

ISSN 1997-6682



Revista Oficial del Poder Judicial

Corte Suprema de Justicia de la República

Vol. 1, n.º 1, 2007
Lima, Perú



Revista Oficial del Poder Judicial

Corte Suprema de Justicia de la República

Vol. 1, n.º 1, 2007
Lima, Perú



Revista Oficial del Poder Judicial

La Revista Oficial del Poder Judicial tiene por objeto impulsar la creación intelectual e investigación académica principalmente de los Magistrados, y así constituir un escenario para la divulgación de temas del quehacer jurídico y judicial, contando para ello con la participación de los autores nacionales y extranjeros.

Vol. 1, n.º 1, 2007
ISSN 1997-6682

Esta revista se edita dos veces al año.

EDITORES

Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República
Gabinete de Asesores de la Corte Suprema de Justicia de la República
Centro de Investigaciones Judiciales

La Revista Oficial del Poder Judicial tiene como destinatarios a los Magistrados de toda la República, instituciones públicas y privadas vinculadas a temas de justicia, universidades, Poder Judicial de los diferentes países de Latinoamérica y toda aquella persona interesada en el quehacer jurídico.

Los originales recibidos serán analizados por los editores y /u otros especialistas.

La Revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas por los autores en sus trabajos ni de la verdadera autoría de los mismos. Cualquier reclamo deberá hacerse con el autor de trabajo que originó el conflicto.

Los trabajos publicados en esta Revista son de propiedad de sus autores, quienes han autorizado su divulgación en la misma.

Los editores se reservan el derecho de hacer la corrección de estilo y cambios editoriales que consideren necesarios para mejorar el trabajo.

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Registro N ° 2007-13519

Esta Revista permite la reproducción parcial de sus trabajos a condición de que se mencione la fuente.

CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES DEL PODER JUDICIAL

Palacio Nacional de Justicia - 2do- Piso
Av. Paseo de la República s/n - Lima, Perú.
Telf: 511-410-1010 anexo 11575
cij@pj.gob.pe www.pj.gob.pe

PROYECTO DE APOYO A LA REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA DEL PERÚ - JUSPER

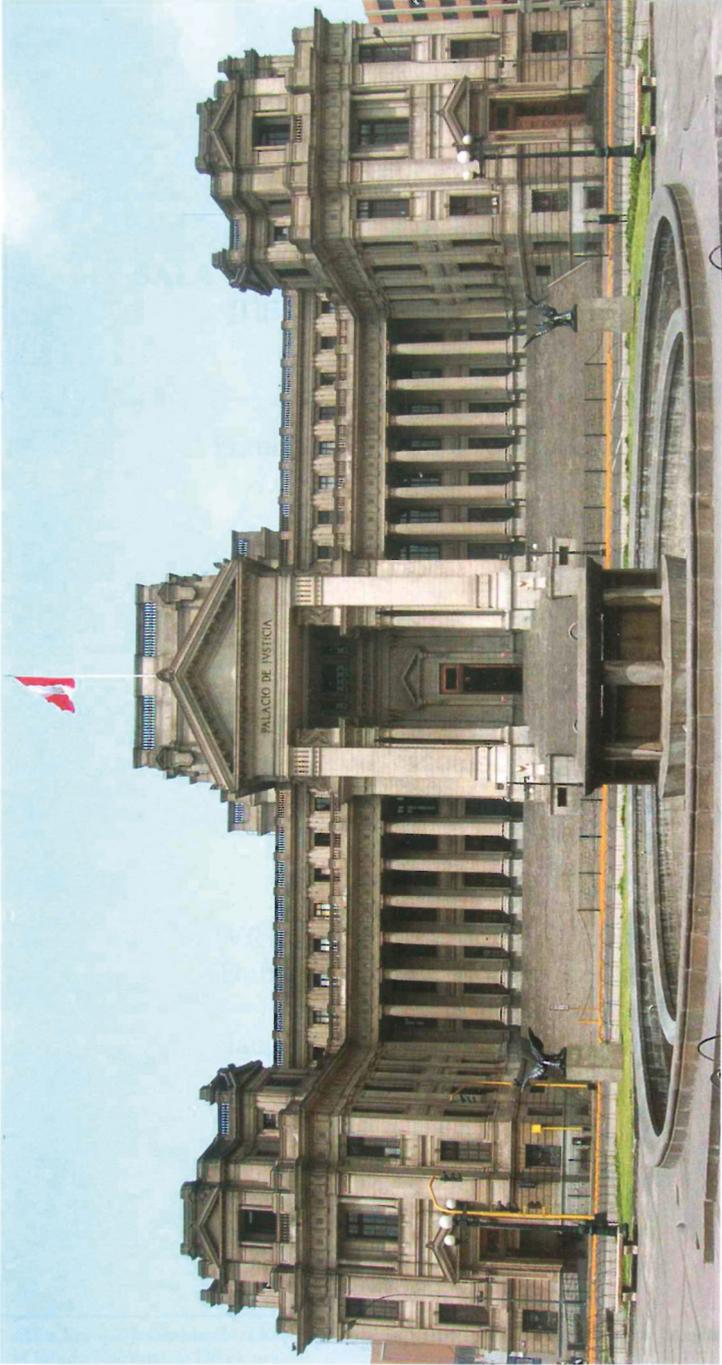
Palacio Nacional de Justicia - 4to piso Of. 449
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n
Cercado de Lima - Perú
Telefax: 719-6301 www.jusper.org.pe

"Este documento ha sido elaborado con la ayuda financiera de la Unión Europea. Su contenido no es responsabilidad exclusiva del Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú - JUSPER y en ningún caso refleja la opinión de la Unión Europea"

Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú - JUSPER

Nelson Shack Yalta
Coordinador General del Proyecto Jusper

Esta publicación es de carácter gratuito y acepta canjes con publicaciones de temas jurídicos y de ciencias sociales en general.



Palacio Nacional de Justicia
Lima - Perú

**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA REPÚBLICA***

PRESIDENTE:

Francisco Artemio Távara Córdova

VOCALES:

Walter Vásquez Vejarano
Antonio Pajares Paredes
Roger Salas Gamboa
Manuel Sánchez-Palacios Paiva
Hugo Sivina Hurtado
Javier Román Santisteban
Elcira Vásquez Cortez
Robinson Gonzáles Campos
Víctor Ticona Postigo
César San Martín Castro
Javier Villa Stein
Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Duberli Apolinar Rodríguez Tineo
Jorge Alfredo Solís Espinoza
Jacinto Julio Rodríguez Mendoza
José Luis Lecaros Cornejo

* El Dr. Enrique Javier Mendoza Ramírez, Vocal Supremo Titular, se encuentra con licencia constitucional, Preside el Jurado Nacional de Elecciones.



Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República
1° Pleno Casatorio Civil 2007
Lima - Perú

Revista Oficial del Poder Judicial
Corte Suprema de Justicia de la República
Vol. 1, n.º 1, 2007 - ISSN 1997-6682

Índice

Presentación	17
--------------	----

DOCTRINA NACIONAL

MAGISTRADOS:

Távora Córdova, Francisco Artemio <i>El rol del Poder Judicial en su lucha contra la corrupción: externa e interna</i>	27
---	----

Sánchez-Palacios Paiva, Manuel <i>El título de crédito hipotecario negociable</i>	47
--	----

Mendoza Ramírez, Enrique Javier <i>Sobre la autonomía del Jurado Nacional de Elecciones</i>	67
--	----

Miranda Canales, Manuel Jesús <i>Estructura organizacional piramidal de los órganos jurisdiccionales en el Perú y en el extranjero</i>	85
---	----

Arriola Espino, Marcela <i>Cooperación Judicial Internacional en el Sistema de Derecho Internacional Privado Peruano</i>	107
---	-----

Altamirano Portocarrero, José <i>La herencia positivista convertida en legalismo</i>	129
---	-----

JURISTAS:

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy <i>La incidencia de la labor del Tribunal Constitucional en el quehacer del Poder Judicial y algunas ideas para enfrentar algunos eventuales excesos producidos en ese contexto</i>	143
---	-----

Fernández Sessarego, Carlos <i>Los jueces y la reparación del «Daño al Proyecto de Vida»</i>	169
---	-----

García Belaunde, Domingo <i>El Derecho Procesal Constitucional en expansión (crónica de un crecimiento)</i>	197
Ghersí, Enrique <i>Diálogo entre el Juez y el Profesor</i>	261
Monroy Gálvez, Juan <i>La «autonomía procesal» y el Tribunal Constitucional: apuntes sobre una relación inventada</i>	275
Monroy Palacios, Juan José <i>Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano</i>	293
Pásara Pazos, Luis <i>Estado de derecho y sistema de justicia en América Latina</i>	309
Sanguinetti Raymond, Wilfredo <i>La presunción de laboralidad: ¿Anacronismo Jurídico o pieza clave para la recuperación de la eficacia del derecho del trabajo en el Perú?</i>	325
Vidal Ramírez, Fernando <i>La interpretación del acto testamentario</i>	341

DOCTRINA INTERNACIONAL

Cascajo Castro, José Luis (España) <i>Recientes anotaciones conceptuales sobre los derechos sociales</i>	351
Marín Vallejo, Urbano (Chile) <i>Visión actual del sistema judicial chileno</i>	371
Olano García, Hernán Alejandro (Colombia) <i>La enseñanza por competencias jurídicas</i>	383

Ortiz Mayagoitia, Guillermo I. (México) <i>El sistema de Justicia Constitucional en México y la Reforma Judicial</i>	397
Ossola, Federico Alejandro y Hiruela, María del Pilar (Argentina) <i>El contratante débil (Determinación de la categoría jurídica)</i>	415

Presentación

Las revistas, independientemente del área académica a la cual han dirigido su atención, se caracterizan por abanderar la vanguardia, lo más actual de la investigación científica, el estado presente sobre una temática en particular.

En ese mismo tenor, existen distintas revistas científicas de enorme prestigio en el mundo, como la inglesa *Nature*, donde publicar un artículo en uno de sus números implica un logro importantísimo en la carrera de cualquier profesional en ciencias, y en especial en biología.

Y es que las revistas de carácter científico se constituyen en aquellos espacios donde las ideas se debaten, y los investigadores no solamente discuten entre sí, sino también con el público lector.

Por otro lado, debe tenerse presente que la sociedad no sólo debe ser una sociedad de la información en la que el conocimiento fluya en compartimientos estancos, sino que nuestra sociedad debe ser la de la información manejada en orden, de manera sintética y global.

Las revistas de carácter científico, en la medida en que apuestan por una exhaustiva evaluación integral de los temas que abordan, contribuyen con ese importante cometido, el de ordenar y hacer siempre actual la discusión científica.

Y es que en esta época signada por lo lábil, por la celeridad con la que las acciones humanas se renuevan, y se transforman, las publicaciones científicas han de estar dotadas del mismo dinamismo.

Las revistas han de ser por ello los heraldos del quehacer vigente de la ciencia. Yo estoy seguro que la revista que presento lo será en materia jurídica. Ahora bien, y para conseguir ese objetivo, doy por descontado que la misma deberá tomar ciertos recaudos, los cuales pasan, por ejemplo, por establecer una selección rigurosa de los artículos jurídicos a publicarse.

Con lo expuesto se demuestra como aquí no sólo se busca alcanzar logros cuantitativos, como el del número de revistas publicadas, sino más bien se apuesta por apuntalar el contenido cualitativo de lo publicado. La publicación que hoy presento sobradamente ha cumplido tal presupuesto.

Junto a lo ya anotado, no puede soslayarse la relevancia de asegurar la permanencia de las publicaciones actualmente vigentes, máxime si los números de las revistas han de continuar sumándose con el transcurso del tiempo, y con ella los años de la misma. Ello constituye signo de prestigio y de mayor seriedad para la revista.

Para lograr ello, el compromiso del Poder Judicial con este tipo de proyectos académicos resulta imprescindible. Recordemos que las revistas de Derecho constituyen hoy también el rostro de la actividad académica que se realiza en las diferentes instituciones, y en este caso, el de una institución abocada, en exclusividad, a la interpretación y aplicación del Derecho.

Ocurre incluso que identificamos ciertas universidades o instituciones con las Revistas que publican. Ejemplo de ello lo constituyen ciertas universidades, cuyas revistas, por lo menos en materia jurídica; identifican de modo pleno el estado de cómo se interpreta, enseña y estudia el Derecho vigente.

Estoy seguro de que esta Revista, la cual ahora tengo el honor de presentar, cumplirá sobradamente la meta de convertirse en una publicación de primera línea en materia jurídica. Doy por descartado que los artículos que mostrará al público lector constituirán un valioso aporte para aclarar ciertas áreas del Derecho, o renovar discusiones jurídicas, o descubrir nuevas problemáticas en el Derecho, o intentar resolverlas.

Así se establecerá un espacio que influirá marcadamente en la actividad judicial, en aquella que signifique sentar nuevos criterios de resolución; o asimismo, para formular nuevos proyectos de ley en el Congreso, o de procurar la modificación de ciertos aspectos del ordenamiento jurídico, en busca de su perfeccionamiento.

Considero que la presente Revista cumplirá las expectativas que penden sobre ella, y que logrará mantenerse, dado el compromiso asumido por nuestra institución. Cumplirá su rol de prestigiar al Poder Judicial, que ha tenido a lo largo de su trayectoria, logros importantes y valiosos que hay que destacar.

Francisco Távara Córdova
Presidente del Poder Judicial



Francisco Távora Córdova
Presidente del Poder Judicial
2007 - 2008

EL ROL DEL PODER JUDICIAL EN SU LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: EXTERNA E INTERNA*

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA**

Resumen:

El Poder Judicial constituye la principal institución llamada, dentro de un Estado Constitucional, a luchar contra la corrupción. Esto ciertamente, dentro de un marco de cooperación con otras instituciones.

Desde inicios del año dos mil uno, la legislación y acciones destinadas a revertir la corrupción judicial se han incrementado, destacando el rol de la judicatura a través de nuevos esquemas de actuación como el del sub sistema anticorrupción, cuya competencia ha sido ampliada, y asimismo el continuo y reconocido trabajo de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA).

La reforma judicial hoy en marcha en nuestro país plantea entonces que la lucha contra la corrupción pasa por fortalecer las instituciones existentes, a fin de consolidar en el Perú un sistema de justicia dotado de órganos imparciales, independientes, eficaces y eficientes. Para ello deberán ponerse en práctica un conjunto de acciones que han de desplegarse en conjunto con la promoción de algunos valores y de una ética pública en nuestra sociedad, los cuales, de la mano con una mayor transparencia, constituyan una auténtica política de prevención de la corrupción.

Palabras clave: Corrupción, transparencia, medidas preventivas, medidas sancionadoras.

Abstract:

The Judicial Power constitutes the main called institution within a Constitutional State, to fight against the corruption. This certainly, within a frame of cooperation with other institutions.

From beginnings of year two thousands one, the legislation and actions destined to revert the judicial corruption have been increased, emphasizing the roll of the judicature throughout new schemes of performance like the sub system of anticorruption, whose competition has been extended, and also the continuous and recognized work of the Office of Control of judges (Oficina de Control de la Magistratura -OCMA).

The judicial reform been applied in our country points out that the fight against the corruption happens to fortify the existing institutions, in order to consolidate a system of justice equipped with impartial, independent,

* Se recoge aquí en líneas generales la ponencia presentada por el doctor Francisco Távara Córdova, Presidente del Poder Judicial, el 7 de noviembre de 2007, en la sede del Banco Mundial, ubicada en Washington, D. C. - Estados Unidos.

** Presidente del Poder Judicial 2007-2008.

effective and efficient organs in Peru. To accomplish that purpose is necessary to put in practice a set of actions as well as the promotion of some values and a public ethics in our society, which, accompanied by a greater transparency, constitute an authentic policy of prevention of the corruption.

Key words: Corruption , Judicial Power, transparency.

1. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL PERÚ

1.1. MARCO NORMATIVO

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico se precisa en el artículo 44° de la Constitución vigente que el Estado tiene el deber de garantizar los derechos fundamentales de las personas, así como velar por la consolidación del sistema democrático. Por otro lado, es necesario recordar que el Perú ha suscrito la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada mediante Resolución Legislativa N° 26757.

Mediante esta Convención se compele a los Estados firmantes a crear «mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción» (Art. II.1 de la Conv.). Sin perjuicio de que nuestro país haya firmado dicha Convención, el principal hecho motor que ha movilizado al Perú a incrementar su legislación anticorrupción lo ha constituido su ingreso a partir del año 2001 a un régimen político distinto al de la década pasada.

Entre las normas expedidas, podemos destacar las siguientes¹:

Medidas preventivas: cuyo objetivo es evitar que se produzcan actos de corrupción antes que penar su realización:

1. R.S. 160-01 | -JUS del 11-04-01, que creó la Iniciativa Nacional Anticorrupción (INA).
2. D.S. 120-01-PCM del 17-11-01, que creó el Consejo Nacional Anticorrupción (CNA). Hay que precisar que con fecha 19 de octubre de 2007, se ha publicado el Decreto Supremo N° 085-2007-PCM, que crea la Oficina Nacional Anticorrupción (ONA) que sustituiría a este Consejo.
3. Ley 26850 de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (SEACE).

4. Ley 27482 que regula la publicación de las declaraciones de ingresos y de bienes y rentas de los funcionarios y servidores del Estado.
5. Ley 27806 de Transparencia y de Acceso a la Información Pública
6. Ley 27815 de Código de Ética y su Reglamento.
7. Ley 28024 de Gestión de Intereses.
8. Ley de Nepotismo.
9. Mecanismos de transparencia y participación ciudadana.
10. Creación de comisiones de ética y transparencia.
11. Creación del CERIAJUS y recomendaciones.
12. Medidas planteadas por la PCM.
13. Creación de FEDADOI (Decreto de urgencia 122-2001)

Medidas sancionatorias: Con las cuales se busca establecer sanciones a quienes ya lamentablemente incurrieron en casos de corrupción:

1. Creación de la Dirección de Policía contra la Corrupción, mediante R.M. 1000-2001-IN/PNP.
2. Ley 27378 de Colaboración Eficaz.
3. Creación de seis juzgados y de seis salas anticorrupción.
4. Creación de Procuradurías Públicas Anticorrupción Descentralizadas
5. Creación de seis fiscalías provinciales y seis superiores anticorrupción.
6. Instauración del Subsistema Anticorrupción.
7. Designación de un Procurador Ad Hoc para los casos de comisión de delitos presuntamente efectuados por el Ex Presidente Fujimori y su asesor Montesinos.

Asimismo, es de precisar que desde el año 2001 se han emitido un mayor número de normas de contenido penal destinadas a revertir el surgimiento de hechos de corrupción, entre las cuales se cuentan la Ley N° 28755, que cambia la tipificación de los delitos de administración fraudulenta y otros; la Ley 27994, la cual modificó un conjunto de artículos del Código de Procedimientos Penales con el fin de abreviar el informe final del juez instructor; la Ley 28105, que buscaba ampliar de oficio el mandato de detención en los delitos de naturaleza compleja con más de diez inculpados; y la Ley 28117, de Celeridad y Eficacia Procesal.

También se ha modificado la legislación destinada a combatir el lavado de activos, adecuándola a situaciones no previstas, como las sucedidas durante la década pasada, de tal manera que evite se vuelvan a repetir hechos de tal alcance o contenido.²

Asimismo, instituciones como Defensoría del Pueblo tienen dentro de sus previsiones – según lo destacado en medios periodísticos - la creación de una unidad anticorrupción, cuyas facultades se encontrarán coordinadas con las de otras entidades.

Se aprecia pues que el desarrollo en el Perú de plenos esfuerzos por instaurar una democracia han traído como una de sus consecuencias el poner en práctica un cuadro normativo destinado a combatir la corrupción. Empero aún falta, consideramos, abordar líneas que aseguren la completa modernización y simplificación administrativa, la transparencia y ética pública, verdaderos pilares de una política de lucha contra la corrupción.

Dentro de esto, es necesario abordar aspectos esenciales como los siguientes:

- a. Modernización de la Gestión Pública
- b. Modernización y Fortalecimiento de los Entes Contralores del Estado
- c. Reforma del Poder Judicial y a la Normativa Legal Vigente
- d. Transparencia en los Gobiernos Regionales y Municipales
- e. Consolidación de la Participación Ciudadana

En referencia a estas dimensiones, es necesario abordar una decidida lucha en contra de la corrupción en nuestro país, no solo en el plano normativo, sino también en lo que respecta a estructuras estatales encaminadas a actuar positivamente en contra de la corrupción.

Incluso la lucha contra la corrupción ha de tener un matiz social. Como ha advertido el autor Enrique Bernalles, si algo resalta en el Perú, es que «la corrupción siempre perteneció al ámbito del Derecho Penal bajo la forma de peculado. Nunca se analizó desde una perspectiva sociológica»³ BERNALLES, Enrique. La corrupción y la infinita descomposición. En:

Esto último resulta muy remarcable, como se analizará más adelante al hacer referencia a encuestas sobre la corrupción en el Perú.

1.2. LA EXPERIENCIA PERUANA

El año dos mil uno puso sobre la escena jurisdiccional una prueba sumamente ardua para el Poder Judicial peruano, en lo referido a su

capacidad como organismo de control, y su directa vinculación con sus capacidades y posibilidades éticas, técnico-jurídicas y materiales, buscando así responder al desafío de coadyuvar en el tránsito de un régimen debilitado en su institucionalidad democrática a uno en el que se dediquen todos los esfuerzos por instaurar una democracia plena.

Al igual que otras naciones como Italia – donde se destaca el caso manipuliti – los jueces peruanos han participado y lo siguen haciendo en coadyuvar al tránsito o construcción de una democracia integral en el Perú.

Es la judicatura perteneciente al sub sistema anticorrupción la que tiene un papel central en esta tarea, la de juzgar los casos acaecidos durante la década pasada (habiéndose ya ampliado su competencia a hechos posteriores de corrupción), casos que valga destacar, han constituido formas graves de criminalidad, ciertamente inusitadas, dada su amplitud, su nivel intenso de inserción en el Estado, y su complejidad.

Y en este sentido conviene recordar pues lo expresado en los considerandos de la Resolución Administrativa N° 024-2001-CT-PJ, del 31 de enero del año 2001, la misma que crea el subsistema anticorrupción, y que a lo postre refirió que «se ha generado, con motivo de estas investigaciones (seguidas en ese caso contra Vladimiro Montesinos y otros) una situación especial y de emergencia frente a la cual los mecanismos normales proveídos por las leyes orgánica del Poder Judicial y procesales respectivas, no tienen respuesta adecuada en razón de su carácter extraordinario».

Y es que, incluso, debe recordarse como estos casos de corrupción fueron calificados en su conjunto como generadores de una situación de «megacorrupción». Ello se explica porque los órganos anticorrupción conocen de un gran número de procesos, con una cantidad de encausados cuya cifra gira alrededor de 1492⁴, suma que resulta a todas luces enorme.

Hasta el año 2006, el subsistema anticorrupción (creado en el año 2001) ha venido afrontando alrededor de 246 causas, de las cuales sólo una parte ha sido resuelta, existiendo todavía un amplio sector de procesos que aún se encuentra en trámite.

En el Poder Judicial del Perú somos conscientes de estos problemas, pero, al igual que en los procesos seguidos contra los casos de terrorismo, los jueces

peruanos han demostrado que una preocupación capital debe ser la de actuar con un escrupuloso respeto del debido proceso, a fin de que lo resuelto resista un examen de, por ejemplo, la jurisdicción internacional.

La resolución emitida por el Tribunal Supremo Chileno en el año dos mil siete, mediante la cual se pronunció favorablemente ante el pedido hecho por la Corte Suprema del Perú por la extradición del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, es una muestra de que los jueces y juezas del Perú vienen desplegando una labor imparcial e independiente, preocupada por garantizar el debido proceso legal de los sujetos encausados.

Y en lo que respecta al dinero que se ha logrado recuperar, gracias al Fondo Especial de Administración de Justicia del Dinero Obtenido Ilícitamente (FEDADOI), se tiene un monto de 183 245 307. 38 nuevos soles. Esto a febrero de 2007, conforme a la información publicada en el Ministerio de Justicia. Esta cifra revela no solo la magnitud de la corrupción, pues lo que aquí se presenta resulta una parte de la misma, sino también los esfuerzos concretos que viene logrando la judicatura del subsistema anticorrupción.

Ahora bien, resulta necesaria, dado aún el estado de cosas en el Perú, con permanentes e insistentes cuestionamientos al manejo de la cosa pública, el que se mantengan los órganos jurisdiccionales de la sub especialidad anticorrupción, tal vez ya como un sub sistema orgánico y permanente de la estructura judicial.

Tal subsistema anticorrupción, dotado de la estructura logística adecuada, tendría por competencia el conocer de aquellos delitos que impliquen corrupción pública. Independientemente de eventuales aportes y mejoras, considero que ello corresponde plenamente con el requerimiento ciudadano por que el Poder Judicial demuestre tener un compromiso claro de luchar contra la corrupción.

Ciertamente, ese conjunto de órganos jurisdiccionales se insertaría dentro de un escenario de permanente coordinación inter institucional con oficinas de control de la administración pública, como la Contraloría General de la República, y el Ministerio Público, pues la política anticorrupción implica una labor conjunta de esa magnitud.

1.3. AVANCES Y RETROCESOS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Debe tenerse en cuenta que una verdadera política anticorrupción pasa por involucrar y centralizar los esfuerzos y acciones de todas las instituciones vinculadas a la actividad de control. La política anticorrupción tiene pues que ser conjunta e integral.

Por otro lado, cuando hacemos referencia a una política integral, ésta ciertamente debe incorporar acciones orientadas tanto a modernizar las instituciones involucradas como a fortalecer los instrumentos para la sanción efectiva de los actos de corrupción.

Dentro de este entendido, un papel sumamente valioso en la lucha contra la corrupción lo tiene el fortalecimiento de aquellas instituciones cuya función esencial sea el control. Estamos hablando aquí del Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía Nacional, y, finalmente, de la Contraloría General de la República, cuya consagración constitucional se encuentra recogida en el artículo 82º de nuestra Constitución Política.

Estas son las entidades que por excelencia están destinadas a fiscalizar, no solo los actos de privados, sino, con igual o mayor relieve, los actos del Estado en general, como por ejemplo, la sanción de aquellas conductas que configuren delitos contra la administración pública.

En este derrotero, se debe exigir que se ejecute el programa de reforma y financiamiento que sobre el particular fuera propuesto por la Comisión Especial de la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), y asimismo, con sus particularidades, las acciones destacadas al respecto por el Acuerdo Nacional por la Justicia. Sin duda, un poder que no se haya sujeto a control, dado el debilitamiento de las instituciones fiscalizadoras, da lugar a un campo abierto al ejercicio de la corrupción.

No debe entonces olvidarse que estamos ante un elemento fundamental del Estado de Derecho, pues «...a todo acrecentamiento – en palabras de JORGE REINALDO VANOSI - del poder debe corresponder un vigorizamiento de los controles, acrecentamiento de las garantías, y un potenciamiento de las responsabilidades y esto vale para todo, para el sector público y para las grandes concentraciones de poder privado. A mayor poder, mayor control...»⁵

Bajo esta óptica es entendible la creación de una Oficina Nacional Anticorrupción (ONA) destinada, como organismo público, a la lucha exclusiva contra la posible comisión de actos de corrupción. Sin embargo, la creación de esta entidad ad hoc, demanda pues, sin quitar con ello los fines valiosos que persigue, que el actual gobierno especifique cuál sería su margen de acción ante las demás instituciones de control, como la Contraloría General de la República, el Poder Judicial o el Ministerio Público.

Y es que considero que una verdadera lucha anticorrupción pasa por fortalecer las instituciones que, dentro de la estructura institucional de nuestro Estado, están convocadas a desplegar esta tarea. Ellas son, como ya había adelantado el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Policía Nacional.

Es por ello que implica un retroceso en esta labor el que no se desplieguen mayores recursos para la plena implementación del Nuevo Código Procesal Penal, la cual por el contrario, ha visto postergada su vigencia en las ciudades de Lima y Callao. Es de destacar que una reforma procesal penal destinada a asegurar la celeridad y eficiencia de los procesos penales, constituye un pilar básico de la lucha contra la corrupción.

Es indispensable entonces que un Estado que reclama haber asumido un compromiso serio en su lucha contra la corrupción, despliegue todas las acciones necesarias para el fortalecimiento de importantes instituciones de control (como por ejemplo, el del Poder Judicial), y sin duda, la implementación de una nueva normatividad procesal penal.

Hay que destacar que de los resultados arrojados por la encuesta aplicada por el Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), se tiene que tres de cada cuatro peruanos piensa que su prójimo peruano es básicamente deshonesto. Y sorprende aún más cuando esto es contrastado con la encuesta de PROÉTICA, organización especializada en tema corrupción en mi país, que revela que «el 82% de la población manifestó ser alta o medianamente tolerante frente a la corrupción»⁶.

Sin duda revertir un Estado social como el descrito en el Perú, exige un compromiso político sumamente firme, en coordinación con la sociedad civil, pues la «participación de la sociedad civil más voluntad política es la ecuación que funciona»⁷ en la lucha contra la corrupción.

Pero también es de precisar que, conforme a la misma encuesta de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la opinión pública concibe que tanto el Poder Judicial (15%) junto a la ciudadanía (15%), esto es, en la misma intensidad, están obligadas a luchar contra la corrupción.

Empero, esta misma encuesta arroja que el 73 % de la ciudadanía nunca ha denunciado actos de corrupción. Esto, entre otras razones «porque considera que es inútil y una pérdida de tiempo, por temor a represalias, por no saber donde acudir o que podía hacerlo, o porque no existen incentivos para denunciar»⁸

Y tal panorama es sumamente grave, pues no hay que olvidar que la labor de el *checks and balances* implica no sólo un «monitoreo y control permanente entre las diversas instituciones públicas, sino, también entre la sociedad y el Estado»⁹. La ciudadanía tiene entonces una enorme responsabilidad frente a la fiscalización y control de la actuación pública.

De este modo, la actuación del Estado debe ser firme, en especial en el plano educativo, de tal modo que la necesaria siembra de valores y principios morales constituya una prioridad dentro de la agenda pública, pues, de persistir tal estado, es la propia democracia, como régimen capaz de garantizar la institucionalidad, la eficiencia y los derechos fundamentales, la que se pondría en entredicho.

En el Poder Judicial peruano, como más adelante se destacará, somos conscientes de ello, y aún cuando no tengamos influencia en la determinación de la política educativa del Estado, se ha emprendido, con optimismo, una campaña de valores, que busca transformar la actitud del usuario del servicio de justicia, frente al Poder Judicial, a fin de que la entienda como una institución independiente e imparcial.

Y esto porque la «democracia como un derecho personal y social, como una forma de gobierno, como un modo de vida, es una cultura anticorrupción»¹⁰

2. LA ÉTICA PÚBLICA COMO POLÍTICA DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN

Como ha escrito acertadamente Efrén Chávez Hernández, «la integridad pública es el mejor instrumento de lucha contra la corrupción»¹¹. Esta idea

de cultura ética ha sido expresamente asumida por la Ley del Código de Ética de la Función Pública, al señalarse en su inciso 1) del artículo 9º que: «...la cultura de probidad, transparencia, justicia y servicio público establecida en el presente Código...».

Sin perjuicio de lo anotado se debe destacar que si bien la Ley del Código de Ética de la Función Pública no exige que cada entidad expida un Código de Ética, sin embargo, la instauración de tales conjuntos normativos, al interior de cada entidad pública, implica un componente importante dentro de la promoción de la ética pública, pues ello ayuda a concientizar a cada servidor y funcionario público respecto de sus deberes y los fines de la institución.

No obstante, no se ha de perder de vista que cada entidad se haya obligada, en virtud de la citada Ley, a instaurar los mecanismos y procedimientos necesarios para la eficacia del referido Código, ya que el mismo contiene una serie de prescripciones imperativas; y un régimen de sanciones, que van desde la amonestación hasta la destitución.

Es claro entonces que para promover la cultura ética de una institución concreta, sea un Ministerio, un organismo regulador, o un Municipio, se requiere codificar los valores y principios ad hoc que han de asegurar la excelencia institucional, teniendo ciertamente a la vista el cuadro valorativo general que establece la ley en referencia. Por eso el legislador, en el inciso 2) de su artículo 9º de la Ley estudiada, ha dispuesto que «...El Órgano de la Alta Dirección establece los mecanismos e incentivos que permitan una actuación correcta, transparente y leal de los servidores públicos...».

Esto evidencia que estamos en la actualidad ante un fenómeno de «juridización» de la ética pública, pues, y ante el crecimiento de la corrupción en los ámbitos de la vida pública, se recurre a crear «oficinas de ética» y sancionar «códigos de ética»¹².

El sancionar dichas normas particulares, constituye un modo de promover la ética de la función pública, de ahí que la propia Ley ha mencionado, en su inciso 2) de su artículo 9º, que es obligación de la Alta Dirección de cada entidad pública:

«...»

a. Difundir el Código de Ética de la Función Pública.

- b. Diseñar, establecer, aplicar y difundir los incentivos y estímulos a los servidores públicos que cumplan con los principios, deberes y obligaciones del presente Código y respeten sus prohibiciones.
- c. Desarrollar campañas educativas sobre las sanciones para los servidores públicos que tengan prácticas contrarias a los principios establecidos en el presente Código.

..»

Este precepto prescribe además que, en caso de no haberse aprobado un Código de Ética particular para cada institución, ello no exime de promover la ética pública institucional, ya que existe el Código de Ética de la Función Pública, sancionado mediante Ley.

De otro lado, un rol importante en la promoción de la ética pública lo tiene sin duda alguna la educación, la que ha de comprender el estudio de los hábitos éticos, desde los primeros años de la escuela, hasta los años universitarios. No se puede entender la formación de una conciencia ética solo al interior de cada entidad, como si el personal del mismo viviera aislado de la sociedad. En este aspecto, se requiere una promoción integral, que incida en la vida educativa de los ciudadanos, a fin pues de que los mismos tomen conciencia del rol de la ética pública, de sus efectos y alcances.

Desde esta dimensión, no hay mejor política preventiva de la corrupción que la adopción de una intensa ética pública al interior de cada entidad estatal.

3. LA TRANSPARENCIA PÚBLICA COMO COMPONENTE DE UNA POLÍTICA ANTICORRUPCIÓN

La corrupción ha existido desde la Antigüedad, pero con el desarrollo de las comunicaciones se ha dado a conocer más en los años recientes¹³. Esto implica una apuesta por la mayor visibilidad de los actos del Estado, lo cual significa someter al ente público al análisis y escrutinio de la sociedad.

Gomes Filho ha sostenido por ello que dar transparencia a una relación de poder significa promover su reequilibrio, ya sea porque hace que el poder se transforme al someterse a la crítica, al escrutinio público y, por consiguiente,

al control social; o porque la transparencia invita a las personas envueltas en el ejercicio de poder a asumir una posición activa de protagonistas¹⁴.

Coincido entonces con el ya mencionado Gomes Filho cuando anota que la transparencia es, de hecho, un recurso clave para que la ciudadanía pueda desarrollar una influencia directa sobre la administración pública, de modo de compensar las asimetrías de poder en la formación de las decisiones públicas y en la generación de bienes y servicios públicos¹⁵.

Por otro lado, de la corrupción se ha dicho que «es como un hongo que en la oscuridad crece y se reproduce mejor». De este modo, a la corrupción se contrapone la transparencia. Incluso en Teoría Política se llega a hablar, como lo hace el iusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, de visibilidad de los actos del Estado¹⁶. Consecuentemente, transparencia, visibilidad, publicidad, convergen en forma decisiva para asegurar un sano manejo del Estado, a fin de que la ciudadanía pueda tener conocimiento y control de los actos vinculados a la marcha del Gobierno.

De ahí entonces que Kant juzgase un principio capital el de la transparencia. Anotó el filósofo alemán que «la prohibición de la publicidad, incluso la mera limitación es el mayor daño que se le puede hacer a un pueblo»¹⁷.

Sin duda, contribuye a lo dicho el que se asegure una mayor transparencia de los funcionarios con mayor poder de decisión dentro del ente público. Coadyuva a esta imagen de credibilidad el que los altos funcionarios públicos no tengan el derecho al secreto bancario ni a la reserva tributaria. Ello aparece sin duda como una medida extrema, pero ante la urgencia del riesgo de una grave deslegitimación del Estado, resulta más pertinente un tipo de medida que provoque a la ciudadanía la impresión de una decidida lucha contra la corrupción.

En el Poder Judicial peruano hemos asumido la transparencia como una línea central dentro de la reforma judicial. En este entendido si bien a la fecha se ha instituido una nueva página web del Poder Judicial, sustentada en los criterios de facilidad, eficiencia y transparencia, buscando así beneficiar a los usuarios del servicio judicial, todavía se requiere hacer muchas mejoras en estas materias.

Es en este carril que se quiere poner en funcionamiento un Portal Web del Poder Judicial: esto es, un entorno informático que permita a los usuarios

interactuar con los componentes web, de tal modo que ya podría ser en este escenario el óptimo para desarrollar mejoras como la instauración plena de notificaciones judiciales vía internet, u ofrecer mayor información de los expedientes a través de este portal web.

Ello no sólo aseguraría eficacia a las labores de impartición de justicia, sino también una mayor transparencia sobre el funcionamiento institucional y administrativo del Poder Judicial.

En este sentido, es de precisar que se ha dado un carácter gratuito al sistema de consulta web del estado de los procesos judiciales, a fin de facilitar la tutela jurisdiccional brindada a los usuarios del servicio de justicia. Para ello, esta medida se apoya en la principal herramienta de gestión informática del Poder Judicial, y que a la fecha sólo funciona en un todavía número reducido de órganos jurisdiccionales del país: me refiero al Sistema Integrado de Justicia (SIJ), el cual permite una gestión informática del Despacho judicial. Ahora bien, es una meta, con apoyo de la Cooperación Internacional, el ampliarla a todas las sedes jurisdiccionales del Perú. De ahí que se haya adquirido en el año 2007 un gran número de computadoras (cuatro mil) de última generación para tal objetivo.

Se tiene previsto asimismo continuar con el plan de publicación de las resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia en la página web del Poder Judicial, debiendo destacarse además que el Consejo Ejecutivo de nuestra institución ha aprobado se procedan a publicar también allí las resoluciones que expidan las Salas y Juzgados de las diversas Cortes Superiores. Ello constituye, en el plano jurisdiccional, una muestra innegable de transparencia. La transparencia en la jurisprudencia por parte de la Corte Suprema se sostiene en un Acuerdo de Sala Plena de Tribunal Supremo para tal fin, el mismo que fue adoptado el 17 de enero de 2007. Es decir, fue el máximo órgano de deliberación del Poder quien asumió el reto de la transparencia judicial.

Debemos recordar también que el Poder Judicial peruano ha recibido en el año dos mil siete un importante premio por parte de la Asociación Ciudadanos al Día (CAD) en mérito a su actuación destinada a asegurar una mayor transparencia en esta materia. Y que en este mismo carril, la reciente compra efectuada por el Poder Judicial de alrededor de cuatro mil computadores, se ha hecho bajo el mayor clima de transparencia posible, habiéndose invitado para ello a variados colectivos de la sociedad civil.

Incluso esta adquisición de equipos de cómputo fue destinada no solo a proveer de mayor celeridad a las actuaciones del Poder Judicial, sino también, de mayor transparencia, dado que estos ordenadores permiten la implementación del Sistema Integrado Judicial (SIJ) en todas las dependencias jurisdiccionales del país.

4. EL PODER JUDICIAL COMO INSTITUCIÓN DE CONTROL DE LA CORRUPCIÓN.

Somos conscientes de que la percepción asentada en importantes sectores de la ciudadanía, mediante la cual se considera al Estado como una entidad invadida por la corrupción, resulta sumamente contraproducente para el fortalecimiento democrático e institucional del país, pues la corrupción le deslegitima.

Como bien anota Jorge Valdez, «en la era de los medios de comunicación, las percepciones adquieren con frecuencia mayor importancia que la propia realidad»¹⁸. Y dentro de este entendido, la reciente encuesta realizada por la Universidad de Lima, y publicada el 27 de octubre del año en curso en el diario El Comercio revela que la desconfianza en el Poder Judicial bordea el 39.2%, mientras que un 56.3% confía poco en nuestra institución.

De esto se tiene un peligroso dato, y es sin duda, que estos índices de confianza ciudadana ponen en cuestionamiento la propia legitimidad social del Poder Judicial. Empero, hay que advertir que de los encuestados, un 76.4% dice nunca haber litigado, y sólo responden que sí un 23.6%. Esto es, un gran número de los encuestados emite su punto de vista negativo sobre el Poder Judicial sin nunca haber tenido una experiencia directa en un proceso jurisdiccional.

Esto nos lleva a la conclusión de que esa percepción negativa sobre el Poder Judicial, se debe por lo menos en parte a cómo la imagen de nuestra institución es tratada en algunos medios de comunicación, imagen que por cierto en mucho resulta negativa, dado que son importantes los espacios noticiosos que ocupan las intervenciones de la Oficina de Control de la Magistratura respecto de un hecho de corrupción, sin que lamentablemente esa prensa muchas veces no destaquen aquella otra dimensión que revela estos hechos: y es de que el control judicial está allí, operativo, tanto en su dimensión preventiva como ex post.

Sin duda, una tarea de reconciliación del Poder Judicial peruano con la sociedad pasa pues no sólo desplegar acciones para revertir la comisión de actos de corrupción, sino, asimismo, ampliar los lazos de comunicación, y transparencia con la sociedad, como se viene haciendo a la fecha durante esta gestión.

Pero, asimismo, ha de recordarse que el año 1992, fecha en la que se produjo una ruptura del orden constitucional del país, una enorme cantidad de magistrados, de todos los grados judiciales, fueron retirados de sus cargos mediante los siguientes Decretos Leyes siguientes: N° 25423, N° 25425, N° 25442, N° 25443, N° 25446, N° 25471, N° 25492, N° 25529, N° 25563, N° 25580 y N° 26118.

Incluso es de señalar que, y mediante el Decreto Ley N° 25441, se estableció la conformación transitoria de la Corte Suprema de la República, en tanto culminara el proceso de ratificación judicial extraordinario y se efectúe el nombramiento de magistrados. De otro lado, a través del Decreto Ley N° 25424 se cesó a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura.

Este cese masivo de magistrados, además de la suspensión de las funciones del Consejo de la Magistratura como organismo de nombramiento de magistrados en junio del año 2000, esto hace no más de siete años, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunciase señalando que «tras ocho años de intervención ejecutiva en el Poder Judicial, más del 80% de los jueces y fiscales del país revisten status «provisional», advirtiendo además que la falta de garantías de inamovilidad ha hecho a los jueces vulnerables a manipulaciones del Poder Ejecutivo»¹⁹.

Consecuencia de ello es que aún hoy nuestro Poder Judicial, se encuentra todavía recuperando su plena institucionalidad, contando para el mejor desarrollo de este proceso con la designación de magistrados titulares, por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, luego de que nuestra institución judicial ha operado con altos niveles de provisionalidad y suplencia durante largo tiempo.

Y es que ha de destacarse que frente a los Poderes y organismos del Estado, es el Poder Judicial el llamado a hacer efectiva la vinculación de éstos al ordenamiento jurídico vigente, esto es, a una ordenación y sometimiento a límites precisos en el ejercicio de sus funciones. En ese mismo sentido, el

Poder Judicial al someter a los entes públicos al Derecho, evita o controla los actos de corrupción.

Y es que dentro de la teoría de la separación de funciones «el Poder Judicial juega un papel decisivo en el equilibrio de poderes, su fortaleza no radica, en el sentido más estricto, en la representatividad social, sino del derecho; digamos que somete el poder a la fuerza del derecho, se convierte en un contrapoder palpable y eficaz»²⁰.

Como ha opinado McIlwain, «la única institución esencial para defender el Derecho siempre ha sido y todavía es un Poder Judicial honesto, hábil, preparado e independiente»²¹. La judicatura ordinaria se constituye así en una auténtica garantía jurisdiccional del régimen democrático y de los derechos fundamentales. Pero nada de ello es posible de no realizarse un ejercicio jurisdiccional independiente, y asimismo imparcial.

No le falta razón por ello al constitucionalista Enrique Bernaldes Ballesteros al afirmar que la corrupción ha sido provocada en el Perú en mucho por el «mal funcionamiento del Estado y la falta de sistemas de control y vigilancia efectivos», y en este entendido **«por el predominio de regímenes autoritarios y la frágil institucionalidad democrática»**²².

De este modo, un Poder Judicial fortalecido, y en este entendido, integrado por jueces independientes e imparciales, aparece como una efectiva garantía no sólo de la democracia, sino también del real control de las actuaciones públicas, y con ello, de la prevención y sanción de los actos de corrupción.

5. LA POLÍTICA ANTICORRUPCIÓN DENTRO DE LA REFORMA JUDICIAL

Conforme a una encuesta realizada por Apoyo Opinión y Mercado S.A.²³, la sociedad peruana considera que sólo tres de cada diez peruanos son honestos; y, del mismo modo, siete de cada diez estarían dispuestos a pagar una coima para ganar un proceso judicial.

Existe, en este sentido, un elemento casi endémico y estructural, denominado habitualmente corrupción, el cual no solamente se encuentra inserto en el Poder Judicial, sino en la sociedad peruana en general.

Pero si bien no se debe caer en el extremismo de abstraer el tema de la corrupción judicial, y achacarla a la entidad total de la nación peruana, sí se debe imputarse cierta corresponsabilidad de lo que lamentablemente viene sucediendo a las Facultades de Derecho, a los Colegios de Abogados y al mismo Poder Judicial.

A las primeras porque, en su labor de formación de nuevos abogados, debieran otorgar un rol importante a la dimensión ética de los futuros profesionales del Derecho, cosa que lamentablemente no ocurre en algunos casos.

Por otro lado, y en lo referente a los Colegios de Abogados, estos deben dejar de ser entidades pasivas, y asumir un rol activo en el ejercicio de sus facultades disciplinarias, pues, como se ha destacado en un reciente estudio del sociólogo Luis Pásara, al cual cito en términos textuales, pareciera existir:

«...Carencia de voluntad de investigar y sancionar (...) Dificultades para que los casos denunciados sean admitidos, demora en el procedimiento, renuencia a usar procedimientos y pruebas de oficio, y criterios confusos o contradictorios para determinar la existencia de faltas a la ética profesional contribuyen a un bajo nivel de sanción. Como se ha indicado, sobre el total de casos denunciados durante 2003, hasta marzo de 2005 sólo en 8.94% había recaído una sanción....».

Estos datos se encuentran solamente referidos al Colegio de Abogados de Lima, hacia donde se dirigió la muestra en la cual se ha basado el estudio del autor citado. Conviene entonces que se promueva otro estudio similar, en el cual se explore la realidad de los Colegios de Abogados de provincias sobre el particular. En cualquier caso, me permito sugerir que en lo referido a la lucha contra la corrupción, los Colegios de Abogados deben sumar a su rol crítico, un papel dinámico, colaborando así de manera decidida en la lucha contra la corrupción.

Ahora bien, la lucha contra la corrupción en el ámbito judicial, requiere también contar con el respaldo de un control preventivo. Estoy convencido de ello, y en ese sentido, he considerado siempre que resulta necesario que la judicatura realice un sacrificio en este extremo, vinculado a que no alcancen a los funcionarios judiciales alegaciones a la tutela de derechos a

la reserva tributaria y al secreto bancario frente a las labores fiscalizadoras emprendidas por el órgano de control institucional.

Dicho órgano de control tendría, en el conocimiento del flujo patrimonial del magistrado o servidor judicial, los más certeros medios para detectar alguna irregularidad de parte de los miembros del Poder Judicial. Esto significa contar con un sistema riguroso no sólo de auditoría contable, sino también informática, ya que la corrupción siempre tiende a adoptar formas cada vez más difíciles de detectar.

A este respecto, destáquese que en enero del año dos mil siete se presentó una iniciativa de Ley, aprobada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, para reconocer a la Jefatura de OCMA la facultad para limitar los derechos al secreto bancario, reserva tributaria y secreto de las comunicaciones, siempre que mediase un procedimiento disciplinario en curso. El Congreso de la República no ha tenido todavía un pronunciamiento con respecto a esa iniciativa.

Del mismo modo, ha de afirmarse enfáticamente que no solo basta con proponer el traslado del control disciplinario a un órgano externo y plurirrepresentativo, como lo es el Consejo Nacional de la Magistratura, para creer que con ello el problema quedará resuelto.

Es más, y sobre la misma pertinencia de este tipo de propuestas, bien debería tenerse presente que ya hoy el Consejo Nacional de la Magistratura tiene facultades disciplinarias respecto de los miembros del Poder Judicial, pero que, frente a ello, corresponde a la misma ciudadanía determinar si esa importante institución ha podido hoy satisfacer las demandas de la población, del mismo Poder Judicial y de los diferentes medios de comunicación social al respecto.

Por otro lado, aquella frase trillada de que «Otorongo no come a otorongo», resulta insuficiente y hasta injusta en el caso del Poder Judicial, si se toma en cuenta la labor de una Oficina de Control que viene con esfuerzo obtenido valiosos resultados.

Debe además tenerse presente como el Consejo Nacional de la Magistratura ha rechazado varias de las propuestas de destitución de jueces que habían sido formuladas por el mismo Poder Judicial.

Tampoco conviene olvidar que las estadísticas miden más bien la percepción subjetiva de la población; y además que, por lo menos en muchos casos, la llamada corrupción judicial resulta para algunos abogados la mejor excusa para justificar su derrota en un proceso judicial, derrota que ha sido consecuencia de su negligencia, o sencillamente resultado lógico de no haber tenido el derecho que invocaban.

Teniendo presente todo lo expuesto, desde el mismo Poder Judicial peruano vienen impulsándose una serie de acciones destinadas a fortalecer sus labores de control interno, destacando entre ellas el que se haya instaurado una Comisión encargada de elaborar el nuevo Proyecto del Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura, adecuando ciertamente dicha norma a los alcances de Ley 28149, Ley que incluye la participación de la sociedad en los órganos de control del Poder Judicial y el Ministerio Público.

Y es que constituye una prioridad para el Poder Judicial peruano la de velar por la plena implementación de la referida ley, a fin de que se introduzcan en la labor de control elementos de fiscalización externa sobre el comportamiento funcional de los (as) diferentes jueces (zas) y fiscales del Perú.

Asimismo, se considera adecuado dentro de este lineamiento de trabajo, el interconectar, a través de un sistema de información, a la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) con las Oficinas descentralizadas de control existentes en diversos distritos judiciales del país, a fin de fortalecer así sus actividades de control²⁴.

En síntesis, y sin duda alguna, el Estado tiene un rol de suma gravedad frente al estado de la corrupción en el Perú. Sin embargo, sólo a través de la asunción de una conciencia ética por parte de cada individuo, es posible revertir de manera total la corrupción. Corresponde al juez y al ciudadano enfrentar la corrupción como servidores de la ética pública, y con ello, de los valores considerados como los más relevantes dentro de una sociedad determinada, salvo mejor parecer.

-
- ¹ Dicho cuadro normativo ha sido obtenido del Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción y Ética Ciudadana. En: http://www.minjus.gob.pe/cna/Info_CNA/Archivo%20del%20Plan.pdf. Revisado con fecha 28 de octubre de 2007.
 - ² Prado Saldarriaga, Víctor. La corrupción y el lavado de activos: el caso de las personas expuestas políticamente. Exposición realizada con fecha 29 de octubre de 2007 en el Salón de Juramentos del Palacio de Justicia.
 - ³ Bernales, Enrique. La corrupción y la infinita descomposición. En: <http://palestra.pucp.edu.pe/index.php?id=154>. Revisado con fecha 28 de octubre de 2007.
 - ⁴ Cifra obtenida de: <http://www.idl.org.pe/idlrev/revistas/172/Siles.pdf> Revisada el 28 Oct 2007.
 - ⁵ Vanossi, Jorge Reinaldo. La corrupción como desviación patológica contraria a la ética pública. (p. 546). Especial de la Revista Jurídica de Buenos Aires: Derecho Administrativo y Aportes para el Rediseño Institucional de la República. REIRIZ, María Graciela (Coordinadora). Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. 2004.
 - ⁶ Ugaz, José. Hay un anhelo expreso de limpiar la política de corrupción. En: Estado de la opinión pública: corrupción. Lima. PUCP. Año II, Junio de 2007. pág. 7.
 - ⁷ Patrón, Pepi. Carecemos de voluntad política para luchar contra la corrupción. En: Op. Cit. pág. 10.
 - ⁸ Abad, Samuel. El difícil camino para enfrentar la corrupción. . En: Op. Cit. pág. 15.
 - ⁹ Meini, Iván. Mientras las personas utilicen mecanismos alternativos e ilegales para satisfacer sus necesidades, la educación en valores y principios será insuficiente. En: Op. Cit. pág. 19.
 - ¹⁰ Vega Carreazo, Rudecindo. Corrupción estructural. Una aproximación diferente. En: http://palestra.pucp.edu.pe/pa_est/?file=anticorruptcion/vega.htm. Revisado con fecha 28 de octubre de 2007
 - ¹¹ Chávez Hernández, Efrén. Ética en el Poder Legislativo. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número 115 Enero-Abril 2006. pág. 10.
 - ¹² Ibid.
 - ¹³ Ibid. Loc. Cit.
 - ¹⁴ Citado por: Cunill Grau, Nuria. La Transparencia en la Gestión Pública ¿Cómo construirle viabilidad? (pág. 25). En: Transparencia en la Gestión Pública. Ideas y Experiencias para su viabilidad. Guatemala. INDES. 2006
 - ¹⁵ Citado por: Cunill Grau, Nuria. Op. Cit. pág. 28
 - ¹⁶ El jurista italiano refiere que: «la corrupción significa un doble Estado y, como fenómeno estructural, comporta la lesión de todos los principios democráticos: la publicidad, la transparencia, la responsabilidad, la visibilidad del poder». En: Entrevista a Luigi Ferrajoli. Isonomía N° 09. Octubre de 1998. pág. 191
 - ¹⁷ Citado por Simón G, José Luis. Sin justicia y con prensa amenazada. En: <http://www.pulso.org/Espanol/Archivo/simon.htm#simon>. Revisado con fecha 17 de enero de 2008.
 - ¹⁸ Valdez, Jorge. Seguridad Pública en el Espacio Sudamericano: Narcotráfico, Lavado de Dinero y Corrupción. En: <http://palestra.pucp.edu.pe/index.php?id=165&num=2>. Revisado con fecha 28 de octubre de 2007
 - ¹⁹ Lovatón Palacios, David. Cambios en la Justicia Peruana y Sociedad Civil (1990-2002) Informe para la Fundación Ford. IDL. Mayo 2002. pág.27
 - ²⁰ Delgado Carrillo, Fortino. El Equilibrio de Poderes. En: Valadez, Diego y Gutierrez Rivas, Rodrigo. Democracia y Gobernabilidad. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional. T. II. UNAM, México, 2001. pág. 207.
 - ²¹ Citado por: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro. . División de Poderes y Régimen Presidencial en México. UNAM, México, 2006, pág. 14.
 - ²² Citado por Gamarra Herrera, Ronald. FUEGO CRUZADO SOBRE EL SISTEMA ANTICORRUPCIÓN. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0262.htm> obtenida el 28 Oct 2007
 - ²³ Hecha para el Instituto de Defensa Legal (IDL) en noviembre de 2005.
 - ²⁴ Bases para el Plan Decenal de Reforma y Modernización del Poder Judicial al año 2017. Pág. 12

EL TÍTULO DE CRÉDITO HIPOTECARIO NEGOCIABLE

MANUEL SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA*

Resumen:

El artículo se inicia con los antecedentes legislativos, del ahora desaparecido Sistema de Ahorro y Crédito para Vivienda, formado por las Mutuales de Vivienda y su organismo central el Banco de la Vivienda, luego trata la naturaleza de la hipoteca en nuestra legislación y su carácter accesorio, sigue con la hipoteca independiente del Derecho Germano, cuya naturaleza examina y entrando en materia desarrolla el concepto del Título Hipotecario Negociable y su Mercado.

