Sin embargo, a pesar que los gobiernos modernos han coincidido en la necesidad de la existencia de un poder limitado, históricamente no coincidieron acerca de la forma de asegurar ese control. Por una parte, los ingleses y norteamericanos adoptaron el llamado *rule of law*, donde la responsabilidad del control de gobierno recae fundamentalmente en los jueces, en tanto que los sistemas europeo-continetales optaron, a partir de la experiencia francesa del Consejo de Estado, por el llamado «contencioso- administrativo»⁶.

4 El principio de legalidad, en esta parte del trabajo, se entiende como «[...] el principio de observancia del derecho objetivo en todos los actos de los órganos estatales, así como en toda la actividad desplegada por los titulares de los mismos, incluso los más elevados[...]». Cfr. al respecto: Paolo Biscaretti Di Ruffia. Derecho Constitucional. Madrid: Tecnos, 1973. p. 546.

5 En el estado de derecho el ordenamiento jurídico organiza la respuesta a la violación que no sólo proviene de los ciudadanos particulares, sino también de los funcionarios públicos; así, no es que se restrinja el aparato sancionatorio, sino, por el contrario, el control jurídico se amplía, perfeccionando sus técnicas sancionatorias. Cfr. Norberto Bobbio. Teoría General del Derecho. 4º reimpresión. Tr. Eduardo Rozo Acuña. Madrid: Debate, 1996. p. 132.

6 Una explicación de ambos sistemas: Eduardo García de Enterría. *Op. cit.* pp. 49-61.

1.2 Definición de control difuso

El control difuso debe ser entendido en dos sentidos: el primero, es el que le otorga la condición de ser elemento inseparable del concepto de Constitución y se orienta al fin que ésta persigue; el segundo sentido se encuentra relacionado a la pluralidad de medios a través de los cuales ese control se articula, la diversidad de objetos sobre los que puede recaer y el diferente carácter de los instrumentos e institutos en que se manifiesta, los cuales impiden sostener un concepto único de control.

El control difuso es el control judicial, entendido éste como la facultad que se le otorga a los jueces para que puedan disponer la inaplicación de una ley si, a su criterio, resulta inconstitucional, esto es, que contraviene a los principios fundamentales de la Constitución. En tal sentido, este control constitucional opera con la función de todos los jueces, cualesquiera sea su rango y jerarquía.

De conformidad con este sistema, los jueces gozan de poder para declarar la inconstitucionalidad de las leyes atendiendo a que la Constitución es la ley suprema y por tanto se reconoce el principio de su supremacía frente a cualquier otra ley que le sea contraria. En consecuencia, toda ley que la viole o que, de alguna forma la contravenga, será nula y podrá no ser aplicada por los jueces, quienes se encuentran en la obligación de dar prioridad a la Constitución, siempre y cuando, claro está, se aplique al caso concreto.

Sin embargo, pese a lo afirmado en el párrafo precedente, respecto a que normalmente la revisión judicial se adopta para casos concretos y tiene sólo efectos entre las partes en conflicto, se puede dar el caso en que tal decisión judicial sienta un precedente que resulte vinculante para todos aquellos tribunales que, en el futuro, se enfrenten a situaciones similares o idénticas. No sólo funciona respecto al resultado de la decisión, sino también al razonamiento mismo.

En tal sentido, la decisión judicial inicial se proyecta hacia el futuro, tanto en el tiempo, vinculando a futuros jueces al resultado del caso y al razonamiento necesario para llegar al mismo, cuanto en el espacio, invitando a futuros jueces a extender el alcance de la decisión inicial, por analogía, a nuevos casos que sean ampliaciones lógicas del principio subyacente en el primer caso. Sin embargo, más adelante comentaremos que lo dicho no se debe cumplir de manera rígida, puesto que la vinculación con el precedente no puede ni debe ser absoluta.

El control difuso de constitucionalidad de las leyes, deviene en un deber para todos los jueces de examinar la constitucionalidad de sus resoluciones, para el caso concreto, y declarar, cuando sea requerido, su inaplicación dentro del proceso específico que está conociendo. En tal sentido, deberá considerar a dicha ley nula y sin valor para la resolución del caso.

1.3 Aplicación del control de constitucionalidad

Si bien no existe ley o reglamento que señale cómo y en qué forma debe ser aplicado el control de constitucionalidad, no obstante, éste se encuentra sometido a ciertas reglas procesales y de fondo que son producto de elaboraciones jurisprudenciales.

Cabe señalar que el control que ejercen los jueces cuenta con algunas limitaciones, tales como la imposibilidad de expresar una opinión adversa a la validez de una ley salvo que sea absolutamente necesaria para la decisión de una causa ante ella. En tal sentido, cuando se solicita la declaración de inconstitucionalidad de una ley se debe poder probar no sólo que la misma es inválida, sino también que se causaría un perjuicio directo o que se generaría un peligro inmediato como resultado de su aplicación.

Por otra parte, consideramos importante tomar en cuenta las reglas a las que debe ajustarse un juez antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley, las mismas que fueron descritas por el juez Brandeis, en su voto disidente en *Ashwender vs. Tennessee Valley Authority*, donde estableció lo siguiente:

- No se puede declarar la inconstitucionalidad en un procedimiento voluntario y no contencioso.
- No se puede anticipar una decisión de inconstitucionalidad antes de la necesidad de decirla.
- No se puede formular una regla de constitucionalidad más amplia que la requerida por los hechos precisos a los cuales ha de aplicarse.
- No se puede entrar a apreciar la constitucionalidad de una ley a instancia de una parte que no ha podido probar que la aplicación de ésta le ocasionaba perjuicio.
- No se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley a instancia de una parte que se ha beneficiado con ésta.

- Una ley siempre debe ser interpretada de forma tal que se evite, en lo posible, su declaración de inconstitucionalidad. Ello, de cara a la presunción de que toda ley es acorde con la Constitución.

1.4 Base legal

El principio de supremacía constitucional, como mencionáramos anteriormente, consiste en la cualidad jurídica específica de la Constitución que la define como el sistema normativo de máxima jerarquía dentro del contexto de un sistema jurídico nacional, revistiendo superioridad frente a la totalidad de normas pertenecientes a los diferentes niveles que componen la construcción escalonada del ordenamiento jurídico.

En este sentido, la relación de jerarquía a la que se hace referencia implica la atribución que se le otorga a la Constitución, consistente en una máxima fuerza o capacidad innovativa, por un lado, y a la vez, en la máxima capacidad de resistencia frente a normas sucesivas contrarias a ella. Cabe agregar que, en ambos casos, se hace referencia a los niveles infraconstitucionales.

El principio de supremacía constitucional es pues, un elemento integrante de nuestro sistema constitucional. En ese sentido, la Constitución enuncia:

«Artículo 51º.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado».

Siguiendo lo establecido en este artículo, la constitución prevalece sobre toda norma legal (o con fuerza de ley), esta última, sobre otras de inferior jerarquía, y así sucesivamente. En tal sentido, ha de concluirse que ella reviste mayor jerarquía también sobre los niveles infralegales.

Para garantizar jurídicamente la Constitución, se recurre a los mecanismos de rigidez constitucional y el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y normas infralegales.

Cabe destacar, en primer lugar, que nuestra Carta Magna es de tipo rígida, toda vez que cualquier modificación que requiera, deberá darse a través de un procedimiento agravado contemplado en su artículo 206º.

«Artículo 206º.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral».

En segundo término, se debe indicar que a efectos de garantizar la vinculatoriedad de la Constitución, se constituyen mecanismos jurídico-procesales que la tutelan frente a actos que la transgreden. Atendiendo a que la Constitución «no es plenamente obligatoria en su sentido técnico», el control jurisdiccional de la constitucionalidad ha contribuido a que el carácter normativo de la Constitución y su preeminencia jerárquica haya alcanzado su forma más neta.

En esta línea, nuestro sistema jurídico establece el control de la constitucionalidad a través de la jurisdicción constitucional, la cual también corresponde al Tribunal Constitucional, conforme lo estipulado en el artículo 201º de la Constitución. La función que cumple el Tribunal, de acuerdo al artículo 202º de nuestra Carta Magna, es ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de las normas de rango de ley mediante la Acción de inconstitucionalidad.

De vuelta al principio de jerarquía, en concordancia con lo expuesto, el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución establece:

«Artículo 138º.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

En el mismo sentido, el artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe:

«Artículo 14º.- De conformidad con el artículo 236º de la Constitución⁷, cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas.

Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos los casos, los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular».

Todos los jueces tienen la potestad (y más que ello la obligación), de ejercer el control difuso de constitucionalidad y legalidad de las normas. Sin embargo, se debe precisar que la competencia de la jurisdicción constitucional no se circunscribe a los procesos de control normativo, sino que comprende además:

- Procesos de Tutela de Derechos -a través de las Garantías Constitucionales: hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, reguladas respectivamente por la Ley N° 25398 y la Ley N° 26301- procesos que, de acuerdo a los artículos 15º y 29º de la Ley N° 23506, y artículos 1º y 4º de la Ley N° 26301, son de conocimiento de los jueces y Cortes del Poder Judicial, así como del Tribunal Constitucional, pero en este último caso sólo a través del recurso extraordinario de conformidad con lo establecido en el artículo 202º, inciso 2 de la Constitución y artículo 41º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- Proceso de conflicto de competencias y atribuciones, de exclusiva competencia del Tribunal Constitucional.

7 Se refiere al Artículo 236º de la Constitución de 1979. Actualmente esta norma remite a los artículos 51º y 138º de la Carta de 1993.

En consecuencia, la supremacía de la Constitución es protegida a través de los mencionados procesos constitucionales o «Garantías Constitucionales» de conformidad con el Título V de la Constitución.

En este sentido, todas las normas citadas en los párrafos precedentes, en conjunto, cumplen un rol típicamente instrumental con el objeto de garantizar el respeto del principio de supremacía constitucional.

2. El delito de apropiación ilícita

Este tipo penal se encuentra previsto en el Artículo 190º del Código Penal; específicamente en el Libro Segundo, Título V, Capítulo III, de los Delitos Contra el Patrimonio.

El mencionado artículo establece lo siguiente:

«El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando el agente se apropia de bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias de desastres naturales u otros similares la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años».

El bien jurídico protegido es el patrimonio⁸. Al respecto, el Tribunal Supremo español, en sentencia del 8 de mayo del 1992, determinó que el delito de apropiación indebida⁹ implica un ataque contra el

8 Esto al margen del debate acerca de las diversas concepciones de patrimonio que maneja la doctrina: concepción jurídica de patrimonio, concepción económica estricta de patrimonio, concepción patrimonial personal y la concepción mixta o jurídico-económica de patrimonio.

9 El legislador español ha denominado al delito de apropiación ilícita como apropiación indebida.

patrimonio, entendiendo éste como un conjunto de bienes, derechos y cargas, del que se puede ser titular con carácter de universalidad jurídica¹⁰. Un sector de la doctrina nacional, siguiendo el lineamiento internacional, afirma que se protege el patrimonio y, concretamente, la propiedad¹¹.

De igual modo, el Tribunal Supremo español¹² ha resuelto, en la conocida sentencia del 25 de febrero de 1986, de la siguiente manera:

«El delito de apropiación indebida se caracteriza básicamente por la transmutación verificada unilateralmente por el agente en el título posesorio de dinero, cosas muebles o efectos, convirtiendo la posesión jurídica legítima inicial, a la que se había dado paso merced a cualquier relación jurídica habilitadora para ello, en propiedad ilegítima, consecuencia de la deliberada incorporación de aquellos al propio patrimonio, dolo subsiguiente que da al traste y quebranta el basamento de confianza sobre el que se generó la negociación propiciadora de aquel arranque posesorio que puso lícitamente los objetos en mano del infractor»¹³.

En relación al sujeto activo, este delito debe ser cometido por quien goza de una especial cualidad; es entonces, un delito especial, es decir, un tipo penal que no cualquier persona puede cometer sino sólo aquellos que posean las especiales exigencias del tipo penal. En este caso, sujeto activo es sólo aquel que ha recibido la cosa ajena en depósito, comisión o administración.

En opinión de Queralt¹⁴, la apropiación indebida es un delito especial propio ya que sólo podrán cometerlo aquellos que, sin haber reci-

10 Alfonso Serrano Gómez. **Derecho Penal**. Parte Especial. Madrid: Dikynson, 1999. p. 388.

11 Luis Bramont-Arias Torres y María del Carmen García Cantizano. **Manual de Derecho Penal**. Parte Especial. Lima: San Marcos, 1998. p. 329.

12 Aunque en España la tipificación de este delito difiere ligeramente a la nuestra, es válido aplicar la jurisprudencia hispana –por la profundidad de su análisis– a nuestra realidad.

13 Tomás Vives Antón. Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 1252.

14 Joan Queralt. **Derecho Penal Español**. Parte Especial. Barcelona: Bosch, 1996. p. 398.

bido en propiedad una cosa tengan la obligación de devolverla en virtud a un título, y estos están taxativamente enunciados en el tipo penal. De esto se desprende que sólo puede ser autor quien ostenta una posición de confianza, determinada legalmente por un doble requisito: la recepción de la cosa y el título que produzca la obligación de entregarla o devolverla.

Cabe resaltar, para efectos de esta investigación, que el primero de estos requisitos: la recepción de la cosa ajena exige la entrega efectiva al deudor. Mediante la entrega, la cosa ajena ha de pasar materialmente a sus manos. No hay, por consiguiente recepción, si la cosa estuvo ya en poder del autor y permanece en su patrimonio [...]. El *constitutum possessorium* o cualquier otro tipo de ficción de entrega no comporta una auténtica recepción de la cosa. Por lo tanto, en tales ocasiones no podrá apreciarse la concurrencia del tipo¹⁵.

El comportamiento en este delito consiste en la apropiación de un bien mueble, dinero o un valor que se ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado¹⁶.

Acerca de este punto Serrano Gómez¹⁷ afirma que la acción consiste en apropiarse o distraer, en perjuicio de otro, dinero, efectos, etc. que se hubieran recibido por cualquier título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos.

Nuestro Código Penal en la tipificación de este delito, determina como conductas delictivas la apropiación indebida de un bien mueble, suma de dinero, o un valor que se ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante a éstos. Además, este tipo penal cuenta con dos agravantes; cuando el sujeto tiene la calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, y cuando el sujeto se apropie de bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias de desastres naturales u otros similares.

Así, la conducta consiste en disponer del bien ajeno como si fuera propio, o negarse a devolverlo. La posesión de este bien debe existir en virtud a un título traslativo de posesión, es decir, este delito surge de

15 Tomás Vives. *Op. Cit.* p. 1255.

16 Luis Bramont-Arias y Otro. *Op. cit.* p. 329.

un abuso de confianza que viola una situación jurídica completamente lícita para pasar a otra que, carece de licitud.

El sujeto pasivo en este delito es aquella persona que sufre la lesión patrimonial; el titular del bien jurídico que, en virtud a la confianza, cede la posesión del bien mueble, suma de dinero o valor a otra persona y que se ve sorprendida y dañada por el hacer delictivo del sujeto activo.

3. La prenda global y flotante

En un contexto social en el cual el crédito es la herramienta más eficiente en el medio económico para obtener riqueza, surge la necesidad de utilizar mecanismos que garanticen el normal cumplimiento de las operaciones crediticias. Es en este marco en el que se entiende, de manera general, que la prenda es un derecho constituido por el deudor a favor del acreedor con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones, pero que tiene una característica peculiar: la cosa dada en garantía se transfiere en posesión al acreedor prendario.

3.1 Prenda sin desplazamiento

La prenda con registro o sin desplazamiento es una forma de evolución de la prenda tradicional o clásica que representa sobre ésta la gran ventaja desde el punto de vista económico, pues el deudor o tercero no se desprende de los bienes afectados en garantía, de modo que no se ve económicamente perjudicado por la privación del beneficio que se pueda extraer de su uso¹⁸.

Constituye una figura de derecho real de garantía sobre bienes muebles caracterizado por no implicar desplazamiento de la posesión, sino sujeción registral¹⁹.

17 Alfonso Serrano. *Op. cit.* p. 388.

18 Ismael Acevedo y Conrado. Origen y evolución de la prenda sin desplazamiento y sus antecedentes en la legislación extranjera y la del Perú (citado por José Luis Germán Ramírez-Gastón Ballón. *La Prenda Flotante*. Tesis para obtener el grado de bachiller en derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. 1978. p 77).

19 Jorge Avendaño. *Selección de textos. Derechos Reales*. Lima: Oficina de Publicaciones para la Docencia de la PUCP, 1996. p. 300.

3.2 El contrato de prenda global y flotante

La Ley N° 26702 del 06 de diciembre de 1996, conocida como «Ley del Sistema Financiero y Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros», ha regulado en su artículo 231° el contrato de prenda global y flotante. El mismo tiene su razón de ser en la necesidad de brindar mayores garantías a los grandes agentes financieros para el cumplimiento de sus operaciones. Este artículo determina lo siguiente:

«Artículo 231°.- Contrato de prenda global y flotante

Por el contrato de prenda global y flotante se establece un gravamen sobre el bien mueble fungible afecto a la garantía, que permite al constituyente disponer del bien para sustituirlo por otro u otros de valor equivalente. El constituyente de esta prenda o el representante de la persona jurídica queda constituido del bien o bienes, y obligado a devolver otro u otros de la misma especie y cantidad, o en su defecto, su valor en dinero. El depositario que incumpliere con esta obligación se encuentra incurso en el delito tipificado en el artículo 190° del Código Penal²⁰.

Podrá constituirse prenda global y flotante sobre cualquier tipo de activo fungible, para garantizar operaciones objeto de seguro de crédito, de las facturas conformadas o de otras operaciones de crédito.

La prenda global y flotante deberá ser inscrita en el registro especial que se abra en la central de riesgos que, al efecto, organice la superintendencia. El acreedor tiene preferencia absoluta sobre el valor de la prenda global y flotante, y excluye a todos los demás acreedores del constituyente, ya se encuentre este último, o no, afecto a un proceso de reestructuración o concursal».

En la misma línea, el artículo 5° de la Resolución N° 430-97 de la Superintendencia de Banca y Seguros determina que la persona constituyente de la prenda global y flotante, o su representante constituyente, asumen la calidad y responsabilidad del depositario, están obligados a entregar al acreedor los bienes afectados a su simple requerimiento y, ante el eventual incumplimiento de la obligación garantizada, configuran el ilícito de apropiación indebida. La entrega

20 El subrayado es nuestro.

se hace con los mismos bienes o con bienes de igual naturaleza o en su defecto, con la entrega de su valor en dinero. Sin perjuicio de la responsabilidad civil, de no cumplir con la obligación de entrega, el depositario incurrirá en el delito de apropiación ilícita.

En líneas generales, podríamos definir a la prenda flotante como la garantía que puede otorgarse sobre cosas muebles susceptibles de reemplazo por otras de la misma especie y calidad. Estos bienes necesariamente deben ser utilizados en su explotación económica por lo que la desposesión se torna imposible, ya que acarrearía la paralización de la actividad productora o comercializadora del deudor. Se entiende que con este tipo de prenda flotante se busca, por un lado, la seguridad para los acreedores a través de la publicidad de la prenda constituida y, por el otro, evitar que se alteren las condiciones empresariales del deudor.

Entonces, la denominada «prenda flotante» permite gravar un conjunto de bienes no registrables, conservando el deudor la posesión de los mismos y estableciéndose la facultad para que pueda comercializarlos libremente, con la única limitación de obligarse a reponer los bienes vendidos, por otros de la misma especie, manteniendo así el *stock* original²¹.

Puede decirse que la garantía del acreedor no recae sobre cuerpos ciertos sino sobre un género en constante cambio imprimiéndole a la garantía una gran flexibilidad que sólo se inmovilizará en el momento de la ejecución.²²

Cabe indicar que, la prenda flotante, a diferencia de la prenda tradicional, presenta características propias. En la doctrina argentina se suele establecer como uno de los requisitos de la prenda flotante que las cosas gravadas sean mercadería y materia prima que generalmente pertenecen a un establecimiento comercial e industrial. En tal sentido, no se trata de cualquier clase de mercancía o materia prima, sino que deben estar relacionadas con el movimiento económico de la industria o el comercio²³.

Por su finalidad económica, las mercaderías gravadas están destinadas a enajenarse o transformarse, teniendo el deudor la libre disponibi-

21 Luis Pizarro Aranguren. «Aproximación al sistema de garantía prendaria en el Derecho peruano». En: *Ius Et Veritas* N°13. Año VII. 1996. p. 133.

22 José Luis Ramírez-Gastón. *Op. cit.* p. 79.

23 Ibid. p. 73.

lidad de ellas. Una vez enajenadas el derecho de garantía no sigue a la cosa, sino que recae sobre las que se adquieren para reemplazarlas, por lo cual el derecho del acreedor se efectivizará normalmente sobre otras que no son las primitivamente gravadas.

Por ser susceptibles de reemplazo por objetos de la misma especie y calidad, estos bienes tienen carácter de fungibles, cuya función esencial es asegurar la perdurabilidad de la prenda. En tal sentido, la prenda global y flotante es una ficción del Derecho Civil frente a determinadas conductas comerciales.

Entre los caracteres de la prenda flotante tenemos que es convencional, sólo puede constituirse por el acreedor de parte que es precisamente el que le da nacimiento; es accesorio, no se concibe sino como accesorio de una obligación principal a la cual garantiza; es mobiliaria, recae sobre un conjunto de bienes muebles; es indivisible, ya que cada uno de los bienes pignoralados se encuentran afectados en el conjunto de la deuda y de cada parte de ella, salvo pacto en contrario.²⁴

En la Resolución de la Superintendencia anteriormente citada, se designa al propietario del bien prendado como depositario del mismo, y cuando es exigido a devolver la prenda o un valor semejante sin que esto suceda, se le imputa haberse apropiado de algo que le pertenece. Como ya hemos expuesto en párrafos precedentes, esta situación degenera la figura de la apropiación ilícita. La conducta criminalizada en la Ley N° 26702 y la Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros N° 430-97 no es compatible con las exigencias inherentes a la naturaleza de este delito.

Cabe señalar que algo similar ocurre en España con el artículo 59° de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 1954, la que dispone que «el dueño de los efectos pignoralados, a todos los efectos legales, tendrá la consideración de depositario». En virtud a lo anterior, los jueces españoles castigaron como apropiación indebida la disposición de los bienes prendados efectuada por el propio propietario. Pero, como se ha repetido en la doctrina, ni el propietario comete, en puridad, apropiación, ni puede decirse que haya recibido material y efectivamente la cosa prendada²⁵. De lo anterior se desprende la exis-

24 Ibid. pp. 80 – 81.

25 Tomás Vives. *Op. cit.* p. 1264.

tencia de un conflicto entre la doctrina penal mayoritaria²⁶ y el legislador, quien, en busca de otorgar mayores garantías al acreedor prendario ha buscado una solución fácil sin medir las consecuencias.

El supuesto ilícito, mencionado artículo 231º de la ley N° 26702, es calificado como ampliación de la punibilidad, es decir, el campo de punición del delito de apropiación ilícita se ha ampliado. Esto, mediante la figura de la remisión inversa, recurso legislativo bastante criticado en sede penal y que implica una propuesta totalmente antitécnica por las consecuencias negativas que puede acarrear de cara al principio de legalidad.

Así, mediante esta remisión, se está «llenando» de un nuevo contenido, totalmente ajeno a la naturaleza del tipo de apropiación ilícita. En efecto, se criminaliza el incumplimiento de la obligación de devolver, derivada de la celebración del contrato de prenda global y flotante. ¿Acaso el Derecho Penal será el encargado de sancionar este tipo de incumplimientos contractuales?. Creemos que no. No sólo se está desnaturalizando el delito de apropiación ilícita, sino que, además, se malinterpreta la función del derecho penal: defensa y protección de bienes jurídico-penales. En esta línea de pensamiento Muñoz Conde indica:

«[...] el bien jurídico protegido en estos delitos *sui generis* creados por leyes especiales, es por tanto, el derecho que tiene quien entrega una cosa a que sea usada conforme al ámbito de disponibilidad que permita el título por lo que fue entregada la cosa, ámbito de disponibilidad que puede coincidir con una propiedad con limitaciones. La esencia de estos delitos consiste en la lesión a este derecho con el incumplimiento, por parte del sujeto activo de la obligación de disponer de la cosa con las limitaciones que en el título se indican; de este modo, creándose delitos que sólo tienen con la apropiación indebida un parentesco morfológico y que sólo se asimilan a ella a efectos penales, se amplía el ámbito de protección penal, sancionando el mero incumplimiento contractual o la afectación de ciertas expectativas y limitaciones [...]»²⁷.

26 Cfr. entre otros: Juan Bustos Ramírez. **Manual de Derecho Penal**. Parte Especial. Barcelona: Ariel, 1991. Francisco Muñoz Conde. **Derecho Penal**. Parte Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. José María Rodríguez Devesa. **Derecho Penal**. Parte Especial. Madrid: Dikynson, 1996. Joan Queralt. **Derecho Penal Español**. *Op. cit.*

27 Francisco Muñoz. *Op. cit.* p 380.

Por otra parte, lo que aparece especialmente protegido en el delito de apropiación ilícita es la propiedad sobre una cosa mueble y en relación a ésta, la capacidad de disposición que tiene el propietario y que implica que tenga derecho a su restitución y como contrapartida que exija «al otro» la obligación de restituir la cosa.²⁸

En tal sentido, si el bien jurídico protegido es la propiedad, la ley, al otorgarle al deudor opción de cumplir con su obligación pagando al acreedor el equivalente en dinero del bien prendado, se desprende que lo que se busca proteger no es la propiedad del bien (cuyo titular sigue siendo el deudor), sino únicamente el cumplimiento de la obligación de pago, lo cual no es objeto de protección de esta figura penal.

Además, debe considerarse que en el campo del derecho penal se protege al titular del bien jurídico. En este caso correspondería proteger al propietario del bien (deudor); por el contrario, en la ley comentada, se busca proteger al acreedor, específicamente, el cumplimiento de la acreencia o el pago del equivalente al bien prendado.

4. El pago de AFP: artículo 35° de la Ley N° 25897, modificado por Ley N° 27130.-

«Artículo 35°.- Cuando el empleador no cumpla con el pago oportuno de los aportes al Sistema Privado de Pensiones, deberá formular una «Declaración sin Pago» de los mismos, dentro del mismo plazo que tiene para efectuar el pago de los aportes del trabajador, utilizando el formato que designe la Superintendencia de AFP.

El incumplimiento de la obligación de formular dicha declaración por parte del empleador, o la formación incompleta de la misma, será sancionado por la Superintendencia de AFP con multa equivalente al 10% (diez por ciento) de la UIT vigente a la fecha de pago, por cada trabajador cuyos aportes no fueran declarados.

Sin perjuicio de las sanciones, multas o intereses moratorios que pudieran recaer sobre el empleador por la demora o el incumplimiento de su obligación de retención y pago, el trabajador, la AFP y/o la Superintendencia pueden accionar penalmente por delito de apropiación ilícita contra los representantes legales del empleador, en el caso

²⁸ Juan Bustos. *Op. cit.* p. 204.

de que en forma maliciosa incumplan o cumplan defectuosamente con su obligación de pagar los aportes previsionales retenidos».

Nuevamente nos encontramos ante el problema de compatibilizar los requisitos típicos del delito de apropiación ilícita con el comportamiento criminalizado en la «Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones».

El artículo 35º de la mencionada ley criminaliza la demora o el incumplimiento de la obligación de retención y pago de los aportes de los trabajadores, por parte del empleador, a este acto de incumplimiento esta ley la ha denominado apropiación ilícita.

En el caso de la supuesta apropiación ilícita por el no pago de los aportes del trabajador a la AFP, el ilícito se configuraría cuando luego de que el empleador entregase de manera ficta al trabajador una parte de su remuneración destinada al aporte de la AFP, y que este monto fuera nuevamente entregado al empleador para que éste, finalmente, lo deposite en una cuenta especial del sistema financiero, no cumple con esta obligación.

Frente a esta decisión legislativa se debe reiterar que, para haber recibido la cosa en depósito, comisión o administración u otro título semejante que produzca la obligación de entregarla o devolverla, antes se debe haber producido la entrega de la cosa. Así, no existe tal entrega si la cosa ya estaba en poder del presunto autor y permanece en su patrimonio. En este sentido coincidimos con Muñoz Conde cuando afirma que el sujeto activo de este delito debe estar en posesión de la cosa apropiada pero, que la cuestión, materia de discusión, es el alcance de tal posesión.

Sobre este punto las opiniones se encuentran divididas; por un lado se puede optar por un alcance amplio de la posesión es decir, admitir la aplicación en el Derecho penal del *constitutum possessorium*, o lo conocido en el Derecho privado como entrega ficta, como lo ha hecho el Tribunal Supremo español en su sentencia del 24 de febrero de 1986, la cual determina lo siguiente:

«El empresario, tanto a título personal como en el de una Sociedad, obligado a retener, de los salarios o sueldos, las cuotas obreras de la Seguridad Social, en virtud de la normativa laboral está investido de un mandato o encargo de cobro, a través del cual se opera la modifi-

cación del título de poseer, pues su carácter dominical se transforma en el de mandatario o depositario de las sumas retenidas para su entrega inmediata a los organismos de la Seguridad Social, y ello puede originar el delito de apropiación indebida [...].».

Por otro lado, se opta por un concepto más restringido, como aquél que exige la entrega efectiva de la cosa mueble ajena, entendiendo que esta entrega engloba el dominio material del bien, es decir, que se encuentre físicamente a disposición del poseedor.

Somos de la opinión que la primera de estas opciones no es aceptable. Ello, porque se debe mantener la protección del bien jurídico tutelado en el tipo de apropiación ilícita. En efecto, admitir la entrega ficta significa considerar que el monto correspondiente al pago del aporte de AFP se incorporó al patrimonio del asegurado cuando en términos reales nunca dejó de integrar el patrimonio del empleador; dicho «aporte» siempre estuvo en su esfera de dominio y disponibilidad. Además, aceptar la entrega ficta acarrearía la confusión de lo que es objeto de protección en el tipo de apropiación ilícita.

Así, de proteger la propiedad se pasaría a proteger la obligación de pago o la no demora en que éste se efectúe. Obligaciones que no se condicen con el bien jurídico protegido, de tal forma que la intervención del Estado, a través del Derecho penal, conllevaría al control social de aquellas conductas que incumplan con dicha obligación; lo que, entendemos, amplía la participación del Estado a comportamientos que no guardan relación con la gravedad y configuración típica de la apropiación ilícita. En tal sentido, también se estaría vulnerando el principio de mínima intervención.

Lo anteriormente expuesto no desestima la importancia de la seguridad social, sólo pretendemos resaltar que los comportamientos que se pretenden sancionar no pueden ser subsumidos en tipo descrito en artículo 190° del Código Penal.

En relación a lo anteriormente expuesto debe mencionarse que la demora en el pago de la AFP como situación de peligro, colisiona con la consumación de la apropiación ilícita por tratarse este último de un delito de resultado, por lo que los comportamientos descritos en la Ley de AFP devienen en vagos e imprecisos, lo que a su vez, al ser aplicados por los operadores de control social (policía, ministerio público, etc.) puede dar paso a criminalizar conductas por vía de la analogía (la de-

mora en el pago de una indemnización de seguro) o por responsabilidad objetiva (cuando se califique, por ejemplo, el incumplimiento defectuoso, previsto en el artículo 35º, ¿será el caso del pago en una cuenta bancaria equivocada?).

En opinión de Bustos Ramírez:

«[...] en este caso nos encontramos en los límites de la apropiación indebida, tanto en razón de la especial realidad del título como por el hecho que se trata de dinero y, por tanto, también en los límites de la argumentación jurídica y en que si bien desde un punto de vista político-criminal nos inclinamos de *lege lata* por la existencia de una apropiación indebida, pues el empleador ha perdido la disponibilidad absoluta sobre una cantidad de dinero que ha sido asignada a un fin en virtud de un contrato laboral, que es la esencia de la apropiación indebida, tampoco se puede desconocer la complejidad fáctica sobre la cual se aplica la norma, lo cual hace que nuestra solución no sea totalmente satisfactoria. De ahí que sea necesaria una solución legislativa expresa [...]»²⁹.

Al respecto nos permitimos discrepar con el distinguido profesor chileno por considerar que los argumentos de necesidad responden a una política-criminal empírica, como la impulsada en su momento por Von Liszt quien la señala como un conjunto de estrategias ordenadas a una lucha eficaz contra el delito, mientras que una política-criminal valorativa (con la que estamos de acuerdo), según Silva Sánchez, implica analizar la intervención punitiva:

«[...] no sólo desde el punto de vista de la eficacia preventiva, sino también, y muy significativamente, desde el punto de vista de la adaptación a tal intervención a los principios de proporcionalidad, subsidiaridad, fragmentariedad y exclusiva protección de bienes jurídicos, entre otros que caracterizan la intervención del derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho [...]»³⁰.

29 Ibid. p. 207.

30 Jesús María Silva Sánchez. «Política criminal y Sida». En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año II, enero-julio, 1994, pp. 347-348.

Las entregas fictas, si bien son de uso frecuente en el Derecho privado porque facilitan transacciones comerciales, no pueden ser trasladadas mecánicamente e incorporadas irreflexivamente al derecho penal, puesto que, de ser así se puede perder de vista el objeto de protección del tipo penal, como ocurre en el presente caso. A ello debe sumarse el hecho que siendo el derecho penal la *ultima ratio*, es decir, aquella última instancia de control de las relaciones sociales (es la rama del derecho que aplica las sanciones más graves), para imponer esta sanción no podemos recurrir a ficciones o presunciones, puesto que se terminaría protegiendo sólo la antijuricidad formal.

El Derecho penal sanciona conductas típicamente antijurídicas, explicitadas en peligro o afectación de bienes jurídicos –afectación de la antijuricidad material-, ya que de lo contrario se relativizaría el mensaje normativo al incluirse comportamientos incompatibles o difícilmente subsumibles en la norma jurídico-penal invocada.

5. La prenda global y flotante y el pago de la AFP: vulneración de principios constitucionales

La evolución del Derecho penal y el carácter normativo de la Constitución van de la mano. Esta última, a medida que es considerada como norma vigente (y no como un mero instrumento de carácter político), ha influenciado notoriamente en el legislador, como en el juez, tanto en la creación de nuevos tipos penales como en la interpretación de los ya existentes, a partir de la delimitación de las políticas a seguir y de criterios para la interpretación de dichas normas penales, según sea el caso. Cabe señalar que esta «irrupción» de la Constitución en el campo penal se da en todos los aspectos, no sólo respecto de los operadores jurídicos ya señalados, sino también obligando al «científico del derecho» a replantear la visión de su ciencia³¹.

Esto ha llevado a autores como Carbonell, desde una perspectiva constitucionalista, a conceptualizar el derecho penal como:

31 Ignacio Berdugo Gómez De La Torre y Otros. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General. Barcelona: Praxis, 1997. p. 33.

«[...] la parte del Ordenamiento jurídico, reguladora del poder punitivo del Estado, que, para proteger valores e intereses, con relevancia constitucional, define como delitos determinadas conductas a cuya verificación asocia como consecuencias jurídicas penas y/o medidas de seguridad [...]»³².

Así pues, la lectura de los problemas generados en relación a las normas que regulan la prenda global y flotante y la no aportación a la AFP, debe hacerse desde una perspectiva «constitucionalista». Es decir, teniendo en consideración los postulados, principios y garantías planteados en la Constitución como soporte para el sistema punitivo estatal: el Programa de Derecho Penal Constitucional. Es en este orden de ideas que podemos desarrollar las siguientes críticas a las mencionadas normas.

5.1 Principio de legalidad

Como principal pilar del Derecho penal liberal, se encuentra el principio de legalidad. El mismo responde a la necesidad de limitar y controlar la facultad sancionadora del Estado, ya que esta rama del ordenamiento jurídico ha sido utilizada para objetivos ajenos a la defensa de la persona y su interrelación en sociedad. Así, un Estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal; es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviatán³³.

Este principio, que se engloba en el aforismo *nullum crimen, nullum poena sine lege*, se encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo 2º, inciso 24, literal d, el cual a tenor determina lo siguiente:

32 Juan Carlos Carbonell Mateu. **Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 27.

33 Claus Roxin. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña y Otros. Madrid: Civitas, 1997, p. 137.

«Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley».

Además, está plasmado en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, el cual determina lo siguiente:

«Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella».

En este sentido, sólo será de relevancia penal todo aquello que se encuadre dentro del texto de la ley. En nuestro país, lamentablemente, se ha entendido este principio señalándose que las normas penales deben aplicarse mecánicamente, no pueden ser materia de interpretación. Nada más incorrecto que lo anterior, las normas penales también se interpretan, y se interpretan y aplican dentro del marco constitucional.

El principio de legalidad expresa cuatro consecuencias; la prohibición de analogía, la prohibición de derecho consuetudinario para fundamentar o agravar las penas, la prohibición de retroactividad, y la prohibición de leyes penales indeterminadas (cuya excepción está dada por los tipos penales abiertos y la ley penal en blanco)³⁴.

Así, en estas consecuencias se establece que sólo serán materia penal aquellas conductas que se encuadren dentro de lo criminalizado en el tipo penal y que, esta criminalización debe ser clara y exacta, es decir, se debe determinar con exactitud lo prohibido y sancionado.

Las leyes comentadas aparentemente estarían postulando una analogía³⁵; sin embargo, no es así, se está integrando un supuesto de hecho previsto expresamente en una norma extrapenal.

34 Al respecto véase Claus Roxin. *Op. cit.* pp. 140-141. Reinhart Maurach, y Heinz Zipf. *Derecho Penal. Parte General.* Tomo I. Buenos Aires. Astrea: 1987. pp. 157-164.

35 Al respecto ver: Diego Manuel Luzón Peña. *Curso de Derecho Penal. Parte General.* Madrid: Universitas, 1996. p. 137. Para quien «[...] la analogía supone un procedimiento de creación o integración del derecho por el juez, cierto que no de modo absolutamente libre, sino por referencia a una ley, por ser el supuesto de hecho, que no encaja en la definición legal (de un delito o de una agravación del mismo, en este caso), similar o análogo previsto legalmente [...]».

De otro lado, «[...] al supuesto de hecho de toda norma jurídico penal le corresponde describir el comportamiento antijurídico o hacer constar lo que se conoce con el nombre de “materia de prohibición” [...]»³⁶; sin embargo, en algunos tipos penales denominados leyes penales en blanco esta conducta, prohibida u ordenada por la norma, no está predeterminada por el supuesto de hecho sino que hay una carencia que «[...] supone la omisión o al menos la no referencia explícita de aspectos relativos a la acción u omisión prohibida [...]»³⁷. Esta característica hace necesaria la remisión a una norma de igual o menor jerarquía que permita completar este supuesto de hecho; así, pueden ser concebidas como «[...] que dejan sin embargo su integración a otras leyes, reglamentos o incluso actos administrativos [...]»³⁸. La ley penal en blanco, entonces, se constituye como una figura que aparece ante la incompletud o ambigüedad de un término jurídico penal.

La ley penal en blanco es un tipo de remisión legislativa que se estima como necesaria dentro de nuestro ordenamiento jurídico; tiene como finalidad el generar normas jurídico penales más ágiles y más acordes con la realidad cambiante y efímera que hoy en día envuelve a una sociedad en continuo «progreso». Esta agilización se alcanzaría por medio de remisiones a normas de índole administrativo o ejecutivo, entre otras, las cuales, debido a lo complejo de la temática que se busca penalizar o a lo cambiante de su modalidad, resultan ser la forma más apropiada para completar una tipificación de otro modo muy extensa o confusa.

La remisión a la que se da lugar en la ley penal en blanco puede ser tanto de carácter descriptivo, si lo que se busca es entender el significado concreto de cierta palabra que se encuentra definida en una normativa extrapenal, o de carácter prescriptivo, cuando se refiere a situaciones que el artículo no especifica pero en los que se basa para plantear la penalidad o criminalidad del hecho³⁹.

36 Antonio Doval Pais. Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de la ley penal en blanco. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 129.

37 *Ibidem*.

38 Claus Roxin. *Op. cit.* p. 465.

39 Ver: Carlos Martínez- Buján Pérez. **Derecho Penal Económico**. Parte General. Valencia: Tirant lo blanch, 1998. p. 126.

La técnica legislativa de las leyes penales en blanco acarrear, sin embargo, una desmembración de la norma penal que ocasiona como problema fundamental un aspecto que versa sobre la indeterminación de aspectos relativos a la conducta prohibida «[...] que se manifiesta en la eficacia preventiva de la ley penal [...]»⁴⁰.

Sobre esta problemática es evidente que la dificultad de conocimiento de aquello que se encuentra prohibido, en tanto que no se desprende del supuesto de hecho de la norma jurídico penal, afecta directamente al principio de legalidad y, en este sentido, a la seguridad jurídica, la misma que implica que «[...] una sanción no pueda ser impuesta si no descansa en una base legal, clara y no ambigua [...]»⁴¹. Esta consecuencia genera problemas mayores cuando la remisión a normas extrapenales se hace a una instancia inferior a la ley ya que:

«[...] la técnica de remisión a leyes inferiores tiene como efecto necesario el que el contenido de la ley penal pueda ir variando por la sola voluntad de la administración, con lo cual se modifica *de facto* el tipo penal sin la necesidad de acudir a los conductos legislativos ordinarios [...]»⁴².

En el problema de indeterminación de las leyes penales en blanco hay, sin embargo, una clase de remisión en la cual «[...] existe una absoluta ausencia de concreción en el tipo penal, de tal modo que éste se limita simplemente a establecer la sanción y relega la determinación de toda la esfera de lo punible a una instancia diferente [...]»⁴³. Son las denominadas cláusulas de remisión inversa.

En la remisión inversa el problema se centra en que la ubicación del núcleo esencial de lo prohibido no se encuentra en la propia norma penal y que, por lo tanto, no es ésta la que establece la conducta que debe ser sancionada; sino, por el contrario, esta función se lleva a cabo por ámbitos distintos al derecho penal.

40 Antonio Doval Pais. *Op. cit.* p. 130.

41 Adán Nieto Martín. *Fraudes Comunitarios. Tratado Penal Económico Europeo*. Barcelona: Praxis, 1996. p. 124.

42 Antonio Doval Pais. *Op. cit.* p. 163.

43 Carlos Martínez-Buján Pérez. *Op. cit.* p. 123.

«[...] la conformidad constitucional de una ley penal en blanco se ha hecho depender [...] de que el legislador penal fije en la ley lo que se ha denominado como el “núcleo esencial de la prohibición” y se satisfagan las exigencias de certeza. La corrección de una ley tal dependerá, en consecuencia, de que la remisión que contiene no se refiera a aspectos pertenecientes a los elementos básicos o esenciales de aquello que se prohíbe, sino a otros que se dicen “complementarios”[...]»⁴⁴.

De esta afirmación se puede colegir que los atributos principales con los que debe contar toda norma jurídico penal son aquellos que se desprenden del principio de legalidad, por medio de lo cual se establece que ésta (norma) debe determinar de una manera estricta y «precisa» el supuesto de hecho punible. Es este «[...] postulado de precisión de la ley el que al dar lugar al llamado “mandato de determinación”, que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear [...]»⁴⁵, el que se constituye así como un aspecto material del principio de legalidad, que pretende la no vulneración de la seguridad y garantía de los enunciados penales.

Es así que a través de la remisión inversa se establece la ampliación del radio de penalización prescribiendo una conducta que no encaja en el tipo original.

Por último, la remisión inversa vacía a la norma penal de la motivación esencial que ésta debe poseer; la norma penal busca motivar la conducta de los sujetos para adecuarla a los parámetros que por medio de ella el Estado considera como apropiados, busca que la gente interiorice ciertas actitudes y así se abstenga de delinquir. Al plantear el núcleo de lo prohibido fuera de la norma que debe apuntar a esta motivación, esta función de la norma se perdería, pues se llegaría a reprimir comportamientos diferentes a los contenidos en la norma jurídico-penal atribuyéndoles el mismo *noumen juris*.

Debemos poner énfasis en la falta de coherencia que se da entre estos tipos de remisión y el principio de legalidad que nuestra carta constitucional recoge. Las remisiones inversas atentan contra la certeza,

⁴⁴ Antonio Doval Pais. *Op. cit.* p.165.

⁴⁵ Santiago Mir Puig. *Derecho Penal, Parte General*. Cuarta Edición. Barcelona: PPU, 1996, p. 78.

precisión, taxatividad y carácter motivador que todo norma de índole penal debe poseer. También resulta necesario incidir en que, generar normas de esta vaguedad y fragilidad llevarían a un mayor reconocimiento del error. Como ha señalado Adán Nieto (en cita de Muñoz Conde), «[...] de la poca precisión del legislador al describir las conductas debe derivarse un mayor reconocimiento del error, pues, no es el ciudadano quien debe pagar las consecuencias de una desafortunada técnica legislativa [...]»⁴⁶.

Finalmente, queda claro que las remisiones inversas contravienen el marco constitucional y los aspectos mínimos de garantía para el ciudadano, máxime si la remisión es a normas penales que ni siquiera son leyes penales en blanco, como es el caso del tipo de apropiación ilícita.⁴⁷

5.2 Principio de mínima intervención

Muchos años atrás, Radbruch⁴⁸ postuló que lo ideal no era un derecho penal mejor, sino algo mejor que el derecho penal. A nuestro entender, ello tiene sustento en que el derecho penal afecta siempre a derechos fundamentales de la persona, es decir, supone una muy grave injerencia del Estado en la vida y el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos. Por ello, en la actualidad, la doctrina española mayoritaria se sustenta en este hecho para afirmar que las normas penales deben estar acorde con el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas⁴⁹, puesto que lejos de constituir una forma de control social radical:

«[...] el fenómeno punitivo no constituye un expediente metafísico (ni simbólico, habría que añadir ahora), sino “una amarga necesidad en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres”[...]»⁵⁰.

De ese modo, según Carbonell, si se tiene en cuenta que sólo es posible limitar las libertades para tutelar libertades, y que la función

46 Adán Nieto. *Op. cit.* pp. 129-130.

47 Claus Roxin *Op. cit.* p.169, quien ha resaltado que, por lo menos, «Teóricamente también resulta indiscutido que por indeterminación las disposiciones penales pueden ser inconstitucionales y por lo tanto nulas».

48 Juan Carbonell. *Op. cit.* p. 194.

49 *Ibid.* p. 34.

del Derecho penal es conseguir la mayor libertad posible, entonces resulta inadecuado afectar los derechos constitucionales de la persona para proteger otros de inferior rango⁵¹. Es decir, el Derecho penal sólo tendrá legitimidad para intervenir cuando sea eminentemente necesario, cuando no sea posible obtener una tutela eficaz por otros medios menos costosos⁵².

Así se considera al derecho penal, como la rama del derecho a la que se debe recurrir en última instancia, es decir, *la ultima ratio*, en lo que al resto de parcelas del ordenamiento jurídico se refiere; al respecto, Berdugo señala:

«[...] este modo de graduar la intervención penal tras la civil y la administrativa fundamenta constitucionalmente el ya analizado carácter subsidiario del Derecho penal respecto de los demás instrumentos jurídicos cuya eficacia pretende “subsidiariamente” asegurar. A la vez, configurado el Derecho penal con esos criterios, su intervención en la protección de los bienes jurídicos aparece como fragmentaria, es decir, no los tutela frente a todos los ataques, sino ante los más graves o más peligrosos, por lo que el Derecho penal define sólo una parte de lo antijurídico o, dicho de otro modo, del conjunto de la antijuricidad el Derecho penal acota sólo un fragmento [...]»⁵³.

Así, esta subsidiaridad y fragmentariedad conforman lo que actualmente la doctrina penal denomina «principio de mínima intervención».

La importancia de este principio se muestra al momento de actuar los operadores penales (legislador, juez, fiscal, etc.) para perseguir una conducta. En efecto, tanto los criterios de política criminal (en el caso del legislador) cuanto los de interpretación de las normas penales (en el caso del juez o del fiscal) u otros en materia penal, deben actuar sobre la base de un criterio de mínima intervención si se quiere respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos. En sí, el principio de

50 Jesús Silva. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 15. El autor parafrasea el preámbulo del texto del Proyecto Alternativo del Código Penal Alemán de 1966.

51 Juan Carbonell. *Op. cit.* p. 34.

52 Claus Roxin. *Op. cit.* p. 66.

53 Ignacio Berdugo. *Op. cit.* p. 50.

mínima intervención representa uno de los límites al *ius puniendi*, orientado a garantizar al máximo la libertad del individuo.

Lo contrario, es decir, no tomar en cuenta el principio de mínima intervención a la hora de criminalizar conductas, perseguir delitos o aplicar sanciones, significa una transgresión de las garantías de los ciudadanos, por parte del Estado. Pese a ello, en la actualidad el legislador recurre a lo que Mir denomina una «huida al Derecho penal»⁵⁴, con la sola finalidad de reprimir, intentando solucionar los conflictos sociales sin haber agotado previamente las otras ramas del ordenamiento jurídico. Es decir se toma al derecho penal como instrumento para la solución de conflictos de naturaleza obligacional, es decir civil, administrativa, laboral u otras.