Palabras clave: Sistema de crédito - Crédito Hipotecario - Negociable - Hipoteca - El Mercado.

Abstract:

The article begins with the legislative antecedents of the disappeared System of Saving and Mortgage Loans, formed by the «Mutuales de Vivienda» and its central organism «Banco de la Vivienda». Further explains the nature of the mortgage in our legislation and its accessory character, followed by the independent mortgage of the Germanic Law, whose nature examines, and develops the concept of the Negotiable mortgage and its market.

Key words: Credit System - Mortgage Loan - Negotiable - Mortgage - The Market

Sumario:

1. Introducción. 2. La Hipoteca. 3. La Hipoteca independiente del derecho germano. 4. El Título de crédito hipotecario negociable. 5. El Mercado.

* Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Presidente de la Sala de Derecho Constitucional y Social.

1. INTRODUCCIÓN

Antecedentes:

El sistema de crédito hipotecario privado que formaron las mutuales de vivienda, regidas por la Ley 12813, inspiradas en las asociaciones de ahorro y préstamo existentes en los Estados Unidos de América y en las sociedades de construcción inglesas (building societies), planteó la creación de nuevas formas de contratos de hipotecas que permitieran formar un Mercado Secundario de Hipotecas. Es que el otorgamiento de créditos a plazo de hasta veinte años, con recursos provenientes en su mayoría de depósitos de ahorro a la vista, presentaba un manejo financiero de difícil coyuntura, que la existencia de un Mercado de Hipotecas tal vez hubiera solucionado.

Por esa razón, entonces, se planteó la necesidad de autorizar nuevas formas de crédito hipotecario que permitieran la creación de un Mercado Secundario de Hipotecas.

En ese tiempo el Código Civil de 1936 regulaba la hipoteca voluntaria y la hipoteca legal, y en el tratamiento de la primera incluyó a la hipoteca para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador, conocida como de “cédulas”, y luego en el Libro de los Contratos regulaba de manera prolija con el título de “Obligaciones Provenientes de la Voluntad Unilateral”, la emisión de los bonos hipotecarios, (artículo 1802 y siguientes) lo que requería la necesaria intervención del entonces Banco Central Hipotecario, en calidad de fideicomisario, con el encargo de verificar la regularidad legal de la emisión, la suficiencia económica de la garantía, y representar a los actuales y futuros poseedores de los títulos.

El Banco Central Hipotecario, creado por la Ley N° 6126 emitió papeles a los que denominó Cédulas y que en realidad eran bonos que tenían base legal en su propia ley y no se respaldaban con una hipoteca específica, sino con la cartera hipotecaria global que tenía dicho Banco, su colocación era forzada, pues los préstamos comunes que otorgaba dicho Banco se desembolsaban una parte en esos títulos que el prestatario debía negociar en el Mercado para hacerlos efectivas. Es cierto que también podía pagar una parte de su deuda con papeles iguales, los que podía adquirir en el Mercado. Tanto la venta como la compra se cotizaba por debajo del valor nominal.

Antes de esto, la Ley de Bancos Hipotecarios de fecha 2 de Enero de 1889 autorizó el otorgamiento de préstamos con garantía hipotecaria para amortizarse en un plazo de hasta treinta años, y facultó la emisión de cédulas hipotecarias. En 1896 se otorgó igual facultad a la Caja de Ahorros de la Sociedad de Beneficencia, y posteriormente, al promulgarse el Código de Comercio se reguló los Bancos de Crédito territorial, a los que se otorgó las mismas facultades²⁴.

El Código Civil de 1984, contra lo esperado, simplificó la norma relativa a la hipoteca de cédulas y omitió toda regulación referente a la emisión de los bonos hipotecarios. Tal vez pesó en el ánimo del legislador el hecho de la no utilización de las normas que esa materia incluyó el Código Civil de 1936, que derogó.

Desde entonces pasaron algunos años para que se llenara ese vacío legal. Primero la Ley de Mercado de Valores, Decreto Legislativo N° 861 de fecha 22 de octubre de 1996, que autorizó la inscripción de un valor o un programa de emisión de valores en la CONASEV. Después la Ley General del Sistema Financiero N° 26702, de fecha 9 de diciembre de ese mismo año, que en sus artículos 232° al 240° regula la emisión de instrumentos financieros de captación de ahorro del público, emisión de bonos, letras hipotecarias y cédulas hipotecarias, y la nueva Ley de Títulos Valores N° 27287 que les reconoce el carácter de Título Valor, con todas las consecuencias jurídicas que ello produce.

2. LA HIPOTECA

1. Antecedente histórico. 2. Características. 3. Clasificación. 4. Bienes hipotecables.

1. El genio jurídico romano plasmó el concepto de la Propiedad como un derecho real que vincula una cosa con una persona, quien goza de los atributos clásicos que aún se le reconocen, y del que se derivan como desmembraciones todos los otros derechos reales, y atendiendo a las necesidades derivadas del incremento de las relaciones de crédito y del comercio, ideó una forma de garantizar obligaciones personales afectando a ese propósito un inmueble con la característica especial que, a diferencia de la prenda, no significaba para el propietario la pérdida de su posesión, disfrute y nuevo gravamen, y al mismo tiempo otorgaba al acreedor un derecho real que lo vinculaba directamente con el bien gravado y le otorgaba la facultad de venderlo en el caso que el deudor no pagará la obligación.²⁵

Este es el concepto de la hipoteca que básicamente se mantiene en los sistemas jurídicos correspondientes a la Tradición Romana, con la diferencia y agregado de la inscripción en el Registro Público, que el romano no conoció.

Modernamente la hipoteca se puede definir como “derecho real registral de garantía concreta, en cosa inmueble determinada, cuya posesión conserva el propietario y que faculta al titular a exigir, si no se cumple la obligación garantizada, la venta pública de aquella, resarcándose con su precio.”²⁶

2. Sus características son:

- a. Es un derecho real, pues se establece un vínculo entre el acreedor y el inmueble hipotecado, con prescindencia de su propietario.
- b. Es un derecho registral, porque solo nace cuando se inscribe. La inscripción es en este caso constitutiva, a diferencia del carácter puramente declarativo que la inscripción tiene para otros derechos. Messineo, citado en la Exposición de Motivos Oficial del artículo 1988° del Código Civil señala; “la hipoteca se constituye únicamente cuando él que está provisto del título procede a inscribirlo en el registro hipotecario; el contrato es necesario pero no suficiente para hacer surgir la hipoteca.”²⁷
- c. Es de garantía concreta, porque respalda una obligación determinada o determinable, y el gravamen debe establecerse también por cantidad determinada o determinable. El artículo 1099° del Código Civil establece sus requisitos.²⁸
- d. Y, siempre se dijo que es accesorio. Ahora hay que decir, que es normalmente accesorio, pues garantiza el cumplimiento de obligaciones, para cuya seguridad se constituye. La incorporación de la auto hipoteca en nuestra legislación, que tiene un carácter de independencia constituye una excepción a esta regla. Es también una excepción la hipoteca para garantizar obligaciones futuras o eventuales prevista en el artículo 1104° del Código Civil.

2.1. Desde un punto de vista registral, la hipoteca presenta las siguientes notas:

Es inseparable de la cosa gravada, pues sujeta directa e inmediatamente el bien sobre el que recae, aún cuando cambie de propietario; es indivisible, pues se

extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado y a sus accesorios, subsiste íntegra sobre el bien o bienes hipotecados mientras no sea cancelada aunque se reduzca el monto de la obligación, o sobre la parte que quede si se ha destruido, y sobre el monto de las indemnizaciones de los seguros si los hubiere y la expropiación.

Esta regla recogida en el artículo 1101º del Código Civil debe concordarse con los artículos 887º y 888º del mismo Código que definen como “integrante” lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien, y como “accesorios” los que, sin perder su individualidad, están afectados a un fin económico u ornamental con respecto al bien; lo que quiere decir que lo que se agregue al bien, en cualquiera de estas dos condiciones, también queda hipotecado.

Es pública, lo que resulta de su necesaria inscripción en el Registro Público;

Es Especializada, tanto en cuanto a los bienes afectados, como a las cantidades por la que estos responden. (artículos 1100º y 1099º inciso 3 del Código Civil.)

3. Clasificación de hipotecas

Antiguamente se reconocían las hipotecas legales, voluntarias, judiciales, generales, especiales, expresas, tácitas, ordinarias, privilegiadas y hasta testamentarias.

Hoy legalmente se reconocen las siguientes:

- a. Desde el punto de vista de su constitución: Voluntarias y legales. Las primeras son las que se contratan libremente; las segundas resultan por ministerio de la ley, con ciertos requisitos, como por ejemplo la del inmueble enajenado sin que su precio haya sido pagado totalmente, (artículo 1118º del Código Civil.)
- b. Desde el punto de vista de su naturaleza: Ordinarias y excepcionales. Las primeras son las que responden a las características ya señaladas del sistema romano del derecho, que se constituyen como accesorias para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, en favor de un acreedor determinado, por cantidad precisa sin duración limitada, y transmisible por un instrumento igual al de su constitución. Entre las segundas se cuenta la auto hipoteca y la hipoteca en garantía de títulos

transmisibles por endoso o al portador, en las que el acreedor no se determina y tampoco el monto garantizado y sólo tienen un límite máximo.

4. Bienes hipotecables

El principio jurídico es que se puede hipotecar lo que se pueden vender, y aunque esta regla contenida en el artículo 1010º del Código Civil de 1936, que fue el primer artículo con que comenzaba el Título de la hipoteca voluntaria, no ha sido recogida como tal en el Código Civil vigente, es de la naturaleza de la hipoteca, pues ésta confiere al acreedor la facultad de hacer vender la cosa. Si el bien no se puede vender, el derecho real de hipoteca resultaría irrealizable. Tienen que ser bienes que se encuentren en el comercio de los hombres. Un bien inembargable no se puede hipotecar, como por ejemplo los bienes sobre los cuales se ha constituido Patrimonio Familiar conforme al artículo 488º y siguientes del Código Civil.

Se pueden hipotecar:

Los inmuebles inscritos o susceptibles de inscripción. El artículo 885º del Código Civil enumera cuales son bienes inmuebles; pero sólo se pueden hipotecar, aquellos inscritos o inscribibles. Así, los predios rústicos o urbanos, las minas, las naves y aeronaves, los diques y muelles, los edificios flotantes y pontones, los ferrocarriles, etc. La legislación anterior concedía una salida para la hipoteca de los inmuebles no inscritos, que se llamaba la “protesta de hipoteca”, que se anotaba en el Registro de la Propiedad Inmueble conforme al artículo 1042º inciso 6 del Código derogado. Esta promesa de hipoteca no ha sido legislada.

Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el Registro. Y aquí se abre un gran abanico donde se ubican el Usufructo convencional, el Uso, el derecho de Habitación, y el derecho de Superficie, los que una vez constituidos llevan a un desdoblamiento de la propiedad en dominio útil y dominio directo, también llamada “nuda” propiedad por quedar esta desprovista de sus atributos. La hipoteca que se constituya no podrá tener un plazo mayor al establecido para la vigencia de esos derechos.

La nuda propiedad, que se circunscribe al dominio directo, también puede hipotecarse y surgirá una cuestión controvertible si en algún momento la propiedad se consolida en la persona del titular de la nuda propiedad. En ese

caso algunos sostienen que la hipoteca se debería extender al derecho incorporado, pues el dominio reposa en la nuda propiedad y no sobre las meras desmembraciones de éste, y admitir lo contrario importaría afirmar la subsistencia de la desmembración extinguida. Mas esa teoría no supera la situación que se produce cuando la propiedad se consolida en el titular del dominio útil, caso en el cual la hipoteca sólo subsistirá sobre la nuda propiedad. Para ambos casos lo mejor será un pacto previo.

Las explotaciones económicas, como autoriza el artículo 1103º del Código Civil.

Son también posibles las hipotecas sujetas a condición o a plazo (artículo 1105º del Código Civil) así, se podrá hipotecar un bien vendido con pacto de retroventa, o cuando se estableció la facultad de un retracto convencional, en cuyo caso el hecho futuro e incierto que configura la condición está dado por la efectividad de esos derechos; o la hipoteca sobre bienes sujetos a un litigio.

En la práctica diaria sucede que una hipoteca se constituye para asegurar el cumplimiento de obligaciones personales, de tal manera que si se ejecuta la garantía y su valor de venta no cubre la deuda, el acreedor siempre tendrá la acción personal contra su deudor por el saldo no cubierto.²⁹

Hasta aquí tenemos el tema general de las hipotecas desde el punto de vista de la vertiente romana del Derecho.

Es oportuno anotar que, como consta en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, el doctor Guillermo Velaochaga propuso incorporar la Hipoteca de responsabilidad limitada, tomando como antecedente el artículo 140º de la Ley Hipotecaria Española, pero la mayoría consideró que esa limitación correspondía a un pacto privado, por lo que no fue incorporada.³⁰

3. LA HIPOTECA INDEPENDIENTE DEL DERECHO GERMANO

1. Antecedente histórico. 2. Antecedente legislativo. 3. Concepto germano de la inscripción registral. 4. Características. 5. Variedades.

1. Roma impuso para sus súbditos el principio de la personalidad de la ley, y los romanos se regían por la ley de Roma, independientemente del lugar donde se encontraran; por eso San Pablo, por ser romano, fue juzgado por su

ley personal. Después de la caída del Imperio Romano de Occidente siguió rigiendo éste principio y así, a cada cual le aplicaban la ley de su pueblo, con los inconvenientes que esto producía en los lugares de población mixta.

Esto significó que el Derecho Romano, impuesto por las legiones imperiales, subsistiera para los romanos aún después de la caída del Imperio Romano de Occidente, al punto que los mismos reyes bárbaros auspiciaron las compilaciones de las leyes romanas.

El Derecho Romano tuvo sobre los Derechos de otros pueblos la ventaja de ser escrito y, en su contacto con los pueblos germanos, impuso muchas de sus instituciones, como el derecho de propiedad y la forma de transmitirlo.

Como se recordará la compra venta romana no transmitía la propiedad, era necesario que a continuación de ésta se produjera la tradición. Esto dio origen a la “teoría del título y el modo” que aún hoy perdura en nuestro sistema, pues en la compraventa según el artículo 1529º del Código Civil el vendedor sólo se obliga a transferir la propiedad del bien al comprador, y si no fuera por la existencia del artículo 949º del mismo Código, no se produciría la transferencia efectiva.

Es sólo a partir del Siglo XIII cuando el principio de la personalidad de la ley se debilita frente al principio de la territorialidad.

La propiedad, si bien es reconocida como el derecho más amplio que se puede tener sobre una cosa, es transmitía al igual que en el Derecho Romano, por el negocio de enajenación, sea compraventa, donación, etc. (título) seguido por la tradición del inmueble (modo), que entre los germanos se llamaba “investidura” en referencia a la posesión, lo que se realizaba físicamente en el predio. Esto fue evolucionando, reemplazándose la tradición física por la entrega de un objeto simbólico como un terrón, una rama, un poste del cerco, o un objeto que se relacionaba con el señorío sobre el bien, como un bastón o un guante, luego se aceptó una investidura procesal mediante un procedimiento judicial con allanamiento, y finalmente se suscribía un documento³¹ que representaba la investidura incorporal.

Desde el alta Edad Media se generalizó la costumbre de asegurar mediante una nota escrita los negocios relativos a inmuebles, y los grandes

terratenientes empleaban libros en donde copiaban los documentos referentes a sus propiedades.

Es posible que estos libros privados sirvieran de modelo a los Libros Públicos que se llevaban en los Municipios, en los que comenzaron a consignarse las enajenaciones de inmuebles.

El instituto de “Los Libros Registrales” tuvo un desarrollo paulatino: de los libros generales se pasó a libros para cada tipo de negocios, y luego dentro de estos se llegó a establecer un lugar especial para un mismo inmueble,³² dando lugar a las llamadas Partidas Registrales, germen de los modernos Registros Públicos, y finalmente se llegó a establecer que la transmisión de la propiedad se producía por el acuerdo, o sea el negocio jurídico, y su inscripción en el Libro.

De allí siguió que una cosa podía darse en prenda por una deuda de manera que sólo responda la cosa sin responsabilidad personal del deudor, y que el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, tenía el derecho de vender el bien gravado ante el tribunal o el concejo municipal, y que, al igual que la transmisión de la propiedad, el gravamen se constituía con su registro en los libros.

2. El antecedente más próximo se encuentra en las hipotecas independientes del derecho germano (Grudschuld) y la del propietario (Eigentümerhypothek).

Tiene su origen en Alemania, en el Estado de Mecklemburgo, después la adoptó la Ley de Hipotecas y de Organización del Registro de Prusia de fecha 5 de mayo de 1872 y fue recogida en el B.G.B. (Código Civil Alemán) que en su artículo 1191^o la define como “gravamen consistente en pagar una determinada suma de dinero a la persona favorecida con él, sobre el inmueble”. Wolff la define como “El gravamen no accesorio de un inmueble, con una suma de dinero cobrable sobre el mismo”.³³

La hipoteca independiente es también llamada “deuda territorial”, o de “inversión capitalista”

3. En el Derecho Germano la inscripción en el Registro Público tiene carácter constitutivo, de tal manera que el sólo negocio jurídico relativo a un derecho real no surte efecto mientras no se inscriba, y es sólo con esta que cobra vigencia.

Entre nosotros la inscripción en el Registro es meramente declarativa, cumple una función de publicidad frente a terceros, se inscriben los acuerdos ya consumados para la constitución, modificación o extinción de derechos, no es un requisito de la adquisición, modificación o extinción del derecho real; salvo el caso de la hipoteca.

Hay una iniciativa legislativa procedente de la Comisión de Reforma del Código Civil que presidió el doctor Jorge Muñoz, para modificar el actual sistema de transmisión de la propiedad y reemplazarlo por uno constitutivo a partir de la inscripción en el Registro Público.

El Derecho Germano alcanzó en su evolución ésta característica, desde hace muchos años, con gran ventaja para la seguridad de las operaciones de tráfico inmobiliario. El requisito y supuesto básico de este sistema es contar con un Registro Público de gran eficiencia.

4. Características

Es independiente y abstracta

a. Independencia

La hipoteca, entre nosotros, siempre se concibió como un derecho real accesorio de otro derecho, generalmente de crédito, de acuerdo con nuestra ideología romano histórica.

Esta es una hipoteca distinta. Nace independiente, puesto que no es accesoria de otra obligación, y no hay deudor. Estamos acostumbrados a que el propietario de un bien asuma una obligación personal y para garantizar su cumplimiento constituye hipoteca sobre un bien de su propiedad. La obligación puede ser propia o ajena. En caso de incumplimiento el acreedor, como autoriza el artículo 1117° del Código Civil, puede exigir el pago al deudor por la acción personal o iniciar la acción hipotecaria contra el propietario de la cosa, aún cuando sea un tercero, en el proceso de ejecución de garantías conforme al artículo 720° del Código Procesal Civil; ejercitada la acción real, si el remate del bien no cubre la deuda, el acreedor tiene todavía una acción personal para cobrar su acreencia como establece el artículo 724° del Código Adjetivo.

En la hipoteca independiente, el deudor es para la eficiencia del crédito el inmueble mismo, y el acreedor será el tenedor del Título representativo de la hipoteca, que puede ser cualquier persona que lo haya adquirido de una manera legítima. Incluso es el propietario del bien, antes de ceder el Título o después de pagada la obligación garantida.

De acuerdo con esta distinta concepción, la hipoteca ya no es el mero instrumento de garantía de una obligación personal preexistente o coetánea, sino un medio de usar el crédito directamente sobre los inmuebles. Así esta hipoteca no se cancela cuando se paga al acreedor, sino que el Título que la representa, que es un valor negociable, puede ser entregado a un nuevo acreedor, a cambio del valor que representa. Mientras la hipoteca no se cancele en el Registro puede seguir utilizándose.

Por las mismas razones, esta hipoteca no se extingue por la caducidad o extinción de la obligación garantizada, ni le afectan los vicios de nulidad de la misma; lo mismo entre las partes que en cuanto a terceros.

En la concepción original germana y hasta la contenida en la Ley Española de 1944, en esta hipoteca el deudor sólo responde con la finca. Por eso es deuda del fundo (Grundschild). Por eso se dice que no es deudor el propietario sino el inmueble, y nada más que él.

b. Es abstracta

Es abstracta por su independencia de toda causa. Toda operación patrimonial se funda en una finalidad jurídica, (la causa) que por lo general establecen las partes. Un acto jurídico de efecto patrimonial será causal cuando el acuerdo sobre la causa integra el acto, o sea que se exprese como razón motivante de éste.

Generalmente, el acuerdo sobre la causa se considera como un elemento que no entra en el acto jurídico de la atribución patrimonial y permanece interno. Para la validez del contrato no se exige más que el acuerdo de las partes respecto de la modificación jurídica que se proponen realizar. Cuando en esas atribuciones se prescinde de la causa, se les suele denominar abstractas.³⁴

En la doctrina alemana, por lo general todo contrato de efecto real es abstracto. La constitución de una hipoteca por acto unilateral es abstracta, pues carece de causa.³⁵

5. Variedades

Además de la hipoteca de cédula, la legislación germana aceptó otra modalidad conocida como la hipoteca a favor del propietario.

Esta hipoteca se inscribe inicialmente a favor del dueño de la cosa hipotecada.

Partiendo del principio que es posible constituir una hipoteca independiente, que no presupone la existencia de un derecho de crédito a favor de persona distinta del propietario de la cosa gravada, es forzoso concluir que esa hipoteca tiene como único titular de disposición al referido dueño.

Esta idea pugna también con nuestra ideología romana. Es mas, para nosotros vendría a ser un contrasentido, pues nadie es deudor ni acreedor de sí mismo, pues tales obligaciones se extinguen por consolidación. La consolidación es una forma de extinción de las obligaciones, como se establece el artículo 1300º del Código Civil. Porque si el dominio importa todos los derechos imaginables que puedan existir sobre la cosa, no puede hablarse de un “dueño” que con titularidad jurídica independiente sea beneficiario de hipoteca sobre su propia cosa; como no podría serlo de una servidumbre o del usufructo.

Aquí el propietario puede constituir hipotecas de distinto rango, también independientes, con la especial característica de que las segundas no modifican su rango, cuando se cancela la primera. No obtienen una mejora de puesto como en los sistemas hipotecarios de la vertiente romana. En el fondo se trata de una reserva del rango de la hipoteca.

Tiene la ventaja para el propietario de que al cancelarse la primera hipoteca deja un puesto libre de valor, a disposición del dueño, que puede nuevamente ser negociado; lo que no perjudica a los segundos acreedores, quienes negociaron su crédito sobre la base del valor residual del inmueble, por lo que mantienen su rango o puesto inicial.

4. EL TÍTULO DE CRÉDITO HIPOTECARIO NEGOCIABLE

1. Definición. 2. Requisitos de la escritura pública. 3. Rango de la hipoteca. 4. Requisitos del Título. 5. Circulación. 6. Ejecución. 7. La venta directa. 8. Cancelación de la hipoteca. 9. La acción residual. 10. Casos de abuso. 11. Pérdida del Título. 12. Retorno de la hipoteca al propietario del inmueble. 13. Normas supletorias. 14. Naturaleza de la hipoteca.

1. La ley General del Sistema Financiero N° 26702 de Diciembre de 1996 trajo una novedad. En su artículo 239° introdujo el “Título de Crédito Hipotecario Negociable”, que es definido como: un título valor a la orden y negociable por endoso, emitido por el Registro Público donde se encuentre inscrito el inmueble que se grave con hipoteca, en mérito al otorgamiento de una escritura pública en la que por acto unilateral se constituye el gravamen hipotecario de primer rango que sirve de garantía al crédito consignado en el mismo, con preferencia a toda otra acreencia, cualquiera sea su origen o naturaleza”.

El Reglamento de la ley, dictado por la Superintendencia de Banca y Seguros mediante Resolución N° 838-97 de 30 de Noviembre de 1997 agregó: El título de Crédito Hipotecario Negociable emitido por el Registrador Público es un Título Valor que representa el derecho real de hipoteca sobre un bien inmueble, y puede ser endosado libremente a favor de cualquier persona sólo en garantía de un crédito dinerario. (Artículo 1°).

Si bien esta ley lo considera Título Valor, sólo es tal desde su incorporación en la nueva Ley de Títulos Valores N° 27287 de 19 de junio del 2000, que en el Título Único de la Sección Séptima del Libro Segundo o “de los Títulos Valores específicos” incorpora a estos títulos hipotecarios en su normatividad. Las disposiciones de ésta ley priman sobre la anterior, por razón de la temporalidad y de su especificidad, y así por ejemplo, en la Quinta Disposición Transitoria se establece que el Reglamento dictado por la Superintendencia con Resolución N° 838-97 de fecha 28 de noviembre de 1997 seguirá vigente en todo aquello que no resulte incompatible con las disposiciones de la Sección Séptima, antes aludida; aunque ésta queda facultada a expedir nuevas disposiciones, dentro de los noventa días siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la ley.

El Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores, en su decimoquinta disposición final, autoriza la emisión del “Certificado Hipotecario Negociable”, con un contenido similar al antes reseñado.

2. Para constituir la se debe extender una escritura pública, en la que se solicite al Registro Público la emisión del Título y se inserte la valuación del inmueble practicada por un perito inscrito en el Registro de Peritos Tasadores de la Superintendencia de Banca y Seguros, conforme a los criterios señalados en la Resolución SBS 572-97 (artículo 4° del Reglamento).

3. La hipoteca será necesariamente de primer rango y en caso que el endosatario fuera una empresa del Sistema Financiero tendrá garantía exclusiva del crédito, con preferencia frente a otros acreedores del propietario del predio afectado, a tal extremo que aún en el caso de insolvencia del deudor el bien gravado será separado de la masa concursal constituyendo una identidad independiente. (Artículo 5° del Reglamento). Se trata de un privilegio bancario.
4. El título se expedirá por el Registrador Público en formulario aprobado por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, (SUNARP) a petición expresa del propietario de un bien susceptible de ser gravado, por acto unilateral manifestado en escritura pública, después de haber constatado la inexistencia de cargas o gravámenes e inscrito la hipoteca. El Título debe contener los datos que indica el artículo 241°. El monto del gravamen está constituido por el valor total del bien. (Artículo 240° de la Ley de Títulos Valores y 11 del Reglamento). Por Resolución de la SUNARP N° 258-99 se aprobó el formulario correspondiente.
5. El Título es emitido a la orden del propietario del inmueble que se grava, es de libre negociación mediante endoso y, en el acto de efectuarse el primer endoso debe señalarse en el mismo título el monto del crédito en cuya garantía se afecta, la fecha de vencimiento, forma de pago, plazos, tasas de interés y las demás condiciones que se crea convenientes; con el endoso se transmite el crédito consignado en el título y la hipoteca que lo garantiza; En el acto de realizarse el primer endoso se deberá consignar en el Título el crédito que garantiza y sus datos (monto, plazo o plazos e intereses), a partir del cual se califica como título valor. Los endosos sucesivos transfieren ambos derechos: el crédito y la hipoteca, sin que el endosante asuma responsabilidad solidaria. (Artículo 242° de la Ley de Títulos Valores).

Se puede endosar en blanco, en procuración, en propiedad y en fideicomiso. A falta de indicación contraria se presume que es en propiedad. (Artículo 13° del Reglamento).

El endoso y negociación secundaria del Título es libre, salvo que se incluya cláusula prohibiendo su posterior negociación. (Artículo 8° del Reglamento).

El artículo 47.1 de la Ley de Títulos Valores permite su transferencia en propiedad mediante endoso; y en el 47.2 su afectación en garantía;

6. Los pagos deberán constar literalmente en el Título como prescribe el artículo 14º del Reglamento. En el caso de haberse pactado el pago del crédito en armadas o cuotas, la falta de pago de una o más de ellas faculta al tenedor a dar por vencidos todos los plazos y exigir el íntegro, efectuando el correspondiente protesto o formalidad sustitutoria. El artículo 84º de la Ley de Títulos Valores faculta prescindir del protesto, siendo suficiente para ejercitar la acción que se haya vencido el plazo o resulte exigible la obligación según el texto del título.
7. El artículo 54 de la Ley de Títulos Valores autoriza que en esos títulos se pacte prescindir de la ejecución judicial y que la venta se realice en forma directa o extrajudicial. Protestado el Título por falta de pago del crédito u obtenida la formalidad sustitutoria, procede la venta directa del bien hipotecado, sin intervención de autoridad judicial, al mejor postor, siempre que el precio en que se enajene no sea inferior al 75% de la valorización señalada en el Título y la venta se confíe a una empresa del Sistema Financiero Nacional autorizada a operar comisiones de confianza o fideicomisos, distinta al ejecutante. La facultad de venta otorgada es irrevocable. Siempre el tenedor podrá recurrir al proceso de ejecución de garantías. (Artículos 243.1 y 243.2 de la Ley de Títulos Valores y 16 del Reglamento)
8. Si el producto de la venta del bien hipotecado no cubre el monto total del crédito garantizado, el Juez o la empresa facultada para la venta dejará constancia de ello en el Título, con cuyo mérito el tenedor tendrá acción cambiaria contra el primer endosante por el saldo resultante. Según anota el artículo 10º del Reglamento los endosantes distintos al titular no asumen obligación.
9. En caso de venta directa el último tenedor del título y ejecutante dejará constancia de la venta realizada y el precio pagado, y otorgará la escritura pública a favor del adquirente del predio, acompañando como anexo el original del Título protestado. (Artículo 17º del Reglamento.)

La hipoteca sólo se levantará contra devolución del Título, debidamente cancelado por el último endosatario.

En caso de venta judicial o extrajudicial se cancelarán todos los gravámenes y carga inscritos con posterioridad a la hipoteca.

10. En caso de demostrarse que el Título se protestó a pesar de haberse cumplido con los pagos, o se completó en forma contraria a los acuerdos, el afectado sólo podrá dirigir sus acciones contra la persona que actuó en su perjuicio, quien será sancionado con una multa equivalente al doble del valor del predio. (Artículo 20° del Reglamento.)
11. En caso de pérdida, extravío, sustracción, deterioro o cualquier afectación de la integridad del Título, el Registro Público podrá expedir uno nuevo, previa Resolución Judicial expedida en proceso de ineficacia de título valor señalado en el Código Procesal Civil (Artículo 21° del Reglamento.)
12. El propietario que hubiere pagado el título podrá devolverlo para solicitar la expedición de uno nuevo en reemplazo, manteniéndose la hipoteca.
13. El artículo 245° de la Ley de Títulos Valores hace aplicables a este título las disposiciones referidas a la letra de cambio, en cuanto no resulten incompatibles con su naturaleza. Así:

La forma y modalidades del endoso (125.2)

El vencimiento, en sus distintas modalidades: a la vista, meses o años;

El pago. En el lugar señalado (145)

El protesto. (147. La cláusula sin protesto)

14. Debe saludarse la incorporación a nuestra legislación de esta nueva forma hipotecaria, aún cuando no ha logrado desvincularse de sus raíces romanas. Las diferencias con su antecedente doctrinal del derecho germano son saltantes.

No limita la responsabilidad al sólo inmueble hipotecado, pues en caso de que su precio de venta no cubra el crédito, hay acción cambiaria contra el primer endosante del título, o sea el propietario.

Quien ponga este título en circulación siempre responde del pago personalmente.

5. EL MERCADO

1. El Mercado. 2. El Mercado Secundario de Hipotecas.

1. Bien está la teoría. En la práctica esto no ha tenido desarrollo, entiendo por falta de divulgación de la normatividad legal y la creación de una cultura relativa a un Mercado Secundario. Surgen una serie de interrogantes: qué pasará cuando un ciudadano cualquiera, premunido de su Título Hipotecario se presente a una entidad financiera solicitando un crédito con esa garantía. Qué pasará cuando se presente ante un particular, interesado en invertir. Las entidades financieras deberán establecer un procedimiento interno que les permita verificar rápidamente el instrumento que le presenten.

En realidad tal Título es un papel más en el Mercado. Pero además es un papel novedoso, con una serie de atributos a los que no estamos acostumbrados, y que por lo mismo originarán si no desconfianzas, por lo menos interrogantes y dudas. Es necesario difundir su uso como un nuevo instrumento de crédito.

Por ejemplo, uno de estos aspectos novedosos es la venta directa del bien hipotecado por el acreedor. Esto es jurídicamente inobjetable. En realidad esa facultad corresponde al origen de la hipoteca. El acreedor hipotecario romano procedía directamente a la venta del bien hipotecado tal como podía vender a su deudor incumplido como esclavo para satisfacer su crédito. Entre nosotros hay varios antecedentes legislativos, como la Ley de Bancos de 2 de enero de 1889, y la ley de urbanizadoras de 14 de noviembre de 1900 que facultaban la venta directa, sin fórmula de juicio. El propio Código Civil vigente en su artículo 1069º permite la venta directa de la prenda por el acreedor prendario cuando su crédito no es satisfecho.

Me parece que éste papel necesita de mayores seguridades, que necesariamente se relacionan con el mundo de los riesgos y que en la economía moderna están cubiertos por los Seguros.

Para echar a andar éste papel, se necesita asegurar al inversionista, dos aspectos:

El primero es que la hipoteca esté bien constituida. Por ahí andan los agentes de pleitos, prestos a interponer una acción penal, o una acción civil de nulidad, y por último una acción de amparo, de esas que abundan, y que seguramente no se acogerá, pero que cumplirá la finalidad de entorpecer. Este riesgo se cubre con un seguro de hipoteca, o de títulos. El Decreto Supremo

de fecha 15 de mayo de 1964 autorizó los seguros de hipoteca, destinados a garantizar al acreedor hipotecario el cobro del capital adeudado, intereses y demás.

El segundo se refiere al pago. Las centrales de riesgos darán alguna información sobre el deudor. Esa información puede ser buena, pero el riesgo existe para el caso de fallecimiento. Entonces será necesario un Seguro de Vida sobre saldo deudor. La Ley 16168 instituyó libre de impuestos el seguro de vida sobre saldo deudor.

Estos dos seguros van a encarecer el negocio; pero le darán seguridad. Una vez colocado el Título, puede ser transferido, trasladándose el tema a un mercado Secundario.

2. El Mercado Secundario de Hipotecas

Un mercado se define como el conjunto de operaciones comerciales que afectan un determinado sector de bienes. Es así mismo el conjunto de consumidores capaces de adquirir un producto. Y es también el estado de evolución de la oferta y de la demanda de determinado sector de bienes.

El mercado primario de hipotecas está constituido por todas las actividades dirigidas a lograr la colocación de créditos hipotecarios, y desde luego las personas y empresas que participan en la oferta y demanda de dichos créditos.

El mercado secundario está formado por la oferta y demanda realizadas por las personas y empresas interesadas en lograr la transferencia de créditos hipotecarios, o del valor monetario de los mismos, como títulos de inversión.

El mercado primario está dirigido a satisfacer la demanda de préstamos hipotecarios. El mercado secundario en cambio cumple dos funciones distintas:

Permite emplear los créditos hipotecarios o el valor monetario de los mismos, con el propósito de anticipar la recuperación de los capitales invertidos en el mercado primario, el que puede utilizarse en el otorgamiento de nuevos créditos. Produce una multiplicación de los recursos.

Constituye un sistema que permite transferir los créditos hipotecarios o el valor monetario de los mismos a favor de terceras personas, mediante la emisión de un instrumento de inversión atractivo para quienes no participen en el mercado primario.

Cada mercado secundario puede alcanzar características determinadas, según la orientación que se le quiera dar.

La creación de un mercado secundario de hipotecas en el Perú es un proyecto antiguo. Se inicia con la creación y desarrollo del Sistema de Ahorro y Préstamo para Vivienda, integrado por las Mutuales de Vivienda (Ley 12813) y su organismo central El Banco de la Vivienda del Perú (Ley 14241). Las colocaciones en préstamos hipotecarios a largo plazo utilizando para ello mayormente depósitos de ahorro a la vista, generaba en determinados momentos problemas de liquidez, y la cesión de las hipotecas a favor del Banco de la Vivienda, era sólo un paliativo, pues dicho Banco estatal tampoco disponía de todo el capital necesario como para asumir la cartera.³⁶

Entonces su propuso y sugirió la creación de un Mercado Secundario, que permitiera a las Mutuales anticipar la recuperación de sus créditos, mediante la cesión de sus créditos a largo plazo a inversionistas, para lo cual era necesario ofrecerles seguridad y rentabilidad.

Son numerosos los estudios que se realizaron y los proyectos que se presentaron. Entre otros los realizados por el Instituto Jurídico de la Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para Vivienda, y la Tesis de los doctores Alberto León Viacroze y Ernesto Roca Bussalleau, del año 1974.³⁷

Treinta años después, recién se dieron los instrumentos legales necesarios para la creación y funcionamiento de un Mercado Secundario, pero aún esta pendiente su difusión.

-
- ²⁴ León J. Consolidación del Sistema de Títulos Hipotecarios. Instituto Peruano de Economía.
- ²⁵ Serafini F. Derecho Romano, , 9º Edición, Barcelona Tomo I pag. 477
- ²⁶ Derecho Hipotecario. Ignacio de Casso, Madrid 1951, pag. 588.
- ²⁷ Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, Hipoteca, Jack Bigio, Lima 1998, Pág.36.
- ²⁸ *Ibidem* pag. 37
- ²⁹ Koch A. El Crédito en el Derecho. Madrid 1946, pag 107.
- ³⁰ Biggio J., Lima, 1998, pag. 80.
- ³¹ Brunner H. Historia del Derecho Germánico. 8º Edición, Barcelona 1936, pag. 197.
- ³² Lacruz Berdejo J. Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral., Zaragoza 1957, pag. 33.
- ³³ De Casso I. Derecho Hipotecario, obra citada, pag. 700
- ³⁴ Kipp y Wolff. Tratado de Derecho Civil, Ennecerus, Traducción de la 32 edición alemana. Barcelona 1936, Tomo III, Derecho de Cosas, Volumen 1º, pag. 196 y ss.
- ³⁵ Von Tuhr A. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Buenos Aires 1948. Volumen III1 pag. 120.
- ³⁶ Anales de la Primera Convención del Instituto Jurídico de la Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, 1978. Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para Vivienda.
- ³⁷ León V.J. y Roca B. E. Mercado Secundario de Créditos Hipotecarios, publicado por la Cámara Peruana de Asociaciones de Ahorro y Préstamo para Vivienda, Lima. 1974.

SOBRE LA AUTONOMÍA DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

ENRIQUE JAVIER MENDOZA RAMÍREZ*

Resumen:

Teniendo en cuenta las notas esenciales de todo Estado Constitucional, el presente trabajo buscará presentar, en primer lugar, la importancia de la labor del Jurado Nacional de Elecciones como supremo intérprete en materia electoral; para después, en una segunda parte, plantear algunas preocupaciones respecto a las graves amenazas a la autonomía de los organismos constitucionalmente autónomos que vienen a significar los excesos de las últimas jurisprudencias del Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Jurado Nacional de Elecciones - Tribunal Constitucional - Constitución Política del Perú

Abstract:

Considering main part of all Constitutional Government, the present work will try to show the importance of the work of the National Jury of Elections as a supreme interpreter in electoral matter; moreover, in the second part, it will raise some concerns referred to the serious threats against the autonomy of the constitutional independent organisms that come to mean the excesses of the last jurisprudences of the Constitutional Court.

Key words: National Jury of Elections - Constitutional Court - Political Constitution of Peru

Sumario:

1. Introducción. 2. Reseña sobre los distintos periodos del régimen electoral peruano. 3. El Jurado Nacional de Elecciones como supremo organismo electoral. 4. Sobre la noción de autonomía. 5. Amenazas a la autonomía de los organismos constitucionales desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 6. A modo de conclusión.

* Presidente del Jurado Nacional de Elecciones. Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

Existe consenso en la ciencia política respecto a que todo Estado Constitucional debe en la actualidad llevar un conjunto de exigencias o requisitos básicos. Mayoritariamente la doctrina establece un marco conceptual que aglutina estos supuestos en tres áreas: En la Supremacía y vigencia de la norma fundamental; en la Limitación y control del ejercicio del poder político y, por último; en la Protección de los derechos fundamentales¹.

Con los conceptos fundamentales mencionados en el párrafo anterior se persigue, en primer lugar que la Constitución Política del Estado, que contiene tanto el establecimiento de funciones y competencias de los más importantes organismos autónomos –parte orgánica- como el conjunto de los distintos derechos fundamentales –parte dogmática-, sea la norma central, de plena vigencia y de fuerza vinculante para todos los poderes, sean estos públicos o privados.

Luego en segundo lugar y relacionado con el requisito de limitación y control del poder, aparece como elemento esencial el principio de separación de poderes². Este importante principio busca que el ejercicio del poder político no se encuentre concentrado, de modo absoluto, en una sola autoridad u organismo, es decir, propende a que ninguna persona o instancia reserve exclusivamente para sí e ilimitadamente, el ejercicio del poder. En términos contemporáneos, este principio postula la existencia de una distribución de competencias, funciones y tareas estatales específicas y debidamente diferenciadas para cada entidad pública. Precisamente, la propia Constitución Política del Estado es la norma fundamental que establece el conjunto de atribuciones y competencias que corresponden a cada organismo constitucionalmente autónomo, configurando de ese modo las grandes reglas de juego que ellos deberán observar buscando el equilibrio o balance propio de un Estado democrático. Es precisamente este catálogo diferenciado de competencias el que deberá ser respetado por toda entidad pública, ya que, de lo contrario, no sólo no se pierde el principio de separación de poderes sino que se produce un desbalance político y lo grave y peligroso; queda en entredicho el carácter de norma suprema de la Constitución.

En otros términos, el propugnar que una determinada entidad pública (sobre la base de antojadizas interpretaciones nunca exentas de cariz político) no observe las competencias expresamente establecidas por la Constitución Política para cada organismo constitucional autónomo que acarrea, lamentablemente, el desconocerla como norma vinculante, suprema y fundamental de todo nuestro

ordenamiento nacional. Es decir, contradice los parámetros de un Estado Constitucional.

2. LOS DISTINTOS PERIODOS DEL RÉGIMEN ELECTORAL PERUANO

En esta segunda parte hacemos muy suscintamente, un recorrido histórico sobre los regímenes electorales peruano.

Por una cuestión didáctica, consideramos útil ensayar una sonora clasificación como la que sigue:³

2.1. Génesis del Régimen Electoral (1821-1855).

El Congreso era el órgano encargado de resolver los problemas de justicia electoral, además de proclamar la nulidad de los comicios y calificar las credenciales de los electos (sin que quepa revisión posterior a tal decisión). Así pues, el sistema de resolución de los conflictos electorales, o contencioso electoral peruano, nació bajo un modelo político o parlamentario.

2.2. Consolidación del Régimen Electoral (1855-1931).

La dirección de los comicios se encontraba reservada a funcionarios nombrados por el Gobierno. Se encomendaba a la Corte Suprema la revisión de los procesos electorales y las eventuales declaraciones de su nulidad. No existía jurisdicción especializada (distinta de la ordinaria), así como tampoco revisión posterior alguna. En suma, el sistema de control de la actividad electoral era el llamado modelo judicial.

2.3. Autonomía Electoral (1931-1962).

Esta etapa debe su nombre a la reforma electoral efectuada a través del Decreto Ley N° 7177. Recibió influencia del constitucionalismo social con varias innovaciones; como por ejemplo: Promovió la participación de las minorías al asumirse el mecanismo de listas incompletas; acoge el sufragio secreto y obligatorio; se promueve la participación de la ciudadanía en los procesos electorales (vía fórmulas como las de miembros de mesa, personeros de los candidatos o parte de una organización política); se estipuló que las Fuerzas Armadas serían garantes del orden público y seguridad durante los procesos de sufragio y escrutinio, entre otras innovaciones.

El acontecimiento clave en este periodo fue sin ninguna duda, la creación del Jurado Nacional de Elecciones como máxima instancia electoral. Ello supuso el origen de una plena jurisdicción especializada en materia electoral con miembros apolíticos, que contaban además con la virtud de conciliar necesarias exigencias de autonomía, tanto políticas e institucionales, como técnico jurídicas y logísticas⁴.

Por ello, y en base a esa autonomía e independencia, el Jurado Nacional de Elecciones devino en un sólido organismo que podía incluso declarar la nulidad de las elecciones, siendo sus fallos irrevisables judicial y políticamente. El sistema de control de la actividad electoral quedó entonces a cargo de un ente único, apolítico e independiente, este es el llamado modelo especializado que es diferente del modelo judicial, político o mixto.

En ese entendimiento, la Constitución de 1933 (artículo 88º) concibió al Jurado Nacional de Elecciones como una suerte de “Poder Electoral”, sin que exista la posibilidad de revisar sus decisiones tanto jurídicas como técnicas por otra instancia, de lo contrario el modelo pierde su eficiencia y confiabilidad.

2.4. Garantías del Sufragio Ciudadano (1962-1979).

Con el Decreto Ley N° 14250, en su artículo 13º, se definió que el Jurado Nacional de Elecciones era la autoridad suprema en materia electoral y contra sus decisiones no procedía ningún recurso y ni el mismo Jurado podría siquiera reconsiderar, revisar o modificar sus fallos. Es bueno anotar aquí que la irrevisabilidad de las decisiones del JNE en materia electoral era y es además percibida como garantía del respeto de la voluntad popular.

2.5. Ampliación de la participación política de los ciudadanos Constitución de 1979 (1979-1993)⁵.

Este largo período se caracterizó básicamente por una convivencia armoniosa entre las jurisdicciones especializadas: judicial, constitucional y la electoral. En esta etapa se consagra la fórmula D’Hont para la representación congresal, el escrutinio en mesa, la participación de los ciudadanos en otros procesos electorales (por ejemplo, el referéndum o la revocatoria).

La Constitución de 1979 creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, pero –respetuosa de la tradición constitucional histórica y convencida de la

necesidad de una cabal jurisdicción especializada en lo electoral- no permitió ninguna posibilidad de que se revisara por alguna otra instancia lo resuelto por el Jurado Nacional de Elecciones en la materia propia de su competencia. En tal lineamiento el Tribunal de Garantías Constitucionales, creado por dicha Constitución, desestimó las demandas de amparo interpuestas contra el Jurado Nacional de Elecciones por los señores Carlos Zuzunaga Flores⁶, Juan Correa Guillén⁷, Víctor Guerrero Andía⁸ y William Zababurú Goñaz⁹.

En todas estas sentencias, el organismo de control de la Constitución fue respetuoso del principio de separación de poderes y distribución de competencias; contenidos en la Carta, en tanto que no dejó de observar el mandato constitucional de la irrevisibilidad de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral.

Al final de este período es útil también recordar que, en enero de 1985, la Ley N° 24069 estableció en su segundo artículo que no procedía "(...) *ninguna acción judicial respecto de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones*".

2.6. Debilitamiento de la estructura organizacional electoral (1993-2004).

Atendiendo a intenciones políticas, antes que a supuestas razones técnicas y sin que haya razón alguna de peso, la Constitución Política de 1993 fraccionó al Jurado Nacional de Elecciones en tres partes. Seguramente consciente de la máxima aconsejada por Nicolás Maquiavelo (*divide et impera*): se crearon la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Vistas después las deficiencias, irregularidades de firmas y padrones y sucesivas reelecciones fue debilitar un organismo constitucional básico que funcionaba bien, con la tecnología de cada tiempo pero que podía ser incómodo de manejar.

La expresión del aquel entonces jurista Valentín Paniagua Corazao no puede ser más esclarecedora: "*La Constitución de Fujimori ha introducido en nuestro régimen electoral reformas sustantivas que, como se verá, afectan el sistema representativo y contribuyen a centralizar el poder, corrompen las relaciones Estado-electorado y debilitan los mecanismos de relación institucional entre el Estado y la sociedad, y, sobre todo, liquidan, definitivamente, la autonomía y el significado político e institucional del Jurado Nacional de Elecciones*"¹⁰.

Ahora bien y no obstante el claro debilitamiento institucional, la Carta de 1993; sin embargo, mantuvo la posición constitucional histórica peruana de la irrevisibilidad de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral. Irrevisibilidad que, por cierto, fue respetada tanto por la Corte Suprema de Justicia de la República como por el Tribunal Constitucional cuando se declaró (y confirmó, respectivamente) la improcedencia de la demanda de amparo interpuesta por el entonces alcalde del distrito de Pueblo Libre (de la provincia de Lima), Marco Antonio de Souza Peixoto Dávila, contra las Resoluciones N° 778-93-JNE y N° 780-93-JNE.

2.7. Socavamiento de la jurisdicción electoral (a partir de 2004).

El período en el que actualmente nos encontramos está signado por la reiterada actuación del Tribunal Constitucional en contra de la autonomía del Jurado Nacional de Elecciones. Así, sobre la base de una interpretación abiertamente contraria al texto expreso de la norma fundamental vigente, el organismo llamado a ser la instancia de control y custodia de la Constitución a desconocido el juego de competencias exclusivas y excluyentes establecidas por ella, y admite, sin ninguna razón honesta y valedera y con la sola intención de incrementar su poder político¹¹, la revisión de las decisiones de la máxima autoridad electoral cuando lo crea conveniente, en forma desmedida y arbitraria, según su riesgoso y leal saber y entender, bajo el argumento generalizado de la defensa del debido proceso y de derechos fundamentales, sin considerar el peligro que ello importa a la gobernabilidad, al introducir incertidumbre en el recambio de autoridades añadiéndosele el matiz político que la Constitución prohíbe precisamente.

Así, por ejemplo, en el caso Espino Espino¹², el Tribunal Constitucional, estimando que el derecho se había tornado irreparable, declaró improcedente la demanda en contra del JNE. Sin embargo, aprovechó para señalar que el Jurado Nacional de Elecciones no es un ente autárquico, ni son admisibles, por otra parte, interpretaciones literales de las normas constitucionales que avalen la vulneración de los derechos fundamentales. Con ello, dejó abierta la posibilidad de introducirse en la competencia exclusiva y excluyente del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, desconociendo el texto expreso de la Constitución Política.

El siguiente es el caso Max Ramírez¹³. Si bien el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de amparo interpuesta, no perdió la oportunidad para

aseverar que, con prescindencia de la naturaleza que tenga el Jurado Nacional de Elecciones¹⁴, esta entidad debe conocer aquellas causas en las que se acusen eventuales transgresiones a la tutela procesal efectiva.

En el caso Pedro Andrés Lizana Puelles¹⁵, si bien el Tribunal Constitucional no acogió la pretensión del ex alcalde del distrito de Canchaque en Piura, sí destinó cuarenta y tres fundamentos –de cuarenta y siete– para justificar, lamentablemente, desde un punto de vista antes político que jurídico, la revisabilidad de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones.

Esta campaña transgresora de la Constitución tuvo un último caso que fue generador de caos social, inestabilidad política y que acarreó, entre otros aspectos, la destrucción de la sede municipal de Chiclayo. Nos referimos a la sentencia del caso Arturo Castillo Chirinos¹⁶ grave ejemplo de arbitrariedad y exceso. El Tribunal Constitucional en un expediente terminado ante el Jurado, declaró fundada la demanda interpuesta por el vacado alcalde de la Municipalidad Provincial de Chiclayo. Aquí, como en sentencias anteriores, el órgano de control de la Constitución argumentó la revisión de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones bajo el recurso de una no probada afectación de derechos fundamentales. Lo más grave es que, al declarar fundado el amparo, y asumir así competencias en materia electoral que la Constitución no le ha establecido, el Tribunal Constitucional originó la existencia en los hechos de dos alcaldes, generando un conflicto interno que hasta la fecha quedan huellas y que no ha sido motivo de investigación exhaustiva¹⁷.

El punto más grave alcanzado por el Tribunal Constitucional fue la sentencia dictada en una demanda de inconstitucionalidad preparada sospechosamente en el Colegio de Abogados del Callao¹⁸. El Tribunal Constitucional declaró fundada la seudo demanda presentada por dicho Colegio y, declaró por ende, inconstitucional el artículo único de la Ley N° 28642, que modificaba el numeral 8 del artículo 5° de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional. La Ley N° 28642, como se recordará, tuvo el propósito de adecuar aquel código procesal con lo establecido de modo indubitable en los artículos 142° y 181° de la propia Constitución Política del Perú, que consagran la no revisión de las decisiones electorales del Jurado Nacional de Elecciones¹⁹.

Esta grave decisión anticonstitucional además ha generado una congestión de demandas conformadas por más de mil causas de ciudadanos que no han salido victoriosos en las urnas y que encuentren un buen motivo para cuestionar la elección del contrario.²⁰

3. EL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES COMO SUPREMO ORGANISMO ELECTORAL

En esta parte es preciso analizar qué competencias y atribuciones ha diseñado nuestra Constitución para el Jurado Nacional de Elecciones. Ello permite al lector apreciar cómo el organismo constitucional ha asumido competencias que la norma fundamental no le ha dado, desconociendo lo previsto en la Constitución generando una situación de inestabilidad y de conflicto social.