Gráficamente, podríamos indicar que la forma cómo se han estructurado las normas en el sistema normativo corresponde a una serie de «filtro» superpuestos, para la solución de controversias; de los cuales, el Derecho penal, viene a ser el que se ha diseñado para solucionar aquellas más graves, para las cuales no se ha diseñado un «filtro» anterior.

Tanto en el contrato de prenda global y flotante, cuanto en la demora y no pago de los aportes por parte del empleador al Sistema Privado de Pensiones, se exige una respuesta al derecho, la cual es dada, como se analizará más adelante, por el Derecho civil, instancia previa al derecho penal que prevé soluciones menos gravosas que no involucran la libertad de los ciudadanos y que, de ser consecuentes con el principio aquí enunciado, debieran aplicarse antes que buscar una alternativa punitiva.

5.3 Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

La clásica afirmación que el derecho penal protege bienes jurídicos, es parcialmente cierta. De lo hasta aquí expuesto, puede desprenderse que nuestra ciencia no se encarga de proteger todos los bienes jurídicos, sino que, en virtud de los principios de subsidiaridad y fragmentariedad, sólo serán merecedores de protección aquellos bienes jurídicos de máxima relevancia para la vida en sociedad; y, más aún, estos bienes jurídicos serán protegidos sólo de aquellos ataques que por su gravedad ameriten la intervención penal⁵⁵.

⁵⁴ Santiago Mir Puig. *Op. cit.* p. 89.

⁵⁵ *Ibid.* p. 91.

Existe unánime aceptación de que el objeto de protección es el bien jurídico⁵⁶; sin embargo, la discrepancia a nivel doctrinario se presenta al intentar definir qué es el bien jurídico sin llegarse a una posición siquiera mayoritaria⁵⁷. Más aún, esta misma discrepancia, ocasiona que las diversas tendencias jurídicas (positivismo, iusnaturalismo, etc) no encuentren un punto común de donde partir de cara a la construcción de un concepto satisfactorio del bien jurídico.

«[...] ha afirmado Rudolphi que la norma fundamental es la clave que permite superar la dicotomía entre un concepto teleológico de bien jurídico (positivo, pero vacío y puramente formal) y un concepto liberal (con contenido pero previo al derecho positivo) [...]»⁵⁸.

Así, en la búsqueda de una fundamentación para el concepto de bien jurídico es que se ha recurrido a la norma fundamental por ser ésta el marco valorativo sobre el cual se van a desarrollar las estructuras sociales y jurídicas de determinada sociedad.

En este sentido, Nicolás García Rivas plantea:

«[...] si el sistema penal está vinculado a la protección de intereses relevantes por exigencia constitucional, dichos intereses han de tener necesariamente un reconocimiento –más o menos explícito- en la propia constitución [...]»⁵⁹.

Esta idea se ve complementada por la afirmación de Bricola, para quien la relevancia constitucional significa la no incompatibilidad con la norma fundamental, sino que este valor, bien jurídico-penal en nuestro caso, esté explícita o implícitamente enmarcado en la Constitución⁶⁰.

56 Esto al margen de la posición positivista de las actuales corrientes sistémico-funcionalistas. Cfr. al respecto: Günther Jakobs. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 43 y ss.

57 Para una explicación de dicho fenómeno vid: Claus Roxin. *Op. cit.* pp. 54-55.

58 Nicolás García Rivas. *El poder Punitivo en el Estado Democrático*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 1996. p. 48.

59 *Ibidem*.

60 Citado por Nicolás García Rivas. *Op. cit.* p. 51.

Sin embargo, las teorías constitucionalistas del bien jurídico se han visto sometidas a tres objeciones cuya difícil superación ha generado un desencanto en los últimos años⁶¹, estas son:

1. Se afirma que la Constitución tiene por objeto establecer las bases del ejercicio del poder político y no regular las relaciones sociales en donde se pueda lesionar algún bien jurídico penal.
2. La norma constitucional, por contener conceptos genéricos puede ser utilizada manera flexible y/o ambigua, lo que no permite concretar el interés penal protegido.
3. Que el texto constitucional contenga un catálogo cerrado de bienes objeto de protección penal contraviene un principio básico como el de pluralismo, con lo cual la discusión se centraría solamente en el plano político⁶².

Dichas objeciones, sin embargo, a decir de García Rivas, no son óbice para la lectura Constitucional planteada. En efecto:

Respecto de la primera objeción.- El autor citado considera, tal como se señaló al inicio del presente trabajo, que si bien la Constitución representa la plasmación de la voluntad política de un pueblo, ella también representa el marco normativo en que se encuentran los valores que orientan el devenir de la misma. Así, estos valores ameritan una protección acorde a su relevancia, protección que, por la severidad de sus sanciones, sólo puede ser brindada por el Derecho penal.

Respecto de la segunda objeción.- Para el autor precitado, esta «indeterminación» del interés protegido no es propia del concepto de bien jurídico de índole constitucional, sino de cualquier concepto de bien jurídico. Por lo que los ataques contra los mismos, deben ser objeto de un posterior desarrollo por parte de la doctrina⁶³.

Respecto de la tercera objeción.- Antes que una objeción, García Rivas la considera una llamada de atención para evitar futuras interpretaciones erróneas del texto constitucional y del objeto de protección penal. Así, entiende que la norma fundamental no es un espacio cerra-

61 FIANDACA/MUSCO. La Pérdida de legitimación del Derecho penal. En: RIDPP, 1994, p. 39. Citado por Nicolás García Rivas. *Op. cit.* p. 51.

62 Nicolás García Rivas. *Op. cit.* p. 51.

63 *Ibidem.*

do y estático en donde los constituyentes han consagrado las estructuras políticas y jurídicas, sino, además, es un cuerpo dinámico motivado por el consenso, el cual va a servir de motor para diseñar los futuros lineamientos de política-criminal y ampliar la gama de derechos, garantías y bienes jurídicos contenidos en el texto constitucional⁶⁴.

Este trabajo creador y expansivo se ve favorecido por lo dispuesto en la cuarta disposición final y transitoria del texto Constitucional peruano, que consagra lo siguiente:

«Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

Así, dentro de los valores consagrados y protegidos en nuestra carta fundamental se encuentra el derecho de propiedad (contenido en el artículo 70º) que, como hemos visto, debe ser interpretado a la luz de los tratados internacionales de los que el Perú es parte. Por lo cual, como veremos en el siguiente apartado, es imposible que alguna norma (como las criticadas en este trabajo) establezcan una «protección» al «bien jurídico» que respete el marco constitucional pre-citado⁶⁵.

5.4 Prohibición de cárcel por deudas

El hecho que, generalmente, la mayor parte de los supuestos de apropiación ilícita recaiga en bienes fungibles -como el dinero- genera que este delito aparezca, frecuentemente, aplicado a personas insolventes, lo cual hace pensar en una hiper-criminalización que consiste en alen-

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Cabe precisar las diferencias entre bien jurídico y derecho fundamental. El derecho fundamental expresa una exigencia del ciudadano frente al estado, mientras que el bien jurídico plasma una realidad de realización de la vida social, pero como una relación concreta con el estado, en el que éste último participa al igual que lo hacen los demás ciudadanos en un determinado ámbito social. En tal sentido, el derecho fundamental sería la base referencial para un bien jurídico. Ver Alicia Gil Gil. Derecho Penal Internacional. Especial Consideración del Delito de Genocidio. Madrid: Tecnos, 1999.

tar el derecho de los acreedores a introducirse en el patrimonio del deudor para satisfacer su crédito.

De esta manera, se castiga al deudor por no cuidar lo suficiente su patrimonio con el objeto de poder cumplir con los pagos correspondientes a las deudas contraídas. La insolvencia, o la deuda impaga a la que hacemos referencia, los «expone» a un delito de prisión por deudas que ni la ley penal ni la Constitución permiten, sino que, por el contrario, repudian.

En otras palabras, se están penalizando meros incumplimientos contractuales por la frustración de determinadas expectativas.

La esencia del delito de apropiación ilícita radica en la transmisión de la posesión a través y exclusivamente mediante un título que señala la forma y modo de devolver el bien recibido. Este y no otro es el comportamiento típico descrito en el artículo 190º del C.P. Se colige, entonces, que el deudor, al no devolver el bien, no comete el delito de apropiación ilícita ya que no transmitió ni la propiedad ni la posesión del bien prendado.

Es, precisamente, el delito de apropiación ilícita el límite extremo de la ley penal, más allá corresponde a la esfera de las relaciones del Derecho Civil. Para evitar interpretaciones extensivas y, por lo tanto, abusivas conviene connotar que con esta ampliación del delito de apropiación ilícita solamente se ampara el contenido del título por el que se detenta el derecho del acreedor a la satisfacción del crédito con el patrimonio del deudor, lo cual es materia de una discusión extrapenal.

Obviamente la apropiación ilícita genera problemas que deben tomarse en cuenta al momento de fijar los límites de lo que se encuentra dentro o fuera de sede penal. No es suficiente la simple obligación de restituir para que esta conducta sea punible.

Lo que trata de evitar la norma jurídico penal descrita en el Artículo 190º del C.P. es la incorporación ilícita de un bien mueble ajeno mediante el abuso de confianza luego de haberlo recepcionado mediante un título válido (contrato de depósito, administración, comisión, u otro título semejante a éstos), ya que cualquiera (de estos contratos) sustenta la obligación de restituir, convirtiéndolo en punible en caso de que el comportamiento se subsuma en lo descrito por el tipo, pues de no darse estos elementos del tipo, no se configura el delito de apropiación ilícita.

Cabe mencionar que la no prisión por deudas ha sido acogida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 11º) que dispone:

«Nadie será encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual».

Y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7º:

«Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios».

De tal forma que este principio importa un derecho fundamental, y es éste el sentido e importancia que debe al literal c, del inciso 24, del Artículo 2º de la Constitución:

«No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios».

Cabe agregar que la excepción a este principio lo constituye el incumplimiento de deberes alimentarios debidamente reconocido y exigido en sede judicial.

Una obligación se configura al momento que un sujeto, el deudor, se encuentra obligado por una prestación a su contraparte en esta relación jurídica, el acreedor. Este acreedor posee un «[...] crédito consistente en el derecho a que el deudor le pague dicha prestación [...]»⁶⁶. Siendo esta prestación «[...] algo que el deudor debe o bien dar al acreedor, o bien hacer o no hacer para el acreedor [...]»⁶⁷.

La deuda no conlleva, o no debería conllevar anexa la interdicción civil. El principio de subsidiaridad y fragmentaridad, que en otro momento ya fue explicado, es uno de los motivos por los que estas acciones no deben ser consideradas dentro de lo penalmente relevante. Existen otros medios más eficaces para solucionar estos problemas,

66 Marcial Rubio Correa. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 1. Lima: Fondo Editorial de la P.U.C.P. 1999. p. 458.

67 *Ibidem*.

herramientas como las que tiene a su disposición el derecho civil son las idóneas para resolver estos conflictos.

El principio de prohibición de cárcel por deudas tiene una larga historia en nuestros textos constitucionales, siendo la carta de 1828, en su artículo 128º, la última que penaba la deuda como meritoria de prisión.

«Una ley determinará los casos en que haya lugar a prisión por deudas».

A partir de la Constitución de 1920, en su vigésimo quinto artículo, se prohibía la cárcel por deudas, costumbre que perduró hasta hoy en día.

«Nadie podrá ser apresado por deudas».

Es importante destacar el logro que significó para la libertad individual limitar el ámbito de punición y deslindar el incumplimiento de una deuda. Esto, debido al precedente histórico que condena su inclusión como tipo penal, ya que a través de este instrumento se alentaba al acreedor el reducir a la «persona» a una garantía e incluso disponer de ella (enajenarlo) en caso de incumplimiento de la obligación adquirida.

«[...] En épocas antiguas del Derecho Romano, existía inclusive un mecanismo judicial mediante el que el deudor incumplido caía bajo el poder de su acreedor hasta que pagaba lo que debía. Inclusive, éste podía venderlo [...]»⁶⁸.

Como podemos observar esto significó una facultad ilegítima (desde nuestra perspectiva) otorgada a un particular de tratar a un par como un bien, lo cual podría ser aceptado sólo en una sociedad donde la esclavitud (la posibilidad de suprimir la condición de persona) era permitida. Abolida la esclavitud y elevado el ser humano a valor esencial de la sociedad (como lo consigna nuestra Constitución en su primer artículo: «[...] La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado [...]»), esta figura es ya inadmisibile.

68 Marcial Rubio Correa. *Op. cit.* p. 458.

Sin embargo, la posibilidad de que el derecho penal regule el pago de deudas, bajo el camuflaje de la perpetración de una apropiación ilícita, mediante su poder punitivo, significaría atentar contra la seguridad jurídica del ciudadano. Esto, porque en la sociedad liberal de hoy, el mercado es quien rige las relaciones económicas entre los individuos a través del constante intercambio de bienes, relaciones que conllevan una serie de riesgos a los cuales el agente económico está expuesto y asume tal exposición como supuesto previsto. Por lo tanto, penalizar el incumplimiento del pago de la deuda implicaría extender el *ius punendi* a gran parte de la ciudadanía ya que un riesgo común y constante es el quedar endeudado por contraer obligaciones que luego no se pueden solventar; de este modo, la libertad de contratar e intercambiar se verían limitadas debido al temor que la intromisión penal generaría en los individuos. Finalmente, penar el incumplimiento, desde una visión realista y pragmática escaparía a las posibilidades del sistema penitenciario y truncaría el libre tráfico en una sociedad de consumo, ya que ésta sería imposible sin deudores.

Como bien señala Rubio Correa: «[...] la deuda es un problema privado entre acreedor y deudor y no es un problema de la sociedad que deba ser sancionado con una pena»⁶⁹. La naturaleza jurídica de toda responsabilidad contractual es civil y no penal (siempre que no se configure el delito de estafa; caso en el que no se penaliza la deuda, sino la forma en que esta obligación se ha incumplido). La idea que las deudas se deben proscribir en sede penal encuentra amparo en un derecho liberal, que no busca inmiscuirse tanto en el quehacer de los sujetos privados.

Como señala Bernales Ballesteros:

«[...] Es un principio del derecho liberal moderno separar las obligaciones de carácter civil de la pena de privación de la libertad porque, [...] incumplir una obligación no es un delito y en consecuencia al moroso no le corresponde una pena de esta naturaleza [...]»⁷⁰.

69 Marcial Rubio Correa. *Op. cit.* p. 459.

70 Enrique Bernales Ballesteros. *Op. cit.* p. 138.

6. Función del juez penal frente a los problemas planteados

6.1 Procedencia del control difuso

El deber de todos los tribunales que deriva del método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, implica el deber de dar preferencia a la Constitución y, en consecuencia, de inaplicar las leyes que consideren inconstitucionales; implica que este deber judicial sólo puede ser cumplido dentro un proceso concreto, el cual es materia de conocimiento por parte del juez, y donde la inconstitucionalidad de la ley o norma no es ni el objeto de dicho proceso ni el asunto principal del mismo.

En tal sentido, para que se pueda ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, siempre tiene que existir un proceso en cualquier materia, por lo que siempre es un sistema incidental de control, en el sentido de que la cuestión de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, deben plantearse en un caso o proceso concreto, cualquiera sea su naturaleza, en el cual la aplicación o no de una norma concreta es considerada por el Juez como relevante para la decisión del caso. En consecuencia, en el método difuso de control de constitucionalidad, el objeto principal del proceso y de la decisión judicial no es la consideración abstracta de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley o su aplicabilidad o inaplicabilidad, sino más bien, la decisión de un caso concreto cualquiera sea su carácter.

Al respecto debemos indicar que, se trata de un deber de los jueces el aplicar la Constitución en un caso concreto e inaplicar, para su decisión, la ley que consideren inconstitucional; los jueces deben considerar de oficio las cuestiones de constitucionalidad, de tal forma que, cualesquiera sea su posición jerárquica, están facultados para revisar y verificar, dentro de un determinado caso de su competencia, si sus resoluciones se ajustan a lo preceptuado en la Ley Fundamental.

6.2 Efectos jurídicos del control difuso

Respecto a los efectos que el control difuso de constitucionalidad produce en un caso concreto, se debe indicar que responden a varios aspectos.

En primer lugar, la racionalidad de este método es que la decisión adoptada por el Juez únicamente tiene efectos en relación a quienes constituyen partes en el proceso concreto en la cual aquella se adopta. En otras palabras, la decisión adoptada en un caso sobre la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la ley, sólo produce efectos en relación al caso concreto y exclusivamente en relación a las partes que han participado en éste, por lo que no puede ser aplicada a otros particulares. Esta es la consecuencia directa de la aplicación del control difuso.

Entonces, no debe entenderse que, si una ley es considerada inconstitucional en una decisión judicial, dicha ley ha sido invalidada y no será efectiva o inaplicada para otros casos. Sólo significa que en cuanto concierne a ese proceso particular y a las partes que en él intervinieron (en el cual el juez decidió la inaplicabilidad de la ley), ésta debe considerarse inconstitucional, nula y sin valor, sin que ello tenga ningún efecto en relación a otros procesos, otros jueces y otros particulares.

Cuando un juez decide sobre la inconstitucionalidad de una ley, y deja de inaplicarla en un caso concreto, es porque la considera nula y sin valor para efectos concretos. Por ello es que se dice que la decisión del juez es de carácter declarativa: no considera válida a la norma inconstitucional en su aplicación al interior del proceso. Esto para los casos en que dicha norma no permita alguna interpretación coherente con los postulados constitucionales.

Por tanto, en estos casos de control constitucional difuso, los jueces no pueden anular la ley sino considerarla inconstitucional, no pudiendo los efectos de su decisión extenderse o generalizarse a otros casos o sujetos. En el mismo sentido, tal como sucede en todos los sistemas de control judicial difuso, el Juez debe limitarse a decidir la no aplicación de la ley inconstitucional en el caso concreto, por supuesto, sólo cuando ello resulta pertinente para la resolución del caso.

Por esta razón, la ley que ha sido inaplicada en un caso concreto, sigue vigente, y otros jueces pueden seguir aplicándola. Inclusive, el juez que decide no aplicar la ley en un caso concreto, podría cambiar de opinión en un juicio posterior.

Por otra parte, no se deben descuidar los efectos prácticos que se producen a consecuencia de la aplicación de este control de constitucionalidad de las leyes, toda vez que las decisiones tomadas no son uniformes y en tal sentido pueden originar incertidumbre de orden legal y posibles contradicciones en su interpretación.

6.3 Problemas de interpretación de la norma constitucional

Hay jueces que motivados por las palabras de Montesquieu «el juez es la boca a través de la cual hablan las palabras de la ley» han pretendido racionalizar el orden jurídico divinizándola al considerar que representa a la voluntad popular, motivo por el que se han ajustado al sentido literal de cada precepto, lo cual puede traer consecuencias nefastas, ya que, como afirma Canosa:

«[...] el derecho se sabe, en ocasiones, incierto, y el modo más a su alcance para conservarse es aplicarse bajo reglas estrictamente racionalizadas; ya que la ley puede ser injusta o estar equivocada (esto, como hemos visto, se oculta con la falacia de la perfección de la ley). Al menos, evitemos que el juez pueda añadir nuevos errores [...]»⁷¹.

Es por ello que mediante la interpretación, el sujeto busca el sentido y el alcance normativo de un texto. Así, interpretar es preparar el camino que producirá en cada caso la norma concreta y finaliza cuando el sujeto intérprete decide entre las probables alternativas. En tal sentido, el intérprete aplicará y fundamentará su decisión, la cual es fruto de la labor hermenéutica, y sólo se materializa cuando se resuelve el caso concreto. En ese orden de ideas, se resolverá el caso extrayendo de la disposición general la norma individual pertinente.

Como anota Huerta Guerrero «[...] no debe escapar al intérprete de toda constitución que ésta refleja un acuerdo político determinado en un particular momento histórico, rodeado de singulares características que, de acuerdo a la dinámica social, pueden variar [...]»⁷². Lo que puede hacer ver nuestra investigación como conservadora en tanto se «límite» a la protección de un bien jurídico tradicional como es la propiedad, desatendiendo, aparentemente, nuevas figuras creadas para viabilizar nuevas formas de relaciones crediticias u obligaciones laborales. Sin embargo, consideramos que no es el camino adecuado implementar figuras laborales o civiles que tengan por único objetivo

71 Raúl Canosa Usera. *Interpretación Constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 10.

72 Luis Alberto Huerta Guerrero. *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*. Lima: C.A.J., 1997. p. 24.

el de aparentar la resolución del conflicto particular mediante leyes efectistas mas no efectivas y a costa de vulnerar derechos constitucionales que han sido inclusive materia de tratados internacionales como es la no prisión por deuda o por incumplimiento de contrato, que es el *quid* de toda esta discusión.

En tal sentido creemos que el juez que interprete las normas constitucionales, en primer lugar, debe encontrar la fórmula política de la Constitución, la que no es otra que la expresión ideológica que organiza la convivencia social⁷³. A la par, la interpretación constitucional ha de orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del estado de derecho, lo cual significa (como son las leyes que nos convocan) que pueden ser dejadas de lado en razón a la imposibilidad de interpretarlas conforme a las normas recogidas en la Constitución.

Es de tomarse nota, sin embargo, de la existencia de varias interpretaciones, razón por la cual, puede generarse una jurisprudencia dispar. Sin embargo, siendo que la teoría de la interpretación constitucional constituye el núcleo central de la teoría de la Constitución, no habrá una solución única y excluyente para cada caso. Lo importante es que ella sea razonable, coherente y consistente, para lo cual existen diferentes principios⁷⁴.

Si bien es cierto que la interpretación de las normas con rango de ley están investidas de subjetivismo, lo cual hace que también lo esté toda la actividad judicial, creemos que la interpretación del juez debe estar delimitada no sólo por el control social a posteriori, que, según Balaguer, debe mediar entre la resolución judicial y su aceptación posterior⁷⁵. Además debe tenerse en consideración ciertas pautas generales, algunas de las cuales ya hemos mencionado, a las que debe añadirse

73 Pablo Lucas Verdu. **Curso de Derecho Político**. Tomo II. Madrid: Tecnos, 1986. p. 532.

74 Domingo García Belaunde. Interpretación Constitucional como Problema. En: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Bogotá: CIEDLA, Fundación Conrad Adenauer, 1996. p. 82. (Citado por Samuel Abad Yupanqui. Los derechos humanos y la Constitución: La necesaria influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En: Fabián Novak y Juan José Ruda. **Declaración Universal de los Derechos Humanos, 50 años**. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999. p. 153).

75 María Luisa Balaguer Callejón. **La interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria**. Madrid: Civitas, 1990. p. 61.

las propuestas por Wroblewsky según quien la interpretación constitucional es aquella que es funcional, es decir, la que se relaciona con una idea general sobre el derecho y la sociedad y una teoría global de la dependencia social del derecho⁷⁶, toda vez que el problema fundamental no está en los sujetos, sino en la concepción de la ley y en la ordenación del conjunto que hace un sistema normativo y, por supuesto, en la aplicación de la ley. Otro de los postulados genéricos se circunscribe a que la interpretación de la ley y del ordenamiento conforme a la Constitución obliga al sometimiento del juez a un sistema de valores y de principios expresos que deben orientar la aplicación del derecho, valores y principios establecidos en la Constitución, los cuales no son fáciles de ser interpretados porque las normas constitucionales suelen tener una estructura abierta. Aún así, los jueces están obligados a extraer el sentido material de la Constitución.

En cuanto a los postulados concretos a tener en consideración por el juez, creemos que el sometimiento obligado al precedente (*stare decisis*) no debe ser asumido de manera estricta en tanto que la judicatura, como las normas, debe adaptarse a las nuevas circunstancias sociales, lo que va a significar que jurisprudencia es evolutiva. Ello no significa un salto al vacío, esto es, que por adoptar posturas modernas o acatar ciegamente la intervención del poder público en la sociedad se aplique literalmente aquellas nuevas leyes para la resolución de conflictos privados, más aún cuando el derecho penal tiene por función la garantía de derechos traducidos en bienes jurídicos. El límite de la intervención estatal, en toda organización social, a ámbitos específicos de relación entre particulares radicarán en la necesidad de intervenir para asegurar un funcionamiento mínimamente armónico de la estructura social, de forma tal que las relaciones entre privados solamente serán objeto de atención pública cuando provoquen una lesión o puesta en peligro de bienes considerados objeto de protección necesaria en el ámbito penal.