Es bueno recordar lo establecido por la Constitución Política del Perú respecto a las importantes funciones del supremo organismo electoral. El inciso 4 del artículo 178° de la norma fundamental establece que: “Compete al Jurado Nacional de Elecciones: (...) 4. Administrar justicia en materia electoral (...)”. Como consecuencia de ello, y atendiendo a que la Constitución es un todo orgánico y sistemático, ella misma estableció lo siguiente:

“Artículo 142°. No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral (...).

Artículo 181°. El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno [el subrayado es nuestro].”

Otras normas de desarrollo constitucional, que se consignan en el siguiente listado también contemplan la irrevisibilidad de las decisiones del supremo organismo en materia electoral:

- Ley Orgánica de Elecciones (artículo 36°),
- Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (artículo 23°),
- Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (artículo 30°),
- Ley Orgánica de Municipalidades (artículo 23°),
- Ley de Partidos Políticos (artículos 10° y 36°),
- Ley Presupuestal N° 26533 (artículo 4° in fine),
- Ley N° 28642, que modificó en el Código Procesal Constitucional (artículo 5° inciso 8).

Si la propia Constitución Política ha reservado al Jurado Nacional de Elecciones la tarea de impartición de justicia en materia electoral, atendiendo entre otros, a la

particular naturaleza del tema, su carácter urgente y de cronograma tan célere como inmodificable, resulta una consecuencia natural que la misma norma fundamental establezca la irrevisibilidad de las decisiones que tome la jurisdicción especializada y exclusiva en esos temas. Es decir, la naturaleza de lo electoral exige un fuero especial, se trata de proteger la expresión de miles de ciudadanos que no puede ser entorpecida ni debilitada por un solo individuo, y que está sujeta, por ejemplo, a los muy breves plazos que impone dicho proceso en el cual se expresa la voluntad popular, con términos cortos e improrrogables.

Es pues, la especial naturaleza de lo electoral la que reclama un tratamiento diferenciado, irrevisable, para garantizar que se respete debidamente la voluntad popular, se sigan los plazos establecidos constitucionalmente para la asunción y continuidad del mandato y se preserve la gobernabilidad. Debiendo añadirse otro aspecto cualitativo y es que, siendo un acto político básico, sin embargo, no puede estar supervisado y conducido por un ente con sesgo político o que atienda a colores o consignas partidarias. La inconstitucional e irresponsable actuación del Tribunal Constitucional, nos lleva a situaciones absurdas, en que los presidentes o los alcaldes del Perú, pueden terminar siendo designados no sólo por el TC, sino también en caso de impugnación, por la Corte de Derechos Humanos en San José. Estos pues son además de la Constitución, los fundamentos –nunca refutados– que sustentan válidamente que las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral no son revisables en ninguna otra sede, ni constitucional ni judicial, carece de fundamento las aseveraciones de que el Jurado Nacional de Elecciones tiene vocación para incrementar su poder político de modo ilimitado, o que se pretende un ente autárquico.

La condición de irrevisable de las decisiones del máximo organismo electoral no significa, en lo absoluto, que éste permita situaciones cercanas a la arbitrariedad, abuso o lesión a los derechos fundamentales. El Jurado Nacional de Elecciones, por el contrario es el primer defensor de los mismos y es respetuoso de las competencias que la Constitución actualmente vigente le ha conferido, y cumple con todos los derechos en ella reconocidos, fundamenta sus decisiones de acuerdo con el ordenamiento jurídico que le es aplicable, defendiendo los derechos fundamentales; sin embargo, y sin apartarse de los parámetros constitucionales y exigencias que le plantea todo Estado Constitucional.

Por ello, así como la Constitución actual ha señalado que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución²¹, y el intérprete

vinculante en lo constitucional, la misma norma fundamental ha establecido para el Jurado Nacional de Elecciones la calidad de intérprete vinculante en materia electoral. Dentro de un esquema de separación de poderes y distribución de competencias, quedan pues distinguidas debidamente las reglas de juego centrales de nuestro ordenamiento nacional.

Otro aspecto a definir es que la Constitución ha configurado al Jurado Nacional de Elecciones como una jurisdicción especializada en lo electoral, tal y como también lo respalda el sector doctrinario mayoritario²²; sin embargo, existe un sector que considera al JNE como una instancia administrativa²³, en tanto que otro grupo lo estima más bien como una entidad funcional mixta o doble²⁴.

Poniendo punto final a esta cuestión, el inciso 4 del artículo 178º de la Carta de 1993 ha optado por establecer que el Jurado Nacional de Elecciones es un tribunal especializado en materia electoral, con funciones propias de una corte o tribunal jurisdiccional, por cuanto sus decisiones ponen fin a importantes problemas políticos, sociales, económicos e institucionales, utilizando parámetros jurídicos privilegiando los más garantistas de los derechos fundamentales contribuyendo así a la paz social con justicia²⁵.

Finalmente, es bueno concluir este apartado recordando que la opción por la irrevisibilidad de las decisiones de la máxima instancia electoral no son exclusiva de nuestros constituyentes; el Derecho Comparado básicamente y los distintos ordenamientos latinoamericanos que tienen como el Perú, una instancia especializada en materia electoral, que nos ofrece algunos importantes ejemplos.

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, con las últimas reformas de 27 de septiembre de 2004, establece en su artículo 99º que “El tribunal electoral será (...) la máxima autoridad jurisdiccional en la materia (...). Al tribunal electoral le corresponde resolver en forma definitiva e inatacable (...) sobre: I. Las impugnaciones en las elecciones federales de diputados y senadores; II. Las impugnaciones que se presenten sobre la elección del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos (...). III. Las impugnaciones de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal (...). IV. Las impugnaciones de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver las controversias que surjan durante los mismos (...). V. Las impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos políticos

electorales de los ciudadanos (...)", entre otros fijados por la Constitución o las leyes.

En el mismo sentido, la Constitución Política de la República de Panamá de 1972 señala en su artículo 137° que "Las decisiones del Tribunal Electoral únicamente serán recurribles ante él mismo y una vez cumplidos los trámites de Ley, serán definitivas, irrevocables y obligatorias". Por su parte, la Constitución Política de la República Oriental del Uruguay de 1967 contempla, en el literal C de su artículo 322°, que corresponderá a la Corte Electoral "Decidir en última instancia sobre todas las apelaciones y reclamos que se produzcan, y ser juez de las elecciones de todos los cargos electivos, de los actos de plebiscito y referéndum". Aún más, la Constitución Política de la República de Colombia de 1991 también va por esta tendencia. Así, se lee en su artículo 103° lo siguiente: "Las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones no tienen recurso, salvo la acción por prevaricato".

Como puede apreciarse, pues, la alternativa por la irrevisibilidad de las decisiones del supremo organismo electoral ha sido una opción válida del constituyente de diversos Estados latinoamericanos.

4. SOBRE LA NOCIÓN DE AUTONOMÍA

Atendiendo a la etimología de la palabra, la autonomía tiene que ver con la capacidad de autonormarse, es decir, de dictar sus propias normas, de establecer su propia regulación y de disponer su particular organización. Sin embargo, la autonomía difiere de la autarquía, debido a que esta capacidad de autoorganización y autorregulación tiene que canalizarse dentro de los parámetros y las limitaciones establecidas por la Constitución Política del Estado.

Si bien un organismo goza de autonomía, ella no significa que ésta se ejerza ilimitada o desmedidamente. La autonomía importa la potestad de autoorganizarse (en sentido lato), con exclusión de injerencias externas que pudieran presentarse, pero siempre dentro de las pautas previstas en un ordenamiento jurídico.

Actualmente se prefiere utilizar la expresión "independencia" para el caso de los seres humanos individualmente considerados, y reservar la voz "autonomía" para ser aplicable a las instituciones u organismos. Así, por ejemplo, nos referimos a la independencia del juez y a la autonomía judicial. Esta simple aproximación

teórica a la noción de autonomía permite entender mejor el origen de los denominados organismos constitucionalmente autónomos.

Desde un análisis histórico, el paso de un Estado Liberal clásico a un Estado de corte social significó entre otros aspectos, el incremento de las labores estatales. Es decir, ha habido un tránsito del Estado mínimo, con competencias muy específicas y reducidas, a un Estado al que los distintos sectores de la sociedad reclaman mayor participación, compromiso y especialización. Para satisfacer las demandas de los diferentes grupos sociales, económicos o políticos, y para cumplir de un modo más eficiente con sus importantes tareas, resulta insuficiente un esquema organizativo sustentado en los tres clásicos "Poderes del Estado"²⁶. Por ello ha sido conveniente la creación de otros organismos, técnicamente más especializados, para cumplir con las nuevas labores que se exige al aparato estatal.

Y como estos nuevos organismos deben cumplir funciones fundamentales y básicas (tales como el control concentrado de la constitucionalidad normativa, la titularidad de la acción penal, el control de la moneda y la banca, la impartición de justicia en materia electoral, el nombramiento y ratificación de jueces y fiscales, el control del gasto público, por solo citar algunos ejemplos en el caso peruano), se hizo necesario que dichos organismos estuvieran previstos en la Constitución, con la finalidad de garantizar la necesaria autonomía en el cumplimiento de sus atribuciones y competencias, cuidándose que no hayan interferencias de algún "*poder*" estatal o de cualquier otra índole.

De aquí que pueda anotarse que la autonomía, en el caso de los organismos constitucionales, tenga cuatro ámbitos de aplicación: a) autonomía política (ejercicio de las funciones sin sujeción a otra instancia u órgano), b) autonomía financiera (independencia de tipo económico, que tiene que ver con la elaboración, aprobación y ejercicio de su propio presupuesto), c) autonomía jurídica (capacidad de autodeterminarse a través de su potestad reglamentaria), y d) autonomía administrativa (capacidad de establecer propios parámetros de organización interna)²⁷.

En el caso peruano, y sin establecer ninguna jerarquía entre ellos, la Constitución ha establecido como organismos constitucionalmente autónomos al Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Contraloría General de la República, el Banco Central de Reserva, la

Superintendencia de Banca y Seguros, entre otros. En el plano local todas las municipalidades locales y provinciales, así como los distintos gobiernos regionales son también organismos constitucionalmente autónomos.

5. AMENAZAS A LA AUTONOMÍA DE LOS ORGANISMOS CONSTITUCIONALES

Breve revisión a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Resultando evidente y de trascendental importancia, la necesidad de garantizar la autonomía de los organismos constitucionales en el debido cumplimiento de sus competencias, toca ahora en este apartado llamar la atención de cómo, paulatinamente, el Tribunal Constitucional ha venido haciendo una labor de zapa, sin respaldo constitucional, poniendo en riesgo la autonomía de varios organismos, al desconocer el conjunto de atribuciones constitucionalmente exclusivas establecidas para cada uno de ellos.

Sujetos a la limitación del espacio que se nos ha otorgado, limitaremos nuestra atención a observar sucintamente dos sentencias del Tribunal Constitucional en contra de la autonomía de iguales organismos constitucionales.

La primera de ellas se aprecia en el caso “Poder Ejecutivo”²⁸, en el cual el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo interpuso una demanda de conflicto de competencias contra el Poder Judicial, a propósito de algunos procesos relacionados con casinos de juego y máquinas tragamonedas. El ministerio demandante estimaba que la justicia ordinaria venía afectando las esferas de competencia del Gobierno o Poder Ejecutivo, específicamente, los artículos 118º, incisos 1 y 9, 121º y 128º de la Constitución. Para ello, solicitó que se determine si el Poder Judicial tiene la facultad de inaplicar normas cuya constitucionalidad había sido ya ratificada por el mismo Tribunal Constitucional, y, en consecuencia, se declare la nulidad de un conjunto de sentencias y procesos judiciales²⁹.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional, sin mayor sustento teórico para excusar su injerencia, “crea” una nueva categoría jurídica denominada “cosa juzgada constitucional”. Los riesgos de esta oscura e irresponsable “innovación” son evidentes: obviar o desconocer la inmutabilidad e inmodificabilidad de la cosa juzgada cuando según su criterio y sus pautas, sea contraria a lo que este organismo constitucional haya observado o crea haber interpretado. En otros

términos, sólo existirá cosa juzgada (“constitucional”) cuando ésta es constitucional, lo que significa que la judicatura ordinaria es un “el pico que repite” las sentencias del Tribunal Constitucional. El retroceso, además de peligroso, es notoriamente perturbador de la seguridad jurídica, marco necesario para una sana actividad económica. Se agrega también que se trata de enmendar errores de sentencias. Sin embargo, es preferible soportar un error, a generar incertidumbre y zozobra, además de prolongar los litigios ad infinitum, generando inseguridad jurídica. Faltaría calcular los costos que generan al país estos despropósitos.

Pero ello no queda ahí, el Tribunal Constitucional en el colmo de la audacia establece todas estas consideraciones sobre la base de declarar que existe una relación de jerarquía entre éste y el Poder Judicial. Así entonces, el Tribunal Constitucional pasa a constituirse la última instancia (penúltima si consideramos la Corte Internacional de Derechos Humanos) y trae abajo la nomenclatura del Estado y el balance de poder otorgado por la idea básica de que los organismos constitucionales son autónomos. La autonomía propia de los distintos organismos constitucionales exige que, entre ellos, no puedan existir relaciones de superioridad jerárquica, sino de atribuciones propias. A diferencia de lo que postula el Tribunal Constitucional, la Constitución establece que los más importantes organismos constitucionales gozan de autonomía y esto significa sin duda alguna que los eventuales conflictos que se resuelvan en ellos no se solucionan por criterios de jerarquía sino por los de competencia.

Como ya se anotó en el apartado 3 de este trabajo, al referir el caso Colegio de Abogados del Callao, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo único de la Ley N° 28642, que modificaba el numeral 8 del artículo 5° de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional excediéndose a sus atribuciones y contrariando la misma Carta fundamental, además de desconocer el conjunto de funciones y competencias establecidas por nuestra norma fundamental, introduce sin mayor sustento una arbitraria facultad en determinados procesos constitucionales: ésta es la de que se acepten demandas de amparos de forma indiscriminada en contra de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones que, por claro mandato constitucional, son irrevisables. Para ello, ha incurrido en oscuras negociaciones de demandas que deben ser materia de investigación; se ha recurrido a afirmaciones inexactas acerca del contenido de la

jurisprudencia de la Corte Interamericana a través del fácil expediente de las falacias; ha inobservado principios básicos de interpretación constitucional como los de previsión de consecuencias o eficacia integradora; e incluso, se ha echado mano a rabulescos actos procesales, adelantos de opinión, afectación del derecho de defensa y del debido proceso para obtener un resultado anunciado, meses atrás, por uno de sus integrantes³⁰.

Como puede observarse, es lamentable la conducta de algunos miembros del Tribunal Constitucional que ha dado como resultado una reiterada jurisprudencia defectuosa donde sin respaldo de la Constitución desconocen el juego de competencias que la misma norma, que supuestamente debe defender, ha establecido para cada organismo constitucional. Contrario a su finalidad, el Tribunal Constitucional ha venido atacando la autonomía que, plenamente, deben gozar las más altas e importantes entidades estatales.

Esta jurisprudencia es irrita deslegitima al Tribunal Constitucional y así lo deberá establecer el Congreso de la República en su oportunidad.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Conviene preguntarse entonces, ¿cómo lo hace Luís Castillo Córdova³¹, ¿quién custodia al custodio de la Constitución?, esta pregunta es válida, máxime si en más de una oportunidad, el mismo Tribunal Constitucional ha señalado sin mayor reparo, que su única limitación es su propia "autolimitación". ¿Puede ser admisible que, dentro de la nomenclatura de un Estado Constitucional exista un organismo que reclame para sí un ejercicio ilimitado del poder, desconociendo la autonomía y las competencias específicas que la norma fundamental ha conferido a otros organismos constitucionales? En otros términos ¿es válido atentar contra la autonomía de los organismos constitucionales? ¿son legítimas y constitucionales las atribuciones que se irroga el Tribunal Constitucional?. Estimamos que las respuestas, en ningún supuesto, pueden ser afirmativas.

El Jurado Nacional de Elecciones reafirma su autonomía frente a estos atropellos que aparecen vestidos de doctrina extranjera aplicada sesgadamente y sin mayores fundamentos.

-
- ¹ Cf., Díaz García E. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid: Taurus, 1969, 31 y ss; Espinosa-Saldaña Barrera E. Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso. Lima: Ara Editores, 2003, 123 y ss.
- ² Gómez Mejías M. El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias. Madrid: Dykinson, 2004; Thury Cornejo V. Juez y división de poderes hoy. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 2002.
- ³ Se sigue en todo este punto a García Toma V. Propuesta del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. AA. VV. Razones para una unificación. Opiniones y análisis de juristas. Lima: Jurado Nacional de Elecciones, 2002, 16 y ss, así como también a Falconi Gálvez J. Observaciones a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia electoral. Algunas observaciones a contracorriente contra el amparo electoral, a partir de las experiencias novoseculares. Jus, Doctrina & Práctica. 2007; I (1): 245-258.
Por otro lado, una periodificación distinta es la establecida por Paniagua Corazao V. Sistema Electoral. La Constitución de 1993. Lecturas sobre Temas Constitucionales. 1994; 10: 222 y ss., y recogida después por Díaz Zegarra W. El Derecho Electoral en el Perú. Lima: Palestra, 2000, 36 y ss.
- ⁴ Es decir, tanto la jurisdiccionalización de los problemas político-electorales y socioeconómicos que generan los procesos electorales, habida cuenta de la desconfianza ciudadana en la justicia ordinaria, como las materias de especialización judicial, autonomía institucional, y consecuente seguridad jurídica electoral. Ver al respecto aquí a Falconi Gálvez J. Op. cit., 246-247.
- ⁵ A partir de este punto, la clasificación pertenece a *Ibíd.*, 248 y ss.
- ⁶ Sentencia publicada el 8 de junio de 1983 en el diario oficial El Peruano.
- ⁷ Sentencia publicada el 22 de junio de 1986 en el diario oficial El Peruano, 2822 y ss.
- ⁸ Sentencia publicada el 22 de agosto de 1986 en el diario oficial El Peruano, 3454 y ss. El sexto considerando es meridianamente claro: "(...) Si pues, dentro de ese presupuesto constitucional el JNE, constitucional y legalmente, es un órgano del Estado autónomo y sus decisiones gozan de autoridad suprema en materia electoral, -razón por la que incluso no procede discutir las judicialmente-, el caso objeto de la casación ha sido resuelto conforme a ley y derecho. Pues de suceder lo contrario se tendría la puerta de la arbitrariedad abierta para frustrar cualquier proceso electoral. Su impugnación y debate, fuera del ámbito y de la autoridad única encargada de su conocimiento específico, no habría la definición y el ordenamiento jurídico-constitucional indispensables, para la existencia y estabilidad de un Estado de derecho real y auténtico".
- ⁹ Sentencia publicada el 24 de febrero de 1988 en el diario oficial El Peruano, 11.
- ¹⁰ Paniagua Corazao V. Op. cit., 219. Y del mismo autor es igualmente aconsejable revisar Un tríptico institucional: los organismos electorales. Los enigmas del poder, Fujimori 1990-1996. 2ª ed. Lima: Fundación Friedrich Ebert, 1997, 126.
- ¹¹ Objetivamente, no se puede eludir que un Tribunal Constitucional tenga un matiz político. Pero sí resulta inaceptable para un Estado Constitucional el que su órgano de control no busque la vigencia de la norma fundamental sino el incremento del ejercicio de su poder político. Cf. Nogueira Alcalá H. Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur. Lima: Palestra, 2006, 79 y ss.
- ¹² Exp. 2366-2003-AA/TC. Sentencia del 6 de abril de 2004
- ¹³ Exp. 5396-2005-PA/TC. Sentencia del 6 de septiembre del 2005.
- ¹⁴ Es preciso señalar que el Tribunal Constitucional en más de una ocasión ha propuesto en contra del Jurado Nacional de Elecciones, cuestionamiento a la calidad de jurisdicción especializada en lo electoral, no con otro propósito que el de facilitar (al postular una inconsistente naturaleza administrativa) la revisión de sus decisiones electorales.
- ¹⁵ Exp. 5854-2005-PA/TC. Sentencia del 8 de noviembre de 2005
- ¹⁶ Exp. 2730-2006-PA/TC. Sentencia del 21 de julio de 2006.
- ¹⁷ Un interesante comentario crítico de esta sentencia puede ser observado en Falconi Gálvez J. La sentencia del Tribunal Constitucional en el caso "Castillo Chirinos vs. JNE", ¿es jurisprudencia? El caso "Castillo Chirinos" o la historia final de una jurisprudencia por la autonomía electoral. Jus, Doctrina & Práctica. 2007; I (2): 259-270.
- ¹⁸ Exp. N° 00007-2007-PI/TC. Sentencia del 19 de junio de 2007.
- ¹⁹ Solamente con una finalidad metodológica, hemos reservado un mayor comentario de esta sentencia en el apartado 5 de este trabajo.
- ²⁰ El Comercio- Los procesos del Estado.
- ²¹ Es bueno recordar que el artículo 201º de la Carta de 1993 señala que "El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución", pero no dice, textualmente, que sea su supremo intérprete. Esta mención no se haya en la Constitución, sino en el artículo 1º de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- ²² Rubio Correa M. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo V. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia

-
- Universidad Católica del Perú, 1999, 393; García Toma V. Valores, principios, fines e interpretación constitucional. *Derecho & Sociedad*. 2003; XIV (21), 201 y ss.; del mismo autor Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1998, 251; Bernaldes Ballesteros E. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Lima: CIEDLA, 1996, 583; Chirinos Soto E., Chirinos Soto F. La Constitución. Lectura y comentario. 5ª ed. Lima: Rodhas, 2006, 400-401.
- ²³ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este punto no es uniforme, y ha tenido pronunciamientos dispares, alguno de los cuales ha postulado la naturaleza administrativa, y no jurisdiccional, del Jurado Nacional de Elecciones.
- ²⁴ Paniagua Corazao V. Op. cit., 224; Mugerza Guadalupe L. La revisión judicial de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones por el Tribunal Constitucional peruano. En: Espinosa-Saldaña Barrera E. (coordinador). *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista Editores, 2005, 240.
- ²⁵ Cf. Falconi Gálvez J. Observaciones... Op. cit., 247.
- ²⁶ Cf., entre otros, Hernández M. Autonomía de los órganos electorales. *Reforma Judicial*. Revista Mexicana de Justicia. 2003; 1: 80 y ss. Para esta autora "Se entiende por órganos constitucionales autónomos aquellos que -de manera fundamental e inmediata- se establecen en la Constitución y que no se adscriben con precisión a ninguno de los poderes tradicionales del Estado. Representan una evolución de la teoría clásica de la división de poderes porque se asume que pueden haber órganos ajenos a los tres poderes tradicionales sin que se infrinjan los principios democráticos o constitucionales. (...) Son generalmente órganos técnicos que dejan de lado los intereses partidistas o coyunturales y, para su buen funcionamiento, no sólo deben ser intérpretes de los poderes tradicionales, sino de los partidos políticos o de otros grupos o factores reales de poder. (...) Son órganos de equilibrio constitucional y político, y los parámetros bajo los cuales desempeñan su función no pasan por los criterios inmediatos del momento sino que preservan la organización y el funcionamiento constitucional. En última instancia, son órganos de defensa constitucional y de la democracia y, por eso, es preciso que estén contemplados en la Constitución a fin de que ella regule su integración y estructura para que su funcionamiento posterior sea independiente" (81).
- ²⁷ Cf. *Ibíd.*, 84-85.
- ²⁸ Exp. 0006-2006-PC/TC. Sentencia del 13 de febrero de 2007.
- ²⁹ Una muy buena revisión crítica de esta sentencia es la efectuada por Monroy Gálvez J. Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional. Este artículo puede ser consultado en línea en la página Web oficial de la Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia [<http://www.jusdem.org.pe/articulos/articulomonroy.doc>].
- ³⁰ Un buen análisis de esta sentencia es el realizado por Falconi Gálvez J. Una sentencia contra la autonomía del JNE: la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 28642. *Jus Jurisprudencia*. 2007; I (4): .
- ³¹ Castillo Córdova L. Quis custodit custodes. Los riesgos que implica la justicia constitucional. *Actualidad Jurídica*. 2006; 149: 135 y ss.; y del mismo autor El proceso de ratificación de jueces y fiscales y la prohibición de reingreso a la carrera judicial". *Jus Jurisprudencia*. 2007; I (1): 289 y ss.; En el campo penal, es muy valiosa la observación planteada por San Martín Castro C. Jurisdicción constitucional y justicia penal: problemas y perspectivas. *Derecho PUCP*. 2005; 57: 416 y ss.

ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL PIRAMIDAL DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES EN EL PERÚ Y EN EL EXTRANJERO

MANUEL JESÚS MIRANDA CANALES*

Resumen:

Este artículo, tiene la finalidad de hacer conocer, muy brevemente, la estructura jurisdiccional piramidal del Perú y algunos países extranjeros como: Argentina, Chile, Bolivia, Brasil, Estados Unidos, España, Italia y Francia haciendo referencia a los órganos de gobierno o de apoyo que conforma el Sistema Judicial en cada uno de estos países.

Palabras clave: Estructura Judicial – Sistema Judicial – Corte Suprema – Audiencia – Juzgados.

Abstract:

This article explains, very briefly, the pyramidal jurisdictional structure of Peru and some foreign countries like: Argentina, Chile, Bolivia, Brazil, The United States, Spain, Italy and France, making reference to the support or control systems that conforms the Judicial System in each one of these countries.

Key words: Judicial structure – Judicial System – Supreme Court – Hearing – Court Room.

Sumario:

1. Estructura Jurisdiccional del Perú. 2. Estructura Jurisdiccional de Argentina. 3. Estructura Jerárquica Jurisdiccional de Chile. 4. Estructura Jerárquica Jurisdiccional de Bolivia. 5. Estructura Jerárquica Jurisdiccional de Brasil. 6. Estructura Jerárquica Jurisdiccional de Estados Unidos. 7. Estructura Jerárquica Jurisdiccional de España. 8. Estructura Jerárquica Jurisdiccional de Italia. 9. Estructura Jerárquica Jurisdiccional de Francia.

* Vocal Provisional de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Ex Consejero del Consejo Nacional de la Magistratura.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo, tiene la finalidad de hacer conocer, muy brevemente, la estructura jurisdiccional piramidal de nuestro país y algunos países extranjeros, haciendo referencia a los órganos de gobierno o de apoyo que conforma el Sistema Judicial.

2. ESTRUCTURA JURISDICCIONAL DEL PERÚ

2.1. SISTEMA JUDICIAL

El Sistema Judicial Peruano, está conformado, en lo medular, por el Poder Judicial, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio de Justicia, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y otros organismos que cumplen funciones vinculadas al ámbito jurisdiccional, como el Instituto Nacional Penitenciario, el Instituto de Medicina Legal y la Policía Nacional.

En el Perú, el Poder Judicial tiene como función el ejercicio de la potestad jurisdiccional, o potestad de “administrar justicia”, como lo prescribe la actual Constitución (artículo 138º, párrafo 1)¹, la que comprende, entre otros, los siguientes actos:

- La tutela de los derechos fundamentales.
- La tutela de los derechos ordinarios o intereses legítimos.
- La sanción de los delitos.
- El control de la legalidad de la actuación de las autoridades administrativas.
- El control de la constitucionalidad y la legalidad del ejercicio de la potestad reglamentaria; y
- El control difuso de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de Ley.

Para un adecuado desarrollo de sus actividades jurisdiccionales, gubernativas y administrativas, el Poder Judicial se organiza en un conjunto de circunscripciones territoriales denominadas distritos judiciales, cada una de las cuales está bajo la dirección y responsabilidad de una Corte Superior de Justicia.

En líneas generales, puede decirse que los distritos judiciales suelen coincidir con la demarcación política de los departamentos del país, aunque se observa una particularidad. Así, existen 29 distritos judiciales a nivel nacional,

destacándose que en la capital de la República, operan dos cortes superiores, a saber, la Corte Superior de Justicia de Lima (la más grande del país) y la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, a las cuales se suma por su proximidad, la Corte Superior del Callao.

El rol gubernativo esta relacionado con la “conducción” del Poder Judicial “y consiste en la potestad de decidir la marcha institucional en sus diversos planos de actividad. Así, las funciones de gobierno judicial, comprenden las siguientes tareas específicas:

- Fijar políticas generales,
- Aprobar los planes de desarrollo de la institución,
- Aprobar los presupuestos, asignando los recursos necesarios para alcanzar los objetivos de la institución,
- Proyectar el comportamiento futuro de la organización,
- Dictar normas y reglamentos para la administración del propio Poder Judicial,
- Mantener relaciones institucionales con los otros poderes y organismos públicos y privados,
- Establecer mecanismos de comunicación interna y externa,
- Designar autoridades judiciales,
- Seleccionar y designar a los integrantes de la organización; y
- Realizar el control institucional.

Los órganos de gobierno del Poder Judicial son el Presidente del Poder Judicial, La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, la Oficina de Control de la Magistratura y el Consejo Nacional de la Magistratura, que a pesar de ser un órgano autónomo, tiene atribuciones relevantes para la administración de justicia.

A continuación presentamos cada uno de estos órganos, a excepción del Consejo Nacional de la Magistratura, que será objeto de análisis más adelante:

Presidente del Poder Judicial.

Conforme a la Constitución vigente, “el Presidente de la Corte Suprema, lo es también del Poder Judicial” (Artículo 144^o) y como tal, según prescribe la Ley Orgánica del Poder Judicial, “es el jefe máximo del Poder Judicial y como tal, le corresponde los honores de titular de uno de los poderes del Estado”² (Artículo

73º, LOPJ). El Presidente de la Corte Suprema de Justicia, del Poder Judicial y del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, es pues, la primera autoridad ejecutiva de la institución.

Es elegido entre los vocales supremos titulares reunidos en Sala Plena, por mayoría absoluta, por un periodo de dos años, mediante votación secreta, hallándose prohibida la reelección.

El Presidente de la Corte Suprema, en la ceremonia de inicio de Año Judicial, dirige un mensaje a la nación, en el que da cuenta de la labor jurisdiccional, de las más importantes actividades realizadas, del cumplimiento de la política de desarrollo del Poder Judicial, así como de las mejoras y reformas que estima necesaria efectuar durante el año que se inicia. También, informa a cerca de los vacíos y deficiencias de las leyes.

Sala Plena de la Corte Suprema

La actual Constitución Política señala que “la Sala Plena de la Corte Suprema, es el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial (Art. 144º). En tal sentido, decide sobre la marcha institucional de dicho Poder y sobre todos los asuntos que no sean de competencia exclusiva de otros órganos.

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial “es el tercer órgano de gobierno de la institución y constituye una novedad respecto del antiguo sistema gubernativo, que descansaba solo sobre el Presidente de la Corte Suprema y la Sala Plena del máximo tribunal”³. Este órgano que posee importantes atribuciones de dirección de la entidad, tiene una composición plural, en la que participan magistrados de diversos grados y un representante del Gremio de los Abogados (Sociedad Civil).

Entre sus atribuciones, destacan:

Proponer a la Sala Plena de la Corte Suprema la política general del Poder Judicial y aprobar el Plan de Desarrollo del mismo, determinar el número de Salas Especializadas Permanentes, y excepcionalmente, el número de Salas Transitorias de la Corte Suprema.

Aprobar el Proyecto de Presupuesto del Poder Judicial, propuesto por la Gerencia General y ejecutarlo una vez sancionado legalmente; y resolver, en última

instancia, las medidas de apercibimiento, multa y suspensión impuestas por la Oficina de Control de la Magistratura, en contra de los magistrados.

El mandato de los integrantes del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial tiene una duración de dos años.

Oficina de Control de la Magistratura

La Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), tiene a su cargo “la función disciplinaria al interior del aparato de administración de justicia y ejerce atribuciones tanto sobre los jueces como sobre los auxiliares de justicia”. En tal sentido, la Ley Orgánica del Poder Judicial estipula que la OCMA “es el órgano que tiene por función investigar regularmente la conducta funcional, la idoneidad y el desempeño de los magistrados y auxiliares jurisdiccionales del Poder Judicial”, facultad que sin embargo “no excluye la evaluación permanente que deben ejercer los órganos jurisdiccionales al conocer los procesos en grado”⁴.

La OCMA, es dirigida por un vocal supremo designado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. La integran vocales superiores y Jueces especializados o mixtos, a dedicación exclusiva, en el número determinado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, que los nombra por un período improrrogable de tres años.

2.2. ESTRUCTURA JERÁRQUICA JURISDICCIONAL

En el desarrollo de su labor jurisdiccional, el Poder Judicial posee la siguiente estructura jerárquica:

- La Corte Suprema de Justicia
- Las Cortes Superiores de Justicia
- Los juzgados Especializados y Mixtos
- Los Juzgado Paz Letrados
- Los Juzgados de Paz

Corte Suprema de Justicia

La Constitución actual señala que “corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a Ley”, agregando que “asimismo

conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173^o⁵, el cual se refiere a los muy excepcionales supuestos de imposición de pena de muerte.

Las funciones casatorias de la Corte Suprema, están relacionadas con el control que debe ejercer el máximo tribunal de justicia sobre la correcta aplicación y la correcta interpretación de una norma de derecho material y el respeto a las garantías de un debido proceso y a las formas esenciales de los actos procesales por los juzgados y tribunales inferiores, así como con la labor de unificación jurisprudencial (sentencias uniformes y reiteradas) que el principio de igualdad ante la ley y el principio de seguridad Jurídica, exigen al Poder Judicial. Por contraste, la intervención jurisdiccional como “ultima instancia” importa que la Corte Suprema, expida sentencias sobre el fondo de las controversias, resolviéndolas de manera definitiva.

La Corte Suprema de Justicia, que tiene su sede en la capital de la República, extiende su competencia jurisdiccional a todo el territorio nacional, y es el más alto tribunal de la judicatura ordinaria del país. Para su trabajo resolutorio de conflictos, se divide en salas especializadas permanentes y transitorias. Cada sala está integrada por cinco vocales y es presidida por quien designe el Presidente de la Corte Suprema. Las especialidades son tres: de Derecho Civil, de Derecho Penal y de Derecho Constitucional y Social. En la actualidad, existen tres salas permanentes y cuatro Salas Transitorias Supremas.

Cortes Superiores de Justicia

Las Cortes Superiores de Justicia extienden su competencia jurisdiccional al interior de su respectivo distrito judicial, cada una de ellas, cuenta con las salas especializadas o mixtas que señala el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, según las necesidades del correspondiente distrito.

Las Salas Superiores pueden funcionar en una ciudad o provincia distinta de la sede de la Corte Superior. Cada Sala está integrada por tres vocales superiores y es presidida por el de mayor antigüedad. Conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial; las salas de las Cortes Superiores resuelven en segunda y última instancia, con las excepciones que establece la Ley. Si la Corte Superior, tiene más de una sala de la misma especialidad, los procesos han de ingresar por turnos que fija el Consejo Ejecutivo Distrital.

Juzgados Especializados y Mixtos

Los Juzgados Especializados y Mixtos, cuya sede es la capital de la provincia y, a veces, la capital de distrito, tienen las siguientes especialidades: civil, penal, de trabajo, de familia, contencioso administrativo y comercial. Allí donde no haya Juzgados Especializados, el Despacho debe ser atendido por un Juzgado Mixto, con la competencia que ha de establecer el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Todos los Juzgados - Especializados y Mixtos- tienen la misma jerarquía.

Juzgados de Paz Letrados

Los Juzgados de Paz Letrados extienden su competencia jurisdiccional al ámbito que establece el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Este último, crea los Juzgados de Paz Letrados, considerando los volúmenes demográficos, rurales y urbanos de los distritos, y señala los requisitos que deben cumplirse para tal creación.

En estos Juzgados se sustancian las causas de menor cuantía que la ley determina o de rápida solución. Resuelven además, las apelaciones de los Juzgados de Paz.

Corresponde al Consejo Ejecutivo Distrital, fijar el sistema de distribución de los procesos entre los Juzgados de Paz Letrados cuando sea necesario.

También, puede disponer su especialización, si ello conviene a la mejor administración de justicia y lo amerita la carga procesal.

En los lugares donde hay un Juzgado de Paz Letrado, no puede haber un Juzgado de Paz; aquel debe asumir la competencia en las acciones y los asuntos propios de éste, para lo que aplica las normas de procedimiento correspondientes a la Justicia de Paz. Tanto las resoluciones de los Juzgados de Paz Letrados como de los Juzgados de Paz, son conocidas en grado de apelación por los respectivos Juzgados Especializados o Mixtos.

Juzgados de Paz

Les corresponde a éstos, investigar y sancionar casos de faltas menores y funcionan en los pueblos, caseríos y distritos pequeños donde no hay mucho movimiento judicial. Para que desempeñe este cargo, el mismo pueblo elige a una persona de prestigio, probidad y honestidad, que no necesariamente será abogado. Los Jueces de Paz, dependen de la Corte Superior que ratifica su nombramiento.

Los Jueces de Paz, que en la actualidad suman alrededor de 5,000, son mucho más numerosos que los magistrados formales y, empleando su propio criterio de justicia -dado que no están obligados a fallar de acuerdo con la ley- logran resolver millares de casos al año.

La Justicia de Paz, se mantiene especialmente en las zonas rurales y las dos terceras partes de los Jueces de Paz, se encuentran en la región andina. El resto se divide, en una proporción similar, entre la costa y la región amazónica. Estas diferencias son muy importantes, por cuanto la Justicia de Paz reproduce, en sí misma, la heterogeneidad y las diferencias culturales presentes entre los peruanos. De esta forma, tenemos que los Jueces de Paz de la sierra suelen vivir bajo un marcado aislamiento. Muchos de ellos tienen un nivel educativo muy bajo y resuelven el conflicto en el idioma de las partes, quechua o aimara. Es notable el contraste con muchos Jueces de Paz de la costa, quienes tienen educación superior y un contacto más cercano con las leyes y el Poder Judicial.

Cabe señalar que los Jueces de Paz son esencialmente conciliadores, están facultados para proponer alternativas de solución a las partes con el fin de facilitar el avenimiento. Correlativamente, les está prohibido imponer soluciones bajo la apariencia de acuerdos voluntarios. No obstante, si no se logra la conciliación, los Jueces de Paz, están legalmente habilitados para expedir sentencias, en los procesos de su competencia y dentro de la cuantía que establece el Consejo Ejecutivo⁶. De cualquier modo, “existe impedimento legal expreso para que la Justicia de Paz intervenga bajo la modalidad conciliatoria o de fallo, en determinados asuntos, que por su importancia o complejidad exige el concurso de la justicia profesional. Tales asuntos son los relativos al vínculo matrimonial, de nulidad y anulabilidad de actos jurídicos o contratos, la declaratoria de herederos, los derechos sucesorios, los testamentos, los derechos constitucionales y aquellos que expresamente señala la ley.

Conforme a la LOPJ, la competencia jurisdiccional de los Juzgados de Paz “que los habilita para emitir sentencias en caso de fracasar la conciliación”, es la siguiente:

- Alimentos, siempre que el vínculo de entroncamiento esté acreditado de manera indubitable.
- Desalojo y aviso de despedida.
- Pago de dinero.
- Interdictos de retener y de recobrar respecto de bienes muebles.

- Intervenciones sumarias respecto de menores que han cometido acto antisocial y con el solo objeto de dictar ordenes provisionales y urgentes sobre tenencia o guarda del menor en situación de abandono o peligro moral, concluida su intervención, el Juez de Paz remite de inmediato lo actuado al Juez de Familia o al Juez que corresponda; y
- Los demás casos que correspondan conforme a Ley⁷.

3. ESTRUCTURA JURISDICCIONAL DE ARGENTINA

3.1. SISTEMA JUDICIAL

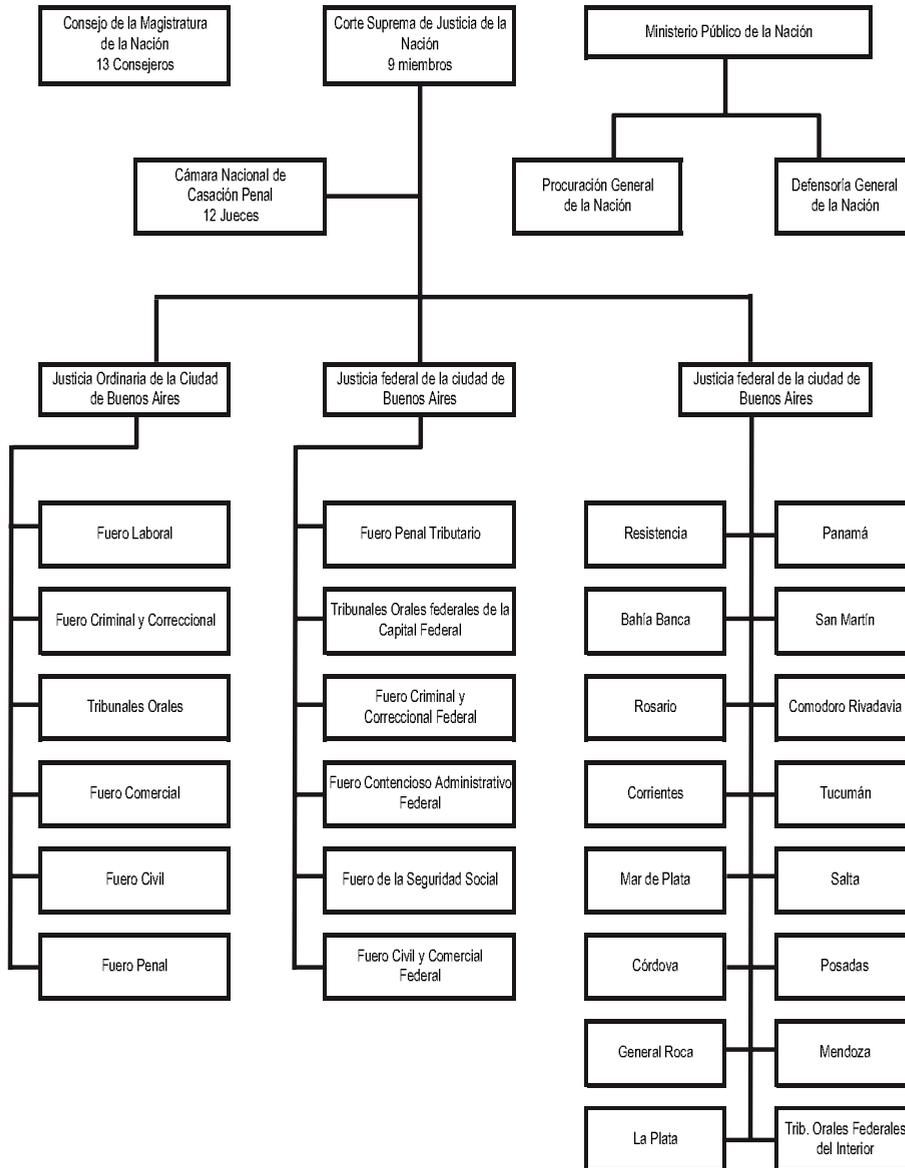
Según lo establece la Constitución Nacional, Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal⁸. La Constitución estableció el gobierno federal, con sus tres poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y reconoció la existencia de los gobiernos provinciales, los cuales retienen todo el poder no delegado a la Nación. En base a estas facultades no delegadas, cada provincia debe dictar su propia constitución de acuerdo a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; asegurando la administración de justicia, el régimen municipal, y la educación primaria.

El sistema judicial argentino, está compuesto por el Poder Judicial de la Nación, el Ministerio Público de la Nación, ambos instituidos por la Constitución Nacional y por los poderes judiciales de las provincias, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en el ámbito del Poder Ejecutivo, se incluye al Ministerio de Justicia de la Nación, el Servicio Penitenciario Federal y la Policía Federal.

El sistema judicial argentino, está basado en la tradición europea continental de derecho codificado. Los procedimientos judiciales son mayormente escritos, la excepción a esto se da principalmente en los procesos penales, en la etapa de juzgamiento donde se realizan debates orales. No obstante existen provincias que aún no han implementado la oralización para las causas penales.

Para dimensionar este sistema se puede entonces sumar a lo ministerios de justicia u organismos análogos dentro de la órbita de los poderes ejecutivos, y en los caso en que exista, los servicios penitenciarios y policía judicial (o de investigación si la hubiera). Por otra parte no debemos olvidar el fundamental rol que cumplen los abogados, ya sea a través del ejercicio profesional como así también el despliegue corporativo que realizan los colegios de abogados.

Organigrama de Sistema Judicial Federal



Organización

El Poder Judicial de la Nación, está compuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las Cámaras de Apelaciones y los Juzgados de Primera Instancia.

La estructura del Poder Judicial de la Nación, está dividida en tres jurisdicciones:

1. La jurisdicción federal, que incluye aquellos tribunales con competencia para conocer sobre asuntos federales en todo el territorio del país.
2. La jurisdicción federal de la Capital Federal, que incluye aquellos tribunales con competencia para conocer sobre asuntos federales en el territorio de la Capital Federal.
3. La jurisdicción ordinaria de la Capital Federal que incluye aquellos tribunales con competencia para conocer sobre asuntos de derecho común en el territorio de la Capital Federal.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Organización y Composición

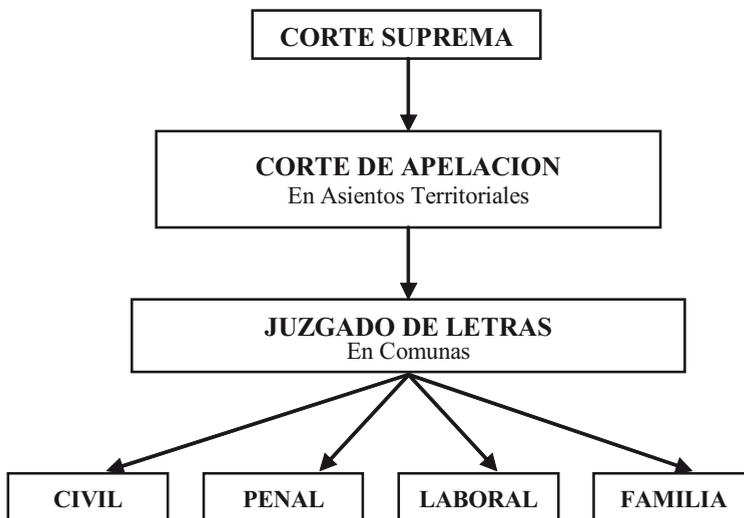
La Corte Suprema de Justicia de la Nación, es el Órgano Supremo y máximo del Poder Judicial, está compuesta por 9 miembros ejerce su jurisdicción en todos aquellos puntos regidos por la Constitución y las leyes de la Nación⁹ ; pero, ejerce su competencia en forma originaria y exclusiva en todos los asuntos que conciernen a los embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fueses parte¹⁰. La Corte Suprema es también la cabeza del Poder Judicial, y conjuntamente con el Consejo de la Magistratura) tiene a su cargo la administración del Poder Judicial.

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia, es elegido por sus pares. Todos los miembros de la Corte Suprema son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado y a partir de la vigencia del Decreto número 222 del 19 de junio del 2003 se incorpora un requisito más en el procedimiento para la designación de los miembros del Superior Tribunal de la Nación, que es la de la publicación previa en los antecedentes curriculares de los candidatos con el objeto que los ciudadanos en general, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales) presenten ante el Ministerio de Justicia

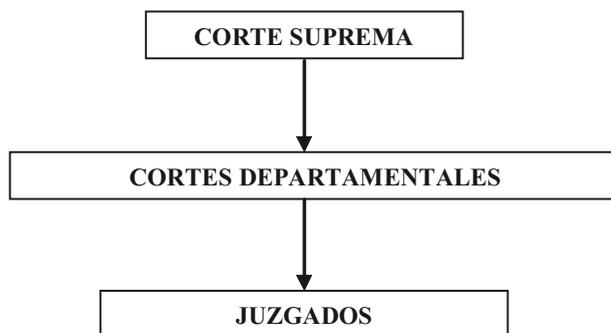
y Derechos Humanos de la Nación sus observaciones y consideraciones que crean de interés expresar sobre el candidato propuesto por el Poder Ejecutivo.

Dentro del Poder Judicial de la Nación, hay distintos fueros, los cuales se encuentran separados unos de otros. Cada uno de estos fueros se componen por una Cámara de Apelaciones y los respectivos Juzgados de Primera Instancia. A su vez, estos fueros, están subdivididos en la jurisdicción Federal y la Ordinaria. La jurisdicción Ordinaria maneja los asuntos judiciales comunes de la Ciudad de Buenos Aires, y esta compuesta, además, por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. La Jurisdicción Federal, esta separada por las Cámaras Federales del Interior del país. Los siguientes fueros tienen asientos en la ciudad de Buenos Aires: Cámara Criminal y Correccional Federal, Cámara Civil y Comercial federal, Cámara Contencioso Administrativo Federal. Cámara de la Seguridad Social Federal. En el interior del país, las Cámaras Federales no están separadas por fueros, sino que juzgan causas de todas las materias.

3. ESTRUCTURA Jerárquica JURISDICCIONAL DE CHILE¹¹



4. ESTRUCTURA Jerárquica JURISDICCIONAL DE BOLIVIA¹²



5. ESTRUCTURA Jerárquica JURISDICCIONAL DE BRASIL

5.1. SISTEMA JUDICIAL

El sistema de justicia en Brasil, sigue la tradición europea continental de derecho escrito. Está integrada por el Poder judicial, el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia y las Fuerzas de Seguridad.

Poder Judicial

El Sistema Judicial brasileño posee una organización federal y una estatal.

A nivel federal, el Poder judicial se divide en 5 regiones. Los órganos de mayor jerarquía son: el Supremo Tribunal Federal y los Tribunales Superiores, que ejercen su jurisdicción sobre todo el territorio de la República. Además, cada una de las 5 regiones judiciales posee un Tribunal Regional Federal, el que conoce, principalmente, los recursos de apelaciones. Por último, cada región judicial se divide en un número variable de secciones judiciales, las que poseen juzgados de primera instancia en todas las materias. La jurisdicción laboral cuenta con características propias: esta se divide en 24 regiones judiciales, cada una de las cuales tiene su propio Tribunal Regional del Trabajo.

Los Tribunales Regionales del Trabajo conocen los recursos ordinarios que se interponen en contra de las decisiones de los juzgados del trabajo. Además, deben resolver los conflictos colectivos surgidos entre asociaciones de trabajadores y su empleador o empleadores. Hay 24 Tribunales Regionales del Trabajo.

El Tribunal Superior del Trabajo -cuya sede se halla en Brasilia-DF- posee jurisdicción en todo el territorio nacional y su principal función es uniformar la jurisprudencia en materia laboral.

En esta línea le corresponde juzgar los recursos interpuestos contra las decisiones de los Tribunales Regionales. El Tribunal Superior del Trabajo esta integrado por 17 ministros.

Tribunales y Jueces Estaduales.

La Constitución Federal delega a los Estados, la competencia de organizar su propia justicia y competencias definidas en la Constitución del Estado. La Justicia Estadual comprende un Tribunal de Justicia por Estado, con capacidad para revisar las decisiones de los Tribunales de Primera Instancia Estadual, entre otras. La Constitución Federal prevé la posibilidad a los Estados de crear su propia Justicia Militar Estadual, con competencia para procesar y juzgar a los policías militares y bomberos militares en los crímenes definidos en la ley.

La Justicia estadual comprende, también, los Juzgados Especiales Estaduales, formados por jueces o jueces y legos, idóneos para la conciliación y juzgamiento de causas civiles de menor cuantía e infracciones penales menores, mediante procedimiento sumarísimo.

6. ESTRUCTURA Jerárquica JURISDICCIONAL DE ESTADOS UNIDOS SISTEMA JUDICIAL

6.1. PODER JUDICIAL FEDERAL

La Judicatura Federal fue establecida por el Artículo III de la Constitución y es uno de tres poderes iguales, pero distintivos del Gobierno Federal. Tiene la misión de aplicar e interpretar las leyes y resolver disputas. Dicho artículo prescribe: “El Poder Judicial de los Estados Unidos será confiado a una Corte Suprema y a los Tribunales menores, cuya formación sea ordenada por el Congreso en distintas oportunidades¹³”.

Visto como una pirámide, el sistema de cortes federales esta encabezado por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En el próximo nivel están las 13 Cortes de Apelaciones correspondientes a los Circuitos Judiciales y, en la base, las 94 Cortes de Distrito y las Cortes Especializadas.

La Judicatura Federal, de acuerdo con lo establecido en el Artículo III de la Constitución, tiene jurisdicción sobre controversias que surjan de asuntos federales y jurisdicción sobre “diversidad de ciudadanía”. Las Cortes Federales deciden casos que involucran al Gobierno de Estados Unidos, la Constitución, actos del Congreso y tratados, o controversias entre Estados o entre Estados Unidos y un gobierno de otro país. También tiene jurisdicción en las controversias entre ciudadanos de distintos Estados.

Las Cortes federales y estatales tienen jurisdicción simultánea - o en el mismo período - sobre ciertos asuntos como crímenes asociados a drogas. Esto significa que los litigantes pueden escoger entre una corte federal o una social. Algunos asuntos legales solo pueden ser conocidos en una corte federal o en una estatal. Los casos de quiebra y relacionados con el derecho marítimo, por ejemplo, son de competencia de las cortes federales.

Corte Suprema de los Estados Unidos

Es la Corte de Apelaciones de mayor importancia en el país y la corte de último recurso para apelaciones de casos conocidos en otras cortes federales y estatales. Está integrado por nueve miembros conocidos como *Justices*, nombrados por el Presidente de EE.UU., con la aprobación del Senado.

El Presidente de la Corte Suprema tiene deberes administrativos adicionales relacionados a la Corte Suprema y al sistema de cortes federales en su totalidad. Los otros ocho miembros de la Corte son conocidos como *Associate Justices*.

La Corte Suprema posee jurisdicción original en disputas entre dos o más Estados y en casos donde algunas de las partes son embajadores o ministros.

También actúa como Tribunal de Apelaciones, para revisar casos de las cortes de circuito federal y las cortes estatales de último recurso.

La Corte decide, más o menos 100 de los 5,000 o más casos que son presentados para revisión cada año. Normalmente solo acepta los casos que involucran importantes interpretaciones de la Constitución, actos de órganos legislativos y tratados.

La mayoría de sus decisiones se dan a conocer en opiniones públicas. Algunos de los aspectos que la Corte considera para revisar un caso:

- Si dos cortes federales de apelaciones han llegado a distintas conclusiones con respecto a un solo tema legal.
- Si una corte federal de apelaciones ha decidido un tema federal de una forma que entra en conflicto con la decisión de una corte de último recurso (La Corte Superior en el Estado).
- Si una corte federal de apelaciones ha ido más allá de los procedimientos judiciales aceptados, o ha sancionado ese tipo de acción por parte de una corte menor.
- Si una corte de último recurso ha decidido un caso federal de una forma que entra en conflicto con la decisión de la corte de último recurso de otro Estado o de una corte federal de apelaciones; y
- Si una corte estatal o corte federal de apelaciones ha decidido un importante tema de ley federal de una forma que entre en conflicto con anteriores decisiones de la Corte Suprema, a un tema de ley federal que no ha sido, pero debería de ser decidido por la Corte Suprema.

7. ESTRUCTURA JERÁRQUICA JURISDICCIONAL DE ESPAÑA

Tribunal Supremo Sala de lo Civil		Tribunal Supremo Sala de lo Civil	
Audiencia Nacional Sala de lo Penal		Audiencia Nacional Sala de lo Penal	
- J. Central de Menores (Asume función de J. de Vigilancia Penitenciaria)		- J. Central de Menores (Asume función de J. de Vigilancia Penitenciaria)	
- J. Centrales de lo Penal		- J. Centrales de lo Penal	
- J. Central de Instrucc.		- J. Central de Instrucc.	
Tribunales Superiores de Justicia		Tribunales Superiores de Justicia	
Sala de lo Civil y Penal		Sala de lo Civil y Penal	
Audiencias Provinciales - Secciones Civiles	Audiencias Provinciales - Secciones Civiles	Tribunal Supremo - Sala de lo Contencioso Administrativo	Tribunal Supremo - Sala de lo Social Audiencia Nacional - Sala de lo Social Tribunales Superiores de Justicia - Sala de lo Social J. de lo Social
Secciones Civiles y Penales		Audiencia Nacional - Sala de lo Contencioso Administrativo	
J. de 1º Instancia	J. de Instrucción	Tribunales Superiores de Justicia	
J. de lo Mercantil	J. de lo Penal	- Sala de lo Contencioso Administrativo	
J. de 1º Instancia e Instrucción		J. de lo Contencioso Administrativo	
J. de Paz			
Civil	Penal	Contencioso - Admtivo	
		Social	
Jurisdicción Ordinaria Ordenes Jurisdiccionales			

Tribunales Superiores de Justicia

Representan la innovación más importante en la estructura judicial española que es una consecuencia del Estado de las Autonomías, ya que con ellos, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo. Los Tribunales Superiores de Justicia están integrados por las Salas de lo Civil y Penal, de lo Contencioso - Administrativo y de lo Social Art. 72º L.O.P.J.).

Audiencia Nacional

Con su sede en Madrid, tiene jurisdicción en toda España. Consta de tres Salas: Sala de lo Penal (de única instancia para los delitos más graves previstos en el artículo 65º de la Ley Orgánica del Poder Judicial), Sala de lo Contencioso Administrativo y Sala de lo Social.

Audiencias Provinciales

Tendrán su sede en la capital de la provincia, de la que tomarán su nombre y sobre la que extenderán su jurisdicción, pudiendo crearse secciones fuera de la capital de la provincia, a la que quedarán adscritos uno o varios partidos judiciales. Son órganos mixtos ya que tienen competencias en materia penal y civil.

Autonomía de acuerdo con las exigencias de trabajo

Les corresponde el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores, les atribuyan las leyes.

Juzgados de Menores

Su ámbito territorial es la provincia, aunque es posible establecerlos con jurisdicción sobre un partido determinado o agrupación de partidos o sobre dos o más provincias de una Comunidad.

Juzgados de Vigilancia Penitenciaria

En cada provincia, y dentro del orden jurisdiccional penal, habrá uno o varios

Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que tendrán funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria, en materia de ejecución de penas privativas de libertad, medidas de seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades administrativas, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley.

Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

Son órganos de instancia con competencia objetiva para conocer de los recursos que se deduzcan contra actos y disposiciones de determinados órganos administrativos. Su demarcación judicial es la Provincia.

Juzgados de lo Social

Su ámbito territorial es la provincia, si bien podrán establecerse en poblaciones distintas de la capital cuando las necesidades del servicio o la proximidad a determinados núcleos de trabajo lo aconsejen. Excepcionalmente podrán extender su competencia a dos o más provincias dentro de la misma Comunidad Autónoma. Conocerán en primera o única instancia de los procesos sobre materias propias de este orden jurisdiccional que no están atribuidas a otros órganos del mismo.

Juzgados de lo Penal

De ámbito provincial tienen competencias en el ámbito penal. Fundamentalmente les corresponde el enjuiciamiento de los delitos menos graves. Al Juzgado Central de lo Penal, con sede en Madrid y jurisdicción en toda España, le corresponde el enjuiciamiento de aquellos delitos que por su naturaleza se le atribuyen a la Audiencia Nacional, pero que por su pena están dentro de los límites de los atribuidos a los Juzgados de lo Penal.

8. ESTRUCTURA JERÁRQUICA JURISDICCIONAL DE ITALIA.

8.1. Estructura jerárquica jurisdiccional

Actualmente la justicia, en las materia civil y penal es administrada por el Juez de Paz, El Tribunal, el Tribunal de Apelación, el Tribunal Supremo de Casación, el Tribunal de Menores, el Magistrado de Vigilancia y el Tribunal de Vigilancia.

Con la reforma sobre el Juez único de Primera Instancia, se ha procedido a la reestructuración de los departamentos judiciales de Primera Instancia, mediante la supresión del Departamento del “Pretore” (Juez de Primera Instancia para causas menores) y las competencias correspondientes han sido transferidas al tribunal, que ahora tiene una composición monocrítica para los asuntos menores y una composición colegial para los de mayor complejidad; de la misma manera, se ha eliminado el Departamento del Fiscal ante el Juzgado de Distrito y sus funciones han sido transferidas al Fiscal ante el Tribunal.

En la misma perspectiva, los magistrados honorarios en servicio ante el órgano eliminado (Prefectura-Juzgado de Primera Instancia) han cambiado su denominación de Vice Juez Honorario a Juez Honorario del Tribunal.

Las Jurisdicciones Especiales

La Constitución prohíbe la institución de nuevos jueces “ordinarios o especiales”, permitiendo, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, la creación de secciones especializadas en determinados sectores, caracterizadas por la co-presencia, en el mismo órgano que juzga, de magistrados ordinarios y de ciudadanos idóneos pero ajenos al ordenamiento jurídico (por ejemplo, las secciones especializadas agrarias) (Art. 102º Constitución)¹⁴.

De todos modos, están previstos jueces especiales, como los jueces administrativos, el Tribunal de Cuentas y el Juez Militar, ya existentes a entrada en vigor de la Constitución (Art. 103º Constitución)¹⁵.

El Tribunal de Cuentas está compuesto por magistrados contables y, ante el mismo, está constituida una Fiscalía General a la que se han atribuido funciones requerientes. Recientemente, la Magistratura Contable ha sido reformada estableciendo secciones autónomas jurisdiccionales y requerientes sobre base regional.

El órgano de gobierno autónomo es el Consejo de Presidencia del mismo Tribunal.

Además de la competencia en materia de control previo de legitimidad sobre numerosos actos del Gobierno y de otros organismos públicos, y de control posterior sobre la gestión del presupuesto y del patrimonio de las administraciones públicas, al Tribunal de Cuentas se han atribuido los juicios

en materia de contabilidad pública, de pensiones y de responsabilidad de los empleados y funcionarios del Estado o de otros entes públicos.

Los Jueces Militares, a los que es atribuida la competencia de juzgar los delitos militares cometidos por quienes pertenecen a las fuerzas armadas, constituyen un orden de la Magistratura Ordinaria y es administrado por un órgano de gobierno autónomo, el Consejo Superior de la Magistratura General.

La jurisdicción administrativa es atribuida a un conjunto de entes, distintos de la magistratura ordinaria: los Tribunales Administrativos Regionales, como Jueces de Primera Instancia, y el Consejo de Estado, como Juez de Segunda Instancia.

9. ESTRUCTURA JERÁRQUICA JURISDICCIONAL DE FRANCIA

9.1. Estructura jerárquica jurisdiccional

Su arquitectura es piramidal

Las jurisdicciones de bases.

- En primer lugar están los tribunales formados por magistrados profesionales. Son tribunales de derecho común de primer grado, que celebran sus sesiones con el único magistrado, o de forma colegiada con tres miembros, y los tribunales de instancia que siempre celebran sus sesiones con un solo magistrado. Ambos tienen competencia en todas las materias que no corresponden de manera específica a cualquiera de las jurisdicciones especiales que se citan más adelante. La distribución de competencias entre ambos tribunales se efectúa principalmente en función de la importancia del litigio de que se trate. Algunos jueces están especializados en determinados asuntos (derecho familiar, expropiación, ejecución de sentencias).
- A continuación, se encuentran los tribunales formados por magistrados no profesionales, elegidos por los grupos sociales profesionales afectados por la clase de asuntos que se juzgan en esas jurisdicciones, son los tribunales mercantiles, competentes para los litigios comerciales, y el juzgado de lo social o magistratura del trabajo, competente en derecho laboral, que es un órgano paritario formado por representantes de patronos y trabajadores. En caso de que se produzca una igualdad de dichos representantes, un

magistrado profesional presidiría el tribunal. En un proyecto de ley que aún está en fase de debate, se establece que la presidencia de determinadas audiencias del Tribunal Mercantil se realice por un magistrado profesional, por ejemplo, en el caso de los procedimientos concursales.

- Con respecto al tribunal de derecho común de primer grado, el juez profesional a veces recibe el apoyo de dos magistrados asesores que han sido elegidos en función de sus competencias. Ese es el caso del Tribunal de Menores, que puede contar con dos personas especializadas en este ámbito; del tribunal paritario de arrendamientos rústicos, con un propietario y un arrendatario; y por último, del tribunal de asuntos sociales, con asesores para los asuntos relacionados con la seguridad social.
- Sólo existe una jurisdicción que cuente con la figura del Jurado. Se trata del Tribunal de lo Criminal, encargado de juzgar las infracciones más graves, los delitos. Las sesiones de este tribunal se celebran con tres magistrados profesionales y un jurado compuesto por nueve miembros (que son doce en el caso del Tribunal de Apelación), que debaten tanto sobre la culpabilidad como sobre la pena a imponer.

Las Jurisdicciones de Apelación

Los Tribunales de Apelación, están formados exclusivamente por magistrados profesionales, son de tipo regional y entienden de los recursos presentados contra toda clase de resoluciones judiciales dictadas por las jurisdicciones de base (excepción hecha de los litigios de poca importancia que se pueden llevar directamente del Tribunal de Casación). Al igual que las jurisdicciones de base, los tribunales de apelación resuelven sobre los hechos y el derecho, pero únicamente hasta donde lleguen sus competencias, que las partes pueden haber limitado a determinados puntos del litigio únicamente.

Las Jurisdicciones son competencias objetivas específicas

A reserva de las disposiciones relativas al Tribunal Penal Internacional, el Presidente de la República solo puede ser juzgado por casos de alta traición, competencia que recaería en la Suprema Corte de Justicia, formada por parlamentarios, y mediante decisión de ambas cámaras legislativas, la Asamblea Nacional y el Senado. El Tribunal de Justicia de la república es responsable de juzgar a los miembros del gobierno respecto a las infracciones que hayan

cometido durante el ejercicio de sus funciones. Dicho Tribunal está formado por tres magistrados del Tribunal de Casación y por parlamentarios. Las diligencias fiscales efectuadas por el Fiscal del Tribunal de Casación deben ser autorizadas previamente por una comisión de admisión de recursos, compuesta por Magistrados del Consejo de Estado, del Tribunal de casación y del Tribunal de Cuentas. Tres magistrados del Tribunal de Casación se encargan de realizar la instrucción de realizar la instrucción de la causa.

¹ Correa R., Marcial. Para conocer la Constitución de 1993. Biblioteca: "Lo que debo saber". Vol. IV. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2004. Segunda reimpresión. Lima, 2004.

² Gómez Mendoza, G. Ley Orgánica del Poder Judicial. Editora Rodhas. Lima, 1994.

³ Justicia Viva. Manual del Sistema Peruano de Justicia. Instituto de Defensa Legal. PUCP. Facultad de Derecho, Jueces para la Justicia y Democracia. Lima, 2003.

⁴ Ley Orgánica del Poder Judicial. Art. 102

⁵ Constitución Política del Perú. Art. 141

⁶ Manual del Sistema Peruano de Justicia. Idem. P. 38

⁷ Ley Orgánica del Poder Judicial. Art. 65

⁸ Art. 1 de la Constitución de la Nación Argentina ú Ediciones Pais 8va. Edición. Buenos Aires, 2002.

⁹ Constitución Nacional Art. 117

¹⁰ Constitución Nacional Art. 116

¹¹ Información obtenida vía Internet

¹² Información obtenida vía Internet

¹³ La Constitución de los Estados Unidos de América. Con notas explicativas. Servicio Informativo y Cultural de los Estados Unidos. 1987.

¹⁴ Constitución de Italia de 1947

¹⁵ Constitución de Italia de 1947

COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PERUANO

MARCELA ARRIOLA ESPINO*

Resumen:

El Derecho Internacional privado se vincula con las diferentes disciplinas jurídicas; de ahí que dentro del marco del Derecho Procesal Internacional, uno de sus importantes temas lo sea la Cooperación Judicial Internacional también llamada Asistencia Judicial Internacional.

La práctica de actos procesales fuera del lugar del proceso con elemento extranjero es común y, ello es posible gracias a la voluntad de los Estados de que el principio de soberanía y de territorialidad del proceso no sea un impedimento para la actuación de diligencias fundamentales que permitan dilucidar una controversia. La práctica de notificaciones, actuación de pruebas, ejecución de medidas cautelares, e información del Derecho extranjero, utilizando el mecanismo del exhorto internacional o carta rogatoria, invocando tratados sobre la materia o el principio de reciprocidad, lo permite. Una breve visión al respecto, teniendo en cuenta el sistema de Derecho Internacional Privado peruano, se trata en este trabajo.

Palabras clave: Carta rogatoria - Cooperación Judicial Internacional - Derecho Internacional Privado.

Abstract:

The Private International Law is related to different legal disciplines; for that reason, one of their important subjects within the frame of the International Procedural Law is the International Judicial Cooperation, which is called international judicial attendance.

The practice of procedural acts outside the place of the process with foreign element is common, and that is possible thanks to the will of the States making the territoriality and sovereignty principle of the process not an impediment for the performance of fundamental diligences that allows to explain the controversy.

This work is a brief vision about the Peruvian Private International Law System.

Key words: Letters rogatory - International Judicial Cooperation - International Private Law.

Sumario:

1. Introducción. 2. Concepto y fundamento. 3. Actos procesales que requieren de asistencia judicial internacional. Carta rogatoria. 4. Cooperación judicial internacional en el ordenamiento jurídico nacional. Régimen Convencional: Tratados Multilaterales, Tratados bilaterales. Régimen Común. 5. A manera de conclusión.

* Vocal Titular. Presidenta de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica - Perú. Docente Universitaria.

1. INTRODUCCIÓN

En la búsqueda del bien común, el Estado, dotado de su poder soberano, cumple determinados fines o funciones.

La tradicional teoría de separación de poderes desarrollada y expuesta por Locke y, especialmente por Montesquieu, planteada dentro del contexto político y jurídico de la época; fue evolucionando hasta entender que el poder del Estado es uno y que tiene órganos a través de los cuales cumple determinadas funciones. Como lo señala Loewenstein, “La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado”¹.

Es así, que la función jurisdiccional encomendada a los jueces o magistrados está destinada a la administración de justicia o a decir el Derecho a instancia de parte o de oficio, cuando procede, juzgando de manera irrevocable y ejecutando lo juzgado. Pero esa potestad de administrar justicia aún dentro del territorio de un Estado, tiene límites que establece la ley; de ahí que se hable de la competencia de un juez para conocer de determinados asuntos.

Como lo señala Couture, “la relación entre la jurisdicción y la competencia, es la relación que existe entre el todo y la parte. La jurisdicción es el todo; la competencia es la parte: un fragmento de la jurisdicción. La competencia es la potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico: aquel específicamente asignado al conocimiento de determinado órgano jurisdiccional. En todo aquello que no le ha sido atribuido, un juez, aunque sigue teniendo jurisdicción, es incompetente”². Es por ello que, si en un proceso se deben realizar ciertas diligencias o actos procesales fuera del territorio en donde ejerce competencia el juez de la causa, debe solicitar colaboración –vía exhorto- al órgano jurisdiccional pertinente que, por lo general es de igual jerárquica, para que practique la notificación o actuación de prueba encomendada.

Ese ruego, ayuda o cooperación judicial que los jueces formulan a sus pares nacionales, también lo pueden hacer a sus pares extranjeros si es que en el proceso que conocen existen elementos extranacionales. En efecto, tratándose de un proceso derivado del tráfico jurídico internacional o, simplemente, de un

caso de Derecho internacional privado, la cooperación judicial internacional es fundamental para no ver frustradas las expectativas de la resolución del conflicto de intereses o la eliminación de una incertidumbre por el tribunal competente, ante la necesaria práctica de diligencias fuera del territorio del Estado al que pertenece. En este trabajo solo nos referiremos al proceso civil con elemento extranjero.

2. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La cooperación judicial o asistencia judicial internacional no es más que, el auxilio judicial que se prestan tribunales de distintos Estados para la realización de actos procesales que, por la vigencia del principio de la soberanía, no puede realizar el tribunal del foro fuera de su territorio jurisdiccional, pero sí el tribunal del Estado extranjero en cuyo territorio se debe realizar las notificaciones, medidas cautelares o pruebas que se encarguen y que, tendrán plena validez en el proceso que se sigue por el tribunal del Estado requirente.

De ahí que se conciba a la asistencia judicial internacional “como el auxilio que entre sí se otorgan los órganos jurisdiccionales en y para el desarrollo del proceso”³.

El fundamento de esta importante institución del Derecho internacional privado es, pues, que el desarrollo del proceso civil internacional⁸⁹ prosiga hasta su culminación; sin que la práctica de determinados actos procesales que necesariamente deben realizarse por un órgano jurisdiccional extranjero, no constituya impedimento para lograr el fin del proceso mismo⁹⁰, el que involucra la realización del ideal de justicia. De no existir esta institución, se frustraría el tráfico jurídico internacional.

En este sentido, se debe señalar que los Estados no están obligados a prestar tal ayuda, salvo que estén vinculados a un tratado o convenio sobre la materia que les exige dar cumplimiento a lo acordado⁶; si lo hacen, es en virtud del principio de reciprocidad⁷. Como lo precisa González Campos, “El auxilio cuando tiene lugar, debe pues ser considerado, salvada la existencia de convenios internacionales que lo impongan, como un acto discrecional del Estado que lo presta, simple manifestación de cortesía internacional del Estado requerido a ello frente al Estado requirente, y del interés en obtener, eventualmente, de este último un tratamiento recíproco”⁸.

Cabe señalar que, cierto sector de la doctrina española considera que la base jurídica de la asistencia judicial al no existir tratados que vinculen al Estado requirente y al requerido, es solo la tutela judicial efectiva. Señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, que “...los particulares litigantes tienen derecho a una tutela judicial efectiva internacional y el Estado, -tanto el Estado requirente como el Estado requerido- tienen el correlativo deber de prestar a los particulares esa tutela judicial efectiva en los litigios internacionales”⁹. Al respecto, debemos manifestar que no podemos compartir tal tajante posición; en tanto que, el deber u obligación de dar una efectiva tutela procesal en estricto es solo del Estado del foro, es él quien debe satisfacer las pretensiones de los justiciables dentro del marco de un proceso justo y en el que se cumplan los “elementos o derechos tradicionalmente considerados como propios de la dimensión procesal del debido proceso”¹⁰, es él quien tiene que administrar justicia; mientras que el Estado requerido obra de buena voluntad, porque así lo decide ante la petición de la práctica de un acto procesal en su territorio. Consideramos pues, que el Estado extranjero requerido no tiene ninguna obligación o deber de prestar efectiva tutela procesal a los litigantes; en todo caso, coopera con dicha prestación por parte de su par (Estado requirente), proyectándose a que en el futuro pueda recibir similar atención o trato recíproco.

3. ACTOS PROCESALES QUE REQUIEREN DE ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Tradicionalmente se ha considerado las notificaciones y la actuación de pruebas; a las que se suma la ejecución de medidas cautelares y, la información y prueba del derecho extranjero¹¹.

No cabe duda que el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales también requieren de la cooperación judicial internacional; en tanto que las sentencias y laudos solo producen efectos jurídicos en el territorio del Estado que las emiten y, a fin de que se extraterritorialicen necesitan ser sometidas al proceso de reconocimiento y ejecución conocido como “*exequátur*”, en el que se ha de tener en cuenta la vigencia de tratados sobre la materia y, a falta de ellos, el principio de reciprocidad positiva. Sin embargo, su estudio se realiza de manera independiente de esta institución dada su especial importancia (véase que el Libro X del Código Civil le dedica todo un Título, el IV; asimismo es de observarse lo previsto en la Ley General de Arbitraje); por lo que, en este trabajo obviamos su referencia.

Carta rogatoria

Es la carta rogatoria o exhorto internacional el mecanismo mediante el cual es viable la cooperación judicial internacional. No es más que la petición que libra una autoridad judicial (en este caso peruana) a su homólogo extranjero, con el ruego que lleve a cabo una determinada diligencia, práctica de prueba o extienda información del Derecho extranjero necesario para el proceso que tramita.

El exhorto debe tramitarse de acuerdo a las estipulaciones de los convenios o tratados de los que formamos parte y de la ley pertinente. Por lo que debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 168° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "Cuando se comisione a un juez extranjero para la práctica de una diligencia judicial, se envía exhorto legalizado, utilizando el conducto establecido en el respectivo Tratado, y a falta de éste por el Ministerio de Relaciones Exteriores, invocando la recíproca conveniencia de celeridad procesal. Cuando los exhortos se libren a Cónsules y Agentes Diplomáticos del Perú en el extranjero, se remiten por conducto de Relaciones Exteriores"¹².

Cabe recordar que es la *lex fori* o ley del tribunal que conoce el litigio, la que rige la ordenación del mismo. Tratándose del cumplimiento de actos procesales en el exterior por parte del Estado requerido, debemos preguntarnos qué ley es la aplicable al diligenciamiento de los mismos; al respecto, la doctrina y el Derecho comparado coinciden que en estricto no se aplica la *lex fori* en los supuestos de asistencia judicial internacional, se aplica -entonces- la ley del Estado en donde se ejecuta el acto, con algunas salvedades como la del plazo que se otorga al demandado para que conteste la demanda (emplazamiento), el mismo que sí está sujeto a ley del Estado requirente¹³.

Al respecto, los tratados de los que el Estado peruano forma parte admiten lo expuesto. El artículo 11° del Tratado de Derecho Procesal Internacional – Montevideo 1889, así como el artículo 391° del Código Bustamante y el artículo 10° de la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias – Panamá 1975, advierten que el exhorto internacional se diligencia conforme a las leyes del Estado requerido; sin embargo, precisan estos dos últimos tratados que el objeto o fondo de la carta rogatoria debe sujetarse a la ley del Estado comitente o requirente, la Convención Interamericana menciona en su artículo 8b. que los plazos para actuar por parte de la persona notificada y las

advertencias que entrañaría su inactividad están a lo dispuesto por parte del Estado requirente. La Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero – Panamá 1975, también considera en su artículo 5º que las cartas rogatorias en que se soliciten recepción u obtención de pruebas se cumplirán de acuerdo con las leyes del Estado requerido, comprendiendo inclusive los medios de apremio que prevén. Mientras que la Convención Interamericana sobre ejecución de medidas preventivas – Montevideo 1979, considera que la ejecución de la medida, la contracautela, variación de la medida y las sanciones por petición maliciosa, se sujetan a la ley del Estado de ejecución; por supuesto, la declaración de procedencia de la medida será conforme a las leyes del lugar del proceso o del Estado requirente.

Por otro lado, para librar un exhorto internacional no es necesario que la parte lo solicite; es suficiente que con la petición de realizar determinada diligencia fuera de la circunscripción territorial del tribunal que conoce del proceso (en este caso en el extranjero) y, luego de admitida, el órgano jurisdiccional debe ordenarlo de acuerdo a ley.

Sin embargo, la mala práctica judicial nos enseña en unos casos, que el Juez espera que el interesado solicite formalmente que aquél pida tal ayuda o auxilio; mientras que en otros, en la resolución que se ordena librar exhorto se establece un deber para la parte peticionante, cuál es, de “proporcionar las facilidades del caso”. Con ello, el juez no solo no acata el principio de dirección e impulso procesal contenido en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil, sino que también afecta la tutela jurisdiccional efectiva prevista en el inciso 3 del artículo 139º de la Constitución Política del Estado.

4. COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

En materia de cooperación judicial internacional debemos distinguir el régimen convencional (tratados, convenios, etc.), del régimen común o de producción interna (leyes, decretos, etc.).

Como sabemos, es fuente del Derecho internacional privado el tratado; Batiffol y Lagarde consideran que es la fuente internacional positiva por excelencia¹⁴. Gracias a los tratados es posible acercar a los distintos ordenamientos jurídicos estatales y lograr su armonización, la que a la fecha es parcial y en ciertos

aspectos o sectores de la referida disciplina; como lo es el Derecho Procesal Civil Internacional y del que forma parte, precisamente, la institución en estudio.

Dado el predominio del tratado sobre la ley, fuente de origen interno, en aplicación extensiva del artículo 2047º del Código Civil, el régimen común de la asistencia judicial internacional se aplica a falta de su regulación mediante acuerdos internacionales. Por ello, Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, consideran que el régimen común tiene carácter residual ante la aplicación prioritaria del régimen convencional¹⁵.

Régimen Convencional

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, es reconocida la tradición codificadora de América que se inició con la adopción de los Tratados de Montevideo de 1888-1889.

En efecto, La Primera Conferencia de Montevideo celebrada de 1888 a 1889 adoptó los Tratados de Montevideo de 1889; la VI Conferencia Internacional Panamericana reunida en La Habana en 1928 aprobó el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante; la Segunda Conferencia de Montevideo celebrada de 1939 a 1940 adoptó los Tratados de Montevideo de 1940; mientras que en cada una de las seis Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (conocidas por las siglas de CIDIP), celebradas bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos, se han adoptado diversos instrumentos interamericanos que abarcan diversos temas de la disciplina¹⁶.

El Perú, está vinculado a los Tratados de Montevideo de 1889¹⁷, el Código Bustamante de 1928¹⁸ y, las convenciones y protocolo acordado en la Primera y Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP I, celebrada en Panamá 1975 y CIDIP II, celebrada en Montevideo 1979)¹⁹; en consecuencia, estos instrumentos internacionales forman parte del ordenamiento jurídico nacional²⁰. Se precisa que el Perú no forma parte de los Tratados de Montevideo 1940.

En materia de cooperación judicial internacional en el proceso civil, observamos que el Perú fundamentalmente ha suscrito y ratificado acuerdos internacionales multilaterales, y algunos bilaterales de larga data.

Tratados multilaterales:

- Tratado de Derecho Procesal Internacional. Montevideo, 1889

El Primer Congreso Internacional Sudamericano de Derecho Internacional Privado, celebrado en Montevideo-Uruguay entre 1888 y 1889, adoptó los llamados Tratados de Montevideo de 1889. Uno de ellos, el Tratado de Derecho Procesal Internacional fue suscrito el 11 de enero de 1889 y, ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, se adhirió Colombia. El Perú lo aprobó mediante Resolución Legislativa del 25 de octubre de 1889, se encuentra vigente desde el 16 de mayo de 1890, fecha de su aceptación.

Este tratado no tiene un Título específico sobre cooperación judicial internacional, pero sí uno –el Título III- subtulado “Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales”. De manera que, en cuatro artículos, del 9 al 12, se regula sobre los exhortos o cartas rogatorias que son precisamente el medio por el cual es posible la cooperación judicial y, como ya se ha señalado, es el pedido que una autoridad judicial hace a otra extranjera para que en su territorio practique un determinado acto procesal que es vital para el proceso que conoce.

Es necesario aclarar que la referencia a “exhortos y cartas rogatorias” o a “exhortos o cartas rogatorias”, que hacen los artículos 9º al 12º e incluso 3º de este tratado, debe entenderse que es a un mismo término: el exhorto internacional.

Objeto de los exhortos o cartas rogatorias. Conforme al artículo 9º del tratado, lo será “hacer notificaciones, recibir declaraciones o practicar cualquiera otra diligencia de carácter judicial”. Este contenido es bastante amplio; pues, comprende los clásicos actos procesales que requieren de asistencia judicial, como lo son realizar notificaciones, actuación de pruebas en general, ejecución de medidas cautelares, y, nos permitimos considerar informar sobre el Derecho extranjero. Precisamente, el artículo 10º del tratado complementa el artículo anterior al considerar que los exhortos pueden referirse a embargos, tasaciones, inventarios o diligencias preventivas.

Requisito del exhorto o carta rogatoria. Es condición establecida por el artículo 9º en concordancia con los artículos 3º y 4º del tratado, que el exhorto librado esté debidamente legalizado por la vía diplomática.

Ley aplicable al diligenciamiento del exhorto. Lo será la ley del Estado en donde se pida la ejecución de una diligencia; según lo establece el artículo 11° del tratado. Claro está que esta prescripción está referida a la ley aplicable a la forma que debe observarse para la actuación o el diligenciamiento del exhorto internacional.

Apoderados y gastos. La parte interesada en la ejecución del exhorto internacional, podrá nombrar apoderados en el Estado requerido; debiendo asumir los gastos que estos apoderados y las diligencias ocasionen. Así se advierte del artículo 12° del tratado.

- Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante. La Habana, 1928

En la Sexta Conferencia Panamericana celebrada en La Habana – Cuba en 1928, se adoptó el Código de Derecho Internacional Privado el 20 de febrero de 1928, que por acuerdo de la misma Conferencia lleva por título oficial el nombre de “Código Bustamante”. La Convención y el Código contenido en la misma, fue aprobada y ratificada por el Perú sin reservas mediante Resolución Legislativa N° 6442 de 31 de diciembre de 1928 y, promulgada el 8 de enero de 1929, se depositó el instrumento de ratificación el 19 de agosto de 1929.

Los Estados ratificantes de este Tratado son: Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, y Venezuela. Formularon reservas: Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, República Dominicana y Venezuela.

El Código Bustamante tiene un Título Preliminar y cuatro Libros. Su Libro IV sobre Derecho Procesal Internacional, contempla en su Título Quinto regulación sobre los exhortos o cartas rogatorias.

Competencia. Establece el artículo 389° de este tratado que corresponde al juez exhortante o tribunal del foro decidir sobre su competencia, así como la legalidad y oportunidad del acto procesal a diligenciarse. Por su parte, según el artículo 390° de la misma norma, el Juez exhortado determinará su competencia en razón de la materia para actuar el acto procesal que se le encarga.

Objeto de los exhortos o cartas rogatorias. Conforme al artículo 388° del Código Bustamante, lo será toda diligencia judicial que un Estado contratante necesite

practicar en otro. Esta norma permite considerar cualquier acto procesal (llámese notificaciones, pruebas, medidas cautelares, etc.) que requiera el tribunal del Estado requiriente, para dar una efectiva tutela procesal y que, solo podría ejecutarse por el tribunal extranjero requerido.

Requisito del exhorto o carta rogatoria. Es requisito establecido en el artículo 388° del Código Bustamante, que el exhorto sea cursado por la vía diplomática. Además, debe ser redactado en el idioma del Estado exhortante, acompañado con una traducción en el idioma del Estado exhortado, hecha por traductor oficial o, como lo indica el artículo 392° del tratado, por intérprete juramentado.

Ley aplicable al diligenciamiento del exhorto. Claramente señala el artículo 391° de este instrumento internacional, que la ley aplicable a la forma de la actuación o cumplimiento del exhorto o carta rogatoria, será la del Estado requerido. Además, establece que en cuanto al objeto del mismo se tendrá en cuenta la ley del Estado requirente.

Apoderados y gastos. A diferencia del artículo 12° del Tratado de Derecho Procesal Internacional – Montevideo 1889, que establece una facultad a favor de la parte interesada de nombrar apoderado en el Estado requerido para actuar el contenido de la carta rogatoria; el artículo 393° del Código Bustamante establece una obligación al respecto, debiendo la parte interesada asumir los gastos en que incurran los apoderados nombrados, así como los gastos que ocasionen las diligencias.

- Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. Panamá, 1975

Fue adoptada en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP I), convocada por la Organización de Estados Americanos, celebrada en la ciudad de Panamá - Panamá en 1975; a la fecha, forman parte de ella diecisiete Estados ratificantes: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y, un Estado adherente: España.

No cabe duda que inspirada en la labor codificadora de la Conferencia de La Haya²¹ la CIDIP I inició la tarea de la codificación en el sector del Derecho

Procesal Internacional, con la adopción de dos importantes convenciones; una de ellas, es ésta sobre cartas rogatorias que la misma convención se encargó de establecer que tal referencia y la de exhortos se utilizan como sinónimos en el idioma español y, la otra, es sobre la recepción de pruebas en el extranjero, que veremos seguidamente.

Alcance de la Convención:

Conforme al artículo 2º de la Convención, se aplica a los exhortos internacionales ordenados en procesos civiles y comerciales y, que tengan por objeto: a) La realización de actos procesales de mero trámite, como notificaciones en general, la que puede comprender citaciones o emplazamientos; y, b) La recepción y obtención de pruebas, e informes en el extranjero. La Convención, no se aplica a actos que impliquen ejecución coactiva. Cabe precisar que un Estado parte podrá negarse a dar cumplimiento a un exhorto, si es manifiestamente contrario al orden público establecido en el mismo.

Transmisión del exhorto internacional

El artículo 4º de la Convención permite que los exhortos sean transmitidos o transferidos no solo por la clásica vía judicial o, por los funcionarios consulares o agentes diplomáticos, sino también por las propias partes interesadas o por la autoridad central del Estado requirente o requerido según el caso.

Requisitos:

Son dos los requisitos que se deben cubrir para diligenciar los exhortos o cartas rogatorias: 1) Que estén legalizados, salvo dos excepciones: a) Que su transmisión se realice por vía consular, vía diplomática, o por intermedio de la autoridad central y, b) Que el tribunal requerido esté ubicado en zona fronteriza de los Estados parte; y, 2) Que estén traducidos al idioma oficial del Estado requerido; así como también, la documentación que se anexa, la misma que indefectiblemente debe comprender copia autenticada de la demanda y sus anexos, así como de los escritos o resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada e, información sobre cuál es el órgano jurisdiccional requirente, los términos previstos para que la persona notificada actúe y, las advertencias de dicho órgano sobre las consecuencias que entrañaría su inactividad.

Tramitación del exhorto internacional:

Se hará conforme a las normas procesales del Estado requerido, como así lo señala el artículo diez de la Convención; sin embargo, tratándose del fondo de lo que es materia de diligenciamiento, como plazos para actuar por parte de la persona notificada o apercibimiento a ejecutarse en caso de no acatar lo dispuesto por el Estado requirente, se tendrá en cuenta lo previsto por éste; como además se advierte del artículo 8b. de esta norma. Según lo establece el artículo 11° de la Convención y, como es lógico, el Estado requerido tendrá competencia para conocer de las cuestiones o incidencias que se susciten con motivo del cumplimiento de la diligencia solicitada.

Actuación de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos:

Queda limitada a la autorización expresa o tácita del Estado parte a través de sus leyes internas; es decir, si las normas del Estado receptor del funcionario no se oponen a su actuación para dar cumplimiento a los exhortos, actuarán; en caso de poder actuar, no podrán ejercer coerción de ninguna clase. Lo que concuerda con el artículo 524° del Reglamento Consular del Perú.

Costas y otros gastos:

Son asumidas por los interesados; sin embargo, conforme al artículo 12° de la Convención, se podrá otorgar el beneficio de pobreza o auxilio judicial, como se denomina en el Perú, de acuerdo a las leyes del Estado requerido.

- Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. Panamá, 1975

Adoptada en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, convocada por la Organización de Estados Americanos, celebrada en la ciudad de Panamá - Panamá en 1975; a la fecha la han ratificado quince Estados americanos: Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Esta Convención complementa a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, pues ésta ya prevé la actuación de pruebas en el extranjero

previa libración de exhortos; lo que hace la Convención sobre Pruebas en el Extranjero es establecer ciertas precisiones que indicaremos.

Por otro lado, del listado de Estados parte de las Convenciones referidas, podemos advertir Estados vinculados a ambos instrumentos, Estados que solo participan de la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y, Estados que solo son parte de esta Convención. Así, Bolivia, Estados Unidos y España vinculados a la Convención sobre exhortos o cartas rogatorias, no participan de la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; mientras que República de Panamá, Estado parte de esta Convención no participa de aquélla.

Alcance de la Convención:

De acuerdo al artículo 2º de la Convención, se diligenciarán exhortos provenientes de procesos judiciales en materia civil y comercial, que tengan por objeto la actuación de todo tipo de pruebas e informes, siempre que no sean contrarias a las leyes del Estado requerido que expresamente la prohíban, y el interesado proporcione al servicio del órgano jurisdiccional requerido los medios necesarios para el diligenciamiento de la prueba solicitada. Además, se debe tener en cuenta que el Estado requerido podrá negarse a dar cumplimiento al exhorto librado cuando sea manifiestamente contrario a su orden público.

Transmisión del exhorto internacional:

Los exhortos que se libren para la actuación de pruebas, según esta Convención, se han de transmitir al órgano requerido por vía judicial, por intermedio de los funcionarios diplomáticos o consulares o por la autoridad central del Estado requirente o requerido, según el caso. No se prevé que los propios interesados transmitan el exhorto al órgano requerido, como sí lo hace la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; sólo se utiliza la vía oficial que implicaría seguridad en el trámite y celeridad.

Requisitos:

Los establece el artículo 10º de la Convención. Los exhortos deben estar legalizados, salvo que sean transmitidos o devueltos por vía consular o diplomática, o a través de la autoridad central; no se exceptúa la actuación por tribunales fronterizos como lo hace la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. Asimismo, deben estar traducidos al idioma oficial del Estado requerido, como también la documentación anexa.

Tramitación:

Los exhortos sobre actuación de pruebas en el extranjero, se cumplirán de acuerdo a las leyes procesales del Estado requerido; comprendiendo la utilización de los medios de apremio previstos en ellas. La Convención prevé que, el órgano jurisdiccional requerido está facultado para conocer de las cuestiones que se susciten a propósito del cumplimiento de la diligencia (tachas, oposiciones). Tratándose de personas llamadas a declarar, podrán negarse a ello por impedimento, excepción o deber de rehusar su testimonio, según la ley del Estado requerido o del Estado requirente; si se invoca la ley de este último, el impedimento, excepción o deber de rehusar testimoniar debe estar previsto en el exhorto o, confirmarse por la autoridad requirente a petición del tribunal requerido.

- Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas. Montevideo, 1979

Acuerdo internacional adoptado en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, convocada por la Organización de Estados Americanos, celebrada en la ciudad de Montevideo - República Oriental del Uruguay en 1979; son Estados ratificantes: Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay.

Esta Convención cubre el vacío de la Convención Interamericana sobre Exhortos o cartas Rogatorias aprobada en la CIDIP I, al no comprender actos procesales que impliquen ejecución coactiva.

El artículo 1º de la Convención precisa que “las expresiones “medidas cautelares”, “medidas de seguridad” o “medidas de garantía” se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y procesos penales en cuanto a la reparación civil”.

Alcance de la Convención:

Se establece que los jueces o tribunales de los Estados Partes podrán ejecutar medidas cautelares que tengan por objeto: a) El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de las personas, como custodia de

hijos menores o alimentos provisionales y, b) El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de los bienes, tales como embargos, secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda o administración e intervención de empresas.

Ley aplicable:

Debe tenerse en cuenta que la ley aplicable a la declaración de procedencia de la medida cautelar, es la del lugar del proceso; mientras que la ley aplicable a la ejecución de la medida cautelar, a la contracautela y garantía, así como a la modificación o variación de la medida y, las sanciones por petición maliciosa o abusiva, es la del lugar donde se solicita su cumplimiento. Ello en concordancia con los artículos 3º y 4º de la Convención.

Tramitación:

Mediante exhorto se solicitará el cumplimiento de una medida cautelar y serán transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por vía consular o diplomática o por la autoridad central del Estado requirente o requerido, según el caso. Los exhortos o cartas rogatorias requieren legalización y, traducción al idioma oficial del Estado requerido, así como de la documentación que se anexe. En cuanto a la ley aplicable ya se ha señalado en acápite anterior.

Tercería:

El artículo 5º de la Convención establece que se podrá formular tercería u oposición pertinente, con el único objeto de que sea comunicada al juez de origen al devolverse el exhorto. Informado el juez requirente, suspenderá el trámite del proceso principal por un término no mayor a sesenta días con el objeto de que el afectado haga valer sus derechos. Si la tercería interpuesta es excluyente de dominio, o la oposición se fundamentare en la posesión o dominio del bien embargado, es competente el juez del lugar de situación del bien afectado y resolverá aplicando su ley.

Costas y gastos:

En el trámite y ejecución de las medidas cautelares, las costas y demás gastos son asumidas por los interesados. Según el artículo 16º de la Convención, queda

a criterio del Estado requerido dar trámite al exhorto que carezca de indicación de la parte que ha de cubrirlos, salvo que se trate de alimentos provisionales; pues, solo en este caso se diligenciará de oficio.

- Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero. Montevideo, 1979

Fue adoptada en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, convocada por la Organización de Estados Americanos, celebrada en la ciudad de Montevideo – República Oriental del Uruguay en 1979. Son Estados parte: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, que la han ratificado y, España, adherida a ella.

En la CIDIP I se reguló lo relacionado a la recepción y obtención de prueba sobre hechos, más no del derecho extranjero; lo que se subsanó con la labor de la CIDIP II, al adoptar esta Convención²².

La Convención establece que los Estados parte pueden obtener elementos de prueba e información del derecho de cada uno de ellos; sin embargo, el Estado requerido no estará obligado a responder a la consulta formulada si sus intereses estuvieren afectados por la cuestión que dio origen a la información, o cuando la respuesta pudiere afectar su seguridad o soberanía.

Alcances de la Convención:

Proporcionar a las autoridades de los Estados parte las pruebas o informes sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho del Estado requerido; conforme a su artículo 2°.

Medios de prueba:

Según el artículo 3° de este tratado, la cooperación que se prestará se hará a través de los medios de prueba previstos tanto por la ley del Estado requirente como por la del Estado requerido. Sin embargo, son medios de prueba idóneos para esta Convención: a) La prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o de precedentes judiciales; b) La prueba pericial, consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia; c) Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos.

Informes sobre Derecho extranjero:

La cooperación en este sentido no se limita a autoridades judiciales; los Estados parte discrecionalmente podrán atender las solicitudes de informes de otras autoridades, como administrativas por ejemplo, según se advierte del artículo 4º de la Convención. La información solicitada y proporcionada sobre Derecho extranjero, no obliga al Estado requirente aplicar el derecho según el contenido de la respuesta, ni al Estado requerido a exigir se aplique su derecho conforme a la respuesta dada; así lo establece el artículo 6º de la Convención.

Transmisión de la solicitud:

El artículo 7º de la Convención ha previsto que la autoridad jurisdiccional solicitante pueda dirigirse directamente a la autoridad central del Estado requerido, o también puede hacerlo a través de su autoridad central.

- Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. Montevideo, 1979

Instrumento adoptado en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, convocada por la Organización de Estados Americanos, celebrada en la ciudad Montevideo-República Oriental del Uruguay en 1979; forman parte de él como Estados ratificantes: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, y como Estado adherente: Chile.

Alcance del Protocolo:

El Protocolo crea documentos (formularios) y establece reglas de actuación de la autoridad central del Estado requirente y del Estado requerido, intervinientes en el trámite de exhortos cuyo objeto solo sea dar cumplimiento a las actuaciones previstas en el artículo 2º de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias.

Elaboración de los exhortos o cartas rogatorias:

Los exhortos deben elaborarse conforme al formulario "A" del anexo de este Protocolo; el formulario "B" contendrá información esencial para la persona o autoridad a quien deban ser entregados los documentos; mientras que en el

formulario “C”, la autoridad central del Estado requerido deberá certificar si se cumplió o no el exhorto.

Transmisión y diligenciamiento del exhorto:

De acuerdo con el artículo 4º del Protocolo, recibido el exhorto por la autoridad central del Estado requerido, éste lo transmitirá al órgano jurisdiccional competente para su diligenciamiento conforme a la ley interna competente. Cumplido con lo dispuesto por el exhorto librado, la autoridad judicial que lo haya diligenciado dejará constancia del cumplimiento y lo remitirá a su autoridad central con los documentos pertinentes; mientras que ésta certificará la ejecución realizada y, enviará toda la documentación al Estado requirente.

Costas y gastos:

Se establece que el diligenciamiento de cartas rogatorias por autoridad central y los órganos jurisdiccionales del Estado parte requerido es gratuito. No obstante, este Estado podrá reclamar el pago de las actuaciones que, según su ley interna, deban ser sufragadas directamente por los interesados; como así lo señala el artículo 5º de este instrumento.

Tratados bilaterales

Cabe mencionar los tratados bilaterales que el Perú tiene con Brasil, Argentina y Chile, sobre exhortos o cartas rogatorias: Convenio sobre recíproca ejecución de cartas rogatorias suscrito con Brasil el 29 de setiembre de 1879, aprobado por Resolución Legislativa del 24 de octubre de 1879; Acuerdo sobre exhortos o cartas rogatorias de la Región Amazónica con Brasil, suscrito el 8 de junio de 1891, aprobado por Resolución Legislativa de 25 de octubre de 1892, promulgado el 4 de noviembre de 1892, entró en vigor el 27 de mayo de 1893; Convenio sobre Exhortos Judiciales con la República Argentina, firmado el 2 de julio de 1935, aprobado por Decreto Ley N°14572 de 19 de julio de 1963, entró en vigor el 26 de julio de 1963; Convenio sobre Exhortos Judiciales con la República de Chile, firmado el 5 de julio de 1935, aprobado por Resolución Legislativa N°10185 de 18 de enero de 1945, promulgado el 2 de febrero de 1945, entró en vigencia el 17 de abril de 1945²³.

El *Convenio que el Perú tiene suscrito con Brasil de fecha 29 de setiembre de 1879*, se refiere a la ejecución de cartas rogatorias provenientes de procesos penales y

civiles. Concretamente en materia civil, pueden tener por objeto citaciones, interrogatorios, declaración de testigos, procuración, examen, copias, verificación, remisión de documentos y cualquier otra diligencia conducente a la decisión de la causa, siempre que fueran permitidas por la legislación de los dos Estados contratantes; conforme se tiene de los artículos II y III del referido instrumento.

El *Acuerdo sobre exhortos o cartas rogatorias de la Región Amazónica, suscrito con Brasil el 8 de junio de 1891*, tiene por objeto ampliar el acuerdo suscrito el 29 de setiembre de 1879, a fin de facilitar los exhortos de citación o emplazamiento que deban ejecutarse en el Departamento de Loreto o en los Estados del Pará o Amazonas. Se establece que estos exhortos se legalizarán en los Consulados respectivos y, se transmitirán a los jueces por el prefecto peruano y por los gobernadores de los referidos Estados.

El *Convenio sobre Exhortos Judiciales con la República Argentina, firmado el 02 de julio de 1935*, es de contenido amplio. Ello significa que es posible la práctica de cualquier actuación judicial en las “respectivas jurisdicciones” de los Estados parte, a través del mecanismo del exhorto, el que no requiere de legalización de las firmas correspondientes si es que es cursado por la vía diplomática. De su artículo I se advierte asimismo, que la ley aplicable al diligenciamiento del exhorto es la del Estado requerido.

El *Convenio sobre Exhortos Judiciales con la República de Chile, suscrito el 5 de julio de 1935*, también es de contenido amplio; en tanto que de su texto no se advierte cuál debe ser el objeto del exhorto librado, ni el tipo de proceso del que debe proceder. En consecuencia, los exhortos que uno de los Estados parte libre a otro, pueden estar referidos a notificaciones en general, pruebas, informes del Derecho, etc. y, proceder de proceso civil, comercial, etc. El artículo I de este tratado solo indica que los exhortos para su recepción y diligenciamiento no necesitan estar legalizados, siempre que sean cursados por la vía diplomática con nota oficial.

Es preciso señalar que el 28 de marzo del 2007, el Perú y Colombia suscribieron el Tratado sobre Cooperación Judicial en materia civil, comercial y administrativa; aun no está ratificado. El tratado prevé la cooperación judicial respecto a notificaciones, práctica y obtención de pruebas, intercambio de información sobre legislación y jurisprudencia, e incluso en el sector de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales que, de ordinario ha merecido un tratamiento particular.

Régimen Común

Trata de la regulación de la cooperación judicial internacional a falta de norma convencional o tratado; se tiene en cuenta entonces, el principio de reciprocidad.

Se ha de librar carta rogatoria a través del Ministerio de Relaciones Exteriores para que el acto procesal sea realizado por la autoridad extranjera requerida, o por el funcionario consular del Estado requirente en la correspondiente circunscripción, no importando la nacionalidad del destinatario (puede ser peruano o extranjero) y, siempre que tal práctica no se oponga a la legislación del Estado requerido.

Así se advierte del artículo 168° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A falta de tratado, si el exhorto está dirigido a autoridad judicial extranjera, debe estar legalizado y se transmitirá vía Ministerio de Relaciones Exteriores “invocando la recíproca conveniencia de celeridad procesal”. Igual conducto se utiliza si los exhortos se libran a funcionarios consulares peruanos, por parte de los jueces nacionales, para efectuar notificaciones y actuar todo tipo de pruebas, sin la posibilidad de utilizar apremios, conforme a lo previsto por el artículo 524° del Reglamento Consular, Decreto Supremo N°076-2005-RE.

Finalmente, es importante tener en cuenta que el ejercicio de funciones judiciales o de ejecución extraterritorial de los actos del proceso civil, les compete a los Cónsules de manera directa en base a lo previsto por el derecho consular consuetudinario, el derecho convencional multilateral y bilateral, y el derecho interno de los Estados²⁴. Por ello, se debe observar el artículo 5j) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, del 24 de abril de 1963, que establece que es función consular “comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del estado receptor”; asimismo, los artículos 524° a 534° del Decreto Supremo N°076-2005-RE, Reglamento Consular del Perú, que regula las funciones judiciales de los cónsules peruanos.

4. CONCLUSIÓN

La voluntad de los Estados en colaborar con la efectiva administración de justicia en los procesos civiles con elemento extranjero, hace posible que se practiquen

actos procesales fuera de la circunscripción del tribunal de origen del proceso. Tal voluntad manifestada en forma expresa, con la adopción de tratados, o en forma tácita, cada vez que al Estado requerido se le solicita practicar una diligencia y la hace, muchas veces en espera de reciproca actitud, permite considerar que la institución de cooperación judicial internacional no es ilusoria, sino más bien real, lográndose flexibilizar el concepto de soberanía y el principio de territorialidad del proceso.

Como se ha visto, el Perú forma parte de importantes convenciones sobre la materia que involucran a un significativo número de Estados americanos; mientras que la concertación bilateral es mínima y data de hace muchos años. Sin embargo, la falta de celebración de tratados con otros Estados, no es óbice para que la cooperación judicial internacional se de y sea efectiva, a la luz del régimen común que prevé el ordenamiento jurídico nacional teniendo como base el principio de reciprocidad.

¹ Loewenstein, K.. Teoría de la Constitución. 2ª. ed., Barcelona: Ariel, 1970, p.55.

² Couture, E.J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 4ª. ed., Montevideo-Buenos Aires: B de F Ltda., 2005, p.25.

³ Miralles Sangro, P.P. En: Derecho Internacional Privado. Vol. I, 5ª. ed., 2a. reimpresión, Madrid: Colex, 2006, p.480.

⁴ Proceso civil internacional es sinónimo de proceso derivado del tráfico jurídico internacional o proceso civil con elemento extranjero. Cabe recordar que el elemento extranjero puede estar referido a la persona, al bien o al acto celebrado por las partes.

⁵ El artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, señala en su primer párrafo: “El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”.

⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la que el Perú forma parte: “Artículo 26. “Pacta sunt servanda”.- Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

⁷ En cuanto al principio de reciprocidad: “...actitud que un Estado adopta por propia voluntad a falta de norma expresa –en este caso un tratado- en respuesta simétrica o similar a la ya adoptada por otro Estado”. Arriola Espino, Marcela T. En: Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p.894.

⁸ González Campos, J.D. Derecho Internacional Privado. Parte Especial. Vol. I, Oviedo: Gofer, 1984, p357. Vid. además, Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S. Derecho Internacional Privado. 3ª ed., Madrid: Thompson-Civitas, 2004, p.260-261.

⁹ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. Derecho Internacional Privado. Vol. I, 7ª ed., Granada:Comares, 2006, p.417.

¹⁰ Espinosa-Saldaña Barreda, E. Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso. Ed. ARA, Lima, ps.420. Vid. Artículo 139 de la Constitución Política del Estado.

¹¹ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. Op. cit, p.611. Rouvier, J.M. Problemas de Derecho Procesal Internacional en América Latina: Convenciones de la CIDIP-I y Proyectos de la CIDIP-II. Referencia Especial a la Legislación Venezolana. En: OEA-Comité Jurídico Interamericano. Cursos de Derecho Internacional.