Canosa da algunas bases concretas para la hermenéutica judicial:

1. Sus decisiones han de ir precedida de una motivación. Sólo algunos autos de mero trámite y, por ende, de escasa importancia, carecen de ella.

76 J. Wroblewsky. *Constitución y Teoría General de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985. p. 36.

2. Su alcance, con la excepción del precedente, y aún así esto también es relativo, es particular, solamente para un caso y una materia concreta.
3. Su acción es generalmente inducida y cuando actúan de oficio se ven limitados por numerosas regulaciones de su conducta.
4. La influencia de la interpretación judicial se asienta no tanto en un poder físico, real, sino más bien moral, consentimiento difuso de los ciudadanos.
5. A la práctica judicial corresponde, en última instancia velar y garantizar el orden jurídico de cara al respeto de la Constitución (estado constitucional)

Finalmente es necesario que la labor hermenéutica respete algunos principios como son:

- a. Principio de unidad de constitución.- La constitución debe entenderse de modo integral y no como formada por compartimientos estancos. El análisis de cada disposición contenida en la Carta Magna se realizará tomando en consideración sus demás normas.
- b. Principio de la concordancia práctica.- Que invoca la necesidad de coherencia entre las distintas normas que integran el sistema constitucional, de tal forma que los bienes jurídicos protegidos en la Constitución deben ser compatibles con la solución de los problemas interpretativos; lo cual obliga a efectuar una ponderación de bienes para resolver los conflictos, si fuera el caso de darse entre los diversos valores recogidos en la Constitución.
- c. Principio de eficacia integradora.- La interpretación debe estar orientada a reforzar la unidad política de la norma constitucional.
- d. Principio de corrección funcional.- La interpretación no debe interferir con las funciones que asigna la Constitución a los diferentes órganos del estado. La interpretación debe respetar la distribución de funciones estatales señaladas en el Texto Fundamental.
- e. Principio de eficacia o efectividad.- La opción hermenéutica del interprete debe ser aquella que optimice la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido y actualizándolas ante los nuevos cambios sociales⁷⁷.

77 Luis Huerta. *Op. cit.* pp. 40-41.

Cabe señalar que no se pretende desconocer la importancia de la relación comercial o laboral existente detrás de las leyes materia de análisis, nuestra preocupación radica en criticar una postura facilista del legislador de pretender resolver meros incumplimientos de pago con la utilización del derecho penal, echando mano en este caso, de la figura de la Apropiación Ilícita.

Conclusiones

1. El bien jurídico protegido por el delito de Apropiación Ilícita, «patrimonio», no alcanza a ser objeto de protección en lo dispuesto en la ley que regula la prenda global y flotante y en la ley que regula las aportaciones a las AFP.
2. Las leyes submateria de análisis encuentran en sede civil y laboral la resolución a los casos en conflicto que se presenten, motivo por el cual, al recurrirse al derecho penal, éste tendrá sólo un efecto simbólico.
3. El referente de todo bien jurídico es la Constitución, por ser el marco adecuado de donde se van a extraer los valores materia de protección penal. Así, el derecho de propiedad, al estar previsto en la norma fundamental, cumple con este requisito; sin embargo, en virtud del carácter fragmentario del derecho penal, tal protección no puede realizarse in extenso para el pago de una acreencia, sino delimitada, como en el caso de la apropiación ilícita, a ciertos aspectos, como es la libre disponibilidad del bien, respetándose la forma del comportamiento típico.
4. Las leyes submateria de análisis lesionan los principios de legalidad, lesividad, mínima intervención, entre otros, motivo por el cual devienen en inconstitucionales. A la par, los comportamientos allí descritos no podrán ser materia de represión por el tipo de Apropiación Ilícita por la imposibilidad de subsumirlos.
5. El juez penal se encuentra en la obligación de solucionar los problemas generados por estas dos leyes inconstitucionales, mediante el control difuso de la constitucionalidad. Para ello, debe asumir el papel de intérprete de las normas constitucionales, acatando ciertos principios y atendiendo a ciertas pautas, para alcanzar una resolución racional, coherente y consistente.

6. Las leyes submateria de análisis, además de ser inconstitucionales, de abandonar la protección a bienes jurídicos, importan la reinstauración de la cárcel por deudas.

Bibliografía básica

A. Libros

ALCABES NISSIM

- 1999 Aportes a una ley orgánica del poder judicial: La carrera judicial, evaluación del desempeño de los magistrados judiciales, estructura y gobierno del poder judicial. Lima: News Graff.

AVENDAÑO, Jorge

- 1996 Selección de textos. Derechos Reales. Lima: Oficina de Publicaciones para la Docencia de la PUCP.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel

- 1985 La Determinación de la Pena en el Delito de Apropiación Indebida. En: Comentarios a la Legislación Penal. V-2.

BALAGUER CALLEJON, María Luisa.

- 1990 La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria, Madrid: Cívitas.

BELTRAN BALLESTER, El Hurto de Hallazgo.

- 1979 Valencia.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Otros

- 1997 Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Barcelona: Praxis.

BIDART CAMPOS, Germán

- 1967 El Derecho Constitucional del Poder. Buenos Aires. Ediar. 2 Tomos

BIDART CAMPOS, Germán

1987 La Interpretación y el Control Constitucional en la Jurisdicción Constitucional. Buenos Aires: Ediar. 353 pág.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo

1973 Derecho Constitucional. Madrid: Tecnos.

BOBBIO, Norberto

1993 Teoría General del Derecho. Tr. Eduardo Rozo Acuña. Madrid: Debate, 1993.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y María del Carmen GARCIA CANTIZANO

1998 Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Lima: San Marcos.

BUSTOS RAMIREZ, Juan

1991 Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Barcelona: Ariel.

CANOSA USERA, Raúl.

1988 Interpretación Constitucional y Fórmula Política. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos

1996 Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales. Valencia: Tirant Lo Blanch.

CASTAÑEDA PALOU

Incumplimiento Contractual y Responsabilidad Penal.
Sobre la Ley de Venta a Plazos de Bienes Inmuebles.

DELGADO LÓPEZ

1985 La doctrina del tribunal supremo sobre la falta de ingreso en las cuotas obreras de la seguridad social retenidas por el empresario. En: ADPCP.

DERECHOS FUNDAMENTALES E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1997 Comisión Andina de Juristas, 1997.

DÍAZ PALOS

1969 “Posesión de muebles y apropiación indebida”. En: Libro homenaje a Castán Tabeñas, vol. III.

DIEZ – PICASO, Luis

Régimen Constitucional del Poder Judicial. Madrid. La Ley. 160 pág.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO

1997 (compiladores). Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica. Madrid. Dykinson.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

1999 Cómo Estudiar Derecho Constitucional, una década más tarde. Lima. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

2000 De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional. Lima: Grijley. 2000.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1985

GARCÍA RIVAS, Nicolás. El poder Punitivo en el Estado Democrático. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 1996.

GARCÍA VIZCAÍNO, José. El Delito de Evasión Fiscal. Buenos Aires. Abeledo – Perrot. 1961.

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional. Lima: C.A.J., 1997.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

LAMA, Miguel Antonio de. Diccionario Penal de Jurisprudencia y de Legislación. Lima. 1989.

LANDA ARROYO, César y Julio FAÚNDEZ (editores). Desafíos Constitucionales. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1996.

LOWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1976.

LUCAS VERDU, Pablo
1986 Curso de Derecho Político. Tomo II. Madrid: Tecnos.

MAURACH, Reinhart y Heinz ZIPF.
1987 Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Buenos Aires. Astrea.

MENDOZA ESCALANTE, Mijail
2000 Los Principios Fundamentales del Derecho Constitucional Peruano. Lima. Gráfica Bellido.

MILLER, Jonathan y Otros
4987 Constitución y Poder Político. Tomo I. Lastrea.

MIR PUIG, Santiago
1996 Derecho Penal, Parte General. Cuarta Edición. Barcelona: PPU.

MIROQUESADA RADA, Francisco
1990 Democracia Directa y Derecho Constitucional. Lima: CONCYTEC.

MONTOYA, Iván
1997 Poder Judicial y Estado Democrático de Derecho en el Perú. Lima. Instituto de Defensa Legal.

MORENO VERDEJO y MARCHENA GÓMEZ

1998 El Delito de Apropiación Indebida en el Código Penal de 1995. Jurisprudencia.

MUÑOZ CONDE, Francisco

1996 Derecho Penal. Parte Especial. Valencia: Tirant Lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, Francisco

1998 Derecho Penal. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, Francisco

1989 Aspectos jurídico-penales de la no evolución de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas. Madrid.

MUÑOZ MACHADO, Santiago

1989 La Reserva de Jurisdicción. Madrid: La Ley. 160 pág.

NOVAC, Fabián y Juan José RUDA (editores)

1999 Declaración Universal de los Derechos Humanos, 50 años. Lima: Fondo Editorial PUCP.

PIEPERS, M.C.

s/f La Reforma del Derecho. Madrid. La España Moderna.

POLITOFF LIFFSCHITZ (actualizado por Rivacoba y Rivacoba)

El Delito de Apropiación Indebida.

POWER MANCHEGO MUÑOZ, Jorge

1984 Constitución y Justicia. Lima: Andina. 1984.

QUERALT, Joan

1996 Derecho Penal Español. Parte Especial. Barcelona: Bosch.

QUIROGA LEÓN, Aníbal

1990 Control de Constitucionalidad: El Proceso y la Jurisdicción Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María

1996 Derecho Penal. Parte Especial. Madrid: Dikynson.

ROXIN, Claus

1997 Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Tr. Diego-Manuel Luzón Peña y Otros. Madrid: Civitas, 1997.

RUBIO CORREA, Marcial

1999 Estudio de la Constitución Política de 1993. 5 Tomos. Lima: Fondo Editorial de la P.U.C.P.

RUBIO LLORENTE, Francisco

1993 La Forma del Poder (estudio sobre la constitución). Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 689 pág.

SERRANO GOMEZ, Alfonso

1999 Derecho Penal. Parte Especial. Madrid: Dikynson.

SILVA, Jesús

1992 Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Barcelona: Bosch.

TARANTINO, Jacinto

1983 Las Penalidades Tributarias. Buenos Aires. Depalma.

VIVES ANTÓN, Tomas

1996 Comentarios al Código Penal de 1995. 2 volúmenes. Valencia: Tirant lo Blanch.

WROBLESWY, J.

1985 Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica. Madrid: Civitas.

B. Artículos

DUVERGER, Maurice.

1994 El Derecho Constitucional. En: Derecho Constitucional y Teoría del Estado. Lima.

EDER PHAMOR, J.

1960 Judicial Review in Latinoamerican. En: Ohio State Law Journal. Vol 21. Pág. 570 y sig.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco.

1998 Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: la evolución del modelo y los nuevos problemas. En: Pensamiento Constitucional. Año V, Nº 5. Noviembre. Pág. 115 - 134.

HAURIOU, André

1994 Objeto y Significación del Derecho Constitucional. En: Derecho Constitucional y Teoría del Estado. Lima.

HESSE, Konrad

1998 Etapas del Desarrollo de la Jurisdicción Constitucional Alemana.. En: Pensamiento Constitucional. Año V, Nº 5. Noviembre,8. Pág. 21 - 46.

LANDA ARROYO, César.

1995 Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano. En: Pensamiento Constitucional. Diciembre. Pág. 73 y sig.

PIZARRO ARANGUREN, Luis

1996 "Aproximación al sistema de garantía prendaria en el Derecho peruano". En: Ius Et Veritas Nro. 13. Año VII. Pág. 133.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María

1994 Política criminal y Sida. En: Revista Peruana de Ciencias Penales, Año II, enero-julio, pág. 347-348.

C. Tesis

LOVATÓN PALACIOS, Miguel David

1999 Los Principios Constitucionales de la Independencia, Unidad y Exclusividad Jurisdiccional. Tesis de maestría con mención en Derecho Constitucional en la PUCP. Lima.

RAMÍREZ-GASTÓN BALLÓN, José Luis Germán.

1978 La Prenda Flotante. Tesis para obtener el grado de bachiller en derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Psicología del testigo y del testimonio

Alejandro Solís Espinoza

1. La psicología del testigo y la ley

La psicología del testigo fue uno de los primeros temas que preocupó a la naciente psicología judicial a fines del siglo XIX, ya que en casi todos los trabajos de psicología jurídica en general como en las obras de psicología forense o judicial en particular¹, un capítulo importante fue este ámbito de la psicología que ha logrado un desarrollo importante, desde varias perspectivas, hasta nuestros días.

Según esta vertiente, consideramos necesario una delimitación del testigo en la ley nacional, tanto en el proceso judicial civil como penal, en los que se dan ciertas particularidades diferenciales. Asimismo, es importante el análisis del testimonio en función de sus aspectos psicológicos subyacentes. Igualmente, vinculado a todo lo anterior, resulta clave el responder a la inquietud de cómo interrogar al testigo, dentro de la práctica forense, para obtener una declaración testimonial que se aproxime a los hechos objetivos.

1 Enrico Altavilla. **Psicología Judicial**. Vols. I y II, Bogotá, Ed. Temis, 1975. Alejandro Ávila E. «El peritaje psicológico en los procesos judiciales». En F. Jiménez y M. Clemente. **Psicología social y sistema penal**. Madrid, Alianza Editorial, 1986. Adela Garzón. «Psicología social y tribunales de justicia», en F. Jiménez y M. Clemente. **Psicología social y sistema penal**. Madrid, Alianza Editorial, 1986. L. Muñoz y otros. **Psicología**. México, Ed. Grijalbo, 1960.

1.1 El testigo y el testimonio en la ley procesal peruana

1.1.1 El testigo y el testimonio. En primer lugar veremos algunos aspectos generales sobre el testigo y el testimonio para revisar luego lo que dicen nuestras leyes procesales al respecto.

En el ámbito judicial, la declaración testimonial constituye un tipo de prueba o medio probatorio en la que participa una persona denominada testigo que, como dice Víctor de Santo, es toda persona física o natural «que en carácter de tercero declara en juicio sobre hechos controvertidos, que han caído sobre sus sentidos y a cuya consecuencia no se encuentra vinculado»², o dentro del fuero penal se afirma también que es una «persona física que es llamada al proceso penal para que diga lo que sabe o conoce sobre el delito, las circunstancias en que fue perpetrado y su autor [...]».³

Dentro de este medio probatorio, un aspecto para su validez, además de otros que veremos adelante, es la cantidad de personas que acuden a testificar sobre un hecho determinado. Al respecto se conoce el principio *Testis unus, testis nullus*, que supone la necesidad de la concurrencia de varios testigos para la probanza de un hecho, lo que sin constituir una regla oficial vale siempre como regla de la experiencia. Al respecto el Código Procesal Civil vigente de 1993, señala en su Art. 226° que los litigantes pueden ofrecer hasta tres testigos para cada uno de los hechos controvertidos.

La declaración que brinda el testigo es el testimonio, que como afirma Víctor de Santo, tiene una doble acepción en el campo jurídico, en el caso procesal es la declaración de un testigo, y en segundo lugar es un «instrumento que debidamente firmado y sellado (generalmente también legalizadas las firmas) reproduce y da fe de un acto o instrumento público [...]».⁴ Por su parte Ettore Dosi precisa que «el testimonio llamado ordinario [...] se agota con la transmisión del conocimiento de un hecho adquirido por el testigo», además agrega que el

2 Anne Anastasi. *Psicología aplicada*. Vol. 6. Buenos Aires, Ed. Kapelusz, 1970.

3 Amado Ezaine. *Diccionario jurídico*. Tomos I y II. Lima, AFA editores, 2ª. Ed., 1991.

4 Víctor De Santo. *Diccionario de Derecho procesal*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1991.

testimonio «tiene su principio en el momento del conocimiento de un hecho, y su punto de llegada en el momento de la declaración», por ello el «testimonio consta de dos fases o actividades a las que el testigo da vida: una actividad cognoscitiva (*actus de praesentia*) y una actividad declarativa (*declaratio de scientia*)». ⁵

Sin embargo, la doctrina procesal generalmente se concentra en la indagación de la fase en que el testigo transmite el conocimiento por él adquirido y descuida u omite el momento o fase en que el testigo adquirió tal saber. Por ello el testimonio no debería ser entendido como un simple *dictum*, sino más bien como un acto compuesto de dos elementos: el «*testis*» y el «*dictum*», y por tanto, como un acto que se basa en la dimensión psicológica de una persona.

1.1.2. El testigo en la ley procesal nacional: en este acápite sólo enumeraremos las disposiciones del proceso civil como penal que tienen mayor implicancia con aspectos relacionados con el testigo y el testimonio desde la óptica de la psicología forense.

A. El testigo en el actual Código Procesal Civil de 1993: en él se estipula que la declaración de testigos es un medio probatorio típico (Art. 192º, Inc.2), señalando además los diversos criterios para su participación, algunos de los cuales, vinculados con la temática que abordamos, son los siguientes:

«Art. 222º. Aptitud.- Toda persona capaz tiene el deber de declarar como testigo, si no tuviera excusa o no estuviera prohibido de hacerlo. Los menores de dieciocho años pueden declarar sólo en los casos permitidos por la ley».

«Art. 223º. Requisitos.- El que propone la declaración de testigos debe indicar el nombre, domicilio y ocupación de los mismos en el escrito correspondiente. El desconocimiento de la ocupación será expresado por el proponente, quedando a criterio del juez eximir este requisito. Asimismo se debe especificar el hecho controvertido respecto del cual debe declarar el propuesto».

«Art. 225º. Límites de la declaración testimonial.- El testigo será interrogado sólo sobre los hechos controvertidos especificados por el proponente».

5 Ettore Dose. *La prueba testimonial*. Bogotá, Ed. Temis, 1986.

«Art. 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».

«Art. 229°. Prohibiciones.- Se prohíbe que declare como testigo:

1. El absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el Art. 222°;
 2. El que ha sido condenado por algún delito que a criterio del juez afecte su idoneidad;
 3. El pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria;
 4. El que tenga interés, directo o indirecto, en el resultado del proceso;
- y,
5. El Juez y el auxiliar de justicia, en el proceso que conocen».

Los aspectos psicológicos y psicopatológicos relacionados con el testigo que se pueden entrever en algunas de las disposiciones citadas lo analizaremos en los siguientes rubros.

B.- El Testigo en el Código de Procedimientos Penales de 1940: dicho cuerpo legal contiene también un título especial dedicado a los testigos, en los artículos 138° al 159° y algunos otros. Teniendo especial importancia para este trabajo, los siguientes:

Art. 138°.- El Juez instructor citará como testigos:

- 1.- A las personas señaladas en la denuncia del Ministerio Público, o de la parte agraviada, o en el atestado policial, como conocedores del delito o de las circunstancias que precedieron, acompañaron o siguieron a su comisión;
- 2.- A las personas que el inculpado designe como útiles a su defensa; así como a los que especialmente ofrezca con el objeto de demostrar su probidad y buena conducta.

El número de testigos comprendidos en estos dos incisos será limitado por el Juez, según su criterio, al necesario para esclarecer los hechos que crea indispensables. El Juez, además deberá citar a todas las personas que suponga puedan suministrar datos útiles para la instrucción».

Art. 142°.- Antes de recibir la declaración de un testigo, el Juez instructor le preguntará si profesa o no una religión; en el primer caso, le exigirá juramento, y en el segundo promesa de honor de decir la verdad. No se exigirá prestación de juramento ni promesa cuando declaren:

1. Los testigos comprendidos en el artículo anterior
2. Los menores de dieciocho años y personas a quienes, por falta de desarrollo o por decadencia mental, se le consideren en un estado intelectual inferior al normal «[...]».

«Art. 144°.- Los sordomudos que sepan escribir, prestarán juramento o promesa y declaración por escrito. Los que no sepan, lo harán por signos siempre que éstos revelen hechos de fácil percepción y comprensibles a juicio del juez».

El Código Procesal Penal peruano de 1991, texto que quedó pendiente de entrar en vigencia, contiene también diversos lineamientos respecto a los testigos en los artículos 196° al 214°, destacando algunos numerales por su importancia en la psicología del testimonio.

«Art. 196°.- A toda persona se le considera, en principio, hábil para prestar testimonio, excepto el inhábil natural o el impedido por la ley».

En la revisión de 1995, el texto del numeral anterior se ha mantenido prácticamente igual.

«Art. 197°.- La declaración del testigo versa sobre lo percibido en relación a los hechos delictuosos, y con sus circunstancias, que son materia de la investigación. Si su conocimiento es indirecto, debe señalar el momento, lugar y medio por los cuales lo obtuvo.

No se le admite al testigo expresar los conceptos u opiniones que personalmente tenga sobre los hechos y responsabilidades».

Según el Art. 205°, concordando con el 130°, el testigo mudo, sordo o sordomudo, será interrogado por escrito, y las respuestas se darán en la misma forma, excepto el sordo que contestará oralmente.

«Si el sordo no sabe leer o el mudo no sabe escribir, intervendrá en la diligencia una persona hábil, bajo juramento, para que entiendan y se hagan entender» (Art. 130°, 2da. parte).

El Art. 204° hace referencia a la explicación que debe hacer el Fiscal al testigo, de que corre el riesgo de caer en responsabilidad penal si falta a la verdad. Asimismo el testigo debe prestar juramento o bien promesa de honor de decir la verdad, de las que están exceptuados, entre otros, los inimputables, lo que significa que un inimputable puede

actuar como testigo, debiéndose entonces considerar una excepción a la limitación que fija el Art. 196° que se refiere al inhábil natural que no puede prestar testimonio.

El hecho de exigir juramento y advertir de las consecuencias, en caso de falsa declaración, como decía Emilio Mira y López, son de relativa importancia. Probablemente las personas más honestas y morales, y menos proclives a dar falsas declaraciones, son las que se atemorizan e impresionan más ante la amenaza y el ceremonial judicial, pero «los inmorales o amorales aquellos sobre los que en realidad se necesitaría ejercer el estímulo no reaccionan ni poco ni mucho ante él. Por ello conceptuamos superfluo el juramento y creemos absolutamente insuficientes (aún cuando necesarios) la advertencia acerca de la responsabilidad inherente al acto del testimonio».⁶

1.2. Aspectos psicológicos en el testigo

En la psicología forense, son materia de preocupación algunos aspectos concernientes a la persona del testigo, que tienen implicancias diversas en la declaración testimonial, como los relativos a su personalidad, salud mental y/o moralidad, entre otros, los que en alguna medida se contemplan en los textos legales enumerados.

1.2.1. Personalidad del testigo

Según los estudios de la personalidad, existen variantes de esta dimensión humana que influyen en la conducta de modo diverso. Al respecto se puede considerar que el contenido testimonial de las personas inestables, sugestionables, volubles, prejuiciosas, debe ser tomado con cuidado porque en ciertos casos pueden carecer de valor. Probablemente, una persona estable emocionalmente, carente de prejuicios, con rasgos marcadamente flemáticos (introversión), sea un testigo más confiable o «ideal», con las limitaciones del caso. Sin embargo, la personalidad del testigo tiene además sus particularidades en función de otras condiciones como la edad, sexo, instrucción, entre otras.

⁶ Emilio Mira y López. *Manual de psicología jurídica*. Buenos Aires, Ed. El Ateneo, 1991.

A.- Personalidad y edad del testigo: no podemos desconocer que la personalidad de un niño, de un adolescente, del adulto y de un anciano tienen sus diferencias importantes. Por ello, generalmente se considera que dado el carácter de inmadurez psicológica del niño y en parte del adolescente, su personalidad no muestra estabilidad y configuración definitivas, aunados a sus peculiares características psíquicas y su menor experiencia psicosocial, salvo excepciones. Al respecto nuestro Código Procesal Civil vigente señala como la prohibición de declarar como testigos a los menores de dieciséis años, cuando dice que no puede declarar el absolutamente incapaz (Inc.1. Art. 229° C.P.C.), lo que se debe concordar con el Código Civil que estipula que los menores de 16 años son absolutamente incapaces (Art. 43° C.C., Inc. 1).

A *contrario sensu*, ello significa que está permitida la declaración como testigo del mayor de dieciséis años, pero que concordado con el Art. 222° del C.P.C., esta capacidad de testificar de los menores de dieciocho años en un proceso civil sólo será en los casos admitidos por ley.

El Código Civil señala sin embargo otras excepciones concernientes al menor de dieciséis años de edad, por ejemplo la mujer o varón mayores de catorce años dejan de ser incapaces (Art. 46° C.C), a partir del nacimiento de hijos, para realizar determinados actos como el reconocer a sus hijos u otros relacionados con su tenencia y alimentos.

Otra excepción es la que autoriza al Juez civil la posibilidad de ordenar la comparecencia a la audiencia de pruebas de un menor, de edad (Art. 194° C.P.C), caso en el que debe tener discernimiento, lo que se puede concordar en parte con lo dispuesto por el artículo 1358° del C.C.: «Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida». En este caso dichos textos no diferencian entre incapaces absolutos (menores de dieciséis años) e incapaces relativos (menores de dieciocho años), por lo que es factible que algunos menores de dieciséis años que tengan discernimiento puedan participar en tales actos.

En este caso, la idea de discernimiento tiene sus antecedentes en el Derecho romano y ha tenido influencia hasta nuestra época, sobre todo en lo concerniente al Derecho de menores, con el que se alude prácticamente a la capacidad de comprensión y de distinguir lo bueno y lo malo, o lo lícito e ilícito, dentro de ciertos términos relativos que puede poseer un menor de dieciocho años de edad, pero cuyo límite infe-

rior de edad no tiene una delimitación precisa, en base a las normas señaladas en los cuerpos legales aludidos.

El Código de Procedimientos Penales de 1940 admite la potestad de declarar como testigo a los menores de dieciocho años de edad, con la salvedad que no se les exija juramento o promesa de honor de decir la verdad. En este caso no se fija tampoco el límite mínimo de edad hasta la que se admitiría testificar, quedando su delimitación según el caso particular.

El Código Procesal Peruano de 1991, cuya vigencia ha quedado diferida, estipula que no puede prestar testimonio el inhábil natural, empleando una denominación no muy precisa, pero que se interpreta en todo caso como incapacidad, dentro del cual se hace alusión a una condición de ausencia de capacidad por diversas condiciones. Pero el agregado de «natural» da a entender a su vez a un estado relacionado a la naturaleza humana, en la que cae la madurez psicobiológica que está en función de la evolución temporal del sujeto, por lo que este impedimento incluiría al menor de edad incapaz absoluto. Sin embargo, si tomamos en cuenta el inciso 2 del Art. 204° de dicho cuerpo legal, se permite declarar a los inimputables, y los menores de dieciocho años lo son, sin la exigencia de juramento o promesa de honor.

En todo caso para admitir la participación testimonial de un menor de edad se deben tener en cuenta su edad (niño, púber, adolescente), y sus particularidades personales. Al respecto, es posible que la declaración de un menor pueda ser más confiable que la declaración de un adulto con determinados rasgos de personalidad inadecuados, pero también un niño puede ser más influenciable y fantasioso.

Teniendo en cuenta la personalidad del anciano, se debe considerar que la involución psicobiológica que sufre influye en su capacidad testimonial, por ello se debe valorar la validez o relatividad de su testimonio, aunque las leyes procesales no dicen nada al respecto. Nos estamos refiriendo, en este caso, al anciano que no tiene alteraciones patológicas como las demencias seniles u otras que a veces se presentan en esta edad y que originarían una incapacidad definida. Pero de todos modos, al margen de tales situaciones -que lo veremos más adelante- una persona de la llamada tercera edad, cuanto más avanza en la etapa propecta, presenta ciertos cambios en su personalidad y sobre todo en su capacidad perceptual (viso-auditiva), y en su capacidad mnémica, entre otras, cuya credibilidad testimonial, en ciertos casos puede ser más dudosa

que la de -por ejemplo- un niño. Al respecto A. Langeluddeke afirma que a veces se cree erróneamente en la exactitud de las declaraciones de un anciano, porque «puede causar una impresión de completa claridad mental a quien solamente les haga preguntas de la vida diaria; pero tan pronto como se les trata más de cerca, se nota que detrás de una fachada exterior bien conservada domina un asombroso vacío y que no saben dar una contestación exacta a las preguntas más sencillas [...]»⁷. Emilio Mira decía también al respecto, refiriéndose al septuagenario, «que a medida que disminuye en ellos su precisión de observación y testimonio, crece en cambio su convencimiento en la certeza de sus declaraciones».⁸

B.- Personalidad y sexo: determinados autores han señalado que se pueden encontrar diferencias importantes en la testimonial de un varón respecto a una mujer. Incluso ya William Stern había efectuado algunos estudios sobre el particular, y las opiniones eran que un varón era más fiable en su testimonio con respecto a una mujer, aunque se consideraba también que ésta era mucho más exacta en los detalles. En este caso debemos precisar que actualmente estas ideas genéricas no pueden ser criterios válidos para evaluar la mayor fiabilidad de las testimoniales en función del sexo.

C.- Personalidad y grado de instrucción del testigo: si bien el testigo declara sobre hechos percibidos o de los que obtuvo información en momentos cercanos al hecho, y que están supuestamente almacenados en su memoria a largo plazo de tipo episódico, tales hechos se supone que fueron aprehendidos y retenidos en función a su madurez biológica y personalidad en general, o según una óptica masculina o femenina (prejuicios e intereses en función del sexo). Dentro de este contexto no deja de tener implicancia también el grado de escolaridad o capacitación técnica o de otra índole que posee el testigo, para el conocimiento más o menos objetivo del hecho materia del testimonio.

Es necesario valorar el testimonio que depone un analfabeto, o de alguien que tiene conocimientos medios o de uno que cursa instrucción superior, o un profesional determinado. Probablemente la mayor o menor experiencia y práctica escolar puede intervenir en alguna medida, en la direccionalidad de la percepción del hecho.

7 Albrecht Langeluddeke. *Psiquiatría forense*. Madrid, Espasa Calpe, 1972.

8 Emilio Mira y López. *Op. cit.*

Asimismo el testigo que posee un nivel cultural medio o alto o un grado de escolaridad similar, posiblemente puede tener un nivel de mayor comprensión y posibilidad de evocar mejor o comunicar con mayor claridad los acontecimientos o situaciones materia del hecho testimonial. Esto quiere decir que para valorar el grado de credibilidad del testimonio es también importante esta condición personal. Sin embargo al igual que en los otros factores personales, no se puede partir, en la generalidad de los casos, de un criterio *a priori*, sino que la importancia y validez del testigo debería ser evaluado en cada caso particular.

De los elementos personales que hemos señalado, podemos trazar un perfil hipotético de testigo óptimo, en el que se consideran algunas condiciones que son indicadores positivos de un testimonio más objetivo y creíble, esto es: un adulto, varón, de personalidad «normal» (flemático), honesto y de cultura mayor que el término medio. Sin embargo, no escapa la posibilidad de poner en duda la validez de un testigo ideal en algunos casos, por razones tanto del proceso mismo de cómo se obtuvo y conservó en la memoria el dato objeto del testimonio, como del grado de compromiso u otros aspectos que lo vinculan con alguna de las partes en el proceso.

Además, el testigo que interviene en un proceso judicial depende de lo que éste tenga que decir en cada caso en *litis*, y este testigo citado depende del azar, y no en función a los criterios personales de mayor objetividad que idealmente serían de esperar.

1.2.2. Salud mental del testigo

Los trastornos mentales que pueda presentar este actor «invitado» al proceso judicial tendrá mayor repercusión en la validez o credibilidad de su testimonio, en casos que se le permita deponer. Aunque en principio se puede partir de la idea que algunas personas con alteraciones mentales estarían vedadas para prestar declaración testimonial, sobre todo en el proceso civil; sin embargo en el caso penal, según el inciso 2 del Art. 142° del C.P.P. se puede admitir la declaración de personas en estado de «decadencia mental [...]», inimputables. Sin embargo, no podemos olvidar que estos trastornos incluyen diversos cuadros con alteraciones muy variadas⁹, algunos de los cuales sí inhabilitarían para testificar.

9 E.F.P. Bonnet. Psicología y psiquiatría forenses. Tomo I, Buenos Aires, López

A.- Testigo y trastornos de personalidad: dentro de los trastornos mentales, los «Trastornos específicos de personalidad», llamados hace algunas décadas atrás personalidades psicopáticas,¹⁰ pueden tener repercusión en la fiabilidad de su declaración testimonial. En el caso de la actuación testimonial de personas con estos trastornos, su participación como testigos debe ser tomado con reserva, sobre todo tratándose de trastornos de personalidad antisocial o disocial, cuyas características de anormalidad o desviación, evidentemente pueden poner en tela de juicio la objetividad y veracidad de su testimonial, lo que no significa tampoco que puedan declarar válidamente, pero el problema queda entonces en manos del juez para valorar la testimonial de dicha persona, siempre y cuando se tenga una información previa del trastorno que sufre.

Probablemente merezca también reparos la declaración testimonial de un testigo con «trastorno de personalidad histérica» o «histrionica», antes llamado también «psicópata necesitado de estimación» por Kurt Schneider,¹¹ por la inseguridad del contenido que puede relatar como parte de su testimonio, en caso de actuar como testigo, y sobre todo por su tendencia pseudológica, ya que como dice A. Langeluddeke son inadecuados como testigos los llamados «pseudologistas» que mezclan en su recuerdo la verdad y la fantasía, hasta el punto que ellos mismos terminan por creer en la verdad de sus embustes».¹²

Asimismo, no serían fiables aquellos que por su trastorno de personalidad paranoide pueden tergiversar los hechos objeto de su testimonial. Sin agotar las anotaciones a los diversos trastornos de personalidad y sus repercusiones cuando actúan como testigos, debemos señalar que en los textos procesales no se considera ninguna anotación al respecto, salvo el referirse al incapaz o «inhábil natural», sobre la posibilidad de adoptar alguna previsión o duda en caso de testigos con algún trastorno de personalidad importante dentro de este contexto.

Libreros Editores, 1983. Roberto Serpa. **Tratado de psiquiatría forense**. Bogotá, Ed. Temis, 1979. Alejandro Solís E. «Aspectos psicopatológicos de la inimputabilidad» en: **Revista Peruana de Ciencias Penales**. Lima, 1994, N° 4.

10 Kurt Schneider. **Las personalidades psicopáticas**. Madrid, Ed. Morata, 1965.

11 Kurt Schneider. *Op. cit.*

12 Albrecht Langeluddeke. *Op. cit.*

B.- Testigos con trastornos psicóticos: generalmente la mayoría de psicosis o locuras producen una alteración grave en la capacidad mental del sujeto, con sus peculiares características cada psicosis.

Dentro de las psicosis orgánicas destacan en primer término una variedad de psicosis seniles y preseniles, una de cuyas características es la demencia del paciente, esto es un deterioro del intelecto por factores orgánicos neurológicos, que ocurre en la etapa senil o presenil de algunas personas, aunados a otros tipos de alteración en el juicio y/o en el afecto. En estos casos es evidente que una persona con tales psicosis no puede ser apta para declarar como testigo, y dentro del campo judicial el Código Procesal Civil cuando señala que no pueden ser aptos para declarar como testigos los absolutamente incapaces, incluye en forma tácita esta psicosis, sólo que el conflicto se puede presentar cuando algunos testigos con psicosis senil o presenil no hayan sido declarados interdictos, o bien estándolos el Juez no tiene conocimiento de ello. Por tales razones es importante que el magistrado posea alguna información mínima sobre psicología y psicopatología, para que pueda tomar una decisión más objetiva en tales circunstancias. En todo caso, la edad propecta de un testigo puede ser un indicador para auscultar si éste sufre alguna psicosis senil o presenil.

En el grupo de la psicosis orgánica, también resultan importantes las psicosis debidas a drogas y las psicosis alcohólicas, con sus cuadros específicos. En todos estos procesos se produce una alteración del juicio, y si se trata de una persona citada como testigo, su declaración no tendría validez probatoria en ciertos casos. Al respecto, Charles Morris dice que generalmente los resultados demuestran que el alcohol dificulta la capacidad de codificar nueva información, y en «los casos extremos de alcoholismo crónico puede presentarse la «psicosis de Korsakoff», trastorno que se caracteriza por grandes defectos de la memoria y por desorientación. Los que la sufren pueden olvidar hasta su nombre, de donde vienen o donde se encuentran».¹³

Entre los trastornos psicóticos no orgánicos, llamado a veces psicosis endógenas, que son cuadros bastante graves, sin una base orgánica definida, como por ejemplo la esquizofrenia y también la psicosis afectiva, que en caso de afectar a un testigo bien sea en la época que percibió los hechos o en la etapa de la declaración testimonial, nos

13 Charles Morris. *Psicología: un nuevo enfoque*. México, Prentice Hall, 1987.

indicará que tampoco sus declaraciones, en estos casos, pueden ser válidas como elementos de prueba del hecho objeto del proceso. Sobre todo los casos de hipomanía o de «maníacos leves» son los más peligrosos, porque pueden proceder a inculpaciones infundadas, que ellos consideran verdaderas y que los mantienen tenazmente y que pueden convencer al profano de su «veracidad».

En estos y otros casos de psicosis, en los que las personas sobre todo sufren una distorsión de la razón, si bien pueden no manifestar ningún proceso agudo del trastorno mental que padecen, en el momento del acto testimonial, y que a la vista de un profano puede parecer una persona «normal», los juicios que emiten o los informes que aporta de la experiencia que señalan haber vivido, en su declaración testimonial, pueden estar sesgados y no poseer validez. Sin embargo esto no quiere decir que el total de sus declaraciones sean alterados, ya que en parte pueden estar referidos a hechos y datos ciertos, pero es probable que estén mezclados o junto a datos y hechos distorsionados, y el problema resulta en todo caso, en el supuesto de su participación como testigo, la dilucidación de los datos objetivos de los datos distorsionados. En todo caso esto nos lleva a plantear que el Juez debe tener algún conocimiento sobre la materia, y que en caso de sospecha de anormalidad psicótica en el testigo, pueda tomar las providencias del caso o solicitar la participación de un perito.

C.- Testigos con retraso mental: en este punto debemos indicar, que el cuadro genérico de retraso mental era denominado hasta los años 60 del siglo XX con el nombre de oligofrenia, el que incluía tres grados: el «débil mental», el «imbécil» y el «idiot». Actualmente, dentro de los casos de retraso mental se consideran generalmente cuatro grados: retardo mental discreto o leve, retardo mental moderado, retardo mental grave y retardo mental profundo. De estos diversos niveles de retraso mental, los casos de retraso grave y profundo presentan una incapacidad muy notoria, que los imposibilita para prestar algún testimonial. En el supuesto del retardo mental moderado la capacidad intelectual es escasa, y aunque pueden haber aprendido a comunicarse, casi no habrá progresado más allá de un segundo grado de primaria, y su testimonial sería de relativa validez, según la mayor, escasa o nula práctica o entrenamiento educativo que haya recibido. En el caso del retraso mental ligero o leve, su testimonio puede tener algún grado de mayor certeza, por tener una capacidad que les puede permitir alcanzar hasta un nivel escolar de sexto grado de primaria, aunque con dificultades, y poder

desarrollar algunas habilidades prácticas, dependiendo también del caso concreto, si ha tenido educación especial o ausencia de entrenamiento educativo.

Según nuestra legislación Procesal Civil al considerar privados de actuar como testigos a los absolutamente incapaces, incluye tácitamente los grados de retraso mental profundo y grave, siendo discutible los moderados y leves, en el supuesto que hayan sido declarados incapaces en un proceso de interdicción civil, lo que plantea la interrogante ¿qué hacer ante casos de no declarados interdictos o incluso hasta interdictos de los que no se tiene conocimiento de tal hecho?

Nuestro Código Procesal Penal de 1940, prácticamente admite la declaración testimonial de estos casos (Art. 142°), cuando se refiere a las personas que por falta de desarrollo o por decadencia mental, «se les consideren en un estado intelectual inferior al normal [...]», a quienes no se les exigirá prestar juramento ni promesa. Sin embargo, el Código Procesal de 1991, en su artículo 196°, dispone que no puede declarar como testigo el «inhábil natural» o el «impedido por la ley», en cuya primera parte consideramos que entran los casos de deficiencia intelectual, como personas inhábiles para actuar como testigos, salvo lo dispuesto por el Inc. 2 del Art. 204°, que en la práctica incluiría a los retardados leves y a veces a los moderados.

En la experiencia alemana, Albrecht Langeluddeke, plantea que ni una enfermedad mental ni una «debilidad mental» (retardo mental leve) excluyen la prestación de juramento, y que si la declaración es fidedigna o no tiene que ser examinado caso por caso, y como obligación del juez que efectúa el interrogatorio, y sólo por excepción se encomendaría este problema al examen pericial. Asimismo considera que es «preciso admitir plenamente que, por ejemplo, los débiles mentales, por razón de la edad, no tienen una idea suficiente de la importancia y de la esencia del juramento, como tampoco la tienen los enfermos delirantes. Pero lo que se pregunta en este momento es cómo puede mantenerse la credibilidad de sus declaraciones. Cuestión ésta que en la práctica no siempre es fácil de contestar, porque enfermos mentales pueden prestar declaraciones completamente veraces; pero como la verdad y la fantasía están tan entrelazadas en sus declaraciones, cabe que la fantasía, erróneamente, sea considerada como verdad».¹⁴

14 Albrecht Langeluddeke. *Op. cit.*

D.- Testigos farmacodependientes: si aceptamos que una persona normal, en cuanto trata de rememorar hechos acaecidos en el pasado, no siempre tiene un recuerdo fidedigno, sino que puede sufrir diversas distorsiones; tratándose de una persona drogadicta o farmacodependiente, con alteraciones muy diversas en su personalidad y/o en su percepción, además de estar bajo dependencia a la droga que consume, podemos considerar que su actuación como testigo tendrá limitaciones en la calidad de su recuerdo y por consiguiente en la validez de su testimonio. Charles Morris dice al respecto, que por ejemplo «la marihuana al parecer deteriora la capacidad de codificar y almacenar datos en la memoria a largo plazo».¹⁵

E.- Testigos alcohólico: en este caso la dependencia alcohólica afecta la personalidad del adicto, y muchas veces una de las secuelas de la ingesta crónica de alcohol es también la alteración de las funciones mnémicas, que son fundamentales tratándose del testimonio, por ello el juez deberá tener en cuenta, si este fuera el caso, para considerar la declaración de una persona con dicho trastorno, no obstante que las normas legales no precisan en forma específica limitaciones para casos de esta naturaleza. Como dice el citado Charles Morris, en «general los resultados muestran que el alcohol entorpece la capacidad de codificar nueva información [...]. El consumo de grandes cantidades de licor puede ocasionar una notable pérdida de la memoria. En algunos casos, todo lo que se dijo o hizo bajo los efectos del alcohol queda totalmente suprimido. El individuo quizá no recuerda ni siquiera hechos de gran importancia: como el de haber golpeado a alguien».¹⁶

F.- Testigos neuróticos: en estos trastornos mentales, en que no existe un deterioro o distorsión notable del juicio en el paciente, sino más bien trastornos emocionales, sobre todo con fondo ansioso acentuado, podrían en general participar como testigos. Salvo algunos casos muy acentuados o algunos cuadros específicos que pueden tener incidencia en las funciones mnémicas, como el de la neurosis histérica tipo disociativa, en la que pueden ocurrir amnesias, sonambulismo, fugas y fenómenos de personalidad múltiple, que alterarían la percepción clara de los hechos objeto del testimonio, con repercusión en una declaración que no sería muy objetiva.

15 Albrecht Langeluddeke. *Op. cit.*

16 Albrecht Langeluddeke. *Op. cit.*

1.2.3. Moralidad del testigo

Sobre este particular diremos, que en términos generales es más confiable una persona honesta frente a una persona con algún grado de deshonestidad o incluso de criminalidad, lo que significa que «el testimonio como *dictum* deriva su valor del *testis*, lo que en otros términos supone que el testimonio que interesa al juez está en función de la confianza que se tenga en el testigo. En otros términos *Testibus, non Testimoniis Creditur* o «tanto vale el dictum cuanto vale el *testis*».

Esto sin embargo es una generalización, que indica la posibilidad que las personas honestas, en porcentaje mayor sean más sinceras o fiables que las deshonestas. No obstante ello, de acuerdo a la situación concreta, puede una persona deshonesto prestar una declaración objetiva y fiable, mientras que una persona honesta, por motivos especiales diversos puede tergiversar su declaración. Además hay que anotar que la fiabilidad en la persona no es elemento suficiente para tener credibilidad en los informes que depone, porque puede alterarse por distorsiones de su memoria a largo plazo, como veremos más adelante, y que están al margen de su voluntad o buena fe. Al respecto Miguel Herrera dice que las «virtudes morales son capitales en la estimación testimonial. Pero las virtudes que adornan una personalidad, pueden empañarse por móviles pasionales subconscientes generados de actitudes prejuiciosas. Los testimonios, no pueden distinguirse en forma radical y absoluta como buenos o malos».¹⁷

Nuestra legislación procesal, de gran parte del siglo XX, sobre todo del Código de Procedimientos Civiles de 1912, consideró que estaban prohibidos para declarar como testigos:

- Las personas indignas de fe por razón de malas costumbres notorias o de vagancia.
- Los condenados por falso testimonio.
- Los que están sujetos a mandamiento de prisión.

Si bien tales prohibiciones encuadraban, en alguna medida, dentro del ámbito de la moralidad y que les impedía participar como testigos, tales limitaciones merecían algunas observaciones:

¹⁷ Miguel Herrera. *Psicología y criminología*. Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Omeba, 1966.

En el primer caso, «las malas costumbres notorias» que hacen indigno de fe, no constituyeron criterios objetivos y claros, sino más bien subjetivos y mudables en función del ámbito social y la época. Además, en el supuesto que fuera una caracterización precisa, sobre todo en distritos judiciales con poblaciones masivas y anónimas, su apreciación resulta difícil. En cuanto a la segunda parte de la indignidad por razón de «vagancia» del propuesto como testigo, resulta también difícil de aceptar en nuestros días, porque tampoco existe un criterio objetivo para precisarlo, y si además si consideramos incluso que la llamada «Ley de vagancia» del año de 1924 fue derogada en la década del ochenta, no es posible aceptar este criterio como limitación para testificar.

En cuanto a los condenados por falso testimonio, los elementos para su comprobación eran probablemente más objetivos y factibles de acreditarse, lo mismo podría decirse de los que estaban sujetos a mandamiento de prisión, aunque les alcanzaba objeciones similares a las hechas líneas antes, y por ser además muy genéricas.

El Código Procesal Civil vigente ni el Código de Procedimientos Penales de 1940, señalan alguna limitación clara vinculada con la moralidad del testigo, pero creemos que el juez y en función de las tachas que pueda interponerse por la parte interesada, en el caso respectivo, podría valorar la imparcialidad y confiabilidad del testigo cuestionado por razones de duda en su moralidad para testificar. Por ello, Emilio Mira propone que se haga un «previo reconocimiento de la personalidad del testigo y de su posición en la situación de testimoniar, con el fin de poder predecir cuál ha de ser la intención que le guía al hacerlo».¹⁸

En suma, el testimonio en el ámbito judicial, constituye un medio de prueba sujeto a muchas dudas, sin negar que de acuerdo a la naturaleza del hecho o materia de probanza, en ciertos casos la duda será escasa o nula y en otros debe ser tomado con las precauciones debidas. Por ejemplo, si alguien declara que la señora X y el señor Z vivían en un departamento que estaba al lado del suyo, y que esto fue durante meses o años, este hecho genérico es verosímil, por lo tanto es probable que esté sujeto a un mínimo error. Pero si una persona declara que el señor Y junto con otros, estaba bebiendo cerveza el día sábado 11 de

18 Emilio Mira y López. *Op. cit.*

julio de 1992, en horas de la tarde. Los datos relatados pueden estar sujetos a distorsiones en cuanto al día y/o al año y la hora, o en cuanto al hecho de si efectivamente bebía cerveza, porque el señor Y pudo haber tenido un vaso de gaseosa y sus acompañantes cerveza.

2. Aspectos psicológicos del testimonio

La declaración testimonial supone que el testigo conoce de la ocurrencia del hecho materia de probanza o de las circunstancias precedentes, o de las que acompañaron o siguieron a su ocurrencia, o bien tiene un conocimiento indirecto del mismo.

En el caso de un evento delictivo, el nuevo Código Procesal Penal expresa que la «declaración del testigo versa sobre lo percibido en relación con los hechos delictuosos, y con sus circunstancias que son materia de investigación. Si su conocimiento es indirecto, debe señalar el momento, lugar y medio por los cuales lo obtuvo.

No se le admite al testigo expresar los conceptos u opiniones que personalmente tenga sobre los hechos y responsabilidades» (Art. 197°).