-
- Serie Temática Vol. I (Parte I): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Washington D.C., 2002, p.170.
- ¹² Vid. además artículos 150 y 151 del Código Procesal Civil y, artículos 524 a 534 del Reglamento Consular del Perú: Decreto Supremo N°076-2005-RE.
- ¹³ Vid. Grieder Machado, H. En: Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional. Aguilar Benitez de Lugo, M. y otros. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2002, p.123-124. García Calderón, M. Derecho Internacional Privado. Lima: UNMS, 1969, p.366. Lazcano, Carlos A. Derecho Internacional Privado. Buenos Aires: Platense, 1965, p.642-644.
- ¹⁴ Batiffol, H. y Lagarde, P. Droit International Privé. T.I., 6a. ed., Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, p..31.
- ¹⁵ Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S. Op. cit. p.261.
- ¹⁶ Vid. Alfonsín, Q. Teoría del Derecho Privado Internacional. Montevideo: Idea, 1982, p.278-88. www.oas.org
- ¹⁷ Ellos son: Tratado de Derecho Procesal Internacional, Tratado de Propiedad Literaria y Artística, Tratado sobre Patente de Invención, Tratado de Marcas de Comercio y de Fábrica, Tratado de Derecho Penal Internacional, Tratado sobre Ejercicio de Profesiones Liberales, Tratado sobre Derecho Civil Internacional, Tratado de Derecho Comercial Internacional, Protocolo Adicional sobre Aplicación de las Leyes Extranjeras.
- ¹⁸ Comprende un Título Preliminar y cuatro Libros: de Derecho Civil Internacional, de Derecho Mercantil Internacional, de Derecho Penal Internacional y de Derecho Procesal Internacional.
- ¹⁹ En la CIDIP I, Panamá 1975, se adoptaron seis convenciones: Convención Interamericana relativa a conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas; Convención Interamericana relativa a conflicto de leyes en materia de cheques; Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional; Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias; Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero; y, Convención Interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero. En la CIDIP II, Montevideo 1979, se adoptaron los siguientes instrumentos internacionales: Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheques; Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles; Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros; Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares; Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero; Convención Interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado; Convención Interamericana sobre normas generales del Derecho Internacional Privado; y, Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias.
- ²⁰ Vid. Artículo 55 de la Constitución Política del Estado; Artículo 24 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- ²¹ Fuente de Inspiración lo fueron los Convenios de La Haya de de 1 de marzo de 1954 sobre procedimiento civil, del 15 de noviembre de 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de los documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial y, el de 18 de marzo de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil.
- ²² De Maekelt, T. B. Resultados de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II). En: Organización de los Estados Americanos-Comité Jurídico Interamericano. Cursos de Derecho Internacional. Serie Temática, Vol. I (Parte I): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Washington D.C., 2002, p.310.
- ²³ Fuente: Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores y, Dirección de Coordinación con la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia.
- ²⁴ Maresca, A. Las relaciones consulares. Madrid: Aguilar, 1974, p.330.

LA HERENCIA POSITIVISTA CONVERTIDA EN LEGALISMO

JOSÉ C. ALTAMIRANO PORTOCARRERO*

Resumen:

La herencia del positivismo se ve plasmada en la relevancia que tiene para él, los principios de legalidad y de seguridad jurídica; que si fuesen tomados desde la perspectiva positivista, no podría hablarse de derecho, en tanto que la labor del juez se limitaría a la aplicación objetiva de la ley. Sin embargo, no podemos concebir dichos principios desde una perspectiva positivista, sino tenemos que estudiarlos teniendo en cuenta que existen pilares como la justicia, concebida desde una determinada ideología, creencia, costumbre, etc. y en base a ellos, entenderse los valores que encarnan y nutren el ordenamiento, así como al ordenamiento mismo.

Palabras clave: - Positivism jurídico - Principio de legalidad - Seguridad Jurídica.

Abstract:

The inheritance of the positivism is shaped in the relevance that it has for it the principles of legality and legal certainty, if they were taken from the positivist perspective, it would be no possible to talk about legal right, whereas the work of the judge would be limited the objective application of the law. Nevertheless, we cannot conceive these principles from a positivist perspective; we must study them keeping in mind the existing concepts of justice, conceived from a certain ideology, belief, custom, etc. Based on them, understand the values that incarnate and nourish the ordering, as well as the ordering itself.

Key words: - Juridical positivism - Principle of no crime - Legal certainty.

Sumario:

1. Introducción 2. El positivismo jurídico. 3. La herencia del positivismo. 4. Principio de legalidad. 5. La seguridad jurídica. 6. Conclusiones

* Juez Provisional del 43° Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

1. INTRODUCCIÓN

¿Cuál es el legado dejado por el positivismo jurídico?, ¿Se puede concebir Derecho sin Justicia?. Estas y otras interrogantes serán contestadas a lo largo del presente artículo. Pero, ¿Qué se entiende por positivismo? Es un sistema filosófico que admite únicamente el método experimental, rechazando toda noción *a priori* y todo concepto universal y absoluto. El positivismo tiene como fundador a AUGUSTO COMTE, el cual se propone explicar las relaciones humanas mediante leyes sociales que se expresan en la conexión causal propia de los fenómenos de la naturaleza. Por lo que, para el positivismo solo es legítimo y firme un conocimiento que transcriba en fórmulas racionales los datos de la experiencia sensible. La realidad solamente es captada a través de los fenómenos y sus relaciones. Señala a su vez, que en el estado positivo, el espíritu humano, reconoce la imposibilidad de obtener nociones absolutas, renunciando así, a buscar el origen y el destino del Universo, y a conocer las causas íntimas de los fenómenos para atenerse únicamente a descubrir, por el uso bien combinado del razonamiento y de la observación, sus leyes efectivas. Por lo que la explicación de los hechos queda reducida entonces a sus límites reales. Comte advierte, a su vez, la existencia de una dualidad en los métodos de pensamiento, pues mientras para unos fenómenos se emplea la explicación causal (Fenómeno mecánico, físico, etc.), para otros se emplea la especulación libre que parte de concepciones metafísicas. Considerando estas actitudes mentales como incompatibles desde un punto de vista lógico, y teniendo en consideración que el conocimiento reclama una perfecta coherencia metódica, se inclina por el primero de ellos¹. Este sistema se caracteriza por el uso del método experimental, inductivo; y de acuerdo con el matiz constructivo que se tome en cada caso, se puede señalar que el positivismo se dividió en: positivismo sociológico, positivismo jurídico y el positivismo lógico. Nos interesa aquí el positivismo jurídico, sin embargo cabe señalar que el positivismo sociológico busca en el Derecho los factores sociales que lo integran, considerando que el Derecho "es un fenómeno social que debe ser descrito objetivamente sin consideraciones valorativas"²; por su parte el positivismo lógico nació como rechazo a las ideas positivistas tradicionales que creían en la experiencia personal como base del verdadero conocimiento, resaltando la importancia de la comprobación científica. Se desarrolla en el plano de la epistemología de las ciencias, siendo partidaria de la ciencia y enemiga del irracionalismo y la metafísica; tiene como característica fundamental la reducción de la filosofía al análisis del lenguaje³.

2. EL POSITIVISMO JURÍDICO

En cuanto al positivismo jurídico, autores como Karl Larenz señalan que “el mismo se desarrolla a través de tres tipos diferentes pero que en el fondo se identifican, y son los siguientes: el derecho se puede considerar como un hecho psicológico puesto que no se encuentra en la realidad externa, sino en la conciencia de los hombres..., el segundo caso llega a una teoría del derecho predominantemente sociológica, ya que se puede clasificar a los hechos de la existencia social, puesto que se refiere a la conducta social de los hombres..., la tercera posición, se representa por la teoría pura del derecho que emprendió Kelsen, el intento de vindicar para la ciencia del derecho, de modo similar a la lógica y a la matemática un objeto puramente ideal...⁴, otros comentando el positivismo jurídico, como el caso de García Maynez señalan que “el positivismo se caracteriza por su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido”⁵, al respecto se dice que el positivismo jurídico nació como teoría opuesta al iusnaturalismo, llagándose hablar de dos ordenes que se oponían “en este último -iusnaturalismo- tiene valor de orden (ordenamiento), solo lo que es justo, la norma no es valida si no es justa, en cambio para el positivismo es justo solo lo que es ordenado, la norma es justa sólo si es valida. Para el ius naturalismo , la justicia es la consagración de la validez; para el positivismo la validez es la consagración de la justicia⁶. Es importante mencionar ello, porque Kelsen consideró a la justicia como un ideal irracional (principal crítica a la doctrina iusnaturalista). Lo resaltante del positivismo jurídico, es “el rechazo a todo lo extralegal, de todo derecho que no haya sido creado por la convención humana, sea que aparezca en forma de derecho natural, divino o racional. El pensamiento del derecho deviene entonces pensamiento de la legalidad. Esto, confiere al pensamiento jurídico un valor de objetividad, de estabilidad, de *positividad*. El positivismo fue, entonces, considerado como un método puramente jurídico y su purismo consistió en la eliminación de toda consideración meta jurídica”⁷.

Lo que nos permite identificar a los positivistas jurídicos es que ellos postulan la prioridad y la suficiencia de los métodos cuantitativos y los presupuestos de las ciencias conocidas; rechaza por su parte todo lo que no es demostrable en la forma de la ciencia que ha adoptado, es contraria a la introducción de elementos subjetivos y axiológicos, o sea no la persona, ni los valores tienen valor científico porque no son computables. Por lo que siguiendo esta línea de pensamiento el juez se limitaría a la aplicación objetiva de la ley olvidando o marginado su situación social, su educación y sus ideologías⁸. Se prohibiría entonces al juez

crear derecho, se le prohibiría negarse a fallar ya que la ley es clara, completa, sin lagunas ni contradicciones, por lo que el juez no puede alegar que la ley no resuelve el caso, es oscura, etc⁹.

El positivismo alcanzó su punto cimero con la rigurosa construcción teórica de Hans Kelsen. La teoría pura del Derecho deslumbró a los juristas por su coherencia y sus aciertos en el tratamiento de la dimensión formal-normativa del derecho. La doctrina jurídica se impregnó, en gran medida de los postulados Kelsenianos. Su fuerza de convicción y su atractivo teórico fueron avasalladores. Los hombres de derecho se rindieron entusiastas ante los logros del maestro neokantiano¹⁰. Pero ¿En qué consistió dicha teoría?. La llamada escuela vienesa¹¹ fundada por Kelsen, llevó el logicismo jurídico a su culminación extrema, por cuanto ha sentado como base de su teoría filosófica del derecho positivo (lo que llama teoría pura del derecho) el criterio de la pureza del método, se entiende por tal el empleo de conceptos puramente formales y normativos, con exclusión de toda consideración valorativa y finalista¹². Su punto de partida es la radical oposición kantiana entre el *ser* y el *deber ser* correspondientes a dos modos distintos e independientes: el de los hechos o fenómenos y el de las normas. El derecho según Kelsen se mueve exclusivamente en esta última esfera y es ajeno tanto a cuestiones sociológicas como a las ético políticas. Por ser ellas meta jurídicas. Desde este punto de vista meramente formal, la teoría del Derecho tiene como único tema el de las normas o proposiciones jurídicas. El derecho es un sistema de normas o proposiciones jurídicas reguladoras de la coacción. La esencia de la norma jurídica traduce en una proposición en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición. Así la regla de derecho es, para Kelsen un imperativo hipotético y heterónomo, una norma condicional de coacción que se presenta bajo la forma de una doble regla, una norma secundaria (un individuo debe obrar o abstenerse) y una norma primaria (a falta de acto o abstención el órgano del Estado ejercerá contra él una cierta coacción)¹³.

Para Kelsen el derecho se identifica con las normas¹⁴, y si todo derecho esta reducido a las normas, no hay otro derecho que el positivo, y como este procede del orden estatal, el derecho y el estado son una misma cosa. Además sostiene que “la norma jurídica no consiste, como aparece en la doctrina tradicional, en el imperativo de una norma moral sino en el juicio hipotético que expresa el enlace específico de un hecho condicionante con una consecuencia condicionada, así como la ley natural enlaza un hecho determinado, como causa, con otro como efecto; así ocurre en la ley jurídica entre una condición

jurídica y su consecuencia. En el modo del enlace de los hechos, en un caso la causalidad, en el otro la imputación, la que debe ser reconocida en la doctrina pura como la legalidad específica del derecho. Así se explica que mire a la norma como un esquema de interpretación privado de todo valor ético o real. Por lo que la construcción del saber jurídico según Kelsen, ha de hacerse conforme a valores lógicos, si privamos a la norma jurídica de sus elementos materiales, queda reducida a un elemento lógico y basta esta ligera referencia para advertir el carácter de extremo logicismo de esta escuela¹⁵. Cabe resaltar, el pensamiento kelseniano en cuanto a considerar que los “ordenes de coerción llamados Derecho” solo son efectivos-eficaces- cuando garantizan la paz y la seguridad colectiva; lo mencionado es sumamente importante ya que para Kelsen la eficacia es condición *sine qua non* de la validez de un ordenamiento jurídico, por lo que un ordenamiento jurídico solo es válido si es eficaz, y como ya se mencionara anteriormente para el positivismo jurídico solo existe justicia si es que la norma es valida, haciendo depender de un dato empírico (como lo es la eficacia) la validez y la “justicia” de un ordenamiento jurídico¹⁶. Y es por ello, que él, ejemplificando su pensamiento, señala que una banda de ladrones podría ser considerado como un orden jurídico, y la colectividad fundada por dicho orden podría ser considerada como un Estado, siempre y cuando tenga un orden de coerción (para él igual a derecho), este limitado a un cierto territorio y dicho orden de coerción sea eficaz esto es, asegure la paz y la seguridad colectiva; aún cuando esta banda sea considerada criminal, señalando por ejemplo la existencia en el pasado de los Estados llamados “piratas”, Estados cuyas naves hacían reinar la inseguridad en el mar Mediterráneo. Considera asimismo, que no debe incluirse ningún juicio de valor, para efectuar la distinción entre “colectividades jurídicas y bandas de ladrones”. Por lo que niega valores como la justicia al considerarla un ideal irracional, dice: “si la justicia se convierte en un criterio del Derecho, un criterio que distinga a los ordenes jurídicos de los demás ordenes normativos los ordenes de coerción capitalista del mundo occidental no serian ordenes jurídicos desde el punto de vista del ideal de justicia comunista, y en la misma forma, el orden de coerción comunista de la Unión Soviética no sería un Derecho desde el punto de vista del ideal de la justicia capitalista. La ciencia jurídica positiva no puede aceptar una noción de Derecho que nos lleve a tales conclusiones. Se puede calificar de injusto a un cierto orden jurídico desde el punto de vista de una cierta norma de justicia”¹⁷.

La justicia por ende para Kelsen, significa un “ideal irracional, y por mas indispensable que sea desde el punto de vista de las voliciones y de los actos

humanos, no es accesible al conocimiento. Desde el punto de vista del conocimiento racional, solo existen intereses, y por tanto, conflictos de intereses. La solución de tales conflictos solo puede lograrse por un orden que o bien satisface uno de los intereses en perjuicio del otro o bien trate de establecer un compromiso entre ambos.

El que sólo uno de esos dos ordenes sea justo, es algo que no puede establecerse por un conocimiento racional. El conocimiento solo puede revelar la existencia de un orden positivo, evidenciada por una serie de hechos objetivamente determinables. Tal orden es el derecho positivo. Solo este puede ser objeto de la ciencia; y solo él constituye el objeto de una teoría pura del derecho que no sea metafísica, sino ciencia jurídica¹⁸. Si bien Kelsen señala que la justicia es subjetiva, llegó a considerar que es posible darle una significación objetiva, en este sentido justicia significa legalidad, por lo que justo es que una regla sea efectivamente aplicada en todos aquellos casos en que, de acuerdo con su contenido deba aplicarse. Injusto es, que la regla sea aplicada en un caso y deje de aplicarse en otro semejante¹⁹.

3. LA HERENCIA DEL POSITIVISMO

Si entendemos al igual que Kelsen, que Justicia significa Legalidad (en cuanto aplicación de la norma al caso específico, esto es, si se aplica la norma al caso concreto que la contiene, entonces se esta haciendo justicia), y por otro lado, sabemos que el positivismo buscó dotar al derecho de exactitud, de lógica -al igual que las matemáticas y la física- entonces entendemos que la consecuencia de la influencia de dicho sistema filosófico, esto es la herencia del positivismo, es la aplicación de principios como el de legalidad (para la aplicación de la sanción establecida en el orden coercitivo, debía estar establecida de manera clara, expresa la conducta pasible de ello), pero a su vez, y como ya explicamos anteriormente, para que un ordenamiento sea eficaz y por ende válido, Kelsen señaló la exigencia de que dicho ordenamiento debía proporcionar seguridad y paz, por lo que "el principio de legalidad, es pues, un medio racional de lograr dicha seguridad jurídica"²⁰. Tanto el principio de legalidad como el de seguridad jurídica "eran mas que necesarios, irrenunciables e indispensables para el pensamiento positivista. Aún cuando estos postulados nos regresen al razonamiento jurisdiccional mecanicista de Montesquieu: *el Juez no es sino la boca que pronuncia la palabra de la ley*"²¹, pero su necesidad radicaba, en que dichos principios garantizaban que las normas (tanto el presupuesto de hecho como la consecuencia jurídica) estuviesen previstas, esto es se sujetaran al principio de predictibilidad.

4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad nace como una forma de garantizar los derechos de los ciudadanos a través de la ley que es “cierta, escrita y estricta”²², la misma que pone límites al Estado, el cual queda subordinado a la voluntad general expresada en la ley, no permitiendo privilegios o mecanismos de excepción ni al ciudadano ni al Estado²³. Si consideramos que el positivismo jurídico postula por un ordenamiento jurídico “perfecto”, al ser lógico y consistente, el mismo que no debería tener vacíos o deficiencias, y si este pensamiento es llevado al campo del derecho penal “bajo el fundamento de que todo debe estar expresado, el imputado debe tener la certeza que la conclusión de algún proceso que soporta, conducirán a un resultado preciso, que por supuesto es si no el querido, al menos el previsto...pero ¿qué sucedería si el resultado ante una propuesta jurídica en un problema determinado no es como ha sido predicho? Pongamos un ejemplo, si el supuesto inicial fuese que *todo el que mata a otro entonces será reprimido con pena privativa de la libertad de seis a veinticinco años* desencadenada la relación positiva y lógica que por el principio de significabilidad empírica generaría el principio de verificabilidad. Es decir, siempre que haya alguien que mate, ese alguien tendría que recibir la sanción de pena privativa de libertad, pero ¿qué sucedería si alguien mata, con lo cual se cumple el principio de significabilidad empírica, pero no recibe pena, digamos porque mato en legítima defensa? ¿Diremos que el resultado no se cumple, es decir que el principio de verificabilidad es imperfecto?²⁴, Consideramos por ello mas bien que las normas no son proposiciones formales carentes de valores, o mejor dicho, que el ordenamiento jurídico no es un conjunto de normas sin valores, sin fines que lo inspiran, si no, como bien lo dice Kelsen para que un ordenamiento jurídico sea valido requiere ser eficaz, así también creemos que es necesario que el mismo tenga pilares sobre los cuales repose y se inspire y dichos pilares son determinados valores que inspiran el derecho, son los fines que persigue el mismo, que permiten la existencia de postulados como la legítima defensa.

Pero bien, el principio de legalidad²⁵ “cumple una función de orientación por la cual el ciudadano puede calcular y ponderar los riesgos y las cargas a las que se expone en caso decida ir en línea opuesta a los mandatos jurídicos, sabe con precisión en que casos su comportamiento puede hacerse acreedor a una pena o a una medida de seguridad. Solo así se logra fomentar la confianza y el respeto hacia el derecho por parte del ciudadano y la población en conjunto. Mediante el principio de legalidad se logra erradicar del derecho penal y del

derecho en general la incertidumbre, el azar, la arbitrariedad y el desamparo²⁶, que es el postulado buscado por la escuela positivista.

Si bien es cierto, y por ello, se hace necesaria la existencia del principio de legalidad (recogido en nuestra carta magna) ya que evita incertidumbre, pero ¿qué sucedería si es que hoy se castiga una acción y mañana no, por el simple cambio de percepción del juez, ¿aún cuando el hecho sea el mismo?, la situación jurídica de las personas dependería de los cambios de opinión del juez²⁷, el cual podría estar motivado por influencia de terceros o en virtud de una manipulación política, el ciudadano esta sometido en un permanente riesgo: por un lado no conoce el núcleo o los límites de la prohibición y por el otro, esta librado a la arbitrariedad del juzgador, tanto en la calificación del delito como en la imposición de una pena²⁸. Es pues así, como el principio de legalidad logra evitar dichos “cambios” al establecer parámetros que se expresan a través de normas, también es cierto que si se hiciese una aplicación literal de la norma (sin contar con la experiencia, con la facultad discrecional del magistrado, con fines y valores que inspiran el derecho) sería un remedo del derecho, una monstruosidad²⁹ y se volvería a considerar al juez como “la boca por donde habla la ley”, dejando un gran margen de insatisfacción en la población, al ver frustrados sus deseos, por no ver resuelto su conflicto de intereses.

5. LA SEGURIDAD JURÍDICA

Por su parte la seguridad jurídica, busca ser la garantía que el derecho proporciona a los asociados respecto de la conservación y respeto de sus derechos, no tratándose de una seguridad metafísica, mística o la de un optimista, ni de la seguridad psicológica del hombre equilibrado, ni de la seguridad material del hombre de fortuna, sino simplemente de la seguridad del hombre que sabe que ha de contar con normas exigibles en su trato con los demás³⁰, por lo que se entiende que dicha seguridad reclama la vigencia, el respeto del derecho positivo; a su vez implica la existencia de ordenamiento jurídico y un grado determinado de previsibilidad. Es gracias a dicha seguridad que las personas pueden prever el futuro y tomar decisiones. La seguridad jurídica es el valor de situación de la persona como sujeto activo o pasivo de relaciones sociales, que conociendo o pudiendo conocer cuales son las normas jurídicas vigentes, tiene la confianza de que ellas serán efectivamente cumplidas. Por lo que gracias a la seguridad jurídica se puede presumir que todos conocemos la ley, que la norma será aplicada a todos los casos previstos en su supuesto de hecho, entre otros, que dan estabilidad a la situaciones diarias.

Después de haber realizado un breve recorrido por el pensamiento positivista, y darnos cuenta de que el mismo nos dejó como herencia el principio de legalidad y de seguridad jurídica, (los que se encuentran reconocidos constitucionalmente), y que si bien se creyó necesario negar el valor justicia (en su consideración subjetiva) como elemento y fin del ordenamiento jurídico, para dar paso al empleo de conceptos puramente formales o normativos, donde el ordenamiento jurídico de un Estado es valido siempre y cuando sea eficaz, y si es valido es justo (justicia en el sentido de legalidad, como aplicación de la norma al caso concreto), si bien es cierto todo ello, si nosotros concibiéramos dichos principios (legalidad y de seguridad jurídica) dentro de la concepción positivista, el derecho no tendría razón de ser, ya que para el citado sistema la ley lo sería todo, no tendría vacíos, lagunas, al estar las conductas prescritas en el ordenamiento jurídico, el juez por su parte, se convertiría en mero aplicador de la ley, donde no pondría en practica su experiencia, su conocimiento, su ideología al caso concreto, peor aún, si el mismo no se encuentra previsto en la norma se vería en la incapacidad de hacer efectiva su facultad discrecional³¹, o hacer uso de diferentes métodos, interpretaciones. Por lo que consideramos necesario estudiar dichos principios en base a los pilares que inspiran el ordenamiento jurídico, como lo es principalmente la justicia. No es concebible el derecho sin justicia.

Si bien dicha corriente desterró todo concepto de valoración subjetiva (justicia), y admitió válidamente la "relatividad" de los ordenamientos jurídicos (esto es, el "Estado pirata" puede ser considerado como orden jurídico (a pesar de que para otros sistemas filosóficos no lo era por no ser justo), creemos que se equivoca al dejar a un lado la justicia por considerarla un ideal irracional, ya que, así como existe relatividad en los ordenes jurídicos, de la misma forma existe relatividad en las consideraciones valorativas que se realicen acerca de la justicia, esto es, tanto el ordenamiento jurídico como los valores que lo inspiran y nutren, serán considerados de acuerdo a las costumbres y creencias de determinada colectividad.

El error por parte de los iusnaturalista, en el caso concreto, es no considerar el "Estado Pirata" como ordenamiento jurídico, al ser contrario a lo que ellos consideraban como justo, por su parte, el error de los positivistas fue eliminar de su estudio este concepto, por ser subjetivo y ver la imposibilidad de su conocimiento vía racional. Consideramos ello un error, porque el hecho que esos ordenamientos sean diferentes no indica que uno sea justo o injusto, será justo o injusto dependiendo de las ideológicas, costumbres, creencias, etc, que

posea la colectividad que lo hace suyo, esto es que se somete a él. Por ejemplo, cuando se produce la conquista de América y del Perú específicamente, los europeos (desde su perspectiva ideológica) nos consideraban bárbaros, salvajes, degradando en su caso, al indio a la categoría de animal, pero no significa que el orden social europeo era el justo o correcto y el nuestro no, eran simplemente diferentes. De otro lado, colocar al margen los juicios de valor subjetivos, por considerarlos no pasible de conocimiento racional y contrario por ende, a la teoría pura del derecho, que buscaba hacer del derecho una ciencia, es tal vez no entender el derecho en su verdadera magnitud, como fenómeno social, como vida humana, como interrelación de seres humanos con creencias, costumbres diferentes, de acuerdo a la época, al lugar, a la ideología que los nutre; y por ende a los valores que los rodean y los inspiran como colectividad. Debemos de entender que el derecho “no es ciencia abstracta, no se elabora a partir de generalidades, se nutre de la vida humana social en cuanto cultura, por eso evoluciona y cambia. El derecho esta en la vida, surge a partir de ella”³². Debiendo estudiarse con los valores que lo nutren e inspiran, en el sentido que la colectividad le pueda dar a los mismos.

6. CONCLUSIONES

1. Kelsen señala que si un ordenamiento jurídico garantiza la paz y la seguridad entonces es eficaz, y al ser eficaz es válido y si el ordenamiento es válido es justo, ya que la justicia es legalidad, por lo que rechaza la existencia de una justicia absoluta que catalogó a un comportamiento como justo o injusto; admitiendo así, la existencia de ordenamientos que desde el punto de vista del iusnaturalismo – justicia absoluta- podrían ser considerados injustos – estado pirata- y que para él son totalmente válidos, justos, es decir legales.

2. La justicia vista desde un punto subjetivo no es considerada por Kelsen como un criterio del derecho, ya que por ejemplo se podría decir que determinada conducta es catalogada justa por unos e injusta por otros, y al ser un juicio de valor, no es pasible al conocimiento racional; por lo que él desarrolla el término justicia visto desde una “significación objetiva”, la cual considera que existe justicia sólo cuando una norma es efectivamente aplicada.

3. La herencia del positivismo se ve plasmada en la relevancia que tiene para el mismo, los principios de legalidad y de seguridad jurídica, que si fuesen tomados desde la perspectiva positivista, no podría hablarse de derecho, en tanto que la labor del juez se limitaría a la aplicación objetiva de la ley olvidando o

marginando su situación social, su educación y sus ideologías. Se prohibiría entonces al juez crear derecho, se le prohibiría negarse a fallar ya que la ley es clara, completa, sin lagunas ni contradicciones, por lo que el juez no puede alegar que la ley no resuelve el caso, es oscura, etc.

4. No podemos concebir dichos principios desde una perspectiva positivista, sino tenemos que estudiarlos teniendo en cuenta que existen pilares como la justicia, concebida desde una determinada ideología, creencia, costumbre, etc. y es en base a cada uno de estos criterios que debe entenderse tanto los valores que encarnan y nutren el ordenamiento, así como al ordenamiento mismo. Se debe reconocer la relatividad de los ordenamientos y de los valores que inspiran los mismos y estudiarlos dentro del contexto en que nacieron. Ningún ordenamiento es justo o injusto, es simplemente diferente.

¹ Torres Vásquez, A. Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho 1° ed.; Palestra Editores, Lima; 1999. Pág. 996 y ss.

² Torres Vásquez, A. I, *Ibíd.* p. 999.

³ Sánchez Vásquez, R. Metodología de la Ciencia del Derecho; 2° ed.; Editorial Porrúa, México; 1997; Pág. 143.

⁴ Sánchez Vásquez, R. *Ibíd.* P. 146-147.

⁵ García Maynez, E. Introducción al estudio del Derecho, 32° ed. Editorial Porrúa; México; 1980; Pág. 40.

⁶ Torres Vásquez, A. *OB. Cit.* p. 999

⁷ Schmitt, C.: Les Trois Types de la Pensee Juridique, PUF, 1995, Paris, Pág. 6; citado en Ismodes Cairo, A.: Ensayos de Sociología Jurídica; Editorial San Marcos, Lima, 1998, Pág.135.

⁸ Ismodes Cairo, A. *Ibíd.* p. 136

⁹ Torres Vásquez, A. *OB. Cit.* p. 1000.

¹⁰ Fernández Sessarego, C.: Derecho y Persona; 3° ed.; Editorial GRIJLEY; Lima; 1998; Pág. 58.

¹¹ La aportación de la escuela de Viena es la importancia otorgada a la lógica en su forma moderna, es decir, similar a las matemáticas... en Sánchez Vásquez, R.: *OB. Cit.* p. 144.

¹² Depurando de su objeto de estudio de todos los elementos que son extraños éticos, morales, axiológicos, políticos, ideológicos, etc. Propios de la moral, la religión, la sociología, la política, eliminando los fines del derecho y tampoco se ocupa de su gestación y desarrollo... en Torres Vásquez, A., *OB. Cit.* p. 1001.

¹³ Castan Tobeñas, J. La noción del Derecho a través de los sistemas filosóficos-jurídicos tradicionales y modernos; Editorial REUS; Madrid; 1947; Pág. 48-49.

¹⁴ Ismodes Cairo, A., *Ibíd.* p. 136

¹⁵ Martínez Paz, E. Sistema de filosofía del derecho; 3° ed. Editorial el Atenco; Buenos Aires, 1940; Pág. 93.

¹⁶ García Maynez, E. La definición del Derecho, Ensayos de Perspectivismo Jurídico; Editorial STYLO; México; 1948; Pág. 191 y ss.

¹⁷ Kelsen, H. La Teoría Pura del Derecho; Editorial Losada; Buenos Aires; Argentina; Pág. 67.

¹⁸ Kelsen, H. General Theory of law and state, translated by Anders Wedberg, Harvard University, 1945, pag. 13. citado en García Maynez, E. *Ibíd.* pag. 188.

¹⁹ Kelsen, H. *Ibíd.* pag. 14.

²⁰ Urquiza Olaechea, J. El principio de legalidad; 1° ed. Lima; 2000, Pág.18.

²¹ Liján Tupez, Carriutero Lecca; El positivismo jurídico; pag. 311.

²² Urquiza Olaechea, J. *Ibíd.*, Pág. 26.

²³ Urquiza Olaechea, J. *OB. Cit.* Pág. 26.

²⁴ Luján Tuzé, Carruitero Lecca, *Ibíd.*, PAG.312

²⁵ Tradicionalmente se distingue cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de prohibiciones, de las cuales las dos primeras se dirigen al juez y las dos últimas al legislador: La prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta*), La prohibición de derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) en ROXIN, Claus: Derecho Penal, parte general, tomo I, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 140.

²⁶ Castillo Alva, J. Principios Del Derecho Penal; 1° ed, GRIJLEY, 2002: Lima; Pág.39.

²⁷ Se vería como intolerante e insoportable, el hecho que un juez cree delitos y penas, sin mayor criterio que su libre albedrío... en Castillo Alva, J. *Ibíd.*, Pág. 36.

²⁸ Castillo Alva, J. *Ibíd.*, Pág.41.

²⁹ Torres Vásquez, A., *OB. Cit.* p. 1006.

³⁰ Torres Vásquez, A., *OB. Cit.* p. 740.

³¹ Ahora bien, ¿Cuál es la diferencia entre la labor interpretativa del juez, la analogía y la facultad discrecional del mismo?, cuando hablamos de interpretación, decimos que el supuesto de hecho concreto coincide con el supuesto normativo, y en este caso el juez interpreta, no consideramos que esta labor aun en subsunción sea una labor mecánica, porque para que el juez diga por ejemplo Juan mató, primero interpreta el hecho, después de interpretar el hecho y de encontrarle un sentido interpreta la norma, emite una sentencia la misma que puede ser considerada como una norma en el caso concreto, entonces el juez es creador de derecho; ahora ¿Cuándo hablamos de analogía? En el caso de la analogía el supuesto de hecho no coincide plenamente con el supuesto de hecho normativo, pero se le aplica una consecuencia ya prevista. Y ¿en que casos el juez realiza labor discrecional? El juez realiza dicha labor cuando el supuesto de hecho planteado no está previsto en ningún supuesto normativo, y por lo tanto no existe una consecuencia jurídica prevista, es el juez en este caso el que otorga la tutela más conveniente, resolviendo para ello con libertad y prudencia.

³² Fernández Sessarego, C. *Ibíd.*, Pág. 39.

LA INCIDENCIA DE LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL QUEHACER DEL PODER JUDICIAL Y ALGUNAS IDEAS PARA ENFRENTAR ALGUNOS EVENTUALES EXCESOS PRODUCIDOS EN ESE CONTEXTO

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA*

Resumen:

Se hace necesario establecer posiciones institucionales, que sean firmes y sólidas; y a la vez respetuosas de los parámetros constitucionales y legales hoy vigentes.

Hacer saber cuál es la postura del Poder Judicial en ciertas materias, hacer notar que frente al presente vínculo, sobre el cual el Tribunal Constitucional ha venido pronunciándose, debe existir una real vocación para establecer consensos básicos y generar una buena coordinación para una mejor integración, formular propuestas y reformas, tanto a nivel constitucional como legislativo para nuestro país.

En este sentido, el Poder Judicial debe establecerse una postura sobre ciertas materias en especial del derecho procesal constitucional, a fin de ser atendidas y resueltas oportunamente por los órganos competentes.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, Poder Judicial, Derecho Procesal Constitucional.

Abstract:

It became necessary to establish firm and solid institutional positions, that are respectful of the constitutional and legal current parameters. To know which is the position of the Judicial Power in certain matters, to let know that in front of the present bond, on which the Constitutional Court has been talking about, it must exist a real vocation to establish basic consensuses and generate a good coordination for one better integration, to formulate proposals and reforms, same in constitutional as legislative level for our country. Following this path, the Judicial Power must settle a position on certain matters in special of the constitutional procedural law, in order to them to be taken care of and to be solved opportunely by the competent organs.

Key words: Constitutional Court, Judicial Power, Constitutional procedural law.

* Catedrático de Pre y Post Grado en Derecho Constitucional de las universidades Pontificia Universidad Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega.

Sumario:

1. Anotaciones preliminares. 2. Lo sucedido en el tratamiento de algunos amparos o hábeas corpus contra resoluciones judiciales. 3. Lo ocurrido frente a la reformulación del tratamiento procesal a ciertos amparos, hábeas corpus y procesos de cumplimiento. 4. Las implicancias del proceso competencial iniciado por el ministro de comercio exterior y turismo. 5. Las modificaciones jurisprudencialmente introducidas al recurso de agravio constitucional. 6. Conclusión.

1. ANOTACIONES PRELIMINARES

En la intención de conseguir una mejor interpretación del ordenamiento jurídico y un mayor control de los actos y omisiones de quienes tienen alguna cuota de poder bajo parámetros más bien objetivos, aquellos que aseguran –o por lo menos, buscan asegurar– la interpretación conforme a Derecho, progresivamente a nivel mundial se han ido en ciertos casos consagrando, y en otros fortaleciendo, diferentes modelos de lo que se ha dado en denominar justicia o jurisdicción Constitucional, siendo en nuestra opinión más técnico usar el segundo de dichos términos¹.

Ahora bien, el establecimiento de que una serie de instituciones y un conjunto de canales procesales específicos tengan como tarea central la de interpretar el ordenamiento jurídico y controlar el ejercicio del poder conforme con lo previsto en la Constitución de cada Estado ha llevado en muchos países a, por diversas razones, optar por la creación de un organismo constitucionalmente autónomo que asuma la responsabilidad de ser el intérprete supremo de la Constitución, labor que debe efectuar bajo parámetros jurídicos; nos estamos refiriendo con esto a la institución que habitualmente en el Derecho Comparado es denominada Tribunal Constitucional.

No es este el lugar para analizar las ventajas o desventajas de la conformación de un Tribunal Constitucional. Lo cierto es que en el Perú, tomando en cuenta la experiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales previsto en la Constitución de 1979, se ha prescrito en la Carta de 1993 la existencia de un Tribunal Constitucional, el cual entró en funcionamiento poco tiempo después. Lo cierto es también que, desafortunadamente, y al igual que lo que ha ocurrido en otros estados, la reciente labor del Tribunal Constitucional peruano ha sido cuestionada en tanto y en cuanto se le acusa de invadir competencias que en rigor son propias de otros organismos estatales. Ello a través de resoluciones

que además han sido planteadas como precedentes vinculantes de observancia obligatoria.

La validez de ese cuestionamiento se hace patente si analizamos la incidencia – o al menos, la intención de incidencia – de algunos últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano en las labores del Poder Judicial del Perú, los cuales pasaré siquiera puntualmente a analizar de inmediato, para luego plantear algunas ideas sobre cómo evitar –o por lo menos, tratar de neutralizar– eventuales excesos que en mi opinión, lamentablemente se habrían estado produciendo en épocas recientes.

2. LO SUCEDIDO EN EL TRATAMIENTO DE ALGUNOS AMPAROS O HÁBEAS CORPUS CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES

Nadie niega, por ejemplo, que es la misma Constitución peruana vigente la que, al igual que su predecesora, habilita en ciertos supuestos la interposición de Amparos o Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales, los cuales, de acuerdo a lo estricto y expresamente previsto en el texto constitucional, pueden en determinados casos ser vistos y resueltos por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, lo recientemente reseñado no faculta a dicho Tribunal Constitucional, mediante un conjunto de sentencias que tienen como expresiones más relevantes y recientes a lo resuelto en los casos “Apolonia Ccollcca” y “Dirección Regional de Pesquería de La Libertad”, a auto habilitarse – si cabe el término – a poder revisar cualquier resolución judicial, donde no importa si lo solicitado pueda haber sido concedido o denegado por la judicatura ordinaria, alegándose para ello la violación o amenaza de violación de cualquier Derecho Fundamental.

Esto en realidad parecer ser el hasta hoy último capítulo de una historia que al parecer se encuentra lejos de concluir.

Y es que con la aprobación de la Ley 23506, de 1982, y la doctrina y jurisprudencia dictadas para precisar y desarrollar sus alcances, progresivamente en el Perú, muy a despecho de lo que sucede en otros países, las demandas de Hábeas Corpus o de Amparo procedían frente a actos u omisiones (leyes y otras normas de carácter autoaplicativo incluidas), sin importar de qué autoridad, funcionario o persona provengan. En el caso de los Amparos debía además tomarse en cuenta que ese medio procesal permite la tutela de todos los Derechos Fundamentales que no fuesen los protegidos

mediante Hábeas Corpus, sin distinguir si estos se encuentran o no expresamente señalados en la Constitución.

Por otro lado, se aceptaban demandas de Hábeas Corpus y Amparos contra resoluciones judiciales, en clave eso sí de lo que en doctrina se denomina tesis admisorio moderada (solamente cuando hay vulneración del Debido Proceso o de la Tutela Judicial Efectiva). Además, y por lo menos en caso de los procesos de Amparo, el establecimiento de algunas causales de improcedencia como la del necesario agotamiento de las vías previas fue mediatizado cuando se establecieron excepciones tan amplias al cumplimiento de este requisito como las consignadas en la hasta ese entonces vigente Ley 23506.

Y como si todo lo recientemente reseñado no tuviese suficiente entidad, se optó por consagrar un Amparo que no obligaba a ir antes a la vía judicial ordinaria para buscar allí la protección de nuestros derechos, fórmula a la cual doctrinariamente se denominó Amparo alternativo. No olvidemos que en el resto del mundo, los procesos constitucionales, por las características que se le asignan en el Derecho Comparado, son vistos, sobre todo si buscan tutelar derechos fundamentales, como medios procesales especiales, expeditivos y específicos para hacer frente a requerimientos de esta naturaleza, a los cuales se acude luego de agotar los medios ordinarios de protección.

La indudablemente bien intencionada lógica tuitiva que fue apuntalando esta manera de entender las cosas, comenzó pronto a confrontarse en los hechos con otros conceptos y perspectivas, las cuales -a veces normativamente, y en ocasiones, en el plano más bien de lo fáctico- progresivamente fueron introduciendo limitaciones, incongruencias y hasta contradicciones en la propuesta que se decía querer apuntalar, propiciándose así la existencia de un escenario en el cual se generaban muchas más expectativas que aquellas cuya atención era posible asumir.

En ese difícil contexto en el que, de un lado, busca dejarse a un juzgador con una mentalidad más bien conservadora y poco protectora de la supremacía constitucional en sus diferentes aspectos, pero donde también se intenta distanciarse de un hiperactivismo judicial, generador de tantos o más problemas que los que dice querer resolverse, es en el cual los autores del Código Procesal Constitucional peruano van a introducir importantes modificaciones en el tratamiento de la procedencia de las demandas de Amparo².

Es en este contexto en el cual debe entenderse el tratamiento dado por el Código Procesal Constitucional a lo relacionado con la procedencia o improcedencia de las demandas de Amparo, habilitadas para la tutela de aquellos Derechos Fundamentales no protegidos por el Hábeas Corpus o el Hábeas Data. Se mantendrá la idea de que el Amparo procede contra actos u omisiones, cometidos por cualquier autoridad, funcionario o persona que viole o amenace en forma cierta e inminente el ejercicio de los derechos cuya protección le ha sido confiada a este medio procesal. Se insistirá también en mantener otras causales de improcedencia ya conocidas, como vías previas o vías paralelas, pero, y aquí viene tal vez lo más interesante, se explicitarán otros supuestos, o por lo menos, se les abordará de manera diferente.

Aún cuando lo esbozado en el Código Procesal Constitucional pueda en algún tema ser cuestionado, y que incluso algunos pongan en entredicho su constitucionalidad y/o su conformidad con tratados de protección de Derechos Humanos³, lo cierto es que lo recogido en la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, implicaba un esfuerzo por racionalizar la interpretación de demandas de Amparo y mejorar el trámite de dichos procesos.

Ahora bien, y en muchos casos incluso cuando el texto de lo dicho en el Código Procesal Constitucional ya era conocido mas todavía no tenía plena vigencia, el Tribunal Constitucional va a otorgar su propia comprensión a las diferentes causales de improcedencia, planteando un escenario bastante distinto al esbozado por el legislador. Ello es precisamente a lo que llega dándole en algunas situaciones un particular significado a las fórmulas previstas en el Código, y en otros, plasmando jurisprudencialmente una alternativa que no solamente no se condice con las prescripciones legales existentes, sino que inclusive su cobertura constitucional merece por lo menos ser puesta en entredicho.

Ello se hace patente particularmente en lo referido a los Hábeas Corpus y Amparos contra resoluciones judiciales.

Basta entonces con efectuar una rápida revisión de varios recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano para comprobar a qué vengo haciendo referencia. Conviene en este sentido dar un vistazo a lo resuelto en los casos “Municipalidad Provincial de San Pablo” (expediente 3846-2004-PA/TC), y los ya mencionados “Apolonia Ccolcca (expediente 3979-2004-AA/TC) y “Dirección Regional de Pesquería de la Libertad” (expediente 4853-2004-PA/TC), tarea que emprenderé de inmediato.

El Código Procesal Constitucional se mantenía en clave de la denominada tesis admisoría moderada, o, dicho de otra manera, permitía la interposición de demandas de Hábeas Corpus y Amparos contra resoluciones judiciales, aunque, en la línea de lo que había venido perfilándose en las décadas de los ochenta y noventa, solamente cuando estuviéramos ante violaciones o amenazas ciertas e inminentes del derecho a la tutela procesal efectiva, el cual abarca al debido proceso en sus dos dimensiones (sustantiva y procesal) y a la tutela judicial efectiva.

Eso sí establecía una restricción antes inexistente: la necesidad de que las resoluciones judiciales impugnadas mediante Hábeas Corpus o Amparo fueran firmes. Por otro lado, una lectura más bien literal de lo prescrito en el Código Procesal Constitucional, permitía deducir que habría un impedimento a la formulación de Amparos contra Amparos, decisión sumamente polémica que, de materializarse, podría dejar abierta la posibilidad de que en una resolución emitida dentro de un proceso de Amparo se vulneren diferentes Derechos Fundamentales sin que ello genere sanción alguna a los infractores, lo cual en principio no parece corresponder con los parámetros propios de un Estado Constitucional.

Esto último es precisamente el tema que se plantea como materia a debatir en el caso “Municipalidad Provincial de San Pablo”. Allí, a propósito de un Amparo contra Amparo, el Tribunal Constitucional señalará que:

“[...] cuando el Código Procesal Constitucional se refiere en su artículo 5° inciso b), a la improcedencia de un proceso constitucional que cuestiona una resolución judicial firme recaída en otro proceso constitucional, esta disposición restrictiva debe entenderse referida a procesos donde se han respetado de modo escrupuloso el debido proceso y la tutela procesal efectiva en sus distintas manifestaciones, conforme al artículo 4° del mismo Código Procesal Constitucional, puesto que una interpretación que cierra por completo la posibilidad del “amparo contra amparo” sería contraria a la Constitución” (fundamento jurídico quinto).

Muy a despecho de lo que parecía buscar el legislador, lo aquí resuelto dejó abierta la vía del Amparo contra Amparo, aún dentro de los parámetros de una tesis admisoría moderada, y sin especificar mayores criterios al respecto. Lo recientemente expuesto, sin duda polémico, muy pronto se entenderá como

poco controvertido en comparación con lo planteado por el Tribunal Constitucional en pronunciamientos posteriores.

Uno de ellos es, sin duda alguna, el emitido en relación con el caso “Apolonia Ccollca”. Allí el Tribunal Constitucional del Perú deja de lado lo explícitamente previsto en el Código Procesal Constitucional – que por cierto, podía gustar más o gustar menos, pero no era inconstitucional– y abandona la tesis admisorio moderada para adoptar la llamada tesis admisorio amplia frente a los amparos contra resoluciones judiciales. Para ello, en el fundamento catorce de su pronunciamiento dejará de lado lo que había sido su posición hasta ese momento, anotando que el concepto “proceso irregular” se va a presentar cada vez que en un proceso se vulnere cualquier derecho fundamental, y no solamente el Debido Proceso, la Tutela Judicial Efectiva, o, a modo de síntesis, la Tutela Procesal Efectiva.

Se alega como sustento para ese cambio de perspectiva un respeto a la eficacia vertical de los derechos fundamentales (en este sentido el fundamento diecisiete de la sentencia en comentario). Ahora bien, y buscando así revertir la crítica que habitualmente se hace a las posturas admisorias amplias, vinculada al riesgo de convertir al Amparo en un nuevo espacio de debate de cualquier resolución judicial, el Tribunal Constitucional peruano anotará que la revisión de las diferentes resoluciones judiciales solamente será posible luego de la realización de tres exámenes, que son a saber el de la razonabilidad, el de coherencia y el de suficiencia.

Según lo descrito por el alto Tribunal, mediante el examen de razonabilidad, el o la jueza constitucional deberá de evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución emitida por los integrantes del Poder Judicial vulnera el derecho fundamental invocado. Por otro lado, a través del examen de coherencia las juezas o jueces constitucionales deberán precisar si el acto lesivo alegado en el caso concreto puesto en su conocimiento se encuentra directamente vinculado con el proceso o decisión judicial impugnada, pues sin ello, no se justificaría la revisión de lo resuelto por los jueces y juezas constitucionales. Y, finalmente, mediante el examen de suficiencia, el juez constitucional determinará la intensidad del control que será necesario para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.

Revisando lo que implican estos tres exámenes, y sobre todo el de suficiencia, bien puede apreciarse que la determinación de sus alcances tiene el riesgo de depender en mucho de la subjetividad de quienes sean jueces constitucionales, pues ellos o ellas son finalmente los que especificarán en cuáles casos se materializaría la revisión de lo resuelto por la judicatura ordinaria, tarea que harían en base a parámetros cuya objetividad puede ser puesta en entredicho con relativa facilidad. La posibilidad de justificar la revisión de cualquier resolución judicial firme se abre así con una hasta cierto punto preocupante discrecionalidad, y el riesgo de que el justiciable pueda querer convertir al Amparo en un nuevo espacio de lo ya discutido por la judicatura ordinaria desafortunadamente se hace más explícito que nunca. Pero allí no quedaron las cosas, tal como veremos a continuación.

Y es que mediante lo resuelto en el caso recogido en el expediente número 4853-2004-PA/TC (con sentencia formalmente emitida el 19 de abril de 2007, pero dada a conocer algún tiempo después), el Tribunal Constitucional peruano avanza un paso más en el difícil y complejo camino al que aquí vengo haciendo mención. En este proceso, el demandante, la Dirección Regional de Pesquería de La Libertad, solicita se deje sin efecto una sentencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema que había declarado improcedente su intención de cuestionar mediante amparo las sentencias emitidas en su momento por la Segunda Sala Civil del Distrito Judicial de La Libertad y el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo dentro del Proceso de Amparo seguido por la Dirección Regional antes mencionada contra el entonces Presidente del Consejo Transitorio de Administración Regional de La Libertad y otros.

Sin entrar aquí a discutir la pertinencia de admitir demandas de Amparo interpuestas por una dependencia estatal en contra de otra, tema fácticamente permitido en el Perú pero que bien podría motivar una mayor reflexión al respecto, fácilmente puede comprobarse como se está ante la iniciación de un Amparo contra Amparo, con la particularidad de que aquí la sentencia de Amparo recurrida no desestimaba in toto la pretensión solicitada, sino que la declaraba fundada en parte.

Ello en principio tiene singular relevancia para determinar el margen de competencia del Tribunal Constitucional peruano en este caso, pues si nos atenemos a lo que se desprende de la lectura literal de la Constitución vigente, allí se encontrará prescrito lo siguiente:

“Artículo 202º. Corresponde al Tribunal Constitucional:

[...] 2. Conocer en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento (...). [El subrayado es nuestro].

En este caso, el Tribunal Constitucional peruano pasará a consagrar lo que de acuerdo a su criterio son las nuevas pautas dentro de las cuales procedería el Amparo contra Amparo, posibilidad que, tal como se ha descrito anteriormente, intentó descartar el Código Procesal Constitucional, pero que fuese habilitada -aun cuando en este primer momento sin establecer con claridad en base a cuales criterios- por el ya mencionado tribunal en lo resuelto a propósito en “Municipalidad Provincial de San Pablo”. Luego de explicitar cuáles eran las reglas aplicables al Amparo contra Amparo antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional (fundamento tercero) y lo argumentado en “San Pablo” (fundamento quinto), de inmediato irá mucho allá en sus afirmaciones.

Después de resaltar que el Amparo contra Amparo debe ser visto como una alternativa excepcional en el mismo fundamento sexto de lo resuelto, y siguiendo lo ya anotado en Ccollca, aclarará que ese Amparo contra Amparo procederá ante una transgresión manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de cualquier derecho fundamental. Ahora bien, pronto irá más allá, buscando sustentar la posibilidad de recurrir al Amparo contra Amparo incluso ante sentencias estimatorias, a pesar de que ello no corresponde con lo prescrito literalmente en la Constitución actual peruana (y a la comprensión que hasta ahora se había dado a ese texto) o a lo señalado en otra normativa en su momento vigente, como el artículo 8º de la Ley 23506, antigua ley de Hábeas Corpus y Amparo.

Para sustentar su posición, el Tribunal Constitucional peruano señalará necesario:

“(...) Al respecto el Tribunal considera necesario adecuar esta regla a efectos de optimizar la defensa del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados a consecuencia de los órganos judiciales en un determinado proceso”⁴.

Añadiendo luego a continuación que:

“(…) De este modo, en principio, es razonable que tratándose de una sentencia estimatoria en segundo grado, cuando se acredite que en la tramitación se haya producido una violación manifiesta a un derecho constitucional, “el amparo contra amparo” resulta una opción válida a efectos de optimizar la defensa de los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales, sin que su uso pueda suponer, paradójicamente, una nueva afectación”⁵.

Y como era fácil de suponer luego de afirmaciones como las aquí consignadas, el Tribunal Constitucional peruano, conocedor de la serie de preguntas y cuestionamientos que las mismas pueden generar, pasa inmediatamente a intentar configurar sus respuestas ante los reparos que anticipadamente reputa como las más relevantes.

El primero a los que hace mención es al de la vía procesal para enfrentar este tipo de casos, buscando así determinar en qué supuestos debiera interponerse un Amparo contra Amparo y en cuáles plantear un recurso de agravio constitucional que, de acuerdo con lo previsto por el ordenamiento jurídico peruano, inmediatamente habilita la actuación del Tribunal Constitucional del Perú sin necesidad de iniciar un nuevo proceso.

Intentando dar respuesta a esa interrogante, para el Tribunal Constitucional peruano el Amparo contra Amparo se justifica en los siguientes supuestos:

- Sentencias estimatorias de Amparo en segundo grado que afectan derechos fundamentales.
- Sentencias estimatorias que desconocen la doctrina constitucional (jurisprudencial) establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Sentencias denegatorias que afectan derechos de terceros que no han intervenido en el primer proceso (por no haber sido admitido o por no habersele notificado a pesar de su condición de litisconsorte necesario) o cuando el recurrente no pudo interponer el recurso de agravio en su oportunidad, ya sea por no haber sido notificado en su debido momento, o en su defecto, por no haber podido conocer el contenido de esa notificación en base a una imposibilidad material debidamente acreditada.

Por otro lado, el mismo Tribunal Constitucional peruano habilita la interposición del recurso de agravio constitucional cuando se esté ante sentencias estimatorias

de segundo grado que vulneran el orden jurídico constitucional, o, dicho con otras palabras, impliquen haber resuelto sin respetar los precedentes establecidos por el Tribunal Constitucional al cual vengo haciendo referencia.

Múltiples y de muy diversos tipos son las observaciones que pueden plantearse a este importante paquete de consideraciones, empezando para ello por preguntarse sobre cuál es el sustento constitucional de las mismas. A esto último intenta responder el Tribunal Constitucional peruano al intentar justificar los nuevos alcances que quiere darle al término “denegatorio” utilizado por el artículo 202º inciso dos de la Constitución de 1993, norma mediante la cual se determina cuáles resoluciones de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y Cumplimiento pueden ser recurridas ante el Tribunal Constitucional.

Es en ese tenor que el Tribunal Constitucional al cual me estoy refiriendo recurre al uso de los criterios o principios de interpretación constitucional⁶ habitualmente denominados concordancia práctica y corrección funcional, así como a la doble dimensión y finalidad de los derechos fundamentales, concluyendo en base a estas consideraciones que denegatorio no solamente debe entenderse en base a su dimensión subjetiva (en función a la pretensión buscada por quien interpone la demanda de Amparo), sino también como aplicable a aquellos casos donde aún cuando se concede el Amparo, aunque desconociendo los precedentes del mismo Tribunal Constitucional peruano.

Con lo resuelto en “Dirección Regional de Pesquería de la Libertad” prácticamente cualquier resolución judicial es pasible de ser impugnada vía amparo ante un juez constitucional e incluso ser anulada por uno(a) de estos(as) magistrados(as), quienes sin duda cuentan con un amplio margen de acción para asumir esa competencia, y aparentemente sin mayores restricciones, tema central sobre el cual muy pronto volveré a pronunciarme.

3. LO OCURRIDO FRENTE A LA REFORMULACIÓN DEL TRATAMIENTO PROCESAL A CIERTOS AMPAROS, HÁBEAS CORPUS Y PROCESOS DE CUMPLIMIENTO

Nada habilita tampoco al Tribunal Constitucional peruano a que, en el contexto de definir qué entiende por contenido constitucionalmente protegido de un derecho, vía igualmente satisfactoria a la del proceso de Amparo o el tipo de inactividad administrativa pasible de ser vista por proceso de

Cumplimiento, devuelva al Poder Judicial centenares de expedientes que incluso estaban ya en trámite ante el mismo Tribunal, y ordene a la judicatura ordinaria seguir esos casos dentro de las pautas propias de medios procesales ordinarios, básicamente las que corresponden al proceso Contencioso Administrativo. Sin embargo, ello es lo que ha sucedido de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal Constitucional del Perú en los casos “Anicama”, “Baylón” o “Villanueva”.

Y es que hoy, ya nadie niega que, independientemente de que su texto constitucional expresamente lo reconozca así o no, la misma existencia de un Tribunal Constitucional en un ordenamiento jurídico en particular, le hará posible a esta institución luego reclamar para sí su reconocimiento como supremo intérprete de su respectiva Constitución, y tal vez por lo mismo, principal –aunque no necesariamente el único– responsable del fenómeno conocido como “constitucionalización del Derecho” y sus diferentes manifestaciones.

Ello le permite a un Tribunal Constitucional, siguiendo la clasificación planteada en su momento por Louis Favoreu, impulsar cambios en la configuración de los alcances o competencias de los órganos de (o con) poder (constitucionalización jurisdicción); incidir en la conformación del sistema de fuentes o de pautas de producción de normas (constitucionalización elevación); o influir en la comprensión de las diferentes ramas del Derecho dentro de un ordenamiento jurídico determinado (constitucionalización transformación). Con todo ello, y siquiera indirectamente, contar con una gran posibilidad de modernizar, unificar y simplificar el ordenamiento jurídico dentro del cual se encuentra inscrito.

Lo expuesto habilitará entonces a que el Tribunal Constitucional peruano, pueda en principio efectuar una particular comprensión de las causales ya previstas por el legislador para finalmente pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de una demanda en procesos como los de Amparo, Hábeas Corpus o Cumplimiento. Sin embargo, ello no habilita ni justifica lo hecho en los tres casos que aquí siquiera brevemente pasaré a reseñar.

Si dentro de esta lógica se analiza pues lo resuelto en el caso “Anicama”, pronto podrá apreciarse cómo allí, luego de algunas interesantes anotaciones sobre los alcances del concepto “Derechos Fundamentales” y de los elementos que le configuran, el Tribunal Constitucional peruano identifica contenido

constitucionalmente protegido de un derecho (clasificación que en rigor apuntaba a una evaluación sobre si estamos ante un tema pasible de ser visto mediante Amparo a efectuarse en cada caso en concreto) con la comprensión propia de la denominada teoría absoluta del contenido esencial (la cual implica la configuración predeterminada y con una gran y poco controlada discrecionalidad en favor del (de la) juzgador(a)).

Así, nuestro Tribunal Constitucional cambia lo que en puridad debió ser una evaluación caso a caso por la adopción de una fórmula mediante la cual, e independientemente de cuál hubiera sido su intención al respecto, en los hechos se encuentra habilitado a señalar qué aspectos de cada Derecho Fundamental pueden en su opinión ser vistos a través de un proceso constitucional como el del Amparo. Esta posibilidad de definir por sí y ante sí las causas que está dispuesto a resolver, se hace patente cuando en la propia sentencia del caso “Anicama” devuelve a la judicatura ordinaria procesos que incluso ya estaban siendo conocidos por el mismo Tribunal Constitucional, y además, obliga a tramitarlos como procesos contencioso-administrativos.

Alternativa similar en los hechos, es la asumida por el Tribunal Constitucional peruano cuando en un caso como el Baylón, lejos de establecer los criterios que exigirían efectuar una evaluación caso a caso sobre si contamos con una vía igualmente satisfactoria, establece listas de temas ante los cuales, con una muy reducida fundamentación, define de antemano qué controversias solamente admiten una tramitación ante la judicatura ordinaria (ya sea en el caso concreto en comento mediante proceso laboral o proceso contencioso administrativo); cuáles únicamente justificarían una demanda de Amparo una vez concluido el debate ante la judicatura ordinaria y usado los medios procesales ordinarios; y, finalmente, cuáles serían aquellos casos que pudiesen justificar la directa interposición de demandas de Amparo.

También la intención aquí de sustraerse al mayor trabajo que significaría el optar por un análisis caso a caso –lo planteado en puridad por el legislador– se hace manifiesto cuando, al igual que en el caso Anicama, se devuelven procesos a la judicatura ordinaria. Ello, además de ser una decisión por demás discutible, bien puede generar el cuestionamiento de quienes asuman haber sido colocados en una situación de indefensión, y que, en concordancia con ello, pongan en entredicho la actuación del Estado peruano ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Buena parte de la lógica ya descrita en este apartado del presente trabajo es la usada por el Tribunal Constitucional peruano cuando en su sentencia frente al caso “Maximiliano Villanueva Valverde” busca fijar que supuestos de inactividad administrativa podrían justificar la directa interposición de una demanda de Proceso de Cumplimiento, y cuáles debieran ser, por lo menos inicialmente, abordadas en el contexto de un Proceso Contencioso Administrativo.

Sin embargo, y tomando en cuenta las particularidades de los institutos procesales a los cuales vengo haciendo referencia, considero necesario efectuar aquí algunas anotaciones adicionales para entender con mayores precisiones los alcances de la situación que aquí paso a reseñar.

Y es que hoy no puede soslayarse que la inactividad administrativa, o , como bien señala Marcos Gómez Puente “la constatación de una omisión por la Administración de cualquier actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible”⁷, es una preocupación cada vez más importante en todo Estado Constitucional, y por lo mismo, progresivamente va tomando mayor relevancia la posibilidad de su control en sede jurisdiccional , sobre todo, si cada vez se hace más evidente la relativa eficacia del silencio administrativo dentro de los mismos procedimientos para alcanzar los objetivos que en principio apuntalarían su existencia⁸.

En muchos países, el mecanismo escogido para materializar este quehacer revisor y contralor fue el Proceso Contencioso Administrativo. Ahora bien, en el Perú, el insuficiente desarrollo de estudios sobre este medio procesal, así como acerca de la inactividad de la Administración, fue tal vez la explicación por la cual el tratamiento de este tema en el ordenamiento jurídico peruano fuese por otros derroteros.

Siguiendo entonces pautas como las del mandato de injuncao brasileño o la acción de cumplimiento colombiana, mediante el inciso sexto del artículo doscientos de la Constitución peruana de 1993, se incorpora a nuestra norma jurídica el proceso de Cumplimiento como mecanismo previsto para combatir la inactividad administrativa en sede jurisdiccional.

El tratamiento dado a esta figura procesal no fue pues desde el principio el mejor. En primer lugar, el constituyente le colocó en la lista de los procesos constitucionales, cuando en rigor no tutela aspecto alguno de la supremacía

constitucional, pues únicamente busca proteger al administrado del incumplimiento de las obligaciones legal o administrativamente asignadas a la Administración⁹. En segundo término, pronto se generó una equivocada comprensión doctrinaria y hasta jurisprudencial destinada a circunscribir el ámbito de acción de este medio procesal al tratamiento de la inactividad material de la Administración, creyendo que solamente el silencio administrativo era el único medio que podía tutelar a los administrados frente a casos de inactividad formal de esa misma Administración¹⁰.

Sin embargo, progresivamente las cosas fueron cambiando, ya que con la entrada en vigencia de la ley del Proceso Contencioso Administrativo, la ley 27584, se modifica radicalmente la perspectiva dentro de la cual debe concebirse este importante medio procesal. Una de esas importantes variantes se presentó en el cuarto inciso de su quinto artículo, donde se consignaba a la tutela frente a la inactividad administrativa como una de las pretensiones pasibles de ser abordadas mediante Proceso Contencioso Administrativo.

Aplicándose en ese momento la lógica de “alternatividad” propia del Amparo peruano, supletoriamente invocable en los procesos de Cumplimiento, podía entenderse que a partir de los cambios introducidos en el tratamiento del Proceso Contencioso Administrativo, el administrado tenía la capacidad de, ante una situación de inactividad de la Administración, escoger si interponía una demanda contencioso administrativa o iniciaba un Proceso de Cumplimiento. Esa “alternatividad”, aún cuando solamente en el plano de la inactividad material de la Administración, fue expresamente admitida por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia emitida en relación con la controversia recogida en el Expediente 191-2003-AC/TC.

Luego, progresivamente fue admitiéndose a nivel jurisdiccional el uso del Proceso de Cumplimiento para enfrentar situaciones de inactividad formal de la Administración, lo cual reforzó el carácter alternativo ya reseñado, o, dicho con otras palabras, la capacidad que tenía el demandante para, a su elección, determinar si iniciaba un Proceso Contencioso Administrativo o uno de Cumplimiento.

Esa perspectiva cambiará cuando entre en vigencia el Código Procesal Constitucional peruano. Con esa norma, no solamente se rectifica un antiguo error de algún sector doctrinario y jurisprudencial, pasando a reconocer abiertamente que mediante Proceso de Cumplimiento pueden abordarse tanto

casos de inactividad formal como inactividad material de la Administración¹¹. También va a consignarse el carácter residual de ese medio procesal, siendo entonces claro que si existe una vía procesal ordinaria igualmente satisfactoria, deberá agotarse esa alternativa antes de recurrir al Proceso de Cumplimiento¹².

Ante la prácticamente total superposición de pretensiones existente entre el actual Proceso Contencioso Administrativo y el Proceso de Cumplimiento, se hacía necesario determinar si el primero de los mencionados es una vía igualmente satisfactoria del segundo; y además, incluso justificar la misma pertinencia del Proceso de Cumplimiento peruano, el cual, en nuestra modesta opinión, asume roles que bien ser efectivamente atendidos por Procesos Contenciosos Administrativos¹³. Justamente esos polémicos temas, junto a otras materias, serán abordados por el Tribunal Constitucional del Perú en su sentencia ante el caso “Maximiliano Villanueva Valverde” (Expediente número 0168-2005-PC/TC), con un pronunciamiento al cual el mismo Tribunal, y de allí su relevancia para el presente trabajo, le ha dado carácter de precedente vinculante.

En esta sentencia, luego de algunos comentarios obiter dicta sobre la naturaleza jurídica del Proceso de Cumplimiento que ni coinciden con lo anteriormente señalado por el Tribunal Constitucional peruano al respecto ni se desprenden de un estudio de las pretensiones defendidas en este tipo de procesos¹⁴, esa importante instancia jurisdiccional pasa a señalar, aquí si con carácter de precedente vinculante, que la diferencia sustantiva entre los procesos de Cumplimiento y los Contenciosos Administrativos radicaría en el tipo de mandato incumplido por el funcionario o autoridad de la Administración Pública, además de alguna particularidad de naturaleza mas bien procesal.

Dirá entonces que para el cumplimiento de una norma legal, la ejecución de un acto administrativo o una emisión de una resolución sean exigibles por Proceso de Cumplimiento, se exigirá, además de la renuencia de la autoridad o funcionario involucrados, que el mandato contenido en los supuestos recientemente reseñados sea uno vigente, cierto y claro (debe inferírsele indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo involucrados), no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares, ser de ineludible y obligatorio cumplimiento, y ser incondicional¹⁵. Si lo que se incumple es un acto administrativo se pedirá adicionalmente el que en estos actos se reconozca un derecho incuestionable del reclamante y se permita individualizar el beneficio¹⁶.

Señala además el Alto Tribunal, básicamente en el fundamento jurídico diecisiete de la sentencia que venimos comentando, que en el actual contexto normativo peruano el Proceso de Cumplimiento sería una suerte de proceso ejecutivo, mediante el cual se requiere hacer frente a incumplimientos ciertos y específicos de obligaciones establecidas en una norma legal o un acto administrativo firme y con las características que hemos explicado en el párrafo anterior de este mismo trabajo.

El Proceso Contencioso Administrativo sería entonces la vía ordinaria para el control jurisdiccional de la inactividad de la administración, circunscribiéndose el ámbito de acción del Proceso de Cumplimiento a las situaciones que aquí ya hemos descrito. Frente a estas definiciones, son pocos los reparos que pueden hacerse, aún cuando probablemente pueda debatirse si para llegar a calificar a estas aseveraciones como precedentes vinculantes se han respetado a cabalidad lo prescrito sobre el particular en “Municipalidad Distrital de Lurín”. Sin embargo, lo preocupante es cómo aquí también se ha regulado el tratamiento de los Procesos de Cumplimiento ya en trámite, inclusive tomando en cuenta aquellos pendientes de solución en el Tribunal Constitucional peruano.

Y es que, finalmente, y para todos los otros casos que no encajen dentro de los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional del Perú como propios del Proceso de Cumplimiento, dicha institución dispone se sigan las mismas pautas previstas para el caso “Anicama”, parámetros invocables incluso para procesos en trámite. Ante ello, nuevamente hay que preguntarse cómo afecta esto a los derechos de los justiciables, así como a las competencias propias de la judicatura ordinaria. Otra vez resulta harto discutible utilizar la técnica del precedente e incluso recurrir a sentencias con eficacia prospectiva, para así justificar decisiones como las aquí descritas, con todo lo que ello puede acarrear.

4. LAS IMPLICANCIAS DEL PROCESO COMPETENCIAL INICIADO POR EL MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO

Y por si lo expuesto hasta aquí no tuviese suficiente entidad, el Tribunal Constitucional peruano, en un caso donde en rigor no existía un conflicto de competencias, ha usado el mecanismo del proceso competencial para algo que ese medio procesal nunca estuvo previsto: la declaración de nulidad de una serie de resoluciones judiciales, con los agravantes de que para ello se alega

una supuesta e inexistente relación de jerarquía entre el Tribunal y el Poder Judicial del Perú, y además, se resuelve sin escuchar a quienes le declarará nulas las resoluciones inicialmente emitidas en su favor, personas naturales o jurídicas que sin duda han quedado en una total situación de indefensión. Me refiero aquí a lo prescrito por el Tribunal en lo resuelto frente al expediente número 006-2006-PC-TC, proceso competencial iniciado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el Poder Judicial.

Como es de conocimiento general, en este caso, luego de declararse infundadas las excepciones de representación defectuosa y litispendencia formuladas por el procurador del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional peruano señala que aquí estaríamos frente a un conflicto constitucional por menoscabo (cuyas modalidades, por menoscabo en sentido estricto, por menoscabo de interferencia y por menoscabo de omisión, están por cierto descritas en la misma sentencia), pues allí lo que sería materia de controversia es cómo una atribución -cuya titularidad por cierto no se discute- viene siendo ejercida, en tanto y en cuanto ese ejercicio implicaría un impedimento o disminución de las atribuciones constitucionalmente asignadas a otras instituciones.

Eso es lo que el Tribunal Constitucional peruano alega habría ocurrido en este caso, cuando en el considerando vigésimo sexto de su fallo señala que:

«(...) A juicio del Tribunal Constitucional, en el presente caso se configura un conflicto de atribuciones por menoscabo, en el cual el Poder Judicial, a través del ejercicio de su función jurisdiccional, ilegítimo, como habrá de verse, ha producido un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, tales como la de cumplir y hacer cumplir las leyes (artículo 118° inciso 1) y cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones jurisdiccionales (artículo 118° inciso 9); ello mediante el pronunciamiento estimatorio de sendas demandas de amparo y de cumplimiento, tal como consta en autos de fojas 27 a 302»

En este caso en particular, lo que estaba en debate era que algunos jueces, mediante sus resoluciones, estarían permitiendo un irregular funcionamiento de varios casinos, y en ciertos casos incluso se estaría dejando de lado un pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano en esta misma materia. Ahora bien, y sin querer con ello soslayar un hecho reprochable (frente al cual desde el mismo Poder Judicial surgieron múltiples cuestionamientos y hasta se plantearon algunas sanciones a los magistrados

directamente implicados), tampoco debe ignorarse que estamos ante un tema que conviene abordar con especial cuidado, pues también en esa coyuntura existieron pronunciamientos en los cuales muchos jueces y juezas habían emitido resoluciones vinculadas con el funcionamiento de casinos conforme a Derecho, independientemente de coincidencias o discrepancias con esas resoluciones.

Ello es precisamente lo que el Tribunal Constitucional peruano no toma en cuenta en este caso. En el presente proceso competencial, donde en rigor se aborda una materia que difícilmente debería canalizarse a través de este medio procesal, pronto se materializa una singular comprensión de lo controvertido, dirigiéndolo más bien en la línea de preservar unas competencias del mismo Tribunal Constitucional supuestamente afectadas por el Poder Judicial.

Luego de este giro en su fundamentación, y en la línea de justificar su posición, el Tribunal Constitucional peruano confunde los alcances de categorías jurídicas básicas como competencia y jerarquía. Además, pasa, alegando la defensa de la cosa juzgada constitucional, a declarar nulas una serie de resoluciones sin haber permitido a varios de los directamente afectados con esta decisión ser informados de lo que se venía planteando y efectuar en este contexto los descargos que consideren conveniente realizar.

Y es que el Tribunal Constitucional peruano, como colofón de la sentencia emitida en el caso recogido en el expediente 006-2006-PC/TC, va a declarar nulas una serie de sentencias, incluso cuando algunas de ellas ya habían adquirido la calidad de cosa juzgada. Los argumentos para sustentar esta polémica y radical decisión son básicamente los siguientes:

1. Que dichas sentencias del Poder Judicial habrían vulnerado lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional sobre casinos.
2. Que en la emisión de esas sentencias no se habría respetado lo señalado en el artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
3. Que, y como consecuencia de ello, la alegada cosa juzgada ya existente en algunos casos no sería tal, pues finalmente lo que cuenta es la denominada cosa juzgada constitucional.

Varios son los aspectos que bien podrían cuestionarse de lo recientemente señalado. Así, por ejemplo, bien puede anotarse como muchas de las sentencias de la judicatura ordinaria finalmente declaradas nulas fueron dictadas antes

que el Tribunal Constitucional peruano tuviese algún pronunciamiento al respecto. También cabría señalar que era imposible seguir las pautas del artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, previsto para regular casos donde se ha ejercido el control difuso, si, como en varias sentencias declaradas nulas por el Tribunal Constitucional, nunca se hizo ejercicio del control difuso. Sin embargo, permítaseme efectuar alguna observación adicional sobre el tema de la cosa juzgada.

La cosa juzgada, aspecto esencial de la función jurisdiccional está recogida en los incisos segundo y décimo tercero del artículo 139° de la Constitución de 1993, así como -por lo menos, en lo referido al Poder Judicial – el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial admite solamente unos muy puntuales límites: el no haber sido dictada con fraude y el haber sido emitida respetando derechos como el debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva. Es más, esos límites no son invocables por siempre, sino que existe un plazo para ello, plazo que por cierto es de caducidad.

Y como si lo ya reseñado no fuese suficiente, los diferentes ordenamientos jurídicos buscan establecer vías específicas para procesar los eventuales supuestos de nulidad de una sentencia. En el caso peruano estas vías, para supuestos cuyas diferencias entre sí no viene al caso abordar en el presente informe, son básicamente las del proceso constitucional de Amparo y el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Todo ello tiene un especial sentido: si la cosa juzgada pudiese ser modificada de cualquier manera y por cualquier camino, esta carecería de sentido y la misma labor jurisdiccional perdería virtualidad y relevancia, al ser despojada de su exigibilidad.

Por ello es que la dogmática procesal a nivel mundial es unánime en apostar por la tutela de la cosa juzgada, habilitando excepcionalmente y en forma taxativa los supuestos y las vías procesales para discutir su eventual nulidad. Sin embargo, no es eso lo hecho por el Tribunal Constitucional peruano, quien declara nulas sentencias alegando el respeto a la cosa juzgada constitucional o recurriendo a supuestos no habilitados por el ordenamiento jurídico como causales de nulidad. El Tribunal Constitucional peruano peligrosamente aquí olvida que en algún caso, dicha entidad todavía no ha fijado posiciones o precedentes, y que, en cualquier supuesto escenario, sus competencias no son ilimitadas. Todo lo contrario, pues en la misma línea de lo que le ocurre a todo organismo dentro de un Estado Constitucional, su margen de acción se da dentro de ciertos parámetros previamente establecidos.

El Tribunal Constitucional peruano también parece olvidar que la nulidad es una sanción. Pueden existir entonces supuestos que no gusten o hasta que parezcan incorrectos, y sin embargo, no se podrá declarar su nulidad si no estaba prevista la aplicación de la sanción de nulidad para ese tipo de casos. Exactamente lo mismo pasa con las sentencias del Poder Judicial: ellas en rigor no pueden ser declaradas nulas por cualquier motivo y menos aún en el escenario de un proceso competencial, medio procesal cuya razón de ser es otra, independientemente de la que pudiese haber sido la intención del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo al presentar su demanda. Otra grave equivocación de este fallo, con repercusiones realmente perniciosas para la plena vigencia de un Estado Constitucional.

Muy a despecho de lo ya anotado, también se hace necesario formular algunas apreciaciones sobre en qué casos en particular se ha declarado nulas ciertas sentencias. Procederé siquiera puntualmente, a abordar lo referente a ese aspecto del fallo que aquí viene analizándose.

Principio básico del Derecho en general es el de permitirle a quien vaya a ser afectado por una decisión expresar su punto de vista o sus eventuales descargos al respecto. Nada de eso se ha hecho en este caso, en el cual algunos ciudadanos se van a enterar de la nulidad de algunas sentencias en base a las cuales van a configurar (o lo han hecho ya) una serie de relaciones y situaciones jurídicas sin haber tenido oportunidad de decir su verdad sobre lo discutido. La alegación de que aquí pudiese configurarse una situación de indefensión, mediante la cual posiblemente alguien pudiera conseguir una recomendación de la Comisión o una condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado peruano es, ante acontecimientos como los aquí narrados, una alternativa con una alta probabilidad de materializarse.

Pero, por otro lado, no todas las sentencias declaradas nulas por el Tribunal Constitucional en este caso implicaban el ejercicio de control difuso, y menos aún, la ruptura con precedentes previamente establecidos por el Supremo Intérprete de la Constitución peruana vigente. Ello se hace patente en casos como el resuelto por la Jueza doctora Roxana Jiménez Vargas –Machuca en el proceso de amparo número 2153-2004 (Demandante: Inversiones KNNS.A.C., Demandado: Ministerio de Comercio Exterior y Turismo – MINCETUR), donde lo resuelto por la jueza de la causa y confirmado por la Sala correspondiente implicó en el mejor de los casos la determinación de la normativa vigente.

No hubo allí control difuso, y por ende, no había necesidad de seguir el procedimiento del artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No hubo tampoco vulneración a precedentes del Tribunal Constitucional. Sin embargo, en un proceso no previsto como vía para declarar nulas sentencias judiciales, se procede a plasmar esa nulidad en base a supuestos que, por decir lo menos, son de muy discutible validez. La lista de preocupaciones que genera esta sentencia es pues a todas luces muy significativa.

5. LAS MODIFICACIONES JURISPRUDENCIALMENTE INTRODUCIDAS AL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL

Finalmente, recientemente se ha publicado una sentencia del Tribunal Constitucional peruano mediante la cual esa institución habilita un nuevo supuesto recurso de agravio constitucional, permitiendo así hoy recurrir a dicho Tribunal a quienes consideren que alguna decisión ya tomada por el Tribunal Constitucional del Perú no viene siendo debidamente ejecutada.

Con ello no solamente se distorsiona el sentido del recurso de agravio constitucional, sino, lo que es más grave aún, el Tribunal Constitucional se irroga así la posibilidad de directamente ejecutar sus propias sentencias y, aunque esto último no lo señala expresamente, imponer a quien considere renuente a dichos requerimientos sanciones previstas, por ejemplo, en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional. Así no solamente se invaden competencias propias del Poder Judicial sobre la ejecución de sentencias, sino también se potencia un eventual mecanismo de sanción a los jueces y juezas que en criterio del Tribunal no vengán ejecutando a cabalidad sus resoluciones.

Siendo este el actual estado de la cuestión, bien cabe preguntarse qué es lo que puede y debe hacerse ante lo que viene sucediendo hoy sobre el particular. Sin ánimo entonces de querer plantear posturas definitivas al respecto, pasaré, siquiera de modo preliminar, a proponer algunas ideas que creo podrían ser útiles si lo que se quiere es apuntalar una situación bastante más armónica y equilibrada, y por ende, más acorde con los ideales propios de un estado Constitucional que se precie de serlo.

6. ALGUNAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Estamos pues ante un escenario bastante desfavorable donde, sin que con ello se cuestione las buenas intenciones que seguramente han motivado la

actuación del Tribunal Constitucional peruano en ciertos casos, parece lamentablemente haberse soslayado la relevancia de criterios como la corrección funcional y prácticas como la de la cortesía constitucional. En ese contexto, se hace necesario establecer posiciones institucionales que sean firmes y sólidas, pero a la vez, respetuosas de los parámetros constitucionales y legales hoy vigentes. Lo contrario sería convalidar prácticas mediante las cuales el Tribunal Constitucional peruano, supuestamente invocando una interpretación conforme a la Constitución, viene actuando más allá de sus previsiones y del margen de competencias institucionales por ella prevista, cambiando una relación de control sobre la judicatura ordinaria peruana por una indisimulable y constitucionalmente inadmisibles lógicas mediante la cual parece apostar a una subordinación del Poder Judicial al Tribunal Constitucional.

En este sentido, comunicados que establezcan cuál es la postura del Poder Judicial peruano en ciertas materias, con textos que deberían ir acompañados de una campaña de prensa destinada a dar a conocer cuál es el sustento de la posición asumida, resultan indispensables. Además, parece conveniente también hacer notar que frente al precedente vinculante, categoría sobre la cual el Tribunal Constitucional ha venido sin duda haciendo un uso abusivo, la misma doctrina procesal y procesal constitucional ha previsto pautas sobre cómo sobre dejarlos de lado, recurriendo para ello a una serie de técnicas que debieran verse plasmadas en una resolución debidamente motivada.

Por último, y sin descartar con ello la formulación de propuestas de reforma, tanto a nivel constitucional como en el plano legislativo que, sin desnaturalizar las funciones que debieran ser y seguir siendo propias de un Tribunal Constitucional, hagan factible un mayor equilibrio en el quehacer de ambas instituciones, lo que a todas luces se impone es que, tanto desde dentro del Poder Judicial como al interior del Tribunal Constitucional del Perú, exista una real vocación por establecer consensos básicos, generar espacios de coordinación, y, por qué no decirlo, propiciar un clima que permita procesar mejor las eventuales diferencias que pudieran surgir entre quienes integran los dos organismos. Solamente así pueden dejarse de lado confrontaciones que, lejos de fortalecer a una o a otra entidad, debilitan no solamente a las dos, sino a la misma credibilidad del Estado Constitucional en nuestro país, la cual debiéramos hacer el máximo esfuerzo por proteger.

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera – La incidencia de la labor del Tribunal Constitucional en el quehacer del Poder Judicial y algunas ideas para enfrentar algunos eventuales excesos producidos en ese contexto

¹ Conocida es la polémica hasta hoy existente sobre cuál es el nombre que debe otorgársele a tareas como las que aquí estamos analizando. Aun cuando es justo reconocer que Hans Kelsen utilizaba indistintamente los conceptos de “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional”, y podemos encontrar muy autorizadas voces que defienden el uso de la expresión “justicia constitucional” (el destacado maestro mexicano Héctor Fix Zamudio, desde su “Veinticinco años de evaluación de la justicia constitucional”. México: UNAM, 1968, hasta hoy, es un notable ejemplo al respecto), nos encontramos entre quienes creen más propio hablar de “jurisdicción constitucional”.

“Jurisdicción constitucional” se nos presenta no solamente como una expresión jurídicamente más técnica y precisa que “justicia constitucional”, sino también parecer ser hoy más acorde con los rasgos que actualmente caracterizan a las labores a las cuales venimos haciendo referencia. Una completa exposición sobre los alcances de esta discrepancia, así como de las razones a favor de los términos “jurisdicción constitucional”, los encontramos en García Belaúnde, Domingo. Sobre la Jurisdicción Constitucional. En: Quiroga León, Aníbal (Compilador). Sobre la Jurisdicción Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 27 y ss. (especialmente p. 29 a 31).

Ahora bien, necesario es admitir la pertinencia del reparo de carácter procesal que algunos hacen a una “jurisdicción constitucional”. Y es que si en rigor la jurisdicción es una, y lo que varían son sus ámbitos de ejercicio, o, dicho de otra manera, sus competencias. En ese contexto, hablar de una “jurisdicción constitucional” resultaría por lo menos discutible.

Muy a despecho de reconocer consistencia y coherencia en dicha argumentación, nosotros, analizando la naturaleza de lo que se hace en las situaciones a las cuales nos referimos en este trabajo, creemos que estas tareas se encuentran cada vez más emparentadas con pautas y lógicas de carácter jurisdiccional, con el impartir justicia desde la perspectiva propia de un juez. Tal vez en rigor debiera hablarse de “competencia jurisdiccional vinculada con temas constitucionales”, pero indudablemente la comprensión socialmente más aceptada y difundida para entender este quehacer es la de “jurisdicción constitucional”, lo cual le otorga una relevancia que pareciera inconveniente soslayar.

² Se llegó entonces en la práctica a lo que muchos optaron por denominar “ordinarización del Amparo peruano”, con un recurrente incumplimiento de los plazos previstos en un principio para su tramitación, y una significativa merma de su real eficacia. Pero como si esto no tuviese entidad suficiente, el temor generado frente al uso masivo del Amparo, sin entrar a analizar aquí la buena o mala intención existente tras dichas preocupaciones, ha ido constituyéndose en el sustento para instalar importantes limitaciones al pleno ejercicio de este proceso constitucional en el Perú, generando así serias distorsiones al respecto.

Y es que incluso desde antes de la aprobación del texto constitucional de 1993 comenzaron a plantearse restricciones a la interposición de demandas en este tipo de procesos. Se señaló, por ejemplo, que no cabía el Amparo contra normas legales, ni contra resoluciones emanadas de proceso regular. Se consignó además que existían algunos pronunciamientos emitidos por organismos constitucionalmente autónomos que no podían ser evaluadas por medio del Amparo, consagrándose así peligrosas situaciones de instituciones cuyos pronunciamientos parecerían contar con inmunidad de jurisdicción (Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura), con el comprensible riesgo que ello puede generar. Todo esto es precisamente lo que se quería reformular con el Código Procesal Constitucional.

³ Conocidos son los cuestionamientos existentes, por citar un caso, al carácter residual del Amparo peruano, al cual incluso algunos han considerado inconstitucional, y otros contrario a lo previsto en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Mi posición sobre el particular se encuentra recogida en “Código Procesal...”. *Op. Cit.*, y ya directamente para el caso del Amparo residual, se encuentra “La consagración del Amparo residual en el Perú, sus alcances y repercusiones”, en: Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (Coordinador) -*Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Jurista, 2005, p. 143.

⁴ En este tenor se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 4853-2004- PA/TC, fundamento jurídico noveno.

⁵ Ver al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 4853-2004-PA/TC, fundamento jurídico décimo.

⁶ Las razones por las cuales preferimos hablar aquí de criterios y no de principios son las sustentadas por García Belaúnde, Domingo – *La interpretación constitucional como problema*. En: Palomino Manchego, José F. y Ricardo Velázquez Ramírez (Coordinadores). *Modernas tendencias del derecho en América Latina*. Lima: Grijley, 1997. P. 99-132.

⁷ Gómez Puente, M. *La inactividad de la Administración*. Pamplona, Aranzadi, Segunda Edición, 2000, p.59.

⁸ Un buen compendio sobre las críticas existentes al respecto, así como acerca de las alternativas que vienen esbozándose sobre el particular lo encontramos en Aguado I Cudolá, Vicenc –*Silencio Administrativo e Inactividad, Límites y Técnicas Alternativas* – Madrid, Marcial Pons, 2001

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera – La incidencia de la labor del Tribunal Constitucional en el quehacer del Poder Judicial y algunas ideas para enfrentar algunos eventuales excesos producidos en ese contexto

-
- ⁹ Es pues, en una expresión muy frecuentemente utilizada en el Perú, un proceso “constitucionalizado” antes que uno constitucional (aun cuando algún minoritario sector de la doctrina nacional y lo dicho obiter dicta por el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso “Villanueva” pareciera plantear algo distinto). Se le llama “proceso constitucionalizado” también en el segundo fundamento jurídico de la sentencia frente a lo recogido en el Expediente 0191-2003-AA/TC.
- ¹⁰ En este sentido incluso fue emitido algún pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano, como el efectuado a propósito del caso recogido en el Expediente número 0191-2003-AC/TC.
- ¹¹ Conviene entonces revisar lo prescrito al respecto en el artículo 68 del Código Procesal Constitucional peruano.
- ¹² Ello es lo prescrito en el segundo inciso del artículo cinco del Código Procesal Constitucional peruano.
- ¹³ Posición que hemos sostenido en más de una ocasión, y lo ratificamos en nuestro “Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado”. Lima, Palestra, 2004, p. 78 y ss.
- ¹⁴ Se señalará allí que el proceso de Cumplimiento cautelaría unos supuestos derechos constitucionales (cuyo contenido por cierto no se explica) a la constitucionalidad de los actos legislativos y a la legalidad de los actos administrativos, los cuales se sintetizarían en la existencia de un Derecho Fundamental a que se cumplan las obligaciones que asume la Administración Pública mediante las leyes y los actos administrativos firmes. Muy respetuosamente discrepamos con esa aseveración, en nuestra modesta opinión muestra de un activismo sin duda bien intencionado, pero que no debiera olvidar que incluso una interpretación creativa de la Constitución no puede desconocer lo que dice el mismo texto de esa Constitución. En todo caso, justo es anotar como el mismo Tribunal especifica aquí que estamos ante una afirmación hecha obiter dicta, como razón auxiliar sin carácter vinculante, la cual por cierto no coincide con la calificación del Proceso de Cumplimiento como “Proceso constitucionalizado” usada por este Alto Tribunal en otros casos, entre los cuales destaca la sentencia emitida frente al expediente 0191-2003-AC/TC.
- ¹⁵ En este sentido se encuentra lo dispuesto en el fundamento jurídico catorce de la sentencia “Villanueva”. Cabe aclarar que excepcionalmente también podría verse por Proceso de Cumplimiento mandatos condicionales, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.
- ¹⁶ Argumento también planteado en el fundamento jurídico catorce de la sentencia emitida en la causa recogida en el expediente 0168-2005-AC/TC.

LOS JUECES Y LA REPARACIÓN DEL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA”

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO*

Resumen:

El autor ofrece una panorámica del estado contemporáneo del Derecho de Daños, en general, y del daño a la persona, en particular, a la luz de los aportes de la Filosofía de la Existencia, que significaron el trascendental cambio de una visión patrimonialista por una centrada en la protección integral del ser humano en cuanto ser libertad. Como consecuencia de ello, el autor detiene su atención en la descripción, características, recepción jurisprudencial y adecuada reparación del daño al «proyecto de vida»; sin dejar de desconocer la imperiosa e impostergable necesidad de una adecuada como cabal formación del juez en esta materia.

Palabras Clave: Libertad - Libertad ontológica - Proyecto de Vida - Daños a la salud - Daños al bienestar.

Abstract:

The author offers a panoramic point of view of the contemporary state of the Law of Damages in general, and of the physical damages according to the contributions of the Philosophy of the Existence, that meant the transcendental change of the vision of the patrimony by another centered in the integral protection of the human being freedom. As a result of it, the author aims his attention in the description, characteristics, jurisprudential reception and suitable repair of the damage to the «project of life»; without forgetting the urgent necessity of an adapting as well as exact formation of the judge in this matter.

Key words: Freedom – Ontological freedom - Project of life - Health damages - Well-being damage.

Sumario

1. Introducción. 2. ¿Qué es la libertad? 3. ¿En qué consiste el proyecto de vida? 4. La libertad y el cumplimiento del proyecto de vida. 5. En relación con la libertad, ¿qué es el acto o conducta humanos? 6. La singularidad del proyecto de vida. 7. Un proyecto de vida, ¿por qué, para qué? 8. Los proyectos alternativos y sustitutorios y las opciones de vida. 9. El genérico daño a la persona y el específico daño al proyecto de vida. 10. Clasificación de los daños en general. 11. Reparación independiente de los diversos daños a la persona. 12. Reparación

* Profesor Emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

del "daño biológico" (la lesión en sí misma). 13. Reparación del "daño al bienestar" (daño a la salud integral o daño existencial). 14. Reparación del "daño al proyecto de vida". 15. Los jueces y la reparación de las consecuencias del daño al proyecto de vida. 16. La formación de los jueces y su capacitación en torno a las nuevas instituciones jurídicas.

1. INTRODUCCIÓN

Por explicable razones expuestas por el editor sobre el espacio disponible, el texto que hemos elaborado constituye una apretadísima síntesis de lo que tenemos pensado y escrito sobre el "daño a la persona" y, en particular, sobre el "daño al proyecto de vida"¹ y la modalidad de sus reparaciones. Por ello, muchos temas y sus correspondientes desarrollos han quedado pendientes. La novedad e importancia de la materia -que tiene que ver con lo fundamental del Derecho como es la protección del ser humano- exige de los jueces una reflexiva y pausada atención. Es necesario que aquellos que aún no lo han hecho se pongan al día con los avances de la ciencia jurídica, que tomen conciencia de la revolución que se ha producido en el campo del Derecho y, en especial, en el de la responsabilidad civil². La dinámica del Derecho, que corre paralela a aquella de la vida, así lo exige.

2. ¿QUÉ ES LA LIBERTAD?

La libertad es el *ser* mismo del hombre. La libertad es lo que caracteriza al ser humano. Es lo que lo hace ser el ente que *es* y no *otro*. La libertad lo diferencia de los demás entes del mundo así como de los otros seres humanos, pues siendo todos iguales no hay dos idénticos. A esta libertad la designamos como libertad *ontológica*, en cuanto es el ser mismo del hombre.

A la libertad no se le puede definir. No es "algo" que tenemos ante nuestra mirada, que podamos describir. Se suele aproximarse a su conocimiento a través de uno de sus atributos -tal vez el que nos resulta más importante o perceptible- como es el de la capacidad inherente al ser humano de adoptar decisiones y de elegir, por sí mismo, entre uno u otro proyecto, acto o conducta, sin límite alguno.

La libertad, que es un concepto unitario, tiene dos instancias. La primera es el *ser* que somos, que concibe, elige y decide proyectos, constante y continuamente, para su ejecución inmediata o a mediano y largo plazo. La segunda instancia

es el *proyecto* elegido en proceso de ejecución en la realidad de la vida, convirtiéndose en actos o conductas. A la primera, como se ha anotado, la llamamos libertad *ontológica* y, a la segunda, la designamos como libertad *fenoménica*. Entre todos los proyectos que el ser humano concibe, existe uno que se distingue de los demás. Es el "proyecto de vida", lo que el ser humano decide "ser" y "hacer" con su existencia.

3. ¿EN QUÉ CONSISTE EL "PROYECTO" DE VIDA?

Libertad es sinónimo de proyecto. El ser humano es libre para proyectar, se proyecta para vivir. La libertad ontológica es necesariamente proyectiva. Se es libre para proyectar una "manera de vivir", un destino personal, o un simple acontecimiento cualquiera del cotidiano acontecer. La libertad ontológica tiene vocación de cumplimiento en la realidad, en el mundo exterior, en el diario vivir. Libertad para vivir de tal o cual modo, a través de actos, conductas, comportamientos, que configuran la cotidianidad del existir y que trasuntan un "proyecto de vida" libremente elegido.

Todos los seres humanos tienen un proyecto para su vida. Se elige y decide emplear la vida, que es temporal, para la realización de un proyecto de existencia. Hay proyectos posibles, realizables, sensatos, acordes con las potencialidades de quien lo adopta y las opciones que se le presentan. Existen, en cambio, proyectos demasiado ambiciosos, que desbordan las potencialidades y energías de la persona, por lo que no son realizables en todo o en parte. Hay proyectos fantasiosos, quiméricos, del todo inejecutables. No es infrecuente que la persona, que posee un determinado proyecto de vida, por razones ajenas a su voluntad, por carencia de potencialidades o de opciones, no pueda cumplir con *su* proyecto y se vea obligada a realizar un proyecto alternativo. Lo único cierto es que todos los seres humanos, consciente o inconscientemente, poseen un proyecto de vida. Lo contrario sería vivir sin rumbo, sin ideales, sin aspiraciones, sin modelos, sin finalidad. Lo que es un imposible.

El proyecto de vida responde a la exigencia existencial por la cual cada ser humano debe otorgarle un sentido a su vida, una ineludible razón de ser. El ser humano cumple una misión durante su existencia, se fija metas, se traza un destino. Se vive para ser "algo", para cumplir con un proyecto de vida. No es posible un vacío existencial. Ello equivaldría a un "no ser"³.

El proyecto de vida es complejo en tanto no sólo puede referirse a la situación laboral sino, también, a la familiar o a cualquier otro aspecto que signifique una aspiración de la persona a realizar durante su humano existir.

4. LA LIBERTAD Y EL CUMPLIMIENTO DEL PROYECTO DE VIDA

La decisión-elección libre del ser humano se convierte, así, en libertad *fenoménica*, que es la que se hace presente en el mundo en el que vivimos, la que se torna patente por volcarse al exterior. Es el proyecto de vida en ejecución, alcanzando su plena o parcial realización o frustrándose, total o en parte, menoscabándose en alguna medida o retardándose por cierto tiempo en su cumplimiento. Originada en una decisión subjetiva, la libertad fenoménica se hace presente en el mundo exterior mediante los actos o conductas por los cuales el ser humano cumple o pretende realizar tal decisión.

De lo expuesto se puede concluir que la libertad, que es decisión, implica un continuo proyectar. La libertad ontológica es, de suyo, proyectiva, con vocación de convertirse en acto. Concebir proyectos es, por ello, poner el ser en el futuro, lo que es posible desde que el ser humano es un ente temporal. La temporalidad es inmanente a la libertad. El proyectar supone no sólo temporalidad sino también la manifestación de la estructura coexistencial del ser humano. Ningún proyecto puede realizarse sin contar con los otros seres humanos. Se proyecta en y dentro de una comunidad. De ahí que la libertad del ser humano sea temporal y coexistencial.

5. EN RELACIÓN CON LA LIBERTAD, ¿QUÉ ES EL ACTO O CONDUCTA HUMANA?

La libertad ontológica, como señala Sartre, "se hace acto" y éste "es la expresión de la libertad". Es decir, los actos o conductas constituyen la libertad fenoménica⁴. Como apunta el filósofo francés, "el proyecto libre es fundamental, pues es mi ser"⁵. El acto exterior, mediante el cual se realiza una libre decisión subjetiva, es la manifestación de un determinado proyecto personal. El ser libre "es aquel que puede realizar sus proyectos"⁶. Es, precisamente, a través de los actos o conductas que los demás seres humanos conocen cuáles son las íntimas decisiones de cada persona. En palabras del citado filósofo el ser humano "es un existente que descubre su libertad por sus actos"⁷.

Como anota Zubiri, "el más elemental de los actos específicamente humanos interpone entre las cosas y nuestras acciones "un proyecto". Sólo el ser libre se proyecta y esto, nos dice el filósofo hispano, "cambia radicalmente nuestra situación respecto a la del animal". Los actos del hombre, a diferencia de los animales, "no son reacciones sino proyectos"⁸. No responden únicamente a los instintos sino son el producto de decisiones libres. Sólo el ser humano, por ser ontológicamente libre, es capaz de proyectar.

Ya en 1950, en la que fuera nuestra tesis para obtener el grado de Bachiller en la Universidad de San Marcos, titulada *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*⁹, sustentamos nuestro trabajo sobre la base de la existencia del proyecto de vida. Es, así, como en el libro que recoge aquella tesis estudiantil, *El derecho como libertad*, se lee lo que puede ser síntesis de lo que venimos diciendo: "El hombre, en fin, es libertad que se proyecta"¹⁰. Es decir, que la realidad de la existencia del "proyecto de vida" ya formaba parte de nuestro bagaje conceptual desde aquellos años cuarenta del siglo XX, cuando cursábamos estudios en la Facultad de Derecho de San Marcos.

El proyecto de vida se encuentra plasmado en el pensamiento de los filósofos contemporáneos más representativos, sobre todo de aquellos que conforman la escuela de la filosofía de la existencia, como es el caso, por ejemplo, de Sartre y Zubiri, antes citados. No es posible considerar que el proyecto de vida sea una quimera, ni una fantasía, ni un espejismo o algo por el estilo. Es una maciza realidad del existir de todo ser humano. Si no se posee un proyecto a realizar en la existencia, la vida carece de sentido, de razón de ser. Esta es la importancia del proyecto de vida, aún no suficientemente percibida por un sector de los hombres de Derecho que no se han actualizado.

6. LA SINGULARIDAD DEL "PROYECTO DE VIDA"

El ser humano, en cuanto ser libertad, es un constante, un permanente proyectar. El ser humano, el "ser ahí" heideggeriano, "en cuanto tal, se ha proyectado en cada caso ya, y mientras es, es proyectante"¹¹. Como expresa Heidegger, y como se ha anotado, el ser humano es un ser proyectante. O, como preferimos decirlo es, de suyo, proyectivo. Proyecto significa libertad con la exigencia de convertirse en un acto de vida, en un destino personal, en libertad fenoménica.

Entre la multiplicidad de proyectos que el ser humano forja permanentemente en su existencia hay uno que es singular, único, irrepetible: el "proyecto de

vida" de cada cual. Éste, como lo venimos diciendo, es lo que el ser humano, cada ser humano, ha decidido "ser" y "hacer" "en" su vida, "con" su vida, de acuerdo con una personal escala de valores. Es aquello, reiteramos, por lo cual se considera valioso vivir, que tiene un sentido para cada ser humano. Significa, por ello, otorgarle una razón de ser a su existir. Es la misión que cada cual se propone realizar en el mundo. Es un conjunto de ideales, de expectativas. Es, en suma, el destino personal de cada cual.

El "proyecto de vida" es aquel que el hombre, consciente de su libertad, "quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser"¹². Todos los demás proyectos, directa o indirectamente, desde los más significativos a los de menor trascendencia, confluyen en el "proyecto de vida". Todo lo que el hombre proyecta en la vida está, directa o indirectamente, en función de su propio "proyecto de vida". Todo lo que se proyecta y ejecuta está dirigido al cumplimiento del "singular proyecto de vida".

Existen, por ello, proyectos de vida que se perfilan nítidamente, que son captables sin mayor dificultad por cualquier persona, que responden a una definida personalidad, que tienen un profundo sentido para la existencia de cierto sujeto, todo lo que se comprueba a través de una objetiva trayectoria de vida. Son proyectos singulares que se desarrollan con entusiasmo, gozosamente, desde que expresan una sentida y honda vocación. Ellos conducen a un estado de felicidad o a uno próximo a ella desde que las personas se sienten "realizadas" en tanto han cumplido con ejecutar su proyecto de vida. Son proyectos que podemos calificar de auténticos en cuanto corresponden a una libre y cumplida decisión de la persona.

7. UN PROYECTO DE VIDA, ¿POR QUÉ, PARA QUÉ?

El ser humano se encuentra, en un tiempo y en un espacio dados, lanzado en el mundo. Se encuentra existiendo, "viviendo" y, como consecuencia de esta situación, se pregunta, consciente o inconscientemente, ¿qué hacer con *mi* existencia?, ¿cuál el *sentido* que quiero otorgarle a *mi* vida?, ¿*libertad*, para qué?¹³ Posee, entonces, como respuesta a esta profunda inquietud, el concebir *su* "proyecto de vida", aquella misión o actividades que decide realizar durante su humano existir. Para ello debe necesariamente contar, en cierta medida, con lo que proviene de su mundo interior. Es decir, con sus propias potencialidades, capacidades, energías, habilidades, talentos y posibilidades psicossomáticas. Ellas constituyen el instrumento primario del cual se vale el

hombre para cumplir con su "proyecto de vida". Pero, también, debe contar con todo aquello que le ofrece el mundo exterior, la circunstancia en la que está situado: la trama interpersonal, la coexistencia o presencia de los "otros", así como las cosas que en él se hallan y lo envuelven. De todo ello se vale el ser humano para concebir y, consecuentemente, para dar cumplimiento a su "proyecto de vida". En una palabra, el ser humano proyecta su vida sobre la base de sus propias capacidades y de las opciones que le ofrece el mundo, su circunstancia. No es posible la existencia, y menos la realización de un "proyecto de vida, si el ser humano carece de opiniones que le permitan decidir y su personal proyecto¹⁴.

El "proyecto de vida" de cada ser humano está condicionado a que se presente y se den dichas favorables condiciones. Todos los ideales del ser humano no son posibles de cumplir debido a las limitaciones propias de cada uno y de aquellos condicionamientos provenientes del mundo en que se vive.

El "proyecto de vida" está íntimamente relacionado con la personalidad de cada ser humano. Hay proyectos de vida que se perciben nítidamente pues ellos responden a una honda vocación y se constituyen como la misión que cada cual se ha impuesto en su vida.

8. LOS PROYECTOS ALTERNATIVOS Y SUSTITUTORIOS Y LAS OPCIONES DE VIDA

Al lado de los proyectos de vida fácilmente perceptibles por ostensibles, que responden a una sentida vocación y que se hallan en trance de realización, nos encontramos también con otros que no reflejan una honda vocación, que no trasuntan un compromiso existencial que el hombre haya asumido a plenitud. Se trata de proyectos de vida que no corresponden al modelo que el ser humano ha escogido y que, más bien, representan la necesidad existencial de todo ser humano de otorgarle un cierto sentido a su vida. Estos proyectos de vida le han sido generalmente impuestos a la persona por las circunstancias de su existencia, como pueden ser tanto la carencia de potencialidades propias como de opciones, las cuales les son negadas por el mundo exterior.

Los desdibujados y grises proyectos que sustituyen al deseado y escogido por el ser humano, son lo que se designan como "alternativos". Frente a esta situación, contraria a la decisión libre y a los sueños e ilusiones del hombre,

cabe un sentimiento de frustración, o ella está acompañada por un estado de depresión, o un resentimiento o amargura por aquello que la vida no le concede. No obstante, puede ocurrir que la persona que no alcanza su realización se resigne frente a esta situación y acepte, con filosófica alegría, el cumplimiento de un proyecto alternativo. Puede también presentarse una extraña combinación de estos u otros estados psicológicos con predominio de alguno de ellos. Cada persona, de acuerdo con su personalidad, tiene una singular respuesta ante esta eventualidad.

La posibilidad que tiene cada persona de cumplir con un determinado "proyecto de vida" se halla, por consiguiente, en función tanto de las potencialidades inherentes al sujeto así como de las opciones que le ofrece el mundo en el que vive.

Si, como resultado de un daño, el proyecto de vida de la persona no se realiza, total o parcialmente, no es difícil percibir las consecuencias negativas que, en mayor o menor grado, ha de sufrir su proyecto de vida, el que se cumplía con regularidad, de manera visible por ser objetivo y durante un tiempo más o menos prolongado.

Un daño a los proyectos alternativos, por no ser queridos, auténticos, no es necesariamente causa de una frustración que comprometa el destino de la persona. En otros términos, este daño no genera normalmente mayores consecuencias negativas en el "proyecto de vida" sino, más bien y probablemente, en otros aspectos de la existencia de la persona, como podría ser su bienestar personal o en una pérdida de carácter material, o ambos. Es decir, se trata de un daño que repercute negativamente en el desarrollo de su vida ordinaria, tal como era antes de producirse el evento, o el surgimiento de un daño emergente y, de ser el caso, de un consiguiente lucro cesante.

Cabe reiterar que sin opciones es imposible que la persona sea verdaderamente libre, pues careciendo de ellas no puede comportarse como tal, es decir, como ser libre que debe cumplir con un proyecto escogido de acuerdo a su vocación personal.

Esta especial comprensión de los alcances que tiene el "proyecto de vida" hace indispensable que el juzgador, al fijar una reparación por las consecuencias del daño efectivamente producido, tome en atenta consideración la trayectoria de vida de la víctima, calibre la intensidad con la que ella siente y vive su personal proyecto de vida, así como tome conocimiento de sus características

psicológicas y de los efectos producidos en cuanto al bienestar de la persona afectada.

Al lado de los proyectos que hemos designado como "alternativos" existen otros, los denominados "sustitutorios", que son el resultado o consecuencia de una frustración del proyecto original y deseado. Ante esta situación la persona enfrenta un vacío existencial, situación que debe resolver para continuar viviendo. Frente a esta frustración la persona se pregunta con razón y explicable angustia, ¿y, ahora, que hacer con mi vida, como podré sustituir mi proyecto de vida?, ¿seré capaz de hacerlo?

Las reacciones frente a la circunstancia antes descrita varían de persona a persona, dependiendo mucho de la personalidad de cada cual o de su capacidad de adaptación a inéditas situaciones. No es posible prever que es lo que sucederá en cada caso. Habrá personas que no puedan o no estén dispuestas a superar este vacío existencial escogiendo un proyecto de vida sustitutorio. Ellas encontrarán caminos evasivos como sumirse en una profunda depresión, en un entregarse al alcohol o a las drogas y, en casos límites, intentar el suicidio pues consideran que su vida ha perdido su sentido, su razón de ser.

Otras personas, cuya personalidad es más recia o su capacidad de adaptación es mayor, intentarán encontrar un proyecto sustitutorio que le otorgue un nuevo sentido a su vida, aunque éste no será el mismo que el que se perdió al frustrarse su proyecto original.

9. EL GENÉRICO "DAÑO A LA PERSONA" Y EL ESPECÍFICO "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA"

La persona humana puede describirse sintéticamente como *"una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad"*. De ahí que pueda ser lesionada tanto en su estructura psicosomática como en su libertad. Los daños psicosomáticos pueden incidir en el soma o cuerpo en sentido estricto, con repercusión en la psique, o a la inversa. Estos daños comprenden tanto la lesión en sí misma -como la pérdida de un brazo, por ejemplo- como las consecuencias que de ella se derivan en cuanto a la calidad de vida de la persona. Al primero de dichos daños -la lesión en sí misma- lo designamos como "daño biológico", mientras que el que afecta la vida cotidiana de la persona lo denominamos, desde la década de los años ochenta del siglo XX, como "daño al bienestar" o

"daño a la salud integral". En Italia, a partir de los años noventa se le nomina como "daño existencial"¹⁵.