El testimonio tiene su fuente en una fecha pasada, con el conocimiento del hecho, y su punto de llegada en el momento de la declaración, lo que significa que tiene dos fases generales: una de conocimiento o cognoscitiva (*actus de praesentia*), y otra fase declarativa (*declaratio de scientia*). Por ello, en forma específica, como decía Emilio Mira, el «testimonio de una persona acerca de un acontecimiento cualquiera, depende básicamente de cinco factores: a) del modo cómo ha percibido dicho acontecimiento; b) del modo cómo lo ha conservado en su memoria; c) del modo cómo es capaz de evocarlo; d) del modo cómo quiere expresarlo; e) del modo cómo puede expresarlo».¹⁹

2.1 Fuente del conocimiento materia del testimonio

De acuerdo a las normas procesales civiles como penales, entre otras, el acto de la declaración testimonial se cumple y agota con la sola transmisión del conocimiento de un hecho por el testigo. Por ello, general-

19 Kurt Schneider. *Op. cit.*

mente la doctrina y legislación procesal sobre este tema, se concentran en la fase en que el testigo transmite el conocimiento por él adquirido, o sea en la etapa declarativa que puede estar temporalmente cercana o lejana al momento en que fue conocido el hecho. Esto significa que descuida el momento o etapa en que el testigo recepciona el hecho, o sea del punto de partida del «iter» del testimonio.

En todo acto testimonial se sobreentiende que el testigo tuvo un conocimiento, generalmente directo o indirecto de algo que es útil declarar en el proceso judicial. Pero este saber o conocimiento acerca de algo que es materia de *litis*, supone necesariamente la secuencia de una serie de procesos y condiciones intrapsíquicas especiales.

En primer lugar, la persona que en un futuro actuará como testigo de hechos, toma conocimiento de lo que va a declarar mediante determinados procesos perceptuales, generalmente de tipo visual o auditivo, a veces olfatorio y/o táctil. Esto, en términos generales, indica un proceso de percepción o sensoperceptual. En segundo lugar, el tipo de percepción que interesa en el testimonio, requiere algún grado suficiente de atención prestada al hecho materia de la declaración, y esto nos plantea analizar las particularidades de este fenómeno y su grado de concentración, para que se haya podido grabar el hecho percibido. En tercer lugar, el hecho o situación percibido con algún grado de atención, requiere alguna forma de almacenamiento en la memoria del futuro testigo, un grado suficiente de procesos mnémicos que permitan posteriormente su evocación o recuerdo en el acto testimonial. Asimismo interesa conocer el fenómeno del olvido, que es un proceso que ocurre en toda experiencia vivida, en mayor o menor intensidad. Otro aspecto es cómo se comunica lo evocado por el testigo, cuál es el grado de su capacidad verbal, su habilidad comunicativa y deficiencias; y, finalmente, no podemos descuidar los aspectos actitudinales en el testigo, cuál es su actitud frente a las partes o los hechos sobre los que declara, y que puede influir en algún sentido, en su participación como testigo.

Por todo lo anterior estamos de acuerdo con Ettore Dosi cuando afirma que «es necesario también reconocer que es fruto de un grave error analizar el testimonio atendiendo sólo al momento declarativo, el cual, según ya se ha señalado, termina por representar solamente el punto de llegada de la experiencia vivida por el testigo»,²⁰ cuando real-

20 Ettore Dosi. *Op. cit.*

mente para que se produzca la fase del conocimiento del hecho que será materia de declaración testimonial, el testigo ha debido poner en juego una serie de procesos psicológicos concatenados, de los que realmente depende la validez del testimonio, y que son los siguientes:

2.2. Procesos sensoriales y perceptuales

El ser humano en la vida cotidiana se pone en contacto con el mundo externo e interno mediante los diversos órganos de los sentidos, de tal modo como dice el neuropsicólogo soviético A. Luria (1975) las «sensaciones constituyen la fuente principal de nuestros conocimientos acerca del mundo exterior y de nuestro propio cuerpo. Ellas son los canales básicos por los que la información sobre los fenómenos del mundo exterior y en cuanto al estado del organismo llega al cerebro, dándole al hombre la posibilidad de orientarse en el medio circundante y con respecto al propio cuerpo. Si dichos conductos estuvieran cerrados y los órganos de los sentidos no llevaran la información necesaria, no sería posible ninguna vida conciente».²¹ En sentido similar se refieren Peter Lindsay y Donald Norman (1977) cuando afirman que los sentidos: ver, oír, tocar, gustar, sentir, son las ventanas al mundo, que alimentan al cerebro con la información respecto al entorno.²²

2.2.1. Procesos perceptuales

Toda la información sensorial, no llega a tener significación, ya que el «ojo registra los patrones de luz y oscuridad, pero no «ve» a un peatón que cruza la calle. El tímpano vibra de manera particular ante ciertos estímulos, pero no «oye» una sinfonía. Ver y escuchar patrones significativos en ese desorden que es la información sensorial es lo que nosotros llamamos percepción», de acuerdo a lo que plantea Charles Morris.²³ En otros términos, la percepción es un proceso consistente en crear patrones significativos a partir de la información sensorial en

21 Florencio Mixán. *La prueba en el procedimiento penal*. Lima, Ediciones Jurídicas, 1991.

22 Peter Lindsay y Donald Norman. *Introducción a la psicología cognitiva*. Madrid, Ed. Tecnos, 1983.

23 Charles Morris. *Op. cit.*

bruto, y es precisamente el cerebro el que interpreta el flujo de información tan compleja que procede de los sentidos, y crea experiencias perceptuales que van más allá de lo que se capta mediante los sentidos.

A. Smirnov y otros, dicen que la «percepción se completa y perfecciona, en un grado mayor o menor, con los conocimientos que se tienen de la experiencia anterior. A consecuencia de esto, el hombre percibe los estímulos que actúan sobre él como objetos determinados de la realidad: árboles, casas, otras personas, etc. La percepción de algo, como objeto o fenómeno determinado de la realidad, sería imposible sin el apoyo en la experiencia pasada».²⁴

Los gestaltistas que investigaron sobre la percepción señalaron algunos principios sobre la organización perceptual:

- a. Figura y fondo: en el proceso perceptual somos capaces de distinguir la figura del fondo contra el cual aparece. Esta distinción se aplica a todos los sentidos y no sólo a la vista.
- b. El cierre: es otro principio de la organización perceptual, que se refiere a la inclinación a pasar por alto lo incompleto en la información sensorial, y a percibir un objeto entero, aún cuando realmente no exista en forma completa.
- c. El principio de proximidad: cuando los objetos están cerca uno de otro, tendemos a percibirlos juntos y no por separado.
- d. La semejanza: es otro principio de agrupamiento. Los objetos que son de color, tamaño o forma parecida, suelen percibirse como parte de un sólo patrón.

Asimismo, los fenómenos perceptuales tienen mucha relación con las Características del observador, sobre todo dependen mucho de la experiencia personal y del aprendizaje, como los siguientes:

- a) Motivación. Generalmente las necesidades y deseos del sujeto influyen profundamente en sus percepciones. Por ejemplo, las personas que tienen una necesidad, tienden a percibir algo que piensan que les va a satisfacer.
- b) Expectativas. Si sabemos de antemano lo que hemos de percibir, ello influirá en nuestra percepción.

24 A. Smirnov y otros. *Psicología*. México, Ed. Grijalbo, 1960.

- c) Estilo cognoscitivo. A medida que maduramos adquirimos un método general de afrontar el ambiente.
- d) Antecedentes y formación cultural. El idioma que hablamos y otras diferencias culturales pueden influir en la percepción del ambiente.

2.2.2. Alteraciones de la percepción

Si tomamos en cuenta los rasgos característicos de la percepción, veremos que muchos aspectos de los perceptos, sean visuales, auditivos, olfatorios, gustativos, entre los principales, contienen una importante influencia del individuo, debido a su experiencia y otras características singulares.

Al margen de tales consideraciones, que pueden favorecer el hecho de tener percepciones que no reflejen necesariamente las características objetivas de la realidad, podemos considerar dos alteraciones cualitativas típicas, una de carácter que podemos llamar a veces «normal» y otra que se presenta muchas veces en casos de patología mental, estas son las ilusiones y las alucinaciones respectivamente.

A. Ilusiones perceptuales. En las ilusiones se da una interpretación equivocada de la percepción de una experiencia sensorial externa, y se pueden manifestar a nivel visual, auditivo u otro ámbito sensorial. Al respecto Lindsay y Norman dicen que las «cosas no siempre aparecen como son realmente. Lo que vemos u oímos no siempre es lo que es. El sistema perceptivo comete errores con frecuencia. A veces vemos ilusiones, a veces se requiere tiempo para que el sistema perceptivo se recupere de una estimulación prolongada».²⁵

Muchas ilusiones visuales se deben a señales que proporcionan información errónea sobre la distancia o la profundidad. Por ejemplo, ¿a qué se debe que el sol o la luna dan la impresión de ser más grandes cuando están cerca del horizonte que en el cenit?. Hoy la mayoría de investigadores explican el fenómeno recurriendo a la teoría de la distancia aparente de Kaufman y Rock (1962). En el campo de las ilusiones se distinguen diversas manifestaciones de tal alteración:

- a. Ilusiones fantásticas o pareidólicas. Generadas por la fantasía sobre la base de un estímulo real sensorial, por ejemplo ver determinadas figuras en una mancha de tinta.

²⁵ Peter Lindsay y Donald Norman. *Op. cit.*

- b. Ilusiones por inatención. Alteraciones de la percepción debidas a la distracción del sujeto.
- c. Ilusiones afectivas o catatímicas. Son alteraciones motivadas por situaciones emotivas. Por ejemplo una persona temerosa puede ver en la oscuridad un «fantasma» cuando se trata realmente de la sombra de un árbol.
- d. Ilusiones oníricas. Por una disminución de la conciencia, en los estados crepusculares y delirios oníricos.

Dadas las características de la percepción y la posibilidad de errores diversos, así como de procesos de ilusión muy variados, la declaración testimonial sobre un evento percibido, puede no siempre reproducir fielmente el hecho, y como consecuencia constituir una información sujeta a duda o no ser confiable.

B. Alucinaciones. Estos trastornos se pueden dar en los ámbitos visual, auditivo u otro tipo de percepción, y como dicen Alfred Freedman y otros, «las alucinaciones son percepciones sensoriales falsas que no van asociadas a estímulos externos reales».²⁶

La alucinación puede ser motivada o inducida por factores emocionales o por factores orgánicos como las debidas al consumo de drogas y el alcohol o estados psicóticos, hasta estados de somnolencia. Asimismo existen diversos tipos de alucinación, como los siguientes:

- a. Alucinaciones hipnagógicas. Que son percepciones sensoriales falsas que se producen en la transición de la vigilia al sueño. Si la alucinación se produce inmediatamente antes de despertar plenamente se denomina hipnopómpica.
- b. Alucinación auditiva. Percepción auditiva falsa, que puede ser desde ruidos, hasta voces de carácter amenazantes o insultantes.
- c. Alucinación visual. Percepción visual falsa, menos frecuentes que las auditivas, pueden ser:
 - Fotopsias, como lucecillas y colores de forma indefinida.
 - Imágenes visuales aterradoras como en el *delirium tremens*.
 - Alucinaciones liliputienses o percepción de objetos como si estuviesen reducidos de tamaño. Es frecuente ver por ejemplo ani-

26 Alfred Freedman y otros. *Compendio de psiquiatría*. Barcelona, Salvat Editores, 1978.

males pequeños de color o «microzoopsias», en ciertos delirios tóxicos.

- Alucinaciones gulliverianas, en la que se perciben imágenes gigantescas, en intoxicaciones exógenas y en esquizofrenias.
- d. Alucinación olfatoria. Falsa percepción de olores, generalmente de carácter desagradable, se da en estados esquizofrénicos y en lesiones del lóbulo temporal.
- e. Alucinación gustatoria. Percepción falsa del gusto, aunque es menos frecuente.
- f. Alucinación táctil o háptica. Falsa percepción del tacto, como la sensación de gusanos sobre la piel.
- g. Alucinación cinestésica. Falsa percepción de movimiento o sensación, como por ejemplo de un miembro amputado (miembro fantasma).

Estas alucinaciones, si fueran la fuente de los datos de un testigo, obviamente distorsionarán la objetividad de su declaración que se sustenta en falsos perceptos.

2.3. Procesos atencionales

Los estudios sobre la atención se iniciaron conjuntamente con el nacimiento de la psicología científica, sin embargo este interés decayó por un tiempo prolongado, desde inicios del siglo XX, por casi cinco décadas. Posteriormente con el surgimiento de las tendencias cognoscitivas en la psicología, renace el interés por su estudio, sobre todo con el trabajo de Broadbent: *Perception and Communication* (1958).

Según E. R. Hilgard²⁷, se denomina atención al proceso de concentración perceptual ante determinados estímulos. «Por medio de este proceso de atención nos concentramos en los estímulos seleccionados y resistimos a los que nos distraen». Además, dentro del proceso de la atención existen dos grupos de factores muy importantes:

²⁷ Ernest Hilgard. *Introducción a la psicología*. Tomo I, Madrid, Ed. Morata, 4ª. Ed., 1973.

2.3.1 Estructura de los estímulos externos o del campo externo

Son factores derivados de los estímulos que el sujeto percibe, y ellos determinan la orientación, el volumen y la estabilidad de la atención. En nuestra vida cotidiana existen multitud de estímulos ante nosotros, y seleccionamos alguno de ellos para prestarle atención, en función a diversas condiciones que favorecen su selección, tales como:

- Estímulo de mayor tamaño
- Mayor intensidad del estímulo (fuerza)
- Movimiento del estímulo
- Repetición frecuente
- Estímulo más vívido
- Contraste del estímulo
- Color llamativo
- Novedad del estímulo, etc.

2.3.2. Estructura del campo interno o factores concernientes a la actividad del propio sujeto

Se consideran dentro de este campo, una serie de condiciones individuales, de la persona actora del proceso atencional, como los siguientes:

- Intereses
- Necesidades
- Estados emocionales

La atención parece tener una naturaleza fundamentalmente selectiva. Por ello A.M. Treisman (1969) la define como «el aspecto selectivo de la percepción» (Cit. por Seoane).²⁸ En el caso de un proceso judicial, cuando el juez cita a un testigo, para que declare sobre un hecho ocurrido en un período anterior, se supone tácitamente que la persona ha prestado atención adecuada al hecho o experiencia sobre el que va a declarar, pero esto no siempre es así, porque esta persona que estuvo realmente presente en el evento, pero si no prestó la atención mínima

²⁸ I. Delclaux y J. Seoane. *Psicología cognitiva y procesamiento de la información*. Madrid, Ed. Pirámide, 1982.

requerida, es improbable que pueda retener datos significativos en su memoria de largo plazo, aún más, si consideramos las distorsiones que también sufre la memoria humana, como lo veremos más adelante.

2.4. La memoria

Es, además de los anteriores procesos, uno de los principales sistemas cognoscitivos humanos que es importante conocer, para sopesar la validez de toda prueba testimonial. Según A. Luria (1975), «entendemos por memoria la impresión (grabado), retención y reproducción de las huellas de la experiencia anterior».²⁹

Los estudios actuales sobre la memoria, tienden a seguir un modelo explicativo y comprensivo que difiere y supera a las orientaciones asociacionistas de los primeros cincuenta años del siglo XX, planteando los siguientes criterios:

- a) En primer lugar, el sujeto que adquiere datos de su entorno, es un procesador activo de información, no es un simple receptor, sino que lo elabora en base a los datos y conocimientos que ya posee. En este caso se enfatiza en los procesos internos frente a los estímulos del viejo paradigma.
- b) En segundo lugar, la idea del sujeto como procesador de información, da lugar a que las relaciones asociativas entre los datos que adquiere, no pueden ser solamente asociaciones E-R (estímulo-respuesta) sin ningún contenido. El nuevo modelo no rechaza la asociación, pero la completa al anotar que dicha asociación es de contenido.
- c) Dentro de este contexto los modelos estructurales, a diferencia de los asociacionistas, parten del criterio que desde que el sujeto percibe un estímulo hasta que lo integra en su bagaje cognitivo, la información pasa por diversas estructuras de almacenamiento, cada una de las cuales abarca una determinada elaboración de dicha información.

Como dicen Lindsay y Norman (1977), el «sistema de la memoria humana es capaz de una rica variedad de operaciones. En un extremo,

29 A.R. *Atención y memoria*. Barcelona, Ed. Fontanella, 1979.

mantiene un registro muy detallado de las imágenes sensoriales el tiempo suficiente para permitir la identificación y clasificación de las visiones, sonidos, olores, sabores y sensaciones. En el otro extremo, la memoria registra nuestras experiencias para su uso durante toda nuestra vida». ³⁰

Ya hemos visto, que en un primer momento, los estímulos físicos que proceden del medio son recepcionados por diferentes procesos neurosensoriales (visual, olfativo, auditivo, etc.), y son mantenidos por breve tiempo en unas memorias sensoriales con el fin de que se produzcan procesos de extracción de características y reconocimiento de formas. Estos procesos lo que hacen es recoger la información pertinente de tales memorias sensoriales y la pasan a otra estructura transitoria de la memoria, la memoria a corto plazo. Otros mecanismos pondrán en relación la información registrada y mantenida en la memoria a corto plazo con viejos contenidos antes adquiridos, «produciendo así la transferencia a la llamada memoria a largo plazo de la nueva información, que quedaría integrada, de modo permanente, en nuestro bagaje cognitivo o sistema de conocimiento». ³¹

2.4.1. Memoria sensorial

Si al leer este artículo, deja de hacerlo, y se dedica a observar el lugar donde se encuentra, advertirá que con cada mirada, que puede durar fracción de segundos, captará gran cantidad de datos o información visual: como formas, colores, texturas, sombras, brillantez, etc. Al mismo tiempo puede percibir sonidos, olores y otros datos sensoriales. Sin embargo la información que registra, permanece un breve lapso y luego se procesa o bien se pierde.

La «memoria» sensorial es sólo el registro o persistencia del estímulo, y no supone ningún tipo de elaboración o transformación del mismo. Es un registro textual de lo que nos llega. El almacenamiento de información sensorial (AIS) o registro sensorial, mantiene el estímulo por más tiempo que su presencia física, para facilitar que el sistema de reconocimiento de formas y extracción de características pueda actuar sobre el mismo. Debido a que es un simple almacenamiento fugaz,

30 Peter Lindsay y Donald Norman. *Op. cit.*

31 I. Delclaux y J. Seoane. *Op. cit.*

diversos estudiosos del procesamiento de la información dudan en llamarla memoria sensorial como lo hacen otros.

Con el registro sensorial visual se captan muchos datos en cada momento y si tratamos de retener la imagen visual o «ícono», veremos que ésta se desvanece pronto, en décimas de segundos. Pero en la vida cotidiana, nueva información visual sigue llegando constantemente y «borra» o sustituye a la anterior. Un estudio psicológico ha comprobado que, en condiciones normales de visualización, esta información se borra del registro sensorial en un cuarto de segundo aproximadamente y es reemplazada por otra. Como existen diversos estímulos sensoriales, se plantea que cada modalidad sensorial tendría su respectiva memoria, existiendo entonces una memoria visual o icónica.

El registro auditivo se desvanece con menor lentitud que la visual. El equivalente auditivo del ícono (imagen) es el eco, que tiende a durar varios segundos, lo cual es positivo dada la característica del habla. En caso contrario no podríamos distinguir sutilezas de significación, en las diversas formas de entonación que se emplea en la vida cotidiana. El estímulo auditivo es registrado por el sistema neurosensorial auditivo y luego almacenado por breve tiempo en la memoria ecoica o auditiva.

En general, la memoria sensorial es de muy breve duración, después de la cual se pierde o se recodifica. Aproximadamente dura de uno a cinco décimas de segundo.

2.4.2. Memoria a corto plazo (MCP)

Esta memoria «es aquella en lo que estamos pensando en un momento determinado». Cuando estamos oyendo una conversación o parte de una canción, cuando nos damos cuenta de un adormecimiento de las manos o sentimos un dolor en los ojos, estamos usando en todos estos casos la memoria a corto plazo para retener la información, en un momento determinado, y pensar en lo que nos está llegando de los registros sensoriales. De este modo, este tipo de memoria realiza dos actividades centrales: guarda brevemente nuevos datos y actúa sobre ellos. Por ello a veces se le denomina también «memoria funcional».

La retención del contenido que almacena este tipo de memoria es breve, ya que generalmente el «material de la memoria a corto plazo desaparece en un lapso de 15 a 20 segundos, a menos que se repase o

practique (Klatsky, 1980; Reed, 1982)», esto es, mediante un esfuerzo voluntario, repitiendo mentalmente (repetición de mantenimiento) el material una y otra vez, se le puede retener en esta memoria durante un tiempo.

La cantidad de la información, en determinado momento, tiene un límite en la MCP. Puede incluir de cinco a diez trozos de información simultáneamente. Este material es guardado y codificado de diversas formas, algunos se guardan acústicamente, también parte del material se guarda en forma visual, mientras que otra información se retiene en función de su significado. Aunque parece que «la capacidad de la memoria a corto plazo es mayor en la codificación visual que en la codificación acústica (Reed, 1982)». ³²

En resumen, podemos anotar que tanto al AIS como la MCP son memorias transitorias, por sus características ya anotadas.

2.4.3. Memoria a largo plazo (MLP)

Abarca a todo el bagaje cognitivo o la estructura del conocimiento del sujeto. En otros términos viene a ser «el almacén de toda la información que adquirimos a lo largo de la vida: el conjunto de conocimientos que posee un sujeto». ³³ El sistema de MLP es el más importante y complejo. Todas las cosas que se retienen durante más de unos minutos tienen que almacenarse en la memoria a largo plazo, y parece no haber límite práctico en la capacidad de este tipo de memoria. Además, en las últimas décadas se tiende a distinguir, siguiendo a E. Tulving (1972), dos variedades de memoria a largo plazo:

- A. Memoria semántica. Es la memoria a largo plazo que representa el conocimiento de la persona, haciendo alusión con ello a la estructura y organización de toda la información y conocimientos que adquirió sobre sí mismo, el entorno y el mundo social. Esta memoria hace referencia al conocimiento que el sujeto va estructurando y organizando a lo largo de su vida, y como dice Charles Morris (1985), se asemeja mucho a un diccionario o enciclopedia. En otros términos es la información caracterizada por las definiciones que tienen

³² Charles Morris. *Op. cit.*

³³ I. Delclaux y J. Seoane. *Op. cit.*

en sus memorias las personas. Un ejemplo de ello es la noción de justicia, el concepto de lo bueno, de altura, amor, mundo, etc.

- B. Memoria episódica. Es la memoria a largo plazo más personal y específica, que tiene significado individual para cada persona y se asemeja a un diario. Incluye por ejemplo, fecha de nacimiento, el día de graduación, lo que se comió en la víspera, etc. Es pues la información sobre eventos particulares que se han vivido. Lindsay y Norman, afirman que «la memoria semántica generalmente se desarrolla a partir de la información almacenada en la memoria episódica».³⁴

2.5. El olvido de la información

El olvido es un proceso normal e incluso necesario y sano por el que se pierde temporal o para siempre la posibilidad de evocar la información que constantemente recibe el sujeto. Asimismo el olvido de la MCP depende de varias condiciones, y considera las siguientes teorías:

La teoría del decaimiento o del deterioro temporal. Conforme a esta teoría, el paso del tiempo hará que la fuerza de la memoria merme, con lo cual se dificultará la retención del material. En este caso se postula el paso del tiempo como condición suficiente para que ocurra el olvido, sin embargo otros estudiosos plantean otras explicaciones también plausibles.

La teoría de la interferencia. Considera que la información se confunde con otra información o bien es desplazada por ella, de modo que resulta más difícil de recordar. Esta interferencia proviene de dos fuentes:

- a) La inhibición retroactiva, cuando el nuevo material puede entorpecer al material ya presente en la memoria a corto plazo.
- b) La inhibición proactiva, cuando el material nuevo presente en la MCP puede interferir en la información de entrada.

Sin embargo el proceso del olvido no es un simple efecto del paso del tiempo o la interferencia de otros contenidos, sino también tiene carácter selectivo. Como dice Petrovski (1976) «Un material de impor-

³⁴ Peter Lindsay y Donald Norman. *Op. cit.*

tancia estable [...] relacionado a las necesidades de la persona, a sus intereses profundos [...], se olvida con más lentitud».³⁵

También pueden ocurrir alteraciones patológicas de la evocación, debidas a causas diversas y manifestarse también en varias formas como las siguientes:

2.5.1. Amnesia

Es la incapacidad total o parcial de recordar experiencias pasadas. Esta alteración puede tener causas emocionales u orgánico-cerebrales. Existen clasificaciones diversas de la amnesia³⁶, como las siguientes:

- A. Amnesia anterógrada. También llamada de fijación, es el transtorno mnémico caracterizado por la incapacidad para la fijación de nuevos datos o engramas, de tal modo que no se recuerda los hechos recientes, a partir del fenómeno que originó la perturbación, pero pueden recordarse sucesos anteriores. Se presenta por ejemplo en el síndrome de Korsakov.
- B. Amnesia retrógrada. Pérdida de la memoria que se extiende hacia atrás y cubre un período variable anterior al inicio de la amnesia. Por ejemplo a causa de una conmoción cerebral, no se puede evocar la vida anterior.
- C. Amnesia lacunar. Se olvida sólo determinados trozos del pasado, pudiéndose evocar los anteriores y posteriores a dicho período.

2.5.2. Paramnesia

Es una distorsión del recuerdo, asociada generalmente con la inclusión de detalles falsos o relaciones temporales equivocadas. Se pueden distinguir varias formas:

- A. La fabulación o confabulación. Es una alteración que consiste en llenar vacíos mnémicos con evocaciones imaginarias. Se presenta sobre todo en la psicosis de Korsakov.

35 A. Petrovski. *Psicología general*. Moscú, Ed. Progreso, 1980.

36 Roberto Solórzano. *Psiquiatría clínica y forense*. Bogotá, Ed. Temis, 1990.

- B. *Fausse reconnaissance* ó «Falso reconocimiento». Es el sentimiento de certeza de estar evocando correctamente algo que es inexacto de manera patente. Este tipo de alteración es frecuente también en la psicosis de Korsakov, en el que la paramnesia incorpora la fabulación y la falsificación retrospectiva.
- C. *Déjà vu*. Ilusión de reconocimiento visual, en la que se considera de manera incorrecta una situación como una repetición de un recuerdo anterior. Ocurre con frecuencia en ciertos estados psiconeuróticos y ocasionalmente en el aura de una crisis epiléptica.
- D. *Jamais vu*. Es un falso sentimiento de extrañeza ante una situación real que se ha experimentado, es un desconocimiento de lo conocido.
- E. *Déjà entendu*. «Ilusión de un reconocimiento auditivo», «en el que un comentario que nunca se había escuchado antes se considera incorrectamente como una repetición de una conversación anterior».

2.5.3. Hipermnesia

Grado exagerado de retención y recuerdo. Se observan en algunos casos prodigios, también en la neurosis obsesivo compulsiva, la paranoia y la manía, así como en algunos deficientes mentales en ciertos contenidos especiales.

2.6. Evocación y distorsión de la información

El material almacenado, sobre todo en la memoria a largo plazo, no está presente en todo momento en la conciencia, pero puede ser recordado o evocado, pero también además del olvido puede sufrir la distorsión de tales contenidos mnémicos.

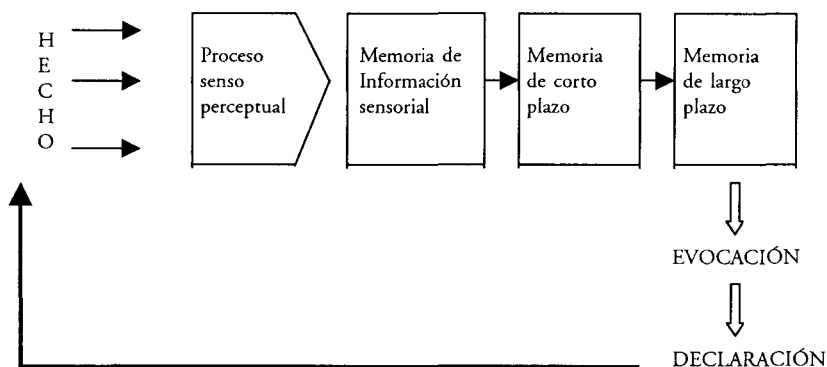
2.6.1. La evocación

También se refiere al recuerdo de lo almacenado en nuestra memoria a largo plazo, presenta diferencias en función del tipo de memoria. Al respecto Peter Lindsay y Donald Norman consideran que los datos de la memoria semántica son más accesibles, sin aparente esfuerzo o búsqueda de la información; sin embargo consideran que a menudo es

difícil recordar la información episódica. Por ejemplo: cuáles fueron exactamente los acontecimientos que ocurrieron el mes pasado, o lo que se comió en la cena de hace una semana.

Precisamente la declaración testimonial, generalmente está referida a datos que conciernen a la memoria episódica, lo que debe llevarnos a tener cautela y no confiar totalmente en la certeza del «vívido y claro recuerdo» que expresan muchos testigos al dar su declaración, aún tratándose de personas serias y honestas.

Fig. Procesos mnémicos



En suma, para poder evocar hechos acaecidos anteriormente, cuya información tenemos almacenada en nuestra MLP, la secuencia de tales procesos interconectados debe ocurrir sin alteraciones importantes, desde:

- 1) La recepción de información mediante procesos senso-perceptuales y atencionales,
- 2) Almacenamiento de la información a través de procesos de memoria sensorial, MCP y MLP,
- 3) La recuperación (evocación) de los datos y su comunicación o transmisión.

En esta secuencia se interconectan la mayor o menor credibilidad del contenido del testimonio y la mayor o menor fiabilidad que se puede tener del testigo.

2.6.2. Distorsión de la memoria y el testimonio

Hemos visto diversos procesos cognitivos, que tienen importancia para recepcionar y almacenar determinada información, que se inicia mediante procesos perceptuales, sobre todo visuales y auditivos o también de tipo táctil, olfatorio o gustativo, o mediante una combinación de ellos; cuya selectividad perceptual depende del nivel de atención que se preste al hecho, ya que no obstante haber estado presente en el momento en que ocurrió el evento materia de testimonio, si nuestra atención se orientó a otros estímulos, dicho evento no entrará en los almacenes mnémicos. En el supuesto positivo que se haya prestado atención y haya entrado en la memoria sensorial y luego en la de corto plazo, pero si no se realizó un proceso complementario de repetición, el hecho registrado inicialmente en los primeros niveles de nuestra memoria, será olvidado y no entrará en la memoria a largo plazo.

Si se hubiera almacenado la información en nuestra memoria a largo plazo, estos datos formarán parte de nuestra memoria episódica, que es la más difícil de retener. Además, por los diversos procesos internos, la experiencia y los datos que constantemente se acumulan, el material episódico puede sufrir distorsiones de distinta característica, lo que atenta contra la credibilidad total de una declaración testimonial.

Además, el testigo es una persona cuya fiabilidad es muy variada, pudiendo hallarse personas veraces hasta algunas otras con diverso grado de mendacidad, y si además se altera la credibilidad del contenido, el testimonio se hace más aleatorio e inseguro; por ello Miguel Herrera decía que la «fidelidad del testigo no es suficiente garantía de absoluta certeza en sus dichos, otros múltiples factores de orden subconsciente, de niveles mentales e imaginativos, vician declaraciones testimoniales de elevada moralidad y buena fe»³⁷.

37 Miguel Herrera. *Op. cit.*

P + Credibilidad

r

o

c

e

s

o

s

- CONDICIONES INDIVIDUALES +

M - Fiabilidad

n

e

m

i

c

o

s

Actualmente, Charles Morris (1985) dice que la «confianza en los testigos oculares acaso sea injustificada». No obstante que pueden aportar información valiosa, «los estudios revelan sin lugar a dudas que los que dicen «se muy bien lo que vi» a menudo quieren decir «se muy bien lo que pienso haber visto». Y pueden equivocarse».³⁸

Una psicóloga, experta en estos estudios, Elizabeth Loftus (1983), realizó el siguiente experimento: dos mujeres entraron a un terminal de autobuses y dejaron sus cosas en una banca, mientras verificaban la hora de salida del autobús. Un hombre llega y busca en las cosas y guarda algo debajo de su abrigo, alejándose luego. Una de las mujeres regresa y al revisar su maleta, exclama: «Me han robado la grabadora». Cuando los investigadores del seguro interrogaron a los testigos que estaban allí cerca, éstos confirmaron el hecho. Varios de ellos dieron una descripción pormenorizada de la grabadora faltante, indicando detalles como color, tamaño y forma. Pero realmente nunca hubo una grabadora en el equipaje. El hombre y la mujer de los hechos eran ayudantes de la psicóloga que estudiaba la credibilidad del testimonio de los testigos oculares.

³⁸ Charles Morris. *Op. cit.*

José Mira y Margarita Diges (1986), en un trabajo sobre el tema presentan casos de error judicial, debido a testimonios errados, que condujeron a proceso penal a personas inocentes, cuya apariencia física era parecida a los autores del hecho delictivo, lo que probablemente influyó para que el «reconocimiento» que hicieron los testigos fuese equivocado. Estos autores afirman que «los testigos que identifican erróneamente a un sospechoso suponen que todo ocurrió de una determinada forma, atribuyen responsabilidades en base a ideas estereotipadas, rellenan lagunas de sus recuerdos conforme imaginan todo lo que pudo suceder [...]. Lo que sucede a nuestro alrededor lo solemos interpretar conforme a nuestras expectativas, motivos, necesidades, estereotipos y sentimientos»,³⁹ de tal manera que los equívocos típicos de los testigos se pueden explicar en función a este modelo de funcionamiento de la memoria, en el que no sólo se altera la información en el momento de su codificación, sino también al momento de su evocación y comunicación. En otros términos, la persona no graba como un sujeto pasivo la estimulación ambiental que recibe; sino que también impone una estructura particular a los eventos que recepciona, y en cada ocasión que requiera su evocación pueden ocurrir modificaciones incluso de una vez para otra.

Estos estudios y otros datos respecto a la memoria humana, nos indican que ésta presenta procesos de distorsión, fenómeno del que no escapa el testimonio de un testigo en un proceso judicial.

3. El interrogatorio judicial del testigo

La evocación de datos relativos a un hecho, sobre el que versa la declaración de un testigo, puede afectarse en algo por la forma de interrogatorio judicial. Según Mira y Diges, la «forma de las preguntas, cómo se formulan o el modo de llevar a cabo el interrogatorio de los testigos, constituye un bloque aparte de investigaciones y trabajos sobre el efecto del lenguaje en el proceso legal».⁴⁰ Asimismo la recepción de la

39 José Mira y Margarita Diges. «Procesos intervinientes en la evidencia de testigos». En F. Jiménez y M. Clemente, *Psicología social y sistema penal*. Madrid, Alianza Editorial, 1986.

40 José Mira y Margarita Diges. *Op. cit.*

declaración testimonial en nuestra práctica judicial es variada según el tipo de proceso, bien sea penal, civil o de otra área jurídica.

3.1. Interrogatorio del testigo en el fuero penal

Según el artículo 145° del Código de Procedimientos Penales de 1940, luego que el testigo haya dado sus referencias personales, el Juez le invitará a que exprese ordenadamente los hechos que considere pertinentes, procurando, por medio de preguntas oportunas y observaciones precisas que la declaración sea completa y que de explicación de las afirmaciones o negaciones que haga.

Cuando el procesado concurre con su defensor a la declaración de un testigo, podrá solicitar al Juez penal, que éste haga determinadas preguntas. El Juez podrá acceder o negarse (Art. 158° C.P.P., 40). En todos los casos, el testigo declarante debe responder oralmente, sin auxiliarse de escrito ni documento alguno.

Cuando se trate que el testigo reconozca a una persona o cosa, deberá describirla previamente, y después le será presentada para su reconocimiento (Art. 146° C.P.P., 40).

Los testigos podrán ser citados para que declaren nuevamente en la audiencia (Art. 248° C.P.P., 40).

El Código Procesal Penal de 1991, que quedó pendiente de entrar en vigencia, estipula en cuanto al interrogatorio del testigo, similares recomendaciones, con la diferencia que en este caso, es el Fiscal como titular de la acción penal el que debe interrogar conforme al artículo 202° del C.P.P. 91.

Si se trata de testigo mudo o sordo, o bien sordomudo, el interrogatorio será en forma escrita, debiéndose emitir las respuestas también en la misma forma, salvo el sordo que contestará oralmente.

En los casos que el testigo sordo no sepa leer o el mudo no sepa escribir, intervendrá en la diligencia una persona hábil, bajo juramento, para que entiendan y se hagan entender.

En estos casos existen una serie de limitaciones a ser tomadas en cuenta, para valorar en qué medida los limitados sensoriales que deben redactar sus respuestas, o mas aún en el caso de limitados sensoriales carentes de la capacidad de lectura o escritura, cuya comunicación será a través de un intermediario, puedan ser considerados testigos mediante un procedimiento de comunicación en la que no existen certeza y

claridad de los mismos, unido a otras limitaciones respecto a los procesos psicológicos que intervienen en la recepción, almacenamiento y evocación de los datos que son materia del proceso judicial penal.

Según esta práctica, donde la ley otorga al Juez y al Fiscal la potestad de realizar el interrogatorio del testigo, podemos vislumbrar que muchas veces la eficacia de esta diligencia depende de una serie de condiciones, una de las cuales reposa en la capacidad, experiencia o habilidad del interrogador. Al respecto, el problema más genérico en esta práctica, es que el Juez recurre a un esquema generalmente similar en todos los casos y con casi todos los testigos, lo que evidentemente no debería ser, sino que en cada acto testimonial se debería adoptar una estrategia adecuada en función de las características diferenciales del testigo, y también de los procesos psíquicos que se trata de poner en marcha con la pregunta. Esto significa que debe tenerse, por parte del interrogador principal, Juez y Fiscal, un mínimo de conocimientos de los procesos psicológicos inmersos en la testificación, como la percepción, atención, memoria, prejuicios y capacidad de verbalizar sus respuestas por parte del testigo, y considerar también algunos de los siguientes puntos :

- En general es importante ser claros en la formulación de las preguntas, esto es empleando términos sencillos y entendibles, de tal modo que el interrogado comprenda lo que se le pregunta, porque si el testigo recepciona un significado diferente en la interrogante del Juez, es probable que la respuesta no corresponda a la pregunta. Este es un tópico importante de comunicación que el Juez debe tener en cuenta, y como dice Florencio Mixán, la falta de claridad de las preguntas pueden ser por: a) construcción gramatical defectuosa, b) que contenga expresiones desconocidas para el interrogado, y c) que contenga un desorden gramatical y conceptual.⁴¹
- Debe evitarse el empleo de preguntas ambiguas, que pueden ser comprendidas en varios sentidos por el testigo interrogado, que obviamente confunden y atentan contra una objetiva declaración testimonial.
- Otro aspecto es la estrategia de conducción del interrogatorio. Al respecto decía Emilio Mira, que no se debe seguir un interrogatorio

41 Florencio Mixán. *Op. cit.*

centrípeto o sobre el hecho problema en forma directa, que puede bloquear y propiciar que el testigo se inhíba o defienda, sino más bien iniciar el proceso en forma periférica, o como se dice en la práctica de la entrevista psicológica, seguir un proceso en espiral, esto es partir de interrogantes no directas con el tema de fondo, y progresivamente, de acuerdo a como se va desenvolviendo el testigo, ir avanzando hacia las partes nucleares.

- Asimismo no se debe abusar en exigir precisiones, sobre todo considerando que la evocación humana no siempre es fidedigna en detalles específicos. Sin embargo se observa que en la práctica del interrogatorio judicial, se piden minuciosidades al testigo sobre hechos acaecidos meses o años antes del momento en que declara, sobre todo en fechas y circunstancias, que como anota Emilio Mira, es «uno de los procesos psicológicos más inestables e influenciabiles, y por ello un sinnúmero de precisiones que los jueces acostumbran pedir a los testigos, referentes a fechas de acontecimientos, resultan absolutamente imposibles de satisfacer y sólo sirven para aumentar la confusión que pudiese ya existir»⁴², o bien para que el testigo invente o falsee datos.

3.2. Interrogatorio del testigo en el fuero civil

Se adopta una práctica algo diferente, en lo que concierne a la actuación de la prueba testimonial. Al respecto el Código Procesal Civil vigente, sigue en gran parte la formalidad del código anterior, y señala que la declaración del testigo es en función a un pliego interrogatorio que presenta la parte que ofrece el testigo. El Juez debe realizar el interrogatorio conforme a dicho pliego, sin embargo tiene la potestad de hacerle las preguntas que estime convenientes (Inc. 2 Art. 208°). Del mismo modo, que las partes formulen en vía de aclaración. Asimismo pueden hacerle preguntas por sí o su abogado, y la otra parte tendrá igualmente oportunidad de plantearle contrapreguntas por sí o por intermedio de su abogado (Art. 227°).

Generalmente este procedimiento no es muy adecuado, sobre todo cuando el testigo es amigo o conocido de la parte que lo propone, ya que en muchos casos es aleccionado previamente respecto a las pregun-

⁴² Emilio Mira y López. *Op. cit.*

tas del pliego y el sentido de las respuestas que debe dar, salvo los casos en que se solicite la concurrencia como testigo de alguien con el que no se tiene vinculación previa.

Si comparamos el tipo de interrogatorio en el proceso penal, no sujeto a un pliego interrogatorio, como el que se dispone en el Proceso Civil, podemos preguntarnos en cuál de las dos modalidades existen más errores al absolver las preguntas. En el estilo Narrativo libre o en el de tipo interrogatorio en base a un formato específico. Al respecto, parece que los testigos cometen mayor número de errores cuando las preguntas son cerradas que cuando se les permite el recuerdo libre⁴³. Mira y Diges señalan también que «parece existir un acuerdo en que el recuerdo libre es mucho más seguro pero menos completo que contestar a preguntas cerradas, pero también que la aproximación más correcta para proceder a un interrogatorio es que el testigo cuente primero con sus propias palabras lo que ha visto y, luego, se le hagan preguntas sobre lo que no haya quedado claro o sobre otros detalles adicionales sobre los que se precisa información. Esto es, primero la forma narrativa y luego, en progresión, preguntas cada vez más estructuradas [...]».⁴⁴

Otro aspecto importante es el tipo de actitud en el interrogatorio, que puede ser inquisitivo y autoritario o bien más respetuosa de la persona del testigo y no autoritaria. Si recordamos las características del proceso mnémico, el entorno atemorizante del interrogador producirá un mayor bloqueo de la evocación y dificultará en general una adecuada declaración testimonial, condiciones que tendrán que graduarse, sin embargo, en función de las características personales del testigo.

43 Anne Anastasi. *Psicología aplicada*. Vol. 6, Buenos Aires, Ed. Kapelusz, 1970.

44 José Mira y Margarita Diges. *Op. cit.*

Crónica de Claustro

Aniversario de la Facultad de Derecho

☐ Breve reseña de los ochenta años de la Facultad de Derecho

En sesión del 24 de noviembre de 1918 el Consejo Superior de la Universidad acordó formalmente iniciar en abril de 1919 el primer período lectivo de la Facultad de Jurisprudencia, cuya sede original se estableció en dos aulas del edificio del Colegio Recoleta en la Plaza Francia.

A partir de 1936 la Facultad se denominó de Derecho y Ciencias Políticas. Luego, en 1976, adoptó el actual nombre de Facultad de Derecho.

En 1947 la Facultad se estableció en la casona del Jr. Camaná, cedida en herencia a la Universidad por don José de la Riva Agüero y Osma. La Facultad funcionó en esa casona durante veintisiete años, con una población de 350 estudiantes.

A comienzos de la década de 1970 varias unidades de la Universidad ya estaban trasladándose al campus de Pando, sin embargo los profesores y alumnos de Derecho eran renuentes a la mudanza por cuanto sus actividades profesionales y prácticas se realizaban en el centro de Lima.

Debido al terremoto del 3 de octubre de 1974, el local de Camaná quedó seriamente averiado, resultando entonces obligatoria la mudanza al campus de Pando. Derecho ocupó temporalmente algunas aulas en otras Facultades hasta que en 1976 se instaló en las famosas «casetas», que antes habían sido ocupadas por Ciencias Sociales.

Catorce años pasaron antes de trasladarse al nuevo local en donde actualmente funciona. Catorce años en que se sumaron muchos esfuerzos para la construcción del ansiado local.

Hoy la Facultad de Derecho cuenta con instalaciones que albergan a 1500 alumnos y en 1999 cumplió 80 años con la misma responsabilidad con la que se fundó: formar profesionales de buena Ley.

☐ Actividades realizadas por el 80 Aniversario de la facultad

Acto Académico

Con el Acto Académico realizado el 2 de noviembre de 1999, se dio inicio formalmente a las actividades de aniversario. Diversas personalidades dieron su testimonio y saludaron a la Facultad.

Participaron en esta ceremonia: Dr. Salomón Lerner Febres (Rector), Armando Zolezzi (Decano), Jorge Avendaño (Representante de Ex Decanos), Marcial Rubio (Representante de Profesores), Jorge Santistevan (Representante de Ex Alumnos), Beatriz Boza (Representante de Ex Alumnas), Jorge Balarezo (Representante de Alumnos).

Conciertos del mediodía:

Jueves 04: Recital de la Soprano Jacqueline Terry. Pianista: Alexis Alvarado

Jueves 11: Coro de Madrigalistas y Conjunto de Cámara PUCP

Jueves 18: Jazz, tango y otras sorpresas por el Trío Nueva Finlandia

Jueves 25: Cuarteto de cuerdas «Lima»

Almuerzo de Aniversario

Llevado a cabo el sábado 20 de noviembre y asistieron unas novecientas personas la mayoría de ellos exalumnos.

Cursos

- ☐ Curso básico de Derecho Internacional Humanitario: «Derechos Humanos y política humanitaria para instrucciones internacionales». Llevado a cabo el 30 de setiembre de 1999. Fue una actividad académica organizada conjuntamente con el Comité internacional

de la Cruz Roja en el Perú. Se contó con la participación de 515 asistentes. El expositor fue el Dr. Chisthophe Swinarski, Consultor en Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos y Política Humanitaria para Instituciones Internacionales.

Congresos, seminarios y encuentros académicos

❑ IV Congreso Internacional de Derecho Penal

Del 23 al 27 de agosto de 1999 se llevó a cabo el IV Congreso Internacional de Derecho Penal cuyo tema de convocatoria fue : «El Derecho Penal ante las nuevas formas de criminalidad».

Los expositores nacionales fueron : Luis Alberto Bramont-Arias Torres, Dino Carlos Caro Coria, Aldo Figueroa Navarro, Julio Mazuelos Coello, Víctor Prado Saldarriaga, Pablo Sánchez Velarde, César Eugenio San Martín Castro, José Carlos Ugaz Sánchez-Moreno, Felipe Villavicencio Terreros, Roger Yon Ruesta.

Los expositores internacionales fueron : Jhon A. E. Vervaele (Univ. Utrecht-Holanda), Juan Terradillos Basoco (Univ. Cádiz-España), Luis Ruiz Rodríguez (Univ. Cádiz-España), José Hurtado Pozo (Univ. Fribourg-Suiza), Rosario de Vicente Martínez (Univ. De Castilla La Mancha- España).

Entre los temas discutidos estuvieron : Temas: Criminalidad Organizada, Bancos y Lavado de Dinero, Delitos cometidos a través de medios informáticos, Protección Penal del Crédito, Delitos Societarios, y Delitos Tributarios y aduaneros.

❑ Encuentro Internacional de Derecho Procesal : «El Derecho Procesal Moderno»

Del 13 al 15 de octubre de 1999 se llevó a cabo un encuentro internacional de Derecho Procesal. El objetivo de este encuentro fue plantear la necesaria actualización de las instituciones procesales ante la forma como se viene implementando el estudio del Derecho Procesal muchas veces sólo en el plano del proceso judicial, descartando otras manifestaciones como el arbitraje y formas alternativas de resolución de conflictos.

Los expositores nacionales fueron : Lorenzo Zolezzi, Juan Monroy y Raúl Canelo.

Los expositores internacionales fueron : Italo Andolina (Italia), Jairo Parra (Colombia), Juan Carlos Hitters (Argentina).

Los panelistas fueron : Juan Luis Avendaño, Carlos Montoya, Fausto Viale, Aníbal Quiroga, Enrique Palacios, Juan Morales Godo, Bruno Marchese, César Pérez, César Candela, Carlos Ruska, Franz Kundmüller, Marco Falconí, Luis Vinatea, Juan José Ruda, Ana María Arrarte, Carlos Mateus, Omar Sumaria, Eloy Espinoza-Saldaña y Eugenia Ariano Deho.

Los temas abordados por estos expertos fueron :

Teoría General del Proceso

Teoría y Técnicas de la impugnación

Medios alternativos de solución de conflictos

Derecho Procesal Social

Derecho Procesal Constitucional

Derecho Procesal Transnacional

❑ Coloquio: Discriminación en Discotecas ¿Un lío de blancos?: «El caso de las discotecas *The Edge* y *The Piano*»

Esta actividad fue organizada por la Clínica Jurídica con el apoyo de la Facultad de Derecho. Se llevó a cabo el 14 de setiembre de 1999. En este coloquio interdisciplinario se contó con las exposiciones de: Aldolfo Figueroa, Gorki Gonzáles, César Landa, Juan Morales Godo, Gonzalo Portocarrero y Abelardo Sánchez León.