El daño a la libertad fenoménica es aquel daño que afecta, en alguna medida, el "proyecto de vida" de la persona. Es decir, su realización personal, el cumplimiento de su destino¹⁶.

De lo expresado se desprende que el "daño al proyecto de vida" o daño a la libertad fenoménica, se ubica dentro del conjunto, multiplicidad y complejidad de aquellos daños que se pueden causar a la persona. En otras palabras, es un daño que integra el amplio y genérico concepto de "daño a la persona". Es, tal vez, el daño más importante que se puede inferir al ser humano como es el de arrebatarle, en casos límite, el sentido o razón de ser de su vida.

Es de asombrarse de cómo, debido a la influencia ideológica, tanto del patrimonialismo como del formalismo, imperante por siglos en los predios jurídicos, sólo se indemnizaban los daños materiales, es decir, de aquellos ocasionados a las cosas, al patrimonio, a los objetos que tenían una perfecta equivalencia en dinero. Éste, el dinero, era la razón de la vida, la medida de todas las cosas.

Es sólo a partir de la mitad del siglo XX que dicha situación empieza a cambiar. Aparece en el escenario jurídico, con especial relevancia, la persona humana. Se estudia su estructura existencial y surge una nueva concepción del ser humano. Se le revaloriza. Se le comienza a considerar como el centro y el eje del Derecho. Se descubre, ¡al fin!, que se le puede dañar en su estructura psicosomática y que este daño es más grave que el que afecta a las cosas, desde que la persona es un *fin* en sí misma, mientras que las cosas, el patrimonio, tienen tan sólo un valor *instrumental*. Es a partir de la década de los años ochenta de aquel siglo, que se descubre también que se le puede causar un daño a la persona en su libertad fenoménica, es decir, en el proceso de cumplimiento de su singular proyecto de vida. Este proyecto o plan vital puede, a causa de un daño, frustrarse, menoscabarse en alguna medida o retardarse en su realización.

El "daño al proyecto de vida", como se ha anotado, es uno de los tantos daños que se pueden causar a la persona. El "daño a la persona", que es un concepto amplio y genérico, comprende *todos* los daños que se le puede inferir al ser humano, ya sea en su unidad o estructura psicosomática como en su libertad

fenoménica. En otra sede nos hemos referido a la sistematización del daño a la persona¹⁷.

Es del caso remarcar, como lo venimos haciendo por décadas, que el agravio a los *principios* morales de una persona o a aquellos causados, por ejemplo, a su honor, intimidad, identidad, son daños que afectan la *psique*. Son daños psicológicos de carácter emocional, es decir, no son generalmente patológicos. Al agravarse dichos principios lo que se daña son los "sentimientos" de la persona, causando, por ejemplo, indignación, ira, sufrimiento, desesperación, impotencia. Es decir, se trata de daños de carácter psíquico, emocional o sentimental. A esto se reduce el llamado daño "moral": a ser un daño a la persona que afecta su ámbito psíquico¹⁸. En otros términos, lo que se daña no es la "moral", sino que un agravio a los *principios* morales de la persona, son la causa de un daño *psíquico* emocional. Esta es una nueva y realista visión del llamado daño "moral", vocablo que utilizaba la doctrina francesa de los siglos XVIII y XIX para designar los daños que no eran materiales, como también aludía a la expresión "persona moral" para referirse a lo que en la actualidad designamos como "persona jurídica".

Después de lo expresado nuestro asombro se acrecienta al advertir cómo, por siglos, los juristas y los jueces consideraban que sólo se dañaba el patrimonio y, consiguientemente, se indemnizaban los perjuicios causados, ya fuere bajo la modalidad del daño emergente o del lucro cesante. Hubo que esperar hasta la década de los años setenta del siglo XX para descubrir que la persona, al igual que el patrimonio pero en diferente grado jerárquico, era también susceptible de ser objeto de un complejo de daños.

10. CLASIFICACIÓN DE LOS DAÑOS EN GENERAL

La revolucionaria ampliación que se advierte en el capítulo del Derecho de Daños al haberse incorporado, a partir de la década de los años 80 del siglo XX, el "daño a la persona", que incluye los daños psicosomáticos y el daño a la libertad fenoménica o "daño al proyecto de vida", obliga a los juristas a replantearse, desde su raíz, la importante temática de la reparación independiente de cada una de las diversas modalidades del daño a la persona. Para ello debe tenerse en cuenta la doble clasificación de los daños, a la cual nos referimos en las siguientes líneas.

Existen dos clasificaciones del daño en general. La primera se refiere a *naturaleza* del ente dañado y, la segunda, a las *consecuencias* derivadas del daño. Son dos materias que no deben confundirse.

La primera de dichas clasificaciones, que incide en la *naturaleza del ente afectado* por un daño distingue, con nitidez, el daño subjetivo o "daño a la persona", del daño objetivo, daño material o daño al patrimonio. Esta clasificación es importante en cuanto remarca que los criterios, técnicas y metodología relativos a la reparación de las *consecuencias* que origina un daño a la persona son diferentes de los tradicionalmente empleados por los jueces para resarcir los daños objetivos o daños materiales. Este es un tema que no debe pasar desapercibido: no es lo mismo reparar un daño a un ente libre y espiritual, con plena dignidad, como es la persona humana, que a una cosa, objeto o patrimonio cualquiera.

La segunda clasificación incide en las consecuencias que originan los daños, tanto aquellos causados a la persona como los que afectan al patrimonio. Esta clasificación permite aclarar un tema que se ha presentado confuso y que hasta ahora no logra disiparse del todo, como es el de equiparar, como si fueran idénticos, el daño al ente "persona humana" con las consecuencias exclusivamente extrapatrimoniales. Es decir, que dentro de esta concepción el daño a la persona equivale al daño extrapatrimonial. Esta confusión la advertimos en Italia en el momento en que se empezaba a diseñar los alcances del "daño a la persona" y ello complicó nuestras primeras reflexiones sobre tan apasionante como actual tema. No obstante, al poco tiempo aclaramos esta situación y distinguimos ambos conceptos del "daño. No se puede perder de vista que el daño a la persona no sólo genera consecuencias extrapatrimoniales sino también patrimoniales¹⁹.

11. REPARACIÓN INDEPENDIENTE DE LOS DIVERSOS DAÑOS A LA PERSONA

Es conveniente que los jueces no fijen, con un criterio facilista, reparaciones globales o en bloque en relación con las diversas modalidades de daños al ser humano. El empleo de esta metodología no permite identificar la entidad o nivel de gravedad de cada una de las diversas lesiones sufridas por la persona y el consiguiente monto que debería corresponder por los perjuicios sufridos en cada caso. La finalidad perseguida con el desagregado de los daños a la persona es el determinar, en cada caso, la reparación adecuada que, frente a las consecuencias de cada uno de ellos, debe asumir el agente del daño. Además, este desagregado de lesiones causadas a la persona ayudará a que los jueces se familiaricen con el abanico de daños que se le pueden causar, los identifique cada vez con mayor nitidez, y se vayan acostumbrando a fijar criterios para su

reparación, basándose en baremos o en la equidad, creando jurisprudencia que, a la larga, facilitará y uniformará, relativamente, las reparaciones a otorgarse, en cada caso, a las víctimas de un daño a la persona.

12. REPARACIÓN DEL “DAÑO BIOLÓGICO” (la lesión en sí misma)

En lo que respecta a los daños psicosomáticos, la primera reparación que se ha de efectuar se ha de referir a la lesión causada, o sea, al “daño biológico”.

Un distingo fundamental que ha de hacer el juez al tratar los daños causados a la persona es el de precisar, de un lado, el monto de la reparación que merece la *lesión en sí misma* (daño biológico) en relación con el órgano o función dañada y, del otro, la reparación de las *consecuencias* (daño al bienestar o a la salud integral) que la lesión sufrida tiene para la vida diaria de la persona, para su normal existencia cotidiana. En otros términos, en qué medida se afecta la calidad de vida de la víctima.

En cuanto a la lesión en sí misma cabe señalar que no son similares, por ejemplo, las consecuencias de la pérdida del dedo índice que del meñique de una mano, como tampoco es lo mismo la pérdida de la mano derecha que de la izquierda, salvo el caso de los zurdos. No es tampoco equivalente la pérdida de un ojo que la de los dos. Felizmente, la tendencia actual es la fijación, en ciertos países europeos, de baremos o tablas de infortunios que permiten a los jueces poder fijar reparaciones de un rango que guarda relación con las señaladas por otros jueces de su país frente a la misma lesión. De este modo, luego de una explicable inicial etapa de inconveniente anarquía en la fijación de reparaciones por los diversos jueces de un mismo país, se podrá llegar, a través de la jurisprudencia, a uniformar las reparaciones que se fijan frente a una misma lesión. La natural y explicable anarquía inicial en esta materia irá disipándose con el tiempo. Esta experiencia la acaban de pasar ciertos países europeos, por lo que no ha de extrañar que ocurra en otras latitudes.

Cabe recordar que los baremos son sólo referenciales, por lo que el juez, en atención a la particularidad de cada caso, puede fijar una prudente mayor reparación que aquella que se consigna en el baremo, pero sin alejarse en demasía del monto establecido.

Las consecuencias del daño biológico deben ser reparadas. La persona que pierde un brazo o un ojo merece una indemnización por el perjuicio sufrido,

con independencia de aquellas que, alterando su bienestar, se produzcan en su calidad de vida.

El juez, de conformidad con lo expresado en precedencia, deberá determinar el monto de la reparación de la lesión en sí misma acudiendo, como referencia, a los baremos o tablas de infortunios donde están establecidos los valores de las diferentes partes del cuerpo humano. De no existir baremos, el juez tendrá que fijar una reparación equitativa, teniendo en cuenta la capacidad adquisitiva promedio del país como uno de los principales referentes. En el primer caso, es decir, de existir baremos, la mano del pianista debe ser valorada razonablemente por encima del promedio establecido para la mano de un ser común y corriente.

Cabe precisar que la lesión puede ser somática, como es el caso de la mano del pianista, pero también puede ser psíquica. En esta última situación hay que distinguir la lesión que consiste en una perturbación emocional (lo que tradicionalmente se conoce como daño "moral") no patológica, de aquellas otras lesiones psíquicas que sí tienen este carácter, es decir, que son patológicas. Se trata de las que se conocen, general y comúnmente, como enfermedades mentales.

13. REPARACIÓN DEL "DAÑO AL BIENESTAR" (daño a la salud integral o daño existencial)

Las lesiones originadas a la estructura psicosomática de las personas - incluyendo, por cierto, el daño "moral", al honor, a la intimidad, a la identidad, etc., en cuanto daño con consecuencias en la "psique" - repercuten, en mayor o menor medida, en su diario quehacer, en su trayectoria existencial. Estas lesiones alteran su cotidiano existir, el que sufre un cambio de diferente magnitud, según el caso, en relación con la situación anterior que disfrutaba la persona antes del daño desde que afectan su calidad de vida.

Se debe tener presente que un asunto es la consecuencia que representa para la persona la lesión en sí misma, como es el caso de la pérdida de una mano o de un ojo -que tienen un propio valor- de las consecuencias que esta lesión produce en la vida normal de la persona, en la cotidianidad de su existir. La vida de la persona, en cualquiera de dichos casos, ha de cambiar en alguna medida. Se afectará su bienestar, su vida no volverá ser la de antes. Tendrá que adaptarse a vivir, en el caso citado, sin una mano o sin un ojo. Dejará de hacer aquello que

estaba acostumbrado a realizar con la mano derecha perdida, desde comer a lavarse los dientes, desde practicar un deporte hasta conducir un vehículo, etc. Este es, qué duda cabe, un daño *cierto* que debe repararse.

No se pueden confundirse dos daños diversos a la persona, como son, de una parte, la lesión en sí misma (daño biológico) y, de la otra, el daño a la calidad de vida (daño al bienestar). Cada uno de ellos genera consecuencias diversas que merecen, también, específicas reparaciones. En otros términos, se deben valorar y liquidar independientemente las consecuencias producidas por la lesión en sí misma (daño biológico) de aquellas que alteran, en alguna medida, la vida diaria de la persona (daño al bienestar).

Para comprobar las consecuencias que en la vida diaria de la persona causa un "daño al bienestar", baste imaginar las múltiples actividades, costumbres y hábitos que han de omitirse o sustituirse, según el caso, en la cotidianidad de la vida de una persona. Ello producirá en la víctima un significativo malestar e innumerables problemas a raíz de la pérdida de la mano derecha o la de un ojo, para seguir con el ejemplo. Acostumbrarse a realizar con otra mano todo aquello que se ejecutaba con aquella que se perdió constituye un penoso aprendizaje, que repercute negativamente en el ánimo y la calidad de vida de la persona. De otro lado, si se sustituye la mano perdida por un instrumento ortopédico de hierro es probable que su exhibición podría llegar a causar una depresión o un aislamiento, por momentáneo que él sea, de la vida de relación social. A parecidas o peores situaciones estará expuesta la persona que, a raíz de una grave lesión, deba permanecer el resto de su vida en una silla de ruedas.

En resumidas cuentas, son inimaginables las limitantes consecuencias que una lesión (daño biológico) puede causar en el bienestar de una persona. Su vida no será la misma de antes. Habrá perdido, según los casos, una importante cuota de su anterior bienestar. Su vida cotidiana, su discurrir existencial, se verá alterado, tal vez para siempre. ¿Acaso no se trata de un grave daño a la persona que merece una reparación independiente de los otros daños que se le pueden ocasionar? ¿Podremos permanecer indiferentes ante este daño que trastorna la entera vida de la persona al incidir en su bienestar, al alterar su salud integral? Creemos que la respuesta es clara. Los jueces, al lado de la reparación del daño biológico, es decir, de la lesión en sí misma, ya sea preponderantemente somática o psíquica, debe indemnizar el daño causado al bienestar o, como recientemente se le denomina en Italia, el daño existencial. En síntesis, daños diferentes requieren reparaciones independientes.

De los múltiples daños que se pueden causar a una persona algunos acarrear consecuencias de orden extrapatrimonial mientras que otros tendrán consecuencias de carácter patrimonial. Así, por ejemplo, si un pianista pierde la mano derecha, el juez tendrá que fijar reparaciones independientes por las consecuencias derivadas de cada uno de los diferentes daños de los que la persona ha sido víctima. De un lado, ha de indemnizar las consecuencias de la lesión en sí misma (daño biológico), mientras que del otro ha de reparar aquellas que inciden en la calidad de vida de la persona (daño al bienestar) y, estas dos, a su vez, de cualquier otra consecuencia como la causada al "proyecto de vida". Y todas estas consecuencias de los diferentes daños a la persona no excluyen los resarcimientos de orden patrimonial como el daño emergente generado por la hospitalización del artista y sus derivados, así como los del lucro cesante de contratos por conciertos suscritos que no podrá cumplir.

La lesión causada -la pérdida de la mano derecha- origina consecuencias negativas en la vida cotidiana del pianista. Su existencia ya no será la misma faltándole dicha mano. Tendrá que adaptarse, con evidente malestar, a esta nueva e ingrata situación como, entre otras incómodas situaciones, a aprender a utilizar la mano izquierda para ejecutar todos los actos que son inherentes a las manos del ser humano. Dejará, por ejemplo, de realizar algunas actividades o de practicar ciertos deportes. Le resultará difícil, tal vez y de acuerdo con la peculiar personalidad que posee, relacionarse con los demás teniendo una prótesis en la mano que perdió. Esta situación le causará dolor, quizás cierta depresión. Se afectará, muy probablemente, su alegría de vivir, tan importante para la salud física y espiritual de la persona. Sufrirá probablemente su vida de relación.

Las consecuencias de todo orden y magnitud que una lesión produce en la cotidianidad existencial de una persona es un daño evidente e inocultable que, en gran medida, se relaciona con la personalidad, fuerte o débil, de la víctima. Es el daño que en nuestro ensayo de 1993, titulado *Hacia una sistematización del daño a la persona*, llamamos "daño al bienestar" o a la salud integral de la persona. En Italia, desde mediados de la década de los años noventa del siglo pasado, la escuela de Trieste, donde destacan los nombres de Paolo Cendon, Patricia Ziviz y Francesco Bilotta, entre otros, han denominado como "daño existencial" a este peculiar daño cuyas consecuencias se hacen patentes en la cotidianidad de la vida de la persona afectada.

En el sentido antes señalado, el juez tendrá que reparar tanto aquellas consecuencias de carácter extrapatrimonial como las de orden patrimonial causadas a raíz de un daño. Se trata, como se percibe, de un menú de reparaciones que comprende todos y cada uno de los daños sufridos por la persona según la sistematización de los daños a la que nos venimos refiriendo. Cada daño exige una singular reparación. Cada uno de los daños referidos -"daño biológico" "daño al bienestar", "daño al proyecto de vida", "daño emergente y lucro cesante"- debe ser reparado de manera independiente porque sus consecuencias son diferentes de las de los otros daños causados a la persona.

El juez, valiéndose del criterio de equidad, deberá evaluar la magnitud de la pérdida de bienestar en la vida de la persona, en este caso el pianista del ejemplo, con la finalidad de fijar una reparación por las consecuencias negativas que afectan la existencia cotidiana derivadas de una lesión, es decir, su bienestar o calidad de vida. Se trata, cabe reiterarlo, de un daño independiente, diferente de la lesión en sí misma que significa la pérdida, desaparición o disminución de la función de algunos de los componentes que conforman la unidad psicosomática del ser humano. Perder una mano es un daño en sí mismo, como también lo son las consecuencias negativas que, a partir de ella, se causan a la vida de la persona. Son dos daños diferentes que merecen reparaciones independientes. No cabe confundirlos, ni repararlos en bloque, pues cada una de las reparaciones se realiza atendiendo a diferentes criterios y técnicas. En el caso del "daño biológico" se recurre, ahí donde los hay, a los baremos y, en el caso del "daño al bienestar" se aplica el criterio de la equidad.

Como se aprecia de lo expuesto en precedencia, la revolución producida en el Derecho de Daños -responsabilidad civil- es profunda, lo que obliga a los operadores del derecho a renovar y actualizar sus conocimientos si es que pertenecen a una cultura humanista, si realmente creen y respetan la dignidad del ser humano, de cada ser humano. Estamos en el inicio de un proceso de transición que ya está en marcha, que no podemos ni negar ni ocultar, pese a todos los problemas y tropiezos que, durante un tiempo y mientras se forja una adecuada jurisprudencia, tendremos que lamentar y criticar. Estamos, lo reiteramos, atravesando una etapa de transición entre dos épocas.

14. REPARACIÓN DEL "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA"

Un daño al "proyecto de vida" de la persona puede frustrarlo íntegramente o, tan sólo, menoscabarlo, retardarlo o producir la combinación de estas dos últimas consecuencias.

14.1. La frustración del "proyecto de vida"

Atentar contra el proyecto de vida -que es el que le da sentido y razón de ser a la existencia de cada persona- produce distintas consecuencias, de diversa magnitud e índole que el juez deberá precisar y, en su caso, reparar adecuadamente según la regla de la equidad y teniendo a la vista la jurisprudencia, si la hubiere, o la capacidad adquisitiva promedio del país, aparte de otras consideraciones que el juzgador considerase conveniente valorar. El juez, en este caso, cumple un rol de singular importancia dado que está apreciando en qué medida se ha lesionado y truncado el proyecto de vida de un ser humano.

La frustración del "proyecto de vida" produce, generalmente, graves consecuencias para la víctima del daño. Éstas pueden traducirse, como se ha anotado, en un vacío existencial, en la pérdida del sentido de la vida, de su razón de existir. El vacío existencial -de producirse- es difícil de llenar, como lo es también, en ciertos casos, asumir otro "proyecto de vida" sustitutorio, que no es el original y querido, que responde a una sentida y singular vocación personal. No es ni fácil ni común que la frustración del "proyecto de vida", o sea la manera de vivir que eligió libremente el ser humano -que es su destino personal- pueda ser sustituido, sin más, por otro "proyecto de vida". Ello, en especial, cuando el proyecto original ha marcado la vida de la persona, cuando por largo tiempo se ha cumplido exitosamente, con autenticidad y gozo personal y responde, por ende, a una profunda e íntima vocación. No podemos olvidar que el hombre se realiza como persona a través del trabajo, de su vida familiar, de su cotidiana actividad mediante el cumplimiento de la misión que se ha impuesto en la vida. El hombre ha venido al mundo para realizarse como persona, para cumplir una finalidad con el don de su vida.

Lamentablemente, por hondas desigualdades de todo orden engendradas por la ausencia de una vivencia de justicia social o por ignorancia, extrema pobreza u otras similares condiciones, no todos los seres humanos están en capacidad de escoger libremente un determinado "proyecto de vida". Ello se advierte, con mayor frecuencia y extensión, en los países en vías de desarrollo en los cuales las desigualdades y la extrema pobreza impiden a sectores de la población contar con opciones u oportunidades para decidir sobre un determinado y deseado "proyecto de vida". Éste, en dichas situaciones, les viene impuesto por las circunstancias en las cuales se vive. Por ello, la conquista de la libertad, a través de la vivencia de la justicia y de otros valores, como la solidaridad, la

igualdad y la seguridad, es un prioritario deber de los Estados y de las sociedades donde se presentan estas trágicas realidades. La vivencia comunitaria de justicia y la de otros valores es un medio o instrumento indispensable para lograr vivir como lo que se es: como un ser libre.

La frustración integral del proyecto de vida que, como está dicho, crea un vacío existencial por la pérdida del sentido de la vida, puede ocasionar una situación de abandono y de aislamiento del ser humano, una despreocupación por todo lo referente a su actividad personal. Puede ocurrir, también, que en ciertos casos se produzca una adicción al alcohol o a las drogas y, en casos límites, la persona puede llegar hasta el suicidio. La víctima del daño, en casos extremos, tiene la sensación de que su vida carece de sentido, que ya no existe razón para seguir viviendo. ¿Cómo recuperar el "sentido" de la vida, sobre todo si no existen otros valores de los cuales se pueda asir la persona para enrumbar nuevamente su existencia? Sólo una profunda creencia religiosa, una recia fe filosófica, el infinito amor a la familia o una fuerte personalidad pueden mitigar, paliar o superar el vacío existencial. Es decir, hacerlo llevadero hasta donde ello sea posible.

La fuerte personalidad de la persona, su especial sensibilidad, y sus arraigadas creencias religiosas o filosóficas constituyen, sin duda, un factor importante en lo que se relaciona con la magnitud y alcances de las consecuencias que puedan afectarla a raíz de un daño que conduce a la frustración de su "proyecto de vida", de su ruta existencial libremente trazada. De todos modos, y en cualquier caso, las consecuencias de este radical daño al proyecto de vida puede originar, en ciertas extremas circunstancias, un colapso existencial o graves estragos en la vida del ser humano. Ello dependerá de varios factores, como son, entre otros, el grado de intensidad y profundidad con la que se vive el "proyecto de vida", el éxito y el grado de satisfacción alcanzado en su ejercicio, la personalidad del sujeto víctima del daño o la capacidad de hallar un proyecto sustitutorio que satisfaga, hasta donde ello es posible, sus expectativas existenciales.

Un factor que gravita en cuanto a la magnitud y gravedad de las consecuencias del daño al "proyecto de vida" que afectan a la persona es el relacionado con la hondura y pasión con la cual se vive el proyecto, con la trascendencia e importancia que él posee para el sujeto y con las satisfacciones y gozo que de él se desprenden. O, en sentido, inverso, por la mayor o menor indiferencia frente a sus consecuencias por cuanto no es, precisamente, el proyecto que libremente la persona concibió y que ya no podrá realizar.

Existen proyectos existenciales auténticos, gozosamente vividos, egregios, que constituyen una plena expresión de la vocación de la persona, mientras que otros carecen de estas connotaciones por cuanto el proyecto que cumple el ser humano no es, como se ha advertido, el que ella hubiera querido vivir, en tanto resulta ser producto de circunstancias que la vida le impuso, que escaparon, en su momento, a su libre decisión.

Se trata, en este caso, de un proyecto alternativo, impuesto por la carencia de oportunidades, de opciones, de habilidades personales o por las consecuencias derivadas de la acción de condicionamientos insuperables, como la ignorancia o la pobreza extrema, una grave discapacidad u otros condicionamientos de similar índole a los expuestos.

Después de lo brevemente expresado en los párrafos anteriores cabe preguntarse: ¿puede haber en la existencia humana algo más importante que el "proyecto de vida"? ¿Existe algo más relevante que el destino mismo de la persona? ¿No es acaso el "proyecto de vida" el que otorga sentido a la vida humana, le proporciona un rumbo, una meta, una finalidad existencial? Creemos que la respuesta a estas y otras similares preguntas justifican el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la doctrina más alerta y de vanguardia así como la jurisprudencia comparada acojan, cada día con más convicción, la necesidad de proteger la libertad personal y, en su caso, reparar el "daño al proyecto de vida". Es decir, la frustración, menoscabo o retardo en el cumplimiento de dicho proyecto.

14.2. El menoscabo o el retardo del "proyecto de vida"

Pero, tal vez, más frecuente que la frustración del "proyecto de vida" de una persona es la presencia de un menoscabo o de un retardo en su cumplimiento. Puede ocurrir que las consecuencias de un daño al proyecto de vida se limiten a que la víctima ya no pueda continuar desarrollándolo en la forma, intensidad, energía, ritmo y posibilidades de éxito con las que contaba antes de la ocurrencia del daño. Pero, también, suele suceder o que sólo se retarde su cumplimiento o que se presenten, conjuntamente, ambas circunstancias, es decir, el menoscabo y el retardo en el cumplimiento del proyecto de vida.

Son ilustrativas, al efecto de comprender estas situaciones, las sentencias de reparación pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos "María Elena Loayza Tamayo" y "Luis Alberto Cantoral Benavides"

contra el Estado Peruano. En ambos -recomendables de estudio por sus fundamentos- se podrá apreciar como el daño al “proyecto de vida” menoscabó y retardó sus respectivos proyectos, así como también se tomará conocimiento de las reparaciones fijadas por la Corte en este último caso, lo que resultará provechoso para los jueces cuando se encuentren en trance de reparar un daño al proyecto de vida.

Un ejemplo de menoscabo de un proyecto de vida puede ser el de un abogado que pierde un brazo. Ello no frustra íntegramente su proyecto de vida, pues la carencia de esta extremidad no le impedirá seguir ejerciendo su profesión. Lo que ha de ocurrir es un menoscabo en su desarrollo ya que la actividad del abogado se verá limitada en alguna medida.

15. LOS JUECES Y LA REPARACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DEL “DAÑO AL PROYECTO DE VIDA”

¿Qué hacer en un país en el cual un vasto sector de los operadores del Derecho desconocemos o conocemos insuficientemente los espectaculares aportes actuales de la doctrina y de la jurisprudencia actual sobre el daño a la persona y, en especial, del daño al proyecto de vida? ¿Qué hacer, en esta penosa situación, para reparar un daño a la persona y seguir sólo resarcando mecánicamente los daños al patrimonio sin tomar conciencia de la revolución producida en los predios de la responsabilidad civil? ¿Qué hacer en un país en el cual por el retraso cultural de un sector de juristas y operadores del Derecho no se hace ningún esfuerzo por proteger integralmente, a contrapelo de la historia, a la persona humana? ¿Cómo empezar esta ineludible tarea si efectivamente el humanismo no se erige en una aspiración de toda comunidad civilizada? ¿Se cree verdaderamente en la dignidad del ser humano?

Tal vez la primera indicación frente a tantas preguntas sea prestarle atención, estudiar con seriedad y sin prejuicios, todo lo concerniente al daño a la persona, en general, y al daño al proyecto de vida, en particular. Para ello se requiere que los profesores de Derecho que tratan la materia y que la siguen ignorando por vanidad -ya que pretenden, arrogantemente, saberlo todo-, prejuicios, falta de tiempo u ociosidad intelectual, se actualicen en todo lo concerniente al novedoso tema del daño a la persona en sus diversas manifestaciones. Para ello se requiere humildad científica, afán de perfección para servir mejor a los alumnos y manifiesta vocación en cuanto a la protección de la persona humana. El profesor que no se actualiza está perdido, retrocede, pues no podrá cumplir adecuada y debidamente con su misión.

Lo dicho en cuanto a los profesores de Derecho habría que repetirlo tratándose de los jueces. Ellos constituyen la piedra angular para la renovación del Derecho, para alcanzar su humanización.

No es nada fácil para los jueces reparar las consecuencias derivadas de un "daño al proyecto de vida" tanto por la novedad como por la complejidad del tema. Ello, a pesar de que se trata de un daño objetivo, perceptible por los sentidos y la razón, a diferencia del mal llamado daño "moral" que es subjetivo y, por lo tanto, mucho más difícil de indemnizar que un daño objetivo como es el que lesiona el proyecto de vida. En ambos casos la tarea del juez es compleja si se le compara con aquella que surge a raíz de un daño emergente o un lucro cesante.

Para cumplir la delicada y difícil tarea de evaluar y reparar los daños a la persona y al proyecto de vida se requiere de jueces dotados de una especial sensibilidad humana, que comprendan la importancia del ser humano, que vivencien intensamente la justicia, que estén jurídica y éticamente bien formados, debidamente capacitados en la materia. Se necesita de jueces que conozcan y comprendan la estructura del ser humano, que dejen atrás las viejas y erróneas concepciones sobre la naturaleza del hombre que lo consideraban tan sólo como un "animal racional". Se requiere de jueces que comprendan el sentido y razón de ser del Derecho, que tomen conciencia que la libertad es el ser del hombre y que su protección es la principal misión de la disciplina que profesamos.

Los jueces están llamados a reflexionar en profundidad y permanentemente sobre el rol fundamental del Derecho, que es la protección del "proyecto de vida de cada cual", dentro del bien común. La justicia y los valores en general son indispensables instrumentos para alcanzar esta finalidad.

Se hace indispensable que los jueces cambien su mentalidad, aquella en la cual, muy probablemente, fueron formados. Es decir, deben dejar atrás un Derecho de corte predominantemente individualista y patrimonialista y comprendan que la persona humana es el centro y el eje del derecho, en tanto fin en sí misma, y no el patrimonio que es tan sólo instrumental por necesario que sea para la subsistencia humana.

Los jueces no deben olvidar que el Derecho ha sido creado por los propios seres humanos para que cada uno de ellos, en cuanto un ser libre, pueda realizarse como tal. En otras palabras, que tengan siempre presente que lo fundamental,

lo primario, lo jerárquicamente superior, es la protección de la persona y la justa reparación de los daños que se le puedan inferir. Que sepan distinguir lo que es un fin en sí mismo de los instrumentos que sirven para su realización. Que conozcan la relación que existe entre la libertad del ser humano, que es un fin, de la justicia, que es un medio a su servicio.

Los jueces no deben, tampoco, perder de vista que todo lo anteriormente expresado no significa simples aspiraciones éticas, rectos propósitos, sino que la protección y reparación de un daño a la persona y al “proyecto de vida” constituye el más trascendente deber jurídico que debe cumplir el juez. No hay otro deber más importante que este.

Para corroborar lo precedentemente expresado, se nos ocurre que los jueces deberían leer y meditar hondamente todo lo concerniente al significado y trascendencia de los textos contenidos en los artículos 1° de las Constituciones peruanas de 1979 y de 1993. El primero de ellos, bien lo sabemos y frecuentemente lo olvidamos, enuncia un deber genérico y primario a cargo de todo ser humano, de la sociedad en su conjunto y del Estado. Este deber se fundamenta en lo que venimos remarcando, es decir, en que la protección del ser humano es el fundamento mismo de la existencia del Derecho, su sentido y razón de ser. Protección que se sustenta en la inherente dignidad de la persona. Es así que el artículo 1° de la personalista Constitución de 1979 establece que la “persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado”. De ahí que este numeral prescriba que todos los miembros de la sociedad y del Estado como el de sus instituciones tienen “la obligación de respetarla y protegerla”. Este deber, que constituye correlativamente el derecho que posee cada ser humano a su protección, es el que inspira y orienta todo el ordenamiento jurídico. El juez no lo puede ignorar. Debe tenerlo siempre en mente.

El artículo 1985° del Código civil peruano de 1984 establece el deber de reparar genéricamente el “daño a la persona”, es decir, en cualquiera de sus modalidades o manifestaciones. Una de ellas, la más importante es, sin duda, la del “daño al proyecto de vida” pues es la que trunca el destino de la persona, arrebatándole el sentido o razón de ser de su vida.

Los dispositivos legales antes reseñados deberían constituir la Biblia de los jueces. En ellos deben inspirarse al asumir la delicada tarea de reparar las consecuencias de los daños que se causen a la persona.

Por todo lo expuesto, los jueces tienen suficiente y amplio sustento en el derecho positivo nacional y en el comparado para fundamentar, sólidamente, la reparación del daño que se perpetre a la libertad fenoménica. No existe, por consiguiente, excusa alguna para que los jueces dejen de reparar los daños que se ocasionen a la persona, considerada en sí misma, y no se limiten como, lamentable y generalmente sucede en algunos países, que encuentren prioritario indemnizar las consecuencias de los daños que se generan a los bienes instrumentales del ser humano, con olvido o preterición de la reparación de los daños que se ocasionan a la persona, fin supremo de la sociedad y del Estado.

16. LA FORMACIÓN DE LOS JUECES Y SU CAPACITACIÓN EN TORNO A LAS NUEVAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

El problema, en el lento y casi imperceptible proceso de transición de un derecho de inspiración individualista y patrimonialista a otro de carácter personalista, es el de "cómo y "quiénes" asumen la delicada tarea de formar y preparar adecuadamente a los jueces -así como a los pretendientes a ejercer la magistratura- dentro de las nociones jurídicas básicas a las que venimos refiriéndonos. Conociendo las realidades de algunos países en vías de desarrollo integral, la tarea de formación de los jueces es ardua.

Hemos comprobado que, lamentablemente, en ciertas latitudes, los que tienen a su cargo esta fundamental tarea imparten sólo capacitación en determinadas áreas de la dogmática jurídica con olvido de la formación básica del juez en la teoría del derecho y en los principios éticos. No sabemos si este importante vacío que se observa en la preparación integral del juez se deba a ignorancia, desidia o desprecio de los que tienen a su cargo esta tarea por los principios y las nociones que otorgan fundamento al ordenamiento jurídico del respectivo país.

Mientras los jueces no se adentren en la nueva concepción del ser humano y, consecuentemente del Derecho, la situación de protección y reparación de los daños a la persona continuará siendo una tarea difícilmente comprendida y, por lo tanto, marginada en mayor o menor medida.

Somos del parecer -más que ello, tenemos la convicción- que las academias o escuelas de la magistratura son centros de formación y de capacitación de aspirantes a jueces así como de estos últimos. La formación de los jueces es

básica, sobre todo en un país donde la enseñanza universitaria es deficiente e incompleta.

Las academias de la magistratura, o como se les designe, no deben ser escuelas jurídicas destinadas exclusivamente a actualizar o reforzar los conocimientos de los jueces en los temas concernientes a la Dogmática Jurídica -tarea que tienen a su cargo los cursos universitarios de post grado o los diplomados que otorgan los colegios de abogados- sino la formación ética y aquella centrada en el más amplio y profundo conocimiento de la estructura del ser humano, en cuanto sujeto de derecho. Los jueces, al egresar de sus academias de formación y capacitación, deben haber comprendido, con la mayor claridad posible, cuál es la finalidad, objeto de protección y sentido del Derecho para la vida humana así como sobre la estructura existencial del ser humano. En esta materia no caben generalidades ni titubeos.

A menudo los jueces más alertas e inquietos, los que no se han fosilizado, los que no han caído en la rutina, los preocupados por la protección de los seres humanos, es decir, aquellos magistrados que ya se han adentrado en las nuevas concepciones del hombre y del Derecho, se preguntan sobre los criterios que se deben seguir para reparar un “daño al proyecto de vida”. Este es un tema en el cual, por su importancia y novedad, debería ilustrarse y prepararse adecuadamente a los jueces. Esta es, qué duda cabe, la labor más importante de las academias de derecho. ¿Por qué no formar un grupo de trabajo o un taller en el Centro de Investigaciones Judiciales para afrontar la materia? ¿Por qué no empezar a pensar en la elaboración de un baremo? ¿Por qué no abrir un seminario o un taller sobre el tema en la Academia de la Magistratura?

Si hay un auténtico interés en la protección del ser humano todo lo sugerido es factible. Más que ello: es indispensable si queremos superar nuestras carencias y limitaciones. Para cumplir con lo propuesto se cuenta, en lo atinente al daño a la persona y al daño al proyecto de vida, con material suficiente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada de los últimos años. Es una rica cantera sobre la cual trabajar. Si en buena hora se han formado jueces para resolver causas comerciales, ¿acaso no es más importante hacerlo para proteger debida y adecuadamente a la persona? ¿O es que la especialización en el tráfico de mercancías es lo prioritario? Somos del parecer que hay que humanizar lo jurídico y tener siempre presente el enunciado del artículo 1° de la Constitución de 1979: *“La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”*.

¹ Cfr. nuestra bibliografía sobre la materia Derecho de las personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código civil peruano. 10ª ed. Lima: Grijley, 2007; El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984. AA. VV. Libro Homenaje a José León Barandiarán. Lima: Cultural Cuzco, 1985, y Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas. Lima: Universidad de Lima, 1990; El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y el Código civil italiano de 1942. AA. VV. El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Lima: Cultural Cuzco, 1986; Il danno alla salute nel Codice Civile Peruviano. AA. VV. Giornate di Studio sul Danno alla Salute. Padova: Cedam, 1990; Protección Jurídica de la Persona. Lima: Universidad de Lima, 1992; Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. AA. VV. Estudios en honor de Pedro J. Frías. Córdoba (Argentina): Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1994, también Cuadernos de Derecho. 1993; 3, asimismo Ponencias I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial. Lima: Universidad Nacional de San Marcos, 1994, y Gaceta Jurídica. 2000; 79-B (6); Protección de la persona. AA. VV. Protección de la persona humana. Buenos Aires: La Rocca, 1993; Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico. Themis. 1995; 32, y AA. VV. Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997; Precisiones preliminares sobre el daño a la persona. Themis. 1996; 34; Reparación del daño a la persona. AA. VV. Daños a la persona. Montevideo: Editorial del Foro, 1996; ¿Existe un daño al proyecto de vida? AA. VV. Scritti in onore de Guido Gerin. Padova: Cedam, 1996, y en Advocatus. 2002, 7; Daño a la identidad personal. AA. VV. La persona y el derecho en el fin de siglo. Santa Fe: Universidad del Litoral, 1996 y Themis. 1997; 36; Daño psíquico. Scribas. 1998, y Normas Legales. 2000; 287 (4); Daño a la persona y daño moral en la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana actual. Themis. 1998, 38; Daño al proyecto de vida. Derecho PUC. 1996; 50, también AA. VV. Studi in onore de Pietro Rescigno. Milano: Giuffrè, 1998, también Responsabilidad civil y del Estado. 1999, 6(5), también Revista Jurídica. Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. 2000; XXXIV (3), un extracto de este trabajo se publicó en Duque Gómez J. Del daño, compilación y extractos. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 2001; El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Themis. 1999; 39, también Revista de Responsabilidad civil y Seguros. 1999; I (4), también Diálogo con la Jurisprudencia. 1999; 5 (12), y Revista Peruana de Jurisprudencia. 2002; 4 (12); Daño moral y daño al proyecto de vida. Revista de Derecho de Daños. 1999; 6, también Cátedra. 2001, y Revista Jurídica del Perú. 2002; 31; Apuntes sobre el daño a la persona. AA. VV. La persona humana. Buenos Aires: La Ley, 2001, y Ius et Veritas. 2002; XIII (25); Nuevas reflexiones sobre el daño al proyecto de vida. Revista Jurídica del Perú. 2002; LII (38), y Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. 2002; IV (4); El "proyecto de vida" y los derechos fundamentales en el Anteproyecto Constitucional. Revista Jurídica del Perú. 2002; LII (35); Deslinde conceptual entre el "daño a la persona", el "daño al proyecto de vida" y el "daño moral". Foro Jurídico. 2003; I (2), también Revista Jurídica del Perú. 2003; LIII (50), también Responsabilidad Civil y del Estado. 2004; 16, también AA. VV. Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después. Lima: Palestra, 2005, y AA. VV. Studi in onore di Cesare Massimo Bianca. Milano: Giuffrè, 2006; El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derecho PUC. 2003; 56, también AA. VV. Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 2003, también Responsabilidad Civil y Seguros. 2003; V (IV), también Revista Peruana de Jurisprudencia. 2003; 5 (31), y Revista del Centro de Educación y Cultura de la Corte Superior del Cono Norte de Lima. 2004; 1 (1); Libertad, Constitución y Derechos Humanos. Lima: San Marcos, 2004; El Derecho de Daños en el umbral de un nuevo milenio. AA. VV. DOXA. Tendencias Modernas del Derecho. Trujillo: Normas Legales, 2004; Aspectos jurídicos del "consentimiento informado" del paciente en la responsabilidad médica. Con especial referencia a la jurisprudencia comparada. AA. VV. Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Lima: Grijley, 2004; Recientes decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos: reparación del "daño al proyecto de vida". Revista Peruana de Jurisprudencia. 2005; 7 (52), y Anuario de Derecho Europeo. 2004; 4; El "daño a la libertad fenoménica" o "daño al proyecto de vida" en el escenario jurídico contemporáneo. JUS Doctrina & Práctica. 2007; I (6); Aproximación al escenario jurídico contemporáneo. La Ley. 2007; LXXI(146).

² Cfr. Fernández Sessarego C. El Derecho de Daños en el umbral... ob. cit.

³ En el apartado 148 de la sentencia de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso "María Elena Loayza Tamayo", de 27 de noviembre de 1998, donde se aplica por primera vez a nivel de la jurisprudencia la obligación de reparar el "daño al proyecto de vida", se define el "proyecto de vida" en los siguientes términos: "El "proyecto de vida" se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone".

⁴ Sartre J. El ser y la nada. Buenos Aires: Ibero-Americana, 1949, volumen III, p. 16.

⁵ Id., p. 76.

⁶ Id., p.81.

-
- ⁷ Id., p. 18.
- ⁸ Zubiri X. *Naturaleza, Historia, Dios*. Buenos Aires: Poblet, 1948, p. 342.
- ⁹ La tesis, luego de permanecer inédita por treinta y siete años, se publicó en 1987 con el nombre de *El derecho como libertad*, en Lima, por Studium, con prólogo de David Sobrevilla y Presentación de Domingo García Belaunde. La tercera edición se publicó, también en Lima, por ARA, en el 2006.
- ¹⁰ Fernández Sessarego C. *El derecho como libertad*, ob. cit., p.72 de la segunda edición y p. 115 de la tercera edición.
- ¹¹ Heidegger M. *El ser y el tiempo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 168.
- ¹² Jaspers K. *La fe filosófica*. 2ª ed. Buenos Aires: Losada, 1968, p.60.
- ¹³ En nuestro libro “*El derecho como libertad*” teníamos diversas respuestas a esta pregunta. Así, reportamos las siguientes “*Libertad, ¿para qué? Libertad para ser esto o aquello, simplemente para ser; Libertad, ¿para qué? Para vivir, para escoger; para hacer nuestra vida –que es lucha o pacto con el mundo- de acuerdo a fines, a valores, que escogemos gracias a aquella libertad*”; “*Libertad, ¿para qué? Para las grandes empresas, para preferir los más altos fines, los más nobles ideales, los valores*”
- ¹⁴ Sobre la importancia de las opciones de vida puede confrontarse el apartado 148 de la sentencia de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 27 de noviembre de 1998, en el caso “*María Elena Loayza Tamayo*”. Sobre el tema dice lo siguiente: “*En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte*”.
- ¹⁵ El tema del “*daño al proyecto de vida*” lo venimos tratando en diversos ensayos y artículos, publicados tanto en el Perú como en el extranjero, desde la década de los años 80 del siglo XX. Aparece expuesto por primera vez en 1985 en el Libro Homenaje a José León Barandiarán. Ob. cit. bajo el título de *El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984*. De este año hasta la fecha se han publicado los artículos reseñados en la nota 1 anterior. De ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el apartado 147 de su sentencia de reparaciones en el caso “*María Elena Loayza Tamayo*”, de fecha 27 de noviembre de 1998, exprese lo siguiente: “*Por lo que respecta a la reclamación de daño al proyecto de vida, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes*”. En este mismo sentido se pronuncia Ana Salado Osuna, Profesora de la Universidad de Sevilla, en su libro *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Trujillo: Normas Legales, 2004) que recomendamos revisar por su calidad y documentación. En su página 431, refiriéndose al daño al proyecto de vida, expresa: “*El concepto “daño al proyecto de vida”, en materia de reparaciones es de nuevo cuño en la jurisprudencia de la Corte y tiene su origen ante ésta en la petición formulada por la señora Loayza Tamayo y la Comisión Interamericana en la etapa procesal sobre reparaciones en el caso *Loayza Tamayo*. Pero que sostengamos que es de “nuevo cuño en la jurisprudencia de la Corte” no significa que haya sido la creadora del concepto “daño al proyecto de vida”, pues lo cierto es que el mentor intelectual del mismo ha sido el Profesor Fernández Sessarego*”.
- ¹⁶ En el apartado 150 de la sentencia de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 27 de noviembre de 1998, recaída en el caso “*María Elena Loayza Tamayo*” se hace referencia al daño al proyecto de vida de la siguiente manera: “*En otros términos, el daño al proyecto de vida, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable*”.
- ¹⁷ El tema lo hemos tratado en nuestro trabajo que lleva como título *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona...* ob. cit.
- ¹⁸ Este tema lo venimos tratando por décadas. Puede verse al respecto los siguientes trabajos: *Daño a la persona y daño moral en la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana actual...* ob. cit.; *Daño moral y daño al proyecto de vida...* ob. cit.; *Deslinde conceptual entre el “daño a la persona”, el “daño al proyecto de vida” y el “daño moral...* ob. cit.
- ¹⁹ Así, por ejemplo, si un connotado pianista pierde una mano, se le han causado daños que generan consecuencias extrapatrimoniales (lesión en sí misma o “*daño biológico*”, daño al bienestar, a la salud integral o daño existencial y daño “*al proyecto de vida*”). Es decir, son tres voces que se refieren a diversas consecuencias que deben ser reparadas. Pero, al lado del daño extrapatrimonial, aparecen también consecuencias de carácter patrimonial, como el daño emergente - consistente en los costos de hospitalización, medicinas, honorarios médicos y otros - y también un lucro cesante por los conciertos contratados que no podrá cumplir.

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EXPANSIÓN (CRÓNICA DE UN CRECIMIENTO)

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE*

Resumen:

El autor realiza un recuento histórico del Derecho Procesal Constitucional, centrandolo el nacimiento de esta disciplina en la década del cuarenta en Argentina, por obra del procesalista español Niceto Alcalá Zamora (exiliado en ese país), y su desarrollo en México por especial dedicación de Héctor Fix-Zamudio. A partir del momento de su nacimiento, el autor realiza una severa investigación acerca del desarrollo del Derecho Procesal Constitucional en México, América del Sur, Centroamérica y el Caribe; deteniéndose en cada país para presentar su producción bibliográfica y los estudios ahí realizados sobre el tema. Presenta, también el panorama europeo, haciendo especial referencia a Francia, España, Italia y Alemania. Finalmente, concluye el autor, que el Derecho Procesal Constitucional, afronta serios problemas, desde el propio nombre hasta los temas que debe tratar y que son parte de su objeto, sin dejar de pasar por su ubicación o naturaleza.

Palabras claves: Derecho Procesal Constitucional, Justicia Constitucional

Abstract:

The author makes a historic account of the Constitutional Procedural Law, settling the birth of this discipline in the forties in Argentina, product of the work by the Spanish procedural expert Niceto Alcalá Zamora (exiled in this country), and its development in Mexico, product of the special dedication of Héctor Fix-Zamudio. From the moment of birth, the author realizes a severe investigation about the development of the Constitutional Procedural Law in Mexico, South America, Central America and the Caribbean, stopping at each country to present its bibliographic production and the studies there made on the subject. He also presents the European panorama, making a special reference to France, Spain, Italy and Germany.

Finally, the author concludes that the Constitutional Procedural Law confronts serious problems, from its very name to the subjects it must treat, those which are part of its aim, without disregarding its location or nature.

Key words: Constitutional Procedural Law, Constitutional Justice.

* Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sumario:

1. Preliminar. 2. El caso de México. Las aportaciones de Héctor Fix-Zamudio. 3. América del Sur de habla castellana. 4. Centroamérica y el Caribe. 5. Los inicios en la Argentina. El planteo de Sagüés. 6. Otras contribuciones argentinas. 7. El caso del Brasil. 8. El control constitucional en Francia. 9. España y el Derecho Procesal Constitucional. Nota sobre Portugal. 10. El interesante panorama italiano. 11. La situación de Alemania. La tesis de Häberle. 12. A manera de conclusión.

1. PRELIMINAR

Los aspectos relacionados con la defensa de la Constitución ocupan al pensamiento jurídico desde hace décadas. En rigor desde que existe o nace el constitucionalismo moderno a fines del siglo XVIII, al compás de las revoluciones norteamericana primero, y francesa, después. En la primera como es sabido, en los debates de Filadelfia, y luego en la divulgación de alto nivel que llevó a cabo *The Federalist papers*, si bien no hubo ninguna concreción a nivel de la dogmática en aquel momento. Y de influencia en Francia fue el planteo de Sieyés, que tampoco alcanzó éxito. Pero es evidente que la inquietud quedó sembrada, y lo que viene después lo explica perfectamente.

En los Estados Unidos ello se concreta en la magistral creación de Marshall en 1803, sobre la cual existe una literatura inmensa (vid. entre otros, Charles E. Hobson, *The Great Chief Justice*, University Press of Kansas, 1996) que sin embargo solo se asienta sobre bases firmes a fines del siglo XIX. En Francia por el contrario, por el prurito de la soberanía del parlamento, se avanzó muy lentamente, forjando lo que se ha denominado “control político” que ocupó todo el siglo XIX y que empieza a tramontar con la Constitución de 1958 (cf. AA.VV. *L’ordinamento costituzionale della Quinta Repubblica francese*, a cura di Dominique Rousseau, Giappichelli editore, Torino 2000).

En el período de entreguerras se da un intenso debate académico, sobre todo en Francia y en el mundo germánico, y en menor medida en España. Lo que lleva a la creación de los únicos tribunales constitucionales del período: el austriaco, el checoslovaco y el español.

Al margen de esto, la América Latina, por influencia de la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas, creó desde mediados del siglo XIX medidas protectoras de carácter jurisdiccional en defensa de la jerarquía normativa y de los derechos fundamentales. Y esto produjo una literatura muy extensa en varios

de nuestros países, que de esta suerte se han adelantado a los europeos en la concreción de estas medidas.

Sin embargo, una cosa es tener legislación adecuada que establezca los pasos que se dan a nivel jurisdiccional para alcanzar un objetivo, y muy otra es que todo eso se sistematice y de origen a una disciplina científica. Para poner un ejemplo, veamos un caso relativamente reciente. Durante décadas los problemas de orden laboral eran una consecuencia y un entramado de orden civil, y fue así que varios de nuestros códigos civiles consideraban en la sección dedicada a los contratos al contrato de trabajo, hasta que con el tiempo, se independizó este apartado y dio nacimiento al moderno Derecho del Trabajo o Derecho Laboral. Que como disciplina es reciente y que como era de esperarse despertó desde sus inicios gran cantidad de problemas teóricos (como por ejemplo donde ubicarlo, cuáles son sus fuentes, sus alcances, etc.). Pero cuyo contenido, es decir, los problemas laborales, son más que milenarios.

En el control constitucional-que así lo llamaremos por comodidad-no se presentó este problema teórico sino hasta muy tarde. Y esto sucedió cuando ya existía y se encontraba muy desarrollada una legislación de orden procesal para llevar adelante estos procesos. Que en la América Latina se dan desde fines del siglo diecinueve y en Europa en el último período de entreguerras.

Paralelamente, a fines del siglo XIX y principios del XX, se concreta el Derecho Procesal como rama autónoma dentro del universo jurídico y se desarrolla en dos ámbitos muy concretos: el civil y el penal, que venían desde atrás y contaban con una larga tradición. Así, el Derecho Procesal Civil y el Derecho Procesal Penal fueron durante décadas las únicas partes de la doctrina procesal que se tomaron en serio.

Sin embargo, no fueron pocos los procesalistas que se dieron cuenta de que esta situación bifronte del proceso podía ser estrecha y en todo caso insuficiente. Y fue Niceto Alcalá-Zamora y Castillo quien habló desde mediados de los años treinta del siglo XX, de una "legislación procesal constitucional" y más tarde lo redondeó en el título que dio a una colección de ensayos que publicó en su exilio en la Argentina: Ensayos de Derecho Procesal. Civil, Penal y Constitucional, Ed. Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 1944. Y con posterioridad repitió el aserto, con mayor amplitud, en una reseña bibliográfica que publicó en la "Revista de Derecho Procesal" (tomo III, 2da parte, 1945) que en Buenos Aires dirigía Hugo Alsina. Y volvió sobre

lo mismo en un libro clásico que publicó en México, como veremos más adelante.

Esta fecha 1944-1945 puede pues considerarse como de la fundación del "Derecho Procesal Constitucional" debida a un procesalista español, radicado en la Argentina y que luego reiteró en su exilio mexicano.

La larga estancia de Niceto Alcalá-Zamora en México, que duró más de treinta años, dio sus frutos. Y de ahí nació toda una tendencia a desarrollar el "derecho procesal constitucional" como disciplina independiente pero dentro del Derecho Procesal. Correspondiéndole a Héctor Fix-Zamudio el mérito de haber desarrollado la disciplina y haber fijado sus temas, sus problemas y sus contornos teóricos.

Es pues un hecho innegable que el "derecho procesal constitucional" nació en nuestra América, precisamente en la Argentina por obra de un procesalista español. Pero se desarrolló más plenamente en México, por especial dedicación de Héctor Fix-Zamudio y de su amplio magisterio.