Los temas tratados fueron :

“El interés público: significado de su protección en un país pluricultural y los mecanismos para su tutela o protección”

“Economía de mercado y discriminación por razón de raza en el Perú”

“El orden público como límite a la libertad de contratación”

“El derecho como instrumento que posibilita la vulneración del derecho a la igualdad; el caso de las discotecas convertidas en asociaciones”

Abogados Graduados con expedientes con mención sobresaliente
(Enero 2000 a enero 2001)

Mónica Patricia Alarcón Mercado

Fecha: 13-03-2000

Expedientes: Civil (Divorcio) y Administrativo (Indecopi)

Jurado: Dr. Juan Morales Godo, Dra. Elizabeth Salmón Gárate y Dr. Enrique Bardales

Anna Berna Scapa Passalacqua

Fecha: 4-4-2000

Expedientes: Constitucional (Acción de Amparo) y Tributario.

Jurado: Dr. Javier Neves Mujica, Dr. Martín Mejorada Chauca y Dra. María Luz Pedraza.

Isabel Gutiérrez Molina

Fecha: 12-4-2000

Expedientes: Mercantil-Administrativo (Conasev) y Arbitraje

Jurado: Dr. Enrique Lastres Berninzon, Dr. Ricardo Salazar Chávez y Dr. Juan Luis Hernández.

Milly Azucena Paredes Eslava

Fecha: 3-5-2000

Expedientes: Civil (Divorcio) y Constitucional (Amparo)

Jurado: Dr. Samuel Abad Yupanqui, Dr. Ricardo León Pastor y Dr. Diego Zegarra Valdivia

Marcos Omar Antonio Trisoglio Carrión

Fecha: 9-5-2000

Expedientes: Civil (Obligación de dar suma de dinero) y Constitucional (Amparo).

Jurado: Dr. Jorge Ramírez Díaz, Dr. Eloy Espinosa-Saldaña y Dr. Reynaldo Bustamante .

Isabel Chiri Gutiérrez

Fecha: 17-5-2000

Expedientes: Tributario y Laboral (Nulidad de despido)

Jurado: Dr. Armando Zolezzi Möller, Dr. Javier Neves Mujica y Dr. Guillermo Boza Pró.

Namasté Chandra Naddi Reátegui Blondet

Fecha: 30-6-2000

Expedientes: Constitucional (Acción de amparo) Administrativo (Protección al consumidor)

Jurado: Dr. Francisco Eguiguren Praeli, Dr. César Valega García, Dr. Wilfredo García Noriega.

Luis Fernando Martinot Oliart

Fecha: 17-7-2000

Expedientes: Constitucional (Amparo) y Administrativo (Concursal)

Jurado: Dr. Jorge Danós Ordoñez, Dr. Omar Cairo Roldán y Dr. Juan Luis Hernández Gazzo.

Jorge Luis Alva Luperdi

Fecha: 25-7-2000

Expedientes: Constitucional (Amparo) y Administrativo.

Jurado: Dr. Carlos Blancas Bustamante, Dr. David Lovatón Palacios y Dr. Guillermo Gómez.

Francisco Javier Ledesma Martínez

Fecha: 22-8-2000

Expedientes: Constitucional-Laboral (Amparo) y Administrativo (Marcas)

Jurado: Dr. Víctor Ferro Delgado, Dr. Juan Jiménez Mayor y Dr. Alfredo Tapia Franco.

Rosita del Pilar Velarde Velarde

Fecha: 8-9-2000

Expedientes: Administrativo (Aduanero) y Constitucional (Amparo)

Jurado: Dr. César Landa Arroyo, Dr. José Luis Sorogastúa y Dr. Alfredo Gildemeister.

María Luisa Egúsquiza Mori

Fecha: 17-11-2000

Expedientes: Civil (Impugnación de Acuerdos) y Administrativo (Insolvencia)

Jurado: Dr. Enrique Palacios Pareja, Dr. Paolo Del Aguila y Dr. Jorge Beltrán Pacheco.

Elena Cecilia Alvites Alvites

Fecha: 23-11-2000

Expedientes: Constitucional (Amparo) y Administrativo (Publicidad)

Jurado: Dr. César Landa Arroyo, Dr. Ricardo Salazar Chávez y Dr. Sergio Salinas Rivas.

Raúl Roy Solórzano Solórzano

Fecha: 13-12-2000

Expedientes: Constitucional (Amparo) e Industrial (Marcas)

Jurado: Dr. César Landa Arroyo, Dr. Enrique Bardales Mendoza y Dr. Juan Francisco Rojas Leo.

Teresa Gisella de Jesús Torres Chávez

Fecha: 23-01-2001

Expedientes: Constitucional-Laboral (Amparo) y Administrativo (Protección al Consumidor)

Jurado: Dr. Guillermo Boza Pró, Dr. Alfonso Montoya Stahl y Dr. Eloy Espinosa-Saldaña.

Jeanette Sofía Aliaga Farfán

Fecha: 29-01-2001

Expedientes: Administrativo (Mercado de Valores) y Civil (Nulidad de Acto Jurídico)

Jurado: Dr. Julio Salas Sánchez, Dr. Sergio Salinas Rivas y Dr. Juan Luis Hernández.

Abogados graduados con tesis con mención sobresaliente (Enero 2000 a enero 2001)

Vanessa Erika Luyo Cruzado

Fecha: 7-01-2000

Tesis: Retos que ofrece internet al Derecho de autor

Jurado: Dr. César Landa Arroyo, Dr. Ricardo León Pastor y Dra. Gladys Triveño.

José Guillermo Zegarra Pinto

Fecha: 14-01-2000

Tesis: Multimedia y Derechos de autor

Jurado: Dra. Carmen Arana Courrejolles, Dr. Ricardo León Pastor y Dr. Raúl Callirgos.

Reynaldo Bustamante Alarcón

Fecha: 1-3-2000

Tesis: El derecho fundamental a un proceso justo y el derecho a la prueba como parte esencial de su contenido

Jurado: Dr. Juan Monroy Gálvez, Dr. David Lovatón Palacios, Dr. Eloy Espinosa-Saldaña

Rodolfo Enrique Coronado Molina

Fecha: 3-5-2000

Tesis: El tratamiento de la política exterior en la Constitución de 1993 con especial referencia al régimen de los tratados

Jurado: Dra. Elvira Méndez Chang, Dr. Fabián Novak Talavera y Dr. Germán Vera Esquivel.

Flor de María Valdez Arroyo

Fecha: 10-5-2000

Tesis: Ampliación del concepto de refugio en el Derecho internacional contemporáneo

Jurado: Dra. Elvira Méndez Chang, Dra. Elizabeth Salmón Gárate y Dr. Juan José Ruda.

Manuel Alexis Bermudez Tapia

Fecha: 16-8-2000

Tesis: El derecho a la educación bilingüe intercultural en el Perú 1974-1999

Jurado: Dr. Antonio Peña Jumpa, Dr. Armando Guevara Gil y Dr. Abraham Siles Vallejos.

Noé Fernando Nicolás Piérola Castro

Fecha: 25-9-2000

Tesis: Orden jurídico internacional y solución de diferencia en la organización mundial de comercio

Jurado: Dr. César Guzmán-Barrón Sobrevilla, Dra. Elvira Méndez Chang y Dra. Elizabeth Salmón.

Jorge Eduardo Lazarte Molina

Fecha: 27-11-2000

Tesis: Restricciones a la libertad de acceso al mercado para la prestación de servicios públicos en el Perú

Jurado: Dr. Fernando De Trazegnies Granda, Dr. Jorge Danós Ordóñez y Dr. Juan Carlos Morón Urbina.

Marisela Juana Silva Chau

Fecha: 11-12-2000

Tesis: El régimen jurídico a la alta mar dentro del marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar de 1982

Jurado: Dr. Fabán Novak Talavera, Dra. Elizabeth Samón Gárate y Dr. Juan José Ruda Santolaria.

Víctor Hugo Montoya Chávez

Fecha: 30-01-2001

Tesis: Comunicación del discurso (información y expresión) y respeto propio y vida privada, delimitación de sus contenidos desde la teoría de los derechos fundamentales

Jurado: Dr. César Landa Arroyo, Dr. Samuel Abad Yupanqui y Dra. Elizabeth Salmón Gárate.

De los autores

ATILIO ANÍBAL ALTERINI: Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor titular en las Universidades de Buenos Aires y de Belgrano. Director de los Institutos de Derecho Civil de la Universidad Notarial de Argentina y del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Ha sido Presidente de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil; Director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Buenos Aires, y Juez de la Cámara Nacionales de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal.

JORGE ALEJANDRO AMAYA: Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Derecho por la Universidad Católica Argentina. Estudios de Posgrado en Derecho Constitucional y en Sistemas Alternativos de Resolución de Disputas en la Escuela de Gobierno y Negocios de la Universidad de Harvard (EE.UU.); en las Escuelas de Leyes de las Universidades de San Francisco (EE.UU.) y George Washington University (EE.UU.). Ex Profesor de Derecho Constitucional de las Universidades de Buenos Aires y del Salvador. Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional Político y Asociado de Derecho Constitucional Profundizado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales de Buenos Aires, y Director de la Revista Jurídica de dicha universidad. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Ha sido distinguido por su labor académica, de investigación y producción jurídica por la Universidades Nacional Mayor de San Marcos, de San Martín de Porres y por el Centro de Altos Estudios Nacionales del Perú. Primer Premio 1999 por «Colegio Público de Abogados de la Capital Federal» (especialidad Derecho Constitucional).

MARCELA BASTERRA: Profesora Adjunta Regular e investigadora en UCES. Profesora Adjunta Regular de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Coautora del Manual de Teoría del Estado y del Gobierno. Ha participado como panelista, organizadora y/o coordinadora en numerosos Seminarios y Congresos de su especialidad. Es miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

ROBERTO OMAR BERIZONCE: Catedrático de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Ex - Secretario General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Actualmente es Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

LOÏC CADIET: Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Pathéon-Sorbonne de París, Francia, donde enseña Derecho Procesal en 1996. Director del Centro de Investigación de la Justicia. Miembro del Comité del Centro Nacional de la Investigación Científica (CNRS). Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Autor de varios trabajos sobre Procedimiento Civil y Sistema Judicial, así como Derecho de Contratos y Responsabilidad Civil. Actualmente ejerce una actividad de consulta y arbitraje.

MARIO CASTILLO FREYRE: Abogado, Magíster en Derecho Civil y ha concluido sus estudios doctorales en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se desempeñó como Secretario Ejecutivo del Doctorado en la misma Casa de Estudios. Es profesor de Obligaciones y Contratos en las Facultades de Derecho de la PUCP y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Es autor de diversas obras.

CÉSAR DELGADO-GUEMBES: Profesor de Derecho Parlamentario en la Facultad de Derecho, y de la misma asignatura y del Seminario de Tesis en la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue profesor de Teoría del Estado y Derecho Constitucional de la Universidad de Lima (1987-1988). Funcionario de carrera del servicio parlamentario en la Cámara de Diputados y del Congreso de 1980 a 1993; ocupó los cargos de Relator, Director de Comisiones, Director de Iniciativas Parlamentarias, Director de Asesoría Parlamentaria, y Sub Oficial Mayor. Se desempe-

ña como asesor parlamentario del congresista Rafael Rey desde 1993. Tiene estudios de filosofía, es Abogado, y ha realizado estudios de postgrado en las Maestrías en Sociología y en Ciencias Políticas, en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha publicado *Qué Parlamento Queremos* (1992); *Congreso. Procedimientos Internos* (1995); y *Los Viajes del Presidente* (1998), entre otras publicaciones sobre temas constitucionales en revistas especializadas. Es Secretario del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG, desde 1998.

FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI: Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; ex Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas. Ex - Director General de la Academia de la Magistratura del Perú. En la actualidad es Jefe del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA: Profesor de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor visitante de varias universidades extranjeras; en Europa y América Latina. Conferencista y panelista en numerosos Congresos nacionales e internacionales. Autor de varios textos y numerosos artículos de su especialidad en revistas nacionales y extranjeras. Cursos de posgrados realizados en el Perú y en exterior.

JUAN ESPINOZA ESPINOZA: Abogado, egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor del Curso de Derecho Civil I en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha realizado cursos especializados en Derecho Civil en la Università degli Studi di Camerino y ha desarrollado trabajos de investigación en el instituto di Diritto Privato dell'Università degli Studi di Genova (Italia). Director del Centro de Investigación y Documentación en Derecho (CID-DE) y de la Revista Jurídica «Aequitas». Director de la Escuela de Capacitación Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Autor de *Ensayos sobre Teoría General del Derecho y los Derechos de las Personas*.

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO: Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú. Profesor Emérito de la misma Casa de Estudios. Ministro de Justicia y Culto en 1965. Miembro de las Academias de Derecho de Buenos Aires y Córdoba, Argentina. Profesor Visitante de la Universidad de Siena y Nápoles, Italia; y de la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984. Autor de numerosos libros, monografías y artículos en revistas nacionales y extranjeras

JOSÉ LEYVA SAAVEDRA: Abogado y Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado del Doctorado de Derecho de la misma Universidad. Profesor de Derecho Comercial y Comparado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y profesor de la Escuela Universitaria de Post Grado de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Autor del Tratado de Derecho Privado.

IVANNA LONCHARICH LOZANO: Abogada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha escrito artículos sobre temas vinculados al mercado de valores en el Perú en el Diario El Peruano y la Revista Valores. Ha participado como Asistente en la colaboración del Libro «ABC del Mercado de Capitales». Fue Miembro de la Comisión de Elaboración del Reglamento de Instituciones de Compensación y Liquidación de Valores. Actualmente se desempeña como abogada de la Gerencia de Mercados y Emisores de CONASEV.

MARIO MASCIOTRA: Profesor Adjunto Extraordinario de Derecho Procesal (Parte General), Derecho Procesal Civil y Comercial y Práctica Forense I de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Secretario del Instituto de Derecho Procesal de la mencionada Universidad. Conjuez del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires. Presidente de la Comisión de Defensa del Abogado de la Federación Argentina de Colegios de Abogados año 1984. Autor del libro: «Acción Subrogatoria – Recurso de Queja por apelación denegada»; además de numerosos artículos en revistas especializadas.

JUAN CARLOS MONCADA: Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquía – Colombia.

JUAN MONTERO AROCA: Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. España. Autor de diversos trabajos sobre Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

JUAN MORALES GODO: Magister con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú; Candidato al doctorado en la Escuela de Graduados de la misma Universidad. Profesor Ordinario en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en las Maestrías de Derecho Civil y Política Jurisdiccional. Ex Presidente de la Asociación Americana de Juristas-Rama Peruana.

JUAN CARLOS MORÓN URBINA: Abogado. Especialista en Derecho Público. Egresado de la Maestría de Derecho con mención en Derecho Constitucional en la misma Casa de Estudios. Actualmente se desempeña como Profesor de Derecho Administrativo II en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CÉSAR OCHOA CARDICH: Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica con estudios de Postgrado con mención en Derecho Constitucional en la Escuela de Graduados de la misma Universidad. Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú desde 1991. Es autor de diversos artículos académicos sobre Derecho Público. Actualmente se desempeña como Vocal del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del CONSUCODE.

FELIPE OSTERLING PARODI: Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Opta el grado de Doctor en la misma Universidad. Ha seguido estudios de post-gradó en la Universidad de Michigan y de Nueva York. Es profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad

Católica del Perú. Ha sido profesor visitante en las Universidades de Notre Dame, Harvard, Georgetown, Columbia y Nueva York; Estados Unidos. Fue Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad y del Colegio de Abogados de Lima. Fue Senador de la República y Presidente del Senado. Ha publicado numerosos libros y artículos.

ADA PELLEGRINI GRINOVER: Profesora Titular de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Sao Paulo, Brasil. Doctora «Honoris Causa» de la Universidad de Milán. Es Presidenta del Consejo del Instituto Brasileño de Derecho Procesal y de la Academia Brasileña de Cartas Jurídicas y de Sao Paulo. Miembro Honorario de la Academia Real de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Fue Consejera del Colegio de Abogados de Brasil y del Consejo Federal. Es miembro de entidades internacionales como Académie Internationale de Droit Comparé, La Asociación Internacional Procesal de Ley, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Es autora de varios libros como «Las libertades Públicas y Procedimiento del Delincuente», «Las interceptaciones telefónicas», «Las nuevas tendencias del Derecho Procesal», «Las nulidades en el procedimiento delictivo». Ha participado en las Comisiones de revisión de los Proyectos de Leyes de Reforma de los Códigos de Procedimiento Civil y de Procedimiento Delictivo.

PILAR PERALES VISCASILLAS: Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III y Profesora Titular de Derecho Mercantil de la misma Casa de Estudios. Adjunct Professor of Law, Pace University School Law, 1997. Autora de diversas publicaciones en Revistas Jurídicas. Autora de las siguientes monografías: La formación del contrato en la compra venta internacional de mercaderías, La separación de socios y partícipes, Causas legales de separación de socios. Una comparación entre los ordenamientos español y estadounidense.

VÍCTOR PRADO SILDARRIAGA: Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, España. Es Catedrático de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha publicado varias obras de su especialidad entre las que destacan *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú* (2000), *Jueces, Derecho Penal y Jurisprudencia* (1999), *Todo sobre el Código*

Penal (1996), *El Delito del lavado de Dinero. Su tratamiento Penal y Bancario en el Perú* (1994). Actualmente se desempeña como Vocal Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

ANÍBAL QUIROGA LEÓN: Abogado y Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Ex Secretario Ejecutivo, Consejo Nacional de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia (1986-1987). Miembro, Comisión Especial del «Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil» (1987-1990). Ex - Profesor Asociado de la Maestría en Derecho Constitucional Económico de la Escuela de Post-Grado de la Universidad de Lima. Ex – Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Consultor Internacional del Proyecto «Normas Transnacionales del Proceso Civil», Instituto de Derecho Americano, Philadelphia, U.S.A. (desde 1999). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

MARÍA DE LA PAZ SÁNCHEZ MANZANO: Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera, Universidad de Cádiz. Su Tesis en Maestría se titula «Problemática actual del Presidencialismo en Iberoamérica», calificada como sobresaliente. Tiene estudios en la Maestría en Derecho por la Universidad Internacional de Andalucía (sede de La Rábida). Ha sido Profesora Asociada a tiempo parcial de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera (UCA); Profesora a tiempo parcial encargada de la Asignatura «Deberes y Derechos Fundamentales», Diplomatura de Trabajo Social en la E. U. de Relaciones Laborales, Trabajo Social y Turismo de Jerez, adscrita a la Universidad de Cádiz; Profesora Titular responsable del área de Derecho Constitucional en el Centro de Estudios superiores de Algeciras; Licenciatura de Derecho, adscrito a la Universidad de Cádiz. Ha desempeñado el cargo de Secretaria Académica del Centro Universitario de Estudios Superiores de Algeciras, Licenciatura de Derecho. Actualmente es Becaria de Formación Profesional del Personal Docente Universitario (FPD) de la Junta de Andalucía desde Octubre de 1999. Viene realizando un trabajo de investigación sobre «Poder Ejecutivo en el ámbito de las Comunidades Autónomas».

ALEJANDRO SOLÍS ESPINOZA: Doctor en Derecho y Psicólogo, Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor Emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Autor de diversos libros y artículos sobre Criminología, Derecho de Ejecución Penal, Metodología de la Investigación y Psicología Jurídica.

CARLOS A. SOTO: Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Maestría con mención en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Visitante Ilustre de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Conferencista invitado por la Universidad Nacional de Buenos Aires, la Universidad Católica de Salta y la Universidad El Salvador de Argentina. Presidente del Instituto de Investigación Jurídico-Notarial «INDEJ». Asesor de la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República del Perú; Asesor de la Comisión de Reforma del Código Civil peruano. Asociado del Estudio Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna Victoria, Abogados. Miembro del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

LIZARDO TABOADA CÓRDOVA: Abogado y Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios completos de Doctorado en Derecho en la Escuela de Graduados de la misma casa de estudios. Profesor de Derecho Civil en la referida universidad y en la Universidad de Lima. Profesor de Derecho Civil de las Escuelas de Postgrado en Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo y en la Universidad Católica Santa María de Arequipa. Profesor a nivel nacional de Derecho Civil de la Academia de la Magistratura. Asesor de la Comisión Revisora del Código Civil. Autor de los libros: *La Causa en el Negocio Jurídico*, *El Negocio Jurídico frente al contrato* y *Manual de la Responsabilidad Civil*, así como de diversos artículos de revistas especializadas del Perú y del Brasil. Expositor en eventos nacionales e internacionales.

GIUSEPPE TARZIA: Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Milán. Director del Instituto de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Milán. Doctor Honoris Causa de

la Universidad de Lovaina y de la Universidad de Reims. Director de la Colección Jurídica de Estudio de Derecho Procesal «Proceso y Jurisdicción». Presidente de la Sociedad Italiana de Estudios Concursales. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, de la Asociación Italiana de Arbitraje, de la Asociación de Derecho Procesal Internacional, de la Asociación Henri Capitant,. Eminente procesalista italiano de la Escuela de Milán, autor de diversas obras jurídicas. Miembro del Grupo de Expertos para la Unificación del Proceso Civil en la Comunidad Europea. Ha participado en la Reforma de la Legislación Procesal Civil italiana.

JOSEPH R. THOME: Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin, Madison, EE.UU.

ARODÍN VALCARCE: Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Especialista en Derecho Procesal Profundizado por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor de Derecho Laboral de la Facultad de Ciencias Económicas de la misma Casa de Estudios. Categorizado como Docente Investigador por el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación. Autor de diversas publicaciones entre ellas: *Valor Probatorio del Documento Electrónico, Denuncia del Accidente de Trabajo ante la Autoridad Administrativa. Su obligatoriedad y extensión, El Derecho a la Jurisdicción y el Acceso a la Justicia, El beneficio de Litigar sin gastos, su presentación conjunta con la Demanda. Efectos, Competencia de los Tribunales de Trabajo. Acciones fundadas en normas del derecho común.* Actualmente se desempeña como Juez del Tribunal de Trabajo N° 3 de Lanús, Provincia de Buenos Aires.

ROGER YON RUESTA: Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha seguido estudios de especialización de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca (España). Ha realizado diversos Trabajos de Investigación de Delitos Socio Económicos para la misma universidad. Estudios de Maestría de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es profesor de Derecho Penal en la Universidad de Lima y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex - Profesor del Programa de Formación de Aspirantes a la Magistratura en el curso de Derecho Penal y Procesal Penal.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE
TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA
PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA
Correo e.: tareagrafica@terra.com.pe
TELÉF. 424-8104 / 332-3229 FAX: 424-1582
ENERO 2002 LIMA - PERÚ

EL TEMA FUNDAMENTAL DE LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADOS FRENTE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre

EL PROCESO DE CODIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN PERÚ Y ARGENTINA Atilio Aníbal Alterini y Carlos A. Soto

EFFECTOS DE LA RETROACTIVIDAD EN MATERIA DE INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS Lizardo Taboada Córdova

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y ADMINISTRATIVA DE LOS PROFESIONALES Juan Espinoza Espinoza

LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA Y LA ORALIDAD Juan Montero Aroca

LE NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE FRANÇAIS, VINGT-CINQ ANS APRÈS

EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL FRANCÉS, 25 AÑOS DESPUÉS Loïc Cadiet

**MODELLI EUROPEI PER UN PROCESO CIVILE UNIFORME
MODELOS EUROPEOS PARA UN PROCESO CIVIL UNIFORME** Giuseppe Tarzia

EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL EN IBEROAMÉRICA Roberto Omar Berizonce

CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE EN EL PERÚ: PRESENTE Y FUTURO Aníbal Quiroga León

UN DERECHO PROCESAL PARA TODOS LOS TIEMPOS... DESDE CARLOS V AL TERCER MILENIO Mario Masciotra

REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA ÍRRITA Arodín Valcarce

TRATAMIENTO JURÍDICO DEL SISTEMA DE ANOTACIONES EN CUENTA DE VALORES Ivanna Loncharich Lozano

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA Marcela Basterra

LA FORMACIÓN DEL CONTRATO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 José Leyva Saavedra y Pilar Perales Viscasillas

CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Víctor Prado Saldarriaga

O CÓDIGO MODELO DE PROCESSO PENAL PARA IBERO-AMÉRICA 10 ANOS DEPOIS Ada Pellegrini Grinover

EL JUEZ PENAL Y EL CONTROL DIFUSO: ANÁLISIS A PARTIR DE DOS LEYES Roger Yon Ruesta

PSICOLOGÍA DEL TESTIGO Y DEL TESTIMONIO Alejandro Solís Espinoza