Pero mientras esto sucedía, teníamos dos panoramas distintos. Por un lado un avance vertiginoso y ejemplar en la jurisprudencia y la literatura norteamericanas. Pero todo ello dentro del concepto genérico de "judicial review" que en el fondo es una facultad atribuida a todos los jueces que se limitan a inaplicar normas reñidas con la Constitución, si bien esto por la especial estructura y diseño del common law en su vertiente norteamericana, iba a tener influencia en el futuro. Pero sin crearse nada nuevo. Más bien, estos problemas se analizan en las respectivas ramas procesales existentes en dicho país, tanto a nivel federal como de los estados, y sobre todo dentro de la temática constitucional (como lo demuestran con exceso los manuales sobre la materia, sea los que tienen un enfoque doctrinario, o los que desarrollan el método de casos).

Muy posterior y en cierto sentido distinto es lo sucedido en el ambiente europeo en el periodo de entreguerras. Hubo una corriente favorable a la "jurisdicción constitucional" y sobre todo por el modelo concentrado, que se refleja en los tribunales constitucionales que tienen una vida expansiva a partir de 1945, pero sin que ello llevase a desarrollos autónomos de carácter procesal. En Europa, salvo excepciones, el problema teórico y de fundamentos se desconoce o en todo caso no interesa o interesa muy poco.

Teniendo presente esta realidad y considerando que pese a su juventud el Derecho Procesal Constitucional se ha expandido notablemente, es que he optado por hacer aquí un pequeño recuento, casi notarial, de lo que existe sobre el tema, sin entrar a mayores detalles, sino simplemente para dejar constancia de lo que existe.

Para realizar esta pesquisa he tomado en cuenta los siguientes referentes: a) que se trata de ubicar principalmente libros o monografías que versen expresamente sobre el “derecho procesal constitucional” y también recurrir a artículos de revistas cuando esto ha sido necesario para mejor entender una situación; b) que en veces, cuando hay muy poco sobre algún punto o algún país, he optado por hacer una referencia general para dejar anotado por donde van las inquietudes académicas, c) que por razones obvias, no solo de material existente sino por preferencias académicas, he puesto un mayor peso en el análisis de la producción latinoamericana, que no solo es la nuestra, sino que curiosamente es la más preocupada por el tópico y d) que para hacer un corte necesario en el tiempo, he considerado como fecha límite para mis investigaciones el mes de diciembre de 2006, y por tanto lo que pueda salir después no ha sido considerado.

Finalmente, señalo que lo que aquí se incluye y se da cuenta, probablemente no es todo lo que existe, pero decididamente es bastante y quizá lo más significativo. Y aun así, esto me ha tomado un tiempo considerable, que he empleado en visitar bibliotecas en distintos países y en solicitar la colaboración de muchos colegas y amigos sin los cuales este ensayo no hubiera podido elaborarse y a los que aquí reitero mi expreso reconocimiento.

Sin ánimo exhaustivo debo mencionar la ayuda, entre muchos otros y haciendo referencia por países a las siguientes personas: G. De Vergottini, Lucio Pegoraro, Luca Mezzetti, Silvio Gambino, Tania Groppi, Edgar Carpio y César I. Astudillo, para el caso de Italia; Louis Favoreu, José Julio Fernández Rodríguez y Alfonso Herrera, para información sobre Francia; Peter Häberle y Joaquín Brage Camazano para Alemania (el primero, además, tuvo la gentileza de hacerme una selección de textos alemanes que luego de hacer traducir he utilizado largamente); Francisco Fernández Segado y Fernando Rey, para España; Héctor Fix-Zamudio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Aníbal Quiroga León para México; Jorge Silvero Salgueiro y Sebastián Rodríguez Robles, para Panamá; Rubén Hernández Valle, para Costa Rica; Jorge Mario García Laguardia y Gerardo Prado, para Guatemala; Olivo Rodríguez Huertas para República Dominicana; Allan R. Brewer-Carías y José Vicente Haro para Venezuela; José F. Palomino

Manchego y Gerardo Eto Cruz para el Perú; José Antonio Rivera Santibáñez, para Bolivia; Francisco Zúñiga, para Chile; Néstor P. Sagüés y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, para la Argentina; Eduardo G. Esteva Gallicchio para el Uruguay; Paolo Medina, para el Brasil y Eduardo Lara Hernández y Andry Matilla para Cuba. A lo que debo agregar que muchos autores que aquí se consideran, tuvieron la gentileza de hacerme llegar ejemplares de algunas obras que no tenía o que era muy difícil conseguir (lo cual, creo, es una constante en toda la producción bibliográfica latinoamericana).

De suma utilidad, a la que me remito para mayores precisiones, es la Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional, que he coordinado con Eloy Espinosa-Saldaña B. y que se ha publicado simultáneamente en Lima y en México (Jurista Editores y Editorial Porrúa, 2006).

2. EL CASO DE MÉXICO. Las aportaciones de Héctor Fix-Zamudio

Debido a la existencia más que centenaria del Amparo (creado en la Constitución yucateca en 1841 y confirmado en el ámbito nacional con el Acta de Reformas de 1847) ha existido una frondosa literatura en torno a este instituto, dedicado principalmente al control de la constitucionalidad de las leyes-y posteriormente a la defensa de los derechos fundamentales y otros tópicos-lo que explica el interés que ha despertado en la doctrina.

Así, a fines del siglo XIX hay que destacar la presencia y la obra de Ignacio L. Vallarta y posteriormente y ya entrado el siglo XX, la no menos importante de Emilio Rabasa.

Sin embargo, como quiera que el instituto del Amparo fue tomando fuerza, se crearon en las universidades cursos dedicados a su estudio, al margen del curso de Derecho Constitucional propiamente dicho, y eso explica la gran cantidad de ensayos y libros dedicados al tema.

El libro emblemático por décadas y desde los años de 1940, ha sido el de Ignacio Burgoa (cf. *El juicio de Amparo*, Edit. Porrúa, 41ava edición, México 2005 con reimpresión en 2006) que prácticamente uniformó las bases del centenario instituto mexicano y fue el texto formativo de varias hornadas universitarias. El ilustre maestro analizaba el Amparo desde enfoques que venían del procesalismo español decimonónico, y sin tomar mayormente en cuenta los avances de la doctrina procesal moderna, a la que en cierto sentido se resistía.

Esto empezó a cambiar lentamente cuando llegó a enseñar en la Universidad Nacional Autónoma de México el gran procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que venía de la Argentina en donde había cumplido una labor encomiable. Y es en México en donde publica su monografía clásica *Proceso, autocomposición y autodefensa* (Imprenta Universitaria, México 1947, con reimpressiones) y en donde hace referencia, si bien muy de pasada, a una nueva disciplina que denomina “derecho procesal constitucional”, como antes lo había hecho en la Argentina (en 1944 y 1945).

La obra de Alcalá-Zamora no solo fue importante por su producción bibliográfica, sino por la difusión de las nuevas ideas, por la traducción de textos fundamentales y por la formación de nuevas promociones de procesalistas. Entre ellos destacan Héctor Fix-Zamudio, Humberto Briceño Sierra, Cipriano Gómez Lara y Sergio García Ramírez.

Pero el que más se dedicó al tema fue sin lugar a dudas Héctor Fix-Zamudio, quien inicia su andadura académica con su tesis de licenciatura, que publica en tiraje corto y que titula: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana (Ensayo de una estructuración procesal del Amparo)*, Facultad de Derecho de la UNAM, México 1955(pero que defiende en enero de 1956). La tesis tiene la siguiente estructura:

- Cap. I: Planteamiento del problema.
- Cap. II: Situación de la materia en el campo del Derecho Procesal.
- Cap. III: El Derecho Procesal Constitucional.
- Cap. IV: El proceso constitucional.
- Cap. V: Conclusiones.

Lo importante de esta tesis es que es la primera vez que se afronta el problema central de donde y cómo desarrollar el Derecho Procesal Constitucional incluyendo dentro de él al Amparo, que aparece así como una categoría netamente procesal. De esta manera, los estudios iniciales de Fix-Zamudio constituyen un corte con todo lo que existía hasta esa fecha sobre el Amparo, pues en el futuro, si bien lentamente, los estudios irán en la línea de trabajo abierta por él. Y por otro, es la primera vez que se intenta, con detalle, un desarrollo doctrinario sobre lo que es el “derecho procesal constitucional”, si bien es cierto que esto fue posible gracias al magisterio de Alcalá-Zamora y Castillo.

Los capítulos III y IV de esta tesis de circulación restringida necesariamente se publican al año siguiente en una revista de muy amplia circulación: La Justicia en sus números correspondientes a los meses de enero (núm. 310) y setiembre (núm. 317) de 1956, lo que como era de preverse, fue bien acogido por la comunidad jurídica mexicana. Años más tarde, la totalidad de este texto pionero lo inserta en su libro El Juicio de Amparo, Edit. Porrúa, México 1960, pp. 5-70.

Fix-Zamudio continua publicando sobre este y otros temas, de los cuales representa una inflexión importante el cursillo que impartió en 1965 y que publica poco después: Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional: 1940-1965, UNAM, México 1968. Esta obra inicia, por así decirlo, una nueva etapa en el pensamiento de nuestro autor, pues manteniendo el enfoque procesal, intenta hacer ampliaciones en otros campos jurídicos cercanos a lo procesal y con desarrollos paralelos y dentro de una concepción teórica de mayor alcance, tratando de explicar y tipificar la problemática total anunciada en el título de la obra. Y así lo reitera su ponencia de 1975 titulada: Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos (publicada en el libro colectivo del mismo nombre editado por la UNAM y en 1977).

Un replanteo y puesta al día de todo lo anterior lo encontramos en un ensayo que publica años más tarde, en 1999: Introducción al Derecho Procesal Constitucional y que reproduce en folleto en FUNDAP, Querétaro 2002.

La última contribución de Fix-Zamudio que sintetiza todo lo anterior y que representa su pensamiento final sobre estos temas, lo encontramos en un libro de largo alcance: La defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano, 2da edición, Edit. Porrúa, México 2006, que ha merecido una gran acogida.

Es pertinente señalar que en el ámbito procesal ha sido muy importante la obra de Cipriano Gómez Lara, autor de una Teoría General del Proceso que ha sido la primera en publicarse en México y que tiene en la actualidad diez ediciones (Oxford, México 2004). También debe considerarse su ensayo La teoría general del proceso y el Derecho Procesal Constitucional publicado en un colectivo sobre la materia a cargo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y al que hago referencia más adelante.

Igualmente en el ámbito procesal y perteneciente a una generación posterior tenemos a José Ovalle Favela, Teoría General del Proceso, 5ta edición, Oxford,

México 2003 y que contiene un desarrollo expreso del “derecho procesal constitucional” como una disciplina procesal.

Pero quien ha sido el motor de la disciplina en los últimos años ha sido Eduardo Ferrer Mac-Gregor, no solo por su intensa actividad académica, que incluye publicaciones periódicas y no periódicas, sino por el impulso dado a eventos sobre la disciplina y sobre todo por fomentar el interés de los juristas mexicanos en el tema, así como de sus colegas extranjeros. Iniciado con un libro de corte comparativo sobre la acción de Amparo en México y España (que fue su tesis doctoral) fue continuado con otro sobre los tribunales constitucionales en Iberoamérica, acompañado de gran cantidad de ensayos sobre temas afines, que en parte ha compilado en su libro Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional (Edit. Porrúa, México 2006).

Pero la obra cumbre que representa todo este esfuerzo es el colectivo por él coordinado que se titula Derecho Procesal Constitucional, editado por primera vez por la Editorial Porrúa en 2001, al cual han seguido otras ediciones que han culminado en una cuarta en cuatro tomos publicada en el año 2003, a la que hay que agregar una reimpresión en 2006, con el añadido de un apéndice sobre el proyecto de una nueva ley de Amparo, haciendo un total de 4,094 páginas y con la participación de más de cien autores que provienen de los más diversos países. Al margen de esto, Ferrer Mac-Gregor ha publicado un Compendio de Derecho Procesal Constitucional, 3ra edición, Edit. Porrúa, México 2005, que contiene legislación, prontuario y bibliografía y que es de suma utilidad para el abogado practicante.

Adicionalmente, Ferrer Mac-Gregor ha dado gran impulso a lo que él denomina con todo acierto como “derecho procesal constitucional local”, presente sobre todo en los Estados con estructura federal como es el caso de México, y que también se da en otros países que tienen estructura compuesta (como es la Argentina) pues muchas veces los ordenamientos internos son más avanzados que los del orden nacional, y por eso despiertan la curiosidad de los estudiosos. En esta línea, acaba de publicar conjuntamente con Manuel González Oropeza el colectivo La justicia constitucional en las entidades federativas (Edit. Porrúa, México 2006), con un título distinto, que suponemos debe haberse hecho por concesiones editoriales. En paralelo a estas actividades, Ferrer Mac Gregor fundó y puso en marcha la “Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional”, con dieciséis volúmenes hasta la fecha, y que ha dado cabida a un elenco altamente calificado de temas y de autores sobre la disciplina, no solo de México, sino de otros países.

En las nuevas hornadas hay que destacar los estudios de César I. Astudillo Reyes, Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas, UNAM, México 2004 y su artículo La justicia constitucional local en México. Presupuestos, Sistemas y Problemas en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", núm. 115, enero-abril de 2006, quien parte de una visión más tradicional (apegada al uso italiano del término), pero no por ello menos sólida.

Posteriormente César I. Astudillo viaja a España donde prepara su tesis doctoral que titula: El Derecho Procesal Constitucional como derecho con especificidad propia para la garantía de la Constitución, que defiende en la Universidad Complutense en 2006, y que no ha sido publicada. En esta tesis, gigantesco esfuerzo por juntar y analizar todas las fuentes posibles, lo que hace con rigor y de manera exhaustiva, Astudillo arriba al nuevo nombre o neologismo como gusta repetir, pero sin tomar una decisión sobre la ubicación de la disciplina, a la que le da cierta configuración ecléctica.

Al margen de lo señalado, existen gran cantidad de ensayos, monografías y libros dedicados al Amparo, al control constitucional y a la defensa de la Constitución, muchos con el título clásico de "justicia constitucional" (en especial el muy importante de Carlos A. Morales Paulín y ensayos de Edgar Corzo) o "jurisdicción constitucional" e incluso con el de "derecho procesal constitucional" (Manlio F. Casarin León). O que están dedicados a alta divulgación como el colectivo coordinado por Raymundo Gil Rendón (cf. *Derecho Procesal Constitucional*, Fundap, Querétaro 2004).

Igualmente se ha traducido y publicado en México, gran cantidad de textos de autores extranjeros que han investigado el tema, como es el caso de Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Lucio Pegoraro, Giancarlo Rolla y sobre todo los clásicos trabajos de Mauro Cappelletti y desde fecha muy temprana (1961). Y de algunos autores latinoamericanos que han trabajado sobre lo mismo (como Osvaldo A. Gozzaini y Domingo García Belaunde).

Tampoco debe olvidarse los frecuentes encuentros, nacionales e internacionales, organizados sobre la disciplina (así, el coloquio internacional organizado por la Universidad Autónoma de Nueva León en setiembre de 2004 y cuyas ponencias han sido publicadas bajo la *coordinación de Germán Cisneros Farías* cf. *Derecho Procesal Constitucional, coloquio internacional*, Universidad de Nueva León, Monterrey 2004). En este mismo evento se creó el Instituto Mexicano de Derecho

Procesal Constitucional y al año siguiente (2005) en la misma Universidad de Nueva León y en coordinación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se efectuó el I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

Finalmente hay que destacar la presencia de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, la primera en su género, fundada en Puebla en diciembre de 2002 por iniciativa de Aníbal Quiroga León, Domingo García Belaúnde, José F. Palomino Manchego y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pero impulsada y dirigida por este último, cuyo primer número apareció en 2004 en México con el respaldo de la Editorial Porrúa y que continúa hasta el momento con periodicidad semestral. Y en donde se da cuenta de lo que sucede en la problemática procesal-constitucional en el mundo actual, con especial énfasis en el ámbito latinoamericano. Y que se ha convertido en el referente obligado para los estudiosos del área.

Dentro del campo procesal propiamente dicho, debe contarse con el magisterio y la producción, en parte no publicada, de Gumesindo García Morelos, que en tesis doctoral presentada en la Universidad Complutense en Madrid en 2005 (y de la que alista publicar la primera parte referida al “derecho procesal constitucional” en la prestigiosa editorial argentina Platense) acepta el Derecho Procesal Constitucional desde una estricta óptica procesal, desarrollándolo en forma adecuada. Con anterioridad había publicado un interesante análisis comparativo de dos instituciones garantistas; cf. *El Amparo-Habeas Corpus*, ABZ editores, México 1998.

Lo que he señalado es solo lo que puede considerarse como principal en lo que se refiere a la producción jurídica mexicana de carácter procesal constitucional, pero no agota el estudio de las instituciones de control de constitucionalidad que se da en otros ámbitos y en otras publicaciones. Que comprueba que en México no solo existe una sorprendente actualidad en los estudios, sino que ellos han encontrado amplia acogida en la comunidad jurídica. Que son los frutos que ha dado la obra escrita y no escrita de Héctor Fix-Zamudio que constituye, sin lugar a dudas, el referente obligado en el ámbito iberoamericano.

3. AMÉRICA DEL SUR DE HABLA CASTELLANA

Colombia y Venezuela son los dos países que en la América del Sur tienen un antiguo y bastante elaborado sistema de control constitucional, que se remonta a mediados del siglo XIX, como ha sido demostrado por los estudiosos (como es

el caso de James A. Grant). Y que ha dado origen a una cantidad muy grande de publicaciones sobre diversos temas sobre todo de orden práctico o procesal de tales instrumentos. Pero esto no ha llevado a planteos teóricos de largo alcance.

Así en Colombia, por ejemplo, se usa desde temprano el concepto de jurisdicción constitucional (cf. Alfredo Araújo Grau, Jurisdicción constitucional, Talleres Gráficos "Mundo al día", Bogotá 1936) y lo mismo sucede en la manualística. Y esto se refuerza desde la década de los cincuenta del siglo pasado (cf. Álvaro Copete Lizarralde, Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano, 2da edición, Edit. Temis, Bogotá 1957, 3ra. edición en 1960; Luis Carlos SÁCHICA, Nuevo constitucionalismo colombiano, Edit. Temis, Bogotá 1992; Jacobo Pérez Escobar, Derecho Constitucional Colombiano, Edit. Temis, 6ta edic. Bogotá 2003; Diego Younes Moreno, Derecho Constitucional Colombiano, 6ta edic. Ed. Jurídicas G. Ibáñez, Bogotá 2005; Jaime Vidal Perdomo Derecho Constitucional General e instituciones políticas colombianas, Legis, Bogotá 2005). Colombia tiene una larga tradición jurídica, muy asentada, que se refleja en una cadena de publicaciones sobre temas constitucionales y procesales, que ha aumentado vertiginosamente a raíz de la creación de la Corte Constitucional en 1991 y numerosos libros dedicados a estudiar su actividad y su numerosa jurisprudencia, en muchos aspectos modélica (cf. Sandra Morelli Rico, La Corte Constitucional: un papel institucional por definir, Edic. Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá 2001; AA.VV. Justicia constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo, Ricardo Sanín Restrepo, coordinador, Universidad Javeriana- Legis editores, Bogotá 2006).

Sin embargo, los procesalistas no se han preocupado por el tema, al que ignoran o tratan de soslayo sin mayor comprensión (así, Hernando Devis Echandía al estudiar la labor de la Corte Constitucional en su país, dice que ésta desarrolla una suerte de jurisdicción constitucional *sui generis*, cf. Compendio de Derecho Procesal. Teoría general del proceso, 14ava edición, Editorial ABC, Santafé de Bogotá 1996, tomo I, pág. 100).

Y son más bien los constitucionalistas los que han abordado el campo. Así, Ernesto Rey Cantor es el primero que se preocupa del nuevo concepto en una sintética pero bien informada Introducción al Derecho Procesal Constitucional (Univ. Libre, Seccional Cali, 1994) en donde señala que el Derecho Procesal Constitucional es el que regula las actuaciones y procesos constitucionales (pág. 29) y acepta la distinción entre el "derecho procesal constitucional" y el

“derecho constitucional procesal”, siguiendo así el planteo de H. Fix-Zamudio. Posteriormente el mismo autor publica su Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional Procesal y Derechos Humanos Procesales, Edic. Ciencia y Derecho, Bogotá 2001, en donde reitera y amplía lo expuesto anteriormente. La obra de Rey Cantor acompañada por su labor docente, no ha encontrada prácticamente eco en Colombia, en donde en solitario defiende la existencia de esta nueva disciplina.

Con posterioridad, Javier Henao Hidrón ha publicado una obra con el nombre Derecho procesal constitucional (Edit. Temis, Bogotá 2003, 2da edición 2006) que es la nueva versión de una obra anterior en la que utilizaba el título de “jurisdicción constitucional” y que tuvo muchas ediciones. En esta nueva publicación estudia y analiza el carácter procesal de los instrumentos e instituciones que existen en Colombia, pero evita todo análisis sobre lo que el título anuncia.

De interés es el libro colectivo Nuevas tendencias del Derecho procesal constitucional y legal (Universidad de Medellín, Medellín 2005) que contiene el ensayo de Diana María Ramírez Carvajal (“Hacia la construcción de un derecho procesal constitucional para Colombia”) con un enfoque netamente procesal, pero que aparece desconectado y un poco al margen de la bibliografía que existe en el área, e incluso de la de su propio país.

Mención especial merece la extensa como solvente obra de Eduardo Roza Acuña, instalado hace años en el ambiente universitario italiano y actualmente Profesor Ordinario de la Universidad de Urbino, que ha dedicado gran parte de su actividad como docente y publicista a dar a conocer la problemática constitucional de la América Latina, sin escatimar juicios y enfoques propios y que incluye el análisis y la difusión del pensamiento político-constitucional de Bolívar. Entre su producción reciente y en relación con lo nuestro, le debemos un libro de largo aliento: *Le garanzie costituzionali nel diritto pubblico dell'America Latina*, G. Giappichelli editore, Torino 2006 (hay traducción castellana, con ligeras variantes). El autor no ingresa al tema conceptual que nos ocupa-pues no es ese el sentido de su obra-sino que acepta como sinónimas las expresiones de Justicia constitucional, Jurisdicción constitucional y Derecho Procesal Constitucional (pág. 21-22 de la edición italiana). El libro por lo demás, representa un esfuerzo notable al juntar información dispersa sobre los procesos constitucionales en nuestro continente, que se presentan en forma sistemática y con enfoques y planteos originales, que lo hacen de

uso obligado no solo para el estudioso extranjero, sino también para el latinoamericano.

En Venezuela contamos con el texto pionero de José Guillermo Andueza Acuña titulado *La Jurisdicción Constitucional en el Derecho Venezolano* y que publica en Caracas en 1955 (con reimpresión en 1974). Y lo mismo hace posteriormente Orlando Tovar (cf. *La jurisdicción constitucional*, Caracas 1983). A partir de la década de los setenta hay que mencionar la influyente y sólida obra de Humberto J. La Roche, que quizá es el primero que usa el concepto “derecho procesal constitucional” en 1977 en la ponencia que presenta en Sochagota en noviembre de ese año, y dentro de un evento dedicado a la jurisdicción constitucional en Iberoamérica (cf. *La jurisdicción constitucional en Venezuela y la nueva Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en AA.VV. “La jurisdicción constitucional en Iberoamérica”*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá 1984). Pero el tema, aún cuando vuelve sobre él más adelante (cf. *Instituciones constitucionales del Estado venezolano*, Maracaibo 1984, pp. 288-293) no es objeto de mayores desarrollos. Y más bien en los últimos años se ha afirmado la tendencia a usar el rubro de “justicia constitucional” aún cuando no se han hecho demasiadas precisiones (así, por ejemplo, Jesús María Casal H., autor de importantes textos en la disciplina, utiliza ambos, justicia y jurisdicción constitucionales como sinónimos. Y lo mismo podríamos decir de José Vicente Haro, que ha dedicado importantes textos al tema que nos ocupa).

Pero el que más ha persistido en el tema y que además ha intentado darle un sustento teórico serio, ha sido Allan R. Brewer-Carías, desde principios de la década de los ochenta, en diversas publicaciones en donde ha desarrollado temas tanto de Derecho Constitucional como de Derecho Administrativo, muchos de ellos traducidos al inglés y al francés.

Sus grandes aportaciones, sin embargo, se encuentran en cierto sentido reunidas en su monumental *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, 3ra edición, 7 tomos, Caracas-San Cristóbal 1996-1998, cuyo tomo VI está dedicado a “La justicia constitucional” y que es una síntesis admirable de toda la problemática, tanto de la supremacía constitucional como de los medios para hacerla valer, y en donde se extiende largamente sobre temas de fundamentos.

Al ser derogada la Constitución de 1961, sobre la cual se asentaba el Tratado antes referido, Brewer-Carías emprendió un análisis del nuevo texto

constitucional en forma aguda y solventada pues fue miembro de la Asamblea Constituyente que la redactó, si bien por parte de la oposición, y sus puntos de vista los condensa en La Constitución de 1999 (Derecho Constitucional Venezolano) Editorial Jurídica Venezolana, 4ta edición, 2 tomos, Caracas 2004) y finalmente en su folleto El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000. Su autor no se muestra partidario del "derecho procesal constitucional", ni tampoco de conceder un carácter procesal a estos instrumentos, sino más bien piensa en una defensa constitucional desde adentro, evitando así toda referencia "procedimental", declarando que por "justicia constitucional" entiende la totalidad del universo de garantías y controles de la Constitución, y por "jurisdicción constitucional" el órgano específico, Corte Suprema o Tribunal Constitucional, que tiene competencias para ello. Se trata de un planteo muy elaborado, que denota una clara influencia francesa, que como sabemos se ha extendido bastante, sobre todo en Italia. En otras palabras, la "justicia constitucional" es un concepto material, mientras que la "jurisdicción constitucional" es un concepto orgánico; la primera se refiere a una materia determinada (control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales) mientras que la segunda tiende a identificar a un ente u órgano especializado en esto, como es el caso del Poder Judicial en Venezuela (cit. pp. 12-14).

Continuador de la obra de Brewer-Carías es, en cierto sentido, Carlos Ayala Corao, autor de varios trabajos sobre el tema desde la década del 80, y en donde utiliza preferentemente el concepto de "jurisdicción constitucional", aun cuando marginalmente se ha referido al "derecho procesal constitucional" (así en el prólogo al libro de Gustavo J. Linares Benzo, El proceso de Amparo en Venezuela, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas 1993).

La aprobación de la nueva Constitución en 1999 ha promovido gran cantidad de estudios, sin que se hayan hecho avances en este tópico.

En Ecuador, no obstante haberse ensayado la creación de órganos de control constitucional desde 1945, no encontramos nada en relación con el tema, pues se utiliza preferentemente el término "justicia constitucional" (cf. Hernán Salgado Pesantes, Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Corporación Editora Nacional, Quito 2004).

Tan solo recientemente ha aparecido un volumen colectivo titulado Derecho Procesal Constitucional (Corporación Editora Nacional, Quito 2005) coordinado

por el constitucionalista y magistrado español Pablo Pérez Tremps, quien en la introducción dice que los trabajos ahí reunidos escritos por varios autores se dedican al análisis de los procesos constitucionales que son distintos a los demás y de ahí la particularidad del denominado “derecho procesal constitucional”. Afirmación preliminar y genérica, sobre la cual el resto de trabajos no vuelve ni ahonda.

En el Perú el término “derecho procesal constitucional” fue introducido por vez primera en 1971 (cf. Domingo García Belaunde, *El Habeas Corpus interpretado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica, Lima 1971, p.21) y ha tenido desde entonces un continuo desarrollo hasta la actualidad, acompañado por la promulgación y puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional desde el 1 de diciembre de 2004. Y por la intensa actividad jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

Quien ha dedicado largos años a estudiar los contenidos, sin titularlo con el nombre, es Víctor Julio Ortecho Villena, desde la ciudad norteña de Trujillo, en sucesivas publicaciones que rematan, por así decirlo, con su sugestivo libro *Procesos constitucionales y su jurisdicción*, Editorial Rodhas, 9na edición, Trujillo 2004.

Pero el primer texto independiente que utiliza la nomenclatura es el de Gerardo Eto Cruz, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Trujillo 1990-1992, si bien es demasiado escueto.

Más persistente es el esfuerzo desplegado por Elvito A. Rodríguez Domínguez quien hace un planteo de sumo interés desde una óptica procesal en su ponencia *Derecho Procesal Constitucional peruano* (en “*Notarius*”, año II, núm. 2, 1991) que reelabora y amplía en su obra *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Grijley, Lima 1997, que es en puridad el primer libro sobre la materia que se publica en el Perú. Y que es fruto de los afanes de un procesalista, que además enseña la disciplina en la vieja Universidad de San Marcos. El éxito de la obra lo llevó a una siguiente edición en 2002 y finalmente a una tercera totalmente revisada y con nuevo nombre, *Manual de Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Grijley, Lima 2006, con extenso prólogo de Héctor Fix-Zamudio.

El siguiente libro se publica igualmente en Trujillo, cuyo autor Domingo García Belaunde da el título a la obra, *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Marsol,

Trujillo 1998 a cargo y con extenso estudio preliminar de Gerardo Eto Cruz. Una segunda edición, revisada y prácticamente doblada en su extensión, ha sido publicada en la Editorial Temis (Bogotá 2001). De larga influencia es su opúsculo De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional, Edit. Grijley, 4ta edición, Lima 2002, que cuenta con una edición en México.

César Landa publica su Teoría del Derecho Procesal Constitucional, Editorial Palestra, Lima 2004 continuando sus importantes estudios sobre el tema, en especial de su voluminoso y bien documentado libro Tribunal Constitucional y democracia, Edit. Palestra, 2da edición, Lima 2004. Sus reflexiones últimas se encuentran reunidas en un denso volumen: Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México 2006. Sin embargo Landa no hace un mayor desarrollo del tema, pues se afilia a la tesis de Häberle al considerar que el “derecho procesal constitucional” es en realidad parte del Derecho Constitucional, al cual “concretiza” con motivo de la actividad jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Su enfoque, interesante sin dudas, es algo aislado dentro de la tratadística peruana.

Samuel Abad Yupanqui ha realizado diversos estudios sobre el Amparo. Y desde una moderna postura procesal, ha publicado un enjundioso texto titulado Derecho Procesal Constitucional, Ed. Gaceta Jurídica, Lima 2004, que al ser parte de su tesis doctoral, asume una descripción de la disciplina en forma orgánica y ordenada, abordando sus principales problemas. Es quizá la mejor obra informativa y de análisis dentro de la literatura peruana.

Finalmente, Aníbal Quiroga León, procesalista de trayectoria, ha reunido diversos ensayos en su reciente libro Derecho Procesal Constitucional y el Código Procesal Constitucional, Ara Edit. Lima 2005. No obstante que Quiroga se ha dedicado desde hace muchos años al tema, promoviendo diversas publicaciones sobre la “jurisdicción constitucional” (en 1990 y bajo el auspicio del Fondo Editorial de la Universidad Católica) así como eventos y revistas e incluso ha propiciado desde 1996 un Código Procesal Constitucional, tiene un enfoque con ciertas peculiaridades y no muy preciso. No empee esto, en lo sustancial mantiene un enfoque procesal.

La publicación y puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional en el Perú, el primero en su género a nivel iberoamericano (pues el de Tucumán es de carácter local y no nacional) ha hecho aumentar en forma vertiginosa las publicaciones sobre el tema, muchas veces usando el título “derecho procesal

constitucional” por mera convención, pero otros son largos análisis del Código, algunos con muy alto nivel (como es el caso de Carlos Mesía y Luis Castillo Córdova) o con un propósito sobre todo profesional y de apoyo práctico pero no por ello menos importante (Walter Díaz Zegarra, Gustavo Gutiérrez). A lo que hay que agregar las publicaciones y debates surgidos a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, repuesto democráticamente en 2001 e integrado con siete miembros elegidos por el Congreso de la República.

Entre las publicaciones colectivas merecen citarse AA.VV. Derecho Procesal Constitucional, Susana Y. Castañeda Otsu, coordinadora, Jurista editores, 2da edición, 2 vols, Lima 2004 (hay edición boliviana impresa en Cochabamba); AA.VV. El Derecho Procesal Constitucional Peruano, Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde, 2 tomos, Editorial Grijley, José F. Palomino Manchego, coordinador, Lima 2005 y Susana Castañeda O., Edgar Carpio Marcos, Eloy Espinosa-Saldaña B. y Luis Sáenz Dávalos Introducción a los procesos constitucionales, Jurista editores, Lima 2005. De utilidad es el Syllabus de Derecho Procesal Constitucional, por José F. Palomino M., Gerardo Eto Cruz, Luis Sáenz Dávalos y Edgar Carpio Marcos, Cuaderno de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima 2003. Un análisis puntual y novedoso hecho por un procesalista lo tenemos en Omar Cairo Roldán, Justicia Constitucional y Proceso de Amparo, Palestra editores, Lima 2004.

Mención aparte merece la intensa labor desempeñada por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, que dentro de los eventos que organiza siempre dedica un espacio a los temas de Derecho Procesal Constitucional, como se aprecia en el último de ellos, el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional celebrado en Arequipa(22-24 de setiembre de 2005). Y más recientemente con el auspicio y apoyo brindado a los congresos nacionales de Derecho Procesal Constitucional, el primero de los cuales se llevó a cabo en la ciudad de Huancayo(18-20 de noviembre de 2004) en la Universidad Privada “Los Andes”, que corrió a cargo de Miguel Vilcapoma Ignacio. Este I Congreso fue dedicado íntegramente a analizar el recién promulgado Código Procesal Constitucional, que entraría en vigencia meses más tarde en diciembre de 2004.

En Chile hay un interesante movimiento en esta línea desde mediados de los años ochenta del siglo pasado, que es producto del gran esfuerzo de Humberto Nogueira Alcalá, que desde Santiago o desde Talca, ha orientado estos afanes y además ha promocionado encuentros de estudiosos tanto chilenos como de

otros juristas del área, que han sido decisivos para el desarrollo de la disciplina en ese país.

Entre los primeros pasos dados por Nogueira se encuentra el haber convocado un Primer Seminario Latinoamericano en la Universidad Central de Santiago de Chile, en octubre de 1987 y bajo el rubro de "justicia constitucional" (cf. La Revista de Derecho, núm. 1, enero-junio de 1988 y núm. 1, enero-junio de 1989). Posteriormente convoca el segundo seminario en la misma ciudad y con el mismo auspicio, pero al cual denomina esta vez como "2da Jornadas de Derecho Procesal Constitucional" y que se lleva a cabo en abril de 1991. Contó con una selecta concurrencia de juristas internacionales. Sus actas se publicaron en dos números sucesivos de La Revista de Derecho (núm. 2, julio-diciembre de 1990 y núm. 1, enero-junio de 1991).

En fecha reciente, al celebrarse en Santiago el "IV Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional" (noviembre de 2006) publicó con antelación las ponencias presentadas al evento que tenía como título genérico "Desafíos del Derecho Procesal Constitucional en la alborada del siglo XXI" en un grueso volumen de más de 800 páginas: Estudios constitucionales, año 4, número 2, Santiago 2006, que reúne textos que abordan diversos temas de interés, pero en donde el membrete "derecho procesal constitucional" no es objeto de un desarrollo especial.

Por su parte, Nogueira ha escrito multitud de artículos sobre el tema, serios y documentados, usando diversos rótulos sin mayores precisiones, sea el de justicia constitucional, sea el de jurisdicción constitucional, vinculándolo sobre todo a Chile, y manejando hábilmente datos del Derecho comparado, así como libros centrados en los derechos fundamentales.

Pero recientemente ha presentado un texto orgánico de largo alcance, producto de una investigación de aliento: La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales en Sudamérica en la alborada del siglo XXI, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México 2004, a la que ha seguido una edición venezolana con distinto título (Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006) y con posterioridad y con el mismo título la actualizada edición peruana a cargo de Palestra editores (Lima 2006) que aquí utilizo.

En esta obra intenta Nogueira Alcalá distinguir entre jurisdicción y justicia constitucional. Así, señala que al hablar de "justicia constitucional" estamos

haciendo referencia a un contenido valorativo, pero distingue la versión amplia de la versión restringida. En sentido amplio "justicia constitucional" es todo tipo de control que desempeña el juez, el órgano legislativo o un órgano especial. Así, tenemos que existe una justicia constitucional "política" y una justicia constitucional "jurisdiccional". Esta última es ejercida por órganos de carácter jurisdiccional, de cualquier orden.

Por su parte, la jurisdicción constitucional es una especie de la justicia constitucional, con la finalidad específica de actuar el Derecho de la Constitución y tiene como meta la defensa de la Constitución, con características específicas.

Las breves líneas anotadas no permiten extraer mayores elementos de juicio, ya que el autor en realidad no tiene en mente la parte teórica y de fundamentos, no empecé lo cual nos presenta una obra de investigación prácticamente exhaustiva, casi sin precedentes y de innegable utilidad y mérito.

El patriarca de los constitucionalistas chilenos, Alejandro Silva Bascañán utiliza el concepto de "justicia constitucional" y señala que el de "derecho procesal constitucional" no es acertado (cf. Tratado de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2003, tomo IX, pp. 21; es la segunda edición de un anterior tratado publicado originalmente en la década de los sesenta y en tres tomos; la actual segunda edición, en colaboración con María Pía Silva Gallinato, está en curso y llega a los once tomos...).

Magistrados del Tribunal Constitucional como Juan Colombo Campbell se han dedicado al tema (cf. Funciones del Derecho Procesal Constitucional en "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano", 2002) quien defiende su categoría procesal, pero sin mayores precisiones. En el mismo sentido Luz Bulnes, y con anterioridad Ismael Bustos Concha y Lautaro Ríos Álvarez, pero con matices diferenciales. En la línea de investigaciones puntuales, hay que mencionar la meritoria obra de Gastón Gómez Bernales.

A Francisco Zúñiga Urbina se debe el más completo tratamiento de la disciplina que ha aparecido en ese país, pues toma como referencia no solo la parte doctrinaria, sino la histórica, comparada, legislativa y la propiamente chilena (cf. Elementos de jurisdicción constitucional, Universidad Central de Chile, 2 tomos, Santiago 2002). Acepta el planteo que distingue el "derecho procesal constitucional" del "derecho constitucional procesal", pero no la distinción

entre justicia y jurisdicción constitucional. Ofrece, por lo demás, un desarrollo muy completo y sugestivo de suma utilidad.

Andrés Bordalí Salamanca es un procesalista que ha incursionado desde su especialidad en el tema, al cual asigna carácter procesal, como se ve en su libro *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Fallos del Mes, Santiago de Chile 2003. Posteriormente, sin embargo, ha coordinado un colectivo con nombre distinto: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* Lexis-Nexis, Santiago 2006.

Con anterioridad, un procesalista acreditado intentó ubicarse, si bien muy ampliamente, en la problemática: Raúl Tavolari Oliveros, *Habeas Corpus*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago 1995.

Bolivia se ha incorporado al debate sobre la temática, a raíz de la fundación y puesta en funcionamiento de su Tribunal Constitucional, que ha hecho posible gran cantidad de publicaciones en torno a los procesos y a la actividad del Tribunal (entre otros, AA.VV *La justicia constitucional en Bolivia 1998-2003*, Tribunal Constitucional, Sucre 2003). Así, Pablo Dermizaky Peredo, maestro dedicado al Derecho Público (tiene sendos manuales sobre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo) ha incursionado en el tema, pero con el título de "justicia constitucional" que se emplea incluso en los seminarios que organiza periódicamente el Tribunal Constitucional, del cual Dermizaky fue presidente (1999-2001).

Así, en su importante libro *Justicia Constitucional y Estado de Derecho*, Editorial Alexander, 2da edición, Cochabamba 2005, señala en el prólogo que "justicia constitucional" es un sistema elaborado por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia aplicables al control, defensa e interpretación de la Constitución... agregando que la justicia constitucional se materializa a través de la jurisdicción constitucional, que es el conjunto de órganos y normas diseñados para administrar aquella..... de esta manera, la jurisdicción constitucional es el medio y la justicia constitucional es el fin (concepto que repite en la pág. 177 ss.). Este libro de Dermizaky debe ser completado, en cuanto a procesos se refiere, con el siguiente: *Derechos y garantías fundamentales*, Editorial Alexander, 1ra edición, Cochabamba 2006.

Un primer síntoma de nuevas inquietudes es el libro colectivo *Derecho procesal constitucional boliviano*, con colaboraciones de Francisco Fernández Segado,

Jorge Asbún, Pablo Dermizaky, Willman Durán Rivera, William Herrera, José Antonio Rivera y Víctor Bazán (editado por la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Santa Cruz 2002) en donde el tema es asumido pero no desarrollado.

Desde una óptica procesal se encuentra el libro de José Decker Morales, Derecho Procesal Constitucional, s/e, Cochabamba 2002, en donde condensa inquietudes formuladas desde 1998, cuando por primera vez usó el concepto en el país.

El más completo estudio sobre el tema se debe a José Antonio Rivera Santibáñez, quién fuera magistrado constitucional, y que ha publicado un enjundioso volumen sobre la Jurisdicción constitucional (Grupo Editorial Kipus, 2da edición, Cochabamba 2004; la primera edición es de 2000) en donde dedica una primera parte, muy amplia, a la discusión académica sobre el concepto, y se afilia a una tendencia procesal. Rivera además es un constante animador de estos temas, con gran capacidad de convocatoria, como lo demuestran los eventos organizados en La Paz y Santa Cruz.

Un planteo doctrinario bastante ceñido y con un amplio desarrollo de la problemática boliviana, con un enfoque procesal y con referencias jurisprudenciales, lo tenemos en René Baldivieso Guzmán, Derecho Procesal Constitucional, Ind. Gráficas Sirena, Santa Cruz de la Sierra 2006, sumamente útil, pues su autor fue magistrado del Tribunal Constitucional.

En Uruguay existe una larga tradición manualística en materia constitucional, que incluye dentro de su ámbito el problema del control de constitucionalidad, al cual generalmente no se califica en forma independiente (algunos le llaman justicia constitucional) ni tampoco se enfoca como algo que merezca ese tratamiento (así en los textos de Jiménez de Aréchaga, José Korseniak, Rubén Correa Freitas, Martín Risso Ferrand, etc.) Pero el primero que usa el concepto en ese país es el eminente procesalista Eduardo J. Couture en su obra Estudios de derecho procesal civil, 3 tomos, Ediar, Buenos Aires 1948-1950 (con reimpressiones) que probablemente tomó de los trabajos de Alcalá-Zamora y Castillo, a quien conocía y trataba por frecuentar la comunidad jurídica argentina, en donde Alcalá-Zamora vivía en aquella época. Sin embargo, Couture no hace ningún análisis conceptual, sino que se limita (en el tomo I) a dar el título de "Casos de derecho procesal constitucional" a una sección que agrupa diversos ensayos alusivos y sobre el cual no se arroja luz alguna.

Años más tarde se encuentra un desarrollo más elaborado que debemos a Eduardo G. Esteva Gallicchio, que lo pone en discusión en 1984 y en donde hace un distingo entre el “derecho procesal constitucional” por un lado, y el “derecho constitucional procesal” por otro (cf. Lecciones de introducción al Derecho Constitucional. Derecho Constitucional, I, tomo I, Montevideo 1984, tomo I, pp. 9-10).

De parte de los procesalistas merece un tratamiento especial la obra, no muy extensa pero bien elaborada, de Enrique Véscovi, quien le da un tratamiento netamente procesal, si bien no arriesga un planteo doctrinario ni tampoco un nombre moderno (cf. El proceso de inconstitucionalidad de la ley, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo 1967; Principios estructurales del proceso constitucional en “Universidad”, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, set-dic de 1969, núm. 79. Y Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica, Edit. Depalma, Buenos Aires 1988 ; a pp. 463 ss. se inclina por el uso del término “jurisdicción constitucional”).

En lo que se refiere al Paraguay no he encontrado una sola referencia sobre el tema que nos ocupa, si bien hay estudios en torno a él (cf. Juan Carlos Mendonça, Inconstitucionalidad. Aspectos procesales, Editorial El Foro, Asunción 1982; Luis Lezcano Claude, El control de constitucionalidad en el Paraguay, Edit. La Ley Paraguaya, Asunción 2000; ib. La defensa de la Constitución en el Derecho Paraguayo, en AA.VV. “Defensa de la Constitución-Garantismo y controles”, Libro de reconocimiento a Germán J. Bidart Campos, Víctor Bazán, coordinador, Ediar, Buenos Aires 2003.

4. CENTROAMÉRICA Y EL CARIBE

En Centroamérica, el país que más producción tiene en la materia que nos ocupa es sin lugar a dudas Panamá, que al igual que otros países de su entorno, ha tenido facilidades para que sus estudiosos salgan al exterior a formarse y ponerse al día en novedades bibliográficas. Así tenemos que en Panamá se publica el libro de Sebastián Rodríguez Robles titulado Derecho procesal constitucional panameño (Universidad de Panamá, Panamá 1993) basado en la tesis de grado que presenta su autor ante el correspondiente centro universitario y que es la primera publicación en forma de libro aparecida en ese país y probablemente en toda Centroamérica. El autor tuvo la suerte de estar cerca del maestro César Quintero (1916-2003), de reconocido prestigio internacional y que prologó el libro haciendo un amplio como meditado estudio

sobre las variantes del proceso y sus relaciones con la Constitución. Y además siguió estudios de postgrado en la Argentina, lo cual le permitió estar en contacto con la más calificada doctrina sobre la materia. Y si bien la obra está centrada en el desarrollo y análisis de la dogmática panameña vigente a la época en que formuló su trabajo, lo antecede con un breve pero centrado análisis conceptual sobre la disciplina.

Rodríguez Robles parte del concepto de Derecho Procesal y sin mayores vacilaciones señala que el Derecho Procesal Constitucional es una de sus ramas o disciplinas, si bien reconoce la dificultad de fijar sus contornos doctrinarios. Tampoco hace concesiones a figuras próximas o vecinas. Y tentativamente define el Derecho Procesal Constitucional como el conjunto de fundamentos doctrinales y preceptos normativos de carácter instrumental, instituidos para asegurar eficazmente el estricto cumplimiento de la ley suprema del Estado (es decir, de la Constitución; pág. 59). Y ella incluye las garantías constitucionales jurisdiccionales, las garantías constitucionalizadas del control de legalidad, así como las garantías implícitas del debido proceso.

La segunda publicación que tenemos es la de Boris Barrios Gonzáles (Derecho Procesal Constitucional, Edit. Portobelo, 2da edición, Panamá 2002; la primera edición es de 1999). Según su autor, cuyo manual ha tenido una amplia circulación, el Derecho Procesal Constitucional tiene carácter instrumental de naturaleza pública y reglamenta el ejercicio de la jurisdicción constitucional. En tal sentido, su obra se dedica a desarrollar procesos tales como el Amparo, el Habeas Corpus, la Acción de Inconstitucionalidad, etc. tal como se dan en la experiencia panameña.

Rigoberto González Montenegro ha publicado un Curso de Derecho Procesal Constitucional (Litho Editorial Chen, 2da edición, Panamá 2003; primera edición en 2002) en donde acepta que el Derecho Procesal Constitucional es rama específicamente procesal para la defensa de la Constitución. Es por tanto una disciplina autónoma y sus contenidos son: a) jurisdicción b) procesos y c) órganos.

Y por cierto, hay otros enfoques que utilizan un esquema más convencional y que dan cuenta de la temática en el respectivo país (cf. Heriberto Araúz, Panorama de la justicia constitucional panameña, Universal Books, 1ra. edición, Panamá 2003). Si bien en algunos casos, se utilizan los conceptos en forma heterodoxa; cf. Jorge Fábrega P. Derecho Constitucional Procesal Panameño, en

AA.VV. "Estudios de Derecho Constitucional Panameño", Editora Jurídica Panameña, Panamá 1987. U otros que dentro de títulos convencionales, utilizan en su interior el concepto de "derecho procesal constitucional" (como es el caso de Edgardo Molino Mola, La jurisdicción constitucional en Panamá, 2da edición, Copicentro edit., Panamá 2002).

En Nicaragua se cuenta con la ingente producción de Iván Escobar Fornos, quien ha incursionado en varios temas jurídicos, en especial relacionados con el Derecho Civil, pero a nuestro tema ha dedicado un volumen titulado Derecho Procesal Constitucional, Hispamar, Managua 1999. En ella acepta al Derecho Procesal Constitucional como instrumental, lo cual es expresión o desarrollo de un tema más amplio como es la justicia constitucional, pero sin entrar en mayores detalles. Posteriormente, esta obra es objeto de un replanteo y reelaboración y la publica como Introducción al Derecho Procesal Constitucional (Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México 2005). Aquí amplía y precisa algunos conceptos; acepta un Derecho Constitucional Procesal al lado del Derecho Procesal Constitucional, desarrolla notablemente la parte conceptual y comparada y señala que el contenido del Derecho Procesal Constitucional lo integran; i) la justicia constitucional, ii) los órganos de control, iii) las garantías constitucionales, iv) las partes y v) el proceso.

País de gran tradición cultural es Costa Rica dentro del ámbito centroamericano. La figura más importante, no solo por su obra sino por su magisterio es Rubén Hernández Valle, quien tempranamente publica su Derecho Procesal Constitucional (Edit. Juricentro, San José 1995; 2da edición, 2001). Hernández asume que estamos ante una rama del Derecho Procesal que se dedica a estudiar los instrumentos de la jurisdicción constitucional y los procesos constitucionales (pp. 31-36 de la 2da edición). Sin embargo, entre una edición y otra publica Escritos sobre justicia constitucional (Biblioteca Jurídica Díké, Medellín 1997) en donde el cambio del título proviene probablemente, tal como señala el autor, por tratarse de unas lecciones preparadas para impartirse en Madrid y que no alcanzó a llevar a cabo. Pero en ellas desarrolla las bases del "Derecho Procesal Constitucional".

Este último libro y otros ensayos del autor fueron publicados luego bajo otro título en la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, que en México dirige Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Y más recientemente en un volumen compilativo bajo el título de Derechos fundamentales y jurisdicción

constitucional, Jurista editores, colección dirigida por Susana Castañeda y publicado en Lima en 2006. Y del que se prepara una edición boliviana.

Rodolfo Piza E. quien durante años fuera connotado magistrado de la prestigiosa Sala Constitucional de Costa Rica, intentó una peculiar distinción entre "justicia constitucional" y "jurisdicción constitucional" que no ha tenido seguimiento (vid. su artículo Justicia constitucional y Derecho de la Constitución en AA.VV., "La jurisdicción constitucional", III Aniversario de la creación de la Sala Constitucional, Edit. Juricentro, San José 1993).

Pero la doctrina también usa, como equivalentes, los conceptos de "jurisdicción constitucional" y "justicia constitucional" (cf. Alex Solís Fallas, La dimensión política de la justicia constitucional, Imp. Gráfica del Este, San José 2000).

Guatemala es un país de grandes tradiciones, sobre todo en materia constitucional y de defensa de la Constitución, y en donde además se instaura una Corte de Constitucionalidad en 1965, si bien peculiar y con funcionamiento intermitente y que posteriormente ha tenido un desarrollo interesante. Tiene una vida cultural activa, pero ha desarrollado el tema que nos ocupa dentro del campo constitucional o en el denominado "defensa de la Constitución" en donde hay varios trabajos valiosos de Jorge Mario García Laguardia (cf. entre otros, La defensa de la Constitución, Guatemala 1983). La literatura, por lo demás, engloba el problema procesal constitucional dentro de los libros o textos sobre la Constitución, que es calificado como justicia constitucional (cf. Gerardo Prado, Derecho Constitucional, Editorial Praxis, 4ta edición, Guatemala 2005 y Juan Francisco Flores Juárez, Constitución y Justicia Constitucional, Publicación de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala 2005).

En el Caribe hay que mencionar, por su gran tradición cultural, el caso de Cuba. En la etapa pre-revolucionaria he encontrado un referente importante en la obra de Fernando Álvarez Tabio, con valiosas obras en materia civil, constitucional y procesal. Así, en su libro El recurso de inconstitucionalidad (Editorial Librería Martí, La Habana 1960) estudia este proceso, de larga data en Cuba pero tal como estaba regulado en la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de 1949, que desarrolla la institución creada por la Constitución de 1940. Dice en su introducción que dicha ley contiene el conjunto de normas ordenadoras del recurso de inconstitucionalidad, es decir, constituye "la fuente principal del Derecho Procesal Constitucional". Y agrega que "no es posible, pues, emprender el estudio de una rama del Derecho Procesal sin ponerlo en contacto con la teoría

general del proceso". A continuación señala que "el concepto del proceso es el núcleo primario de todo el complejo de problemas que implica el estudio de un ordenamiento procesal". Cita como sus fuentes a diversas autoridades del mundo procesal (Redenti, Alcalá-Zamora, Goldschmidt, Guasp, etc.) y hace un desarrollo de la institución en esa línea. Álvarez Tabio con posterioridad se adhirió al régimen castrista y perpetró un extenso comentario a la Constitución cubana de 1976, que no tiene la altura que gozan sus otros textos jurídicos y por cierto no volvió sobre los mismos temas (cf. Comentarios a la Constitución socialista, Ediciones Jurídicas, La Habana 1981).

Con posterioridad este enfoque se fue perdiendo dentro del torbellino político existente y se retomó el tema años más tarde, dentro de una ideología política determinada. Desapareció el control jurisdiccional que existía y se introdujo el control político, que en realidad no es control o en todo caso no es eficiente. Y además, desde un enfoque muy general y sin precisiones. Y con el uso, cada vez más frecuente del vocablo "justicia constitucional" (cf. Julio Fernández Bulté, Los desafíos de la justicia constitucional en América Latina en los umbrales del siglo XXI en "Revista Cubana de Derecho", núm. 11, 1996). Este destacado jurista cubano nos dice en este ensayo que "no tendríamos una visión medular sobre la justicia constitucional en nuestro subcontinente, si no entendemos y medimos en todo su calado los rumbos que emprende el capitalismo mundial en su actual reacomodo o reajuste". Con lo que pone de relieve que el sistema adoptado en Cuba obedece a la defensa de una filosofía política determinada y no a un control del poder.

En forma más clara lo expone detalladamente Martha Prieto Valdés en un ensayo medular:

"....para el análisis de este sistema de defensa debe partirse de un grupo de características básicas de los sistemas, político y jurídico, como son el monopartidismo, ausencia de oposición legalizada y la organización del Estado sobre determinados principios que aseguran la unidad de la acción política a todos los niveles del territorio... en la esfera económica, la dirección, ejecución y control es estatal, una hacienda centralizada....en síntesis; las hondas transformaciones socioeconómicas y políticas impusieron una nueva legalidad, una nueva forma de hacer, con la necesidad de cumplir las decisiones, no de discutir las, de centralizar el poder, no de separarlo y equilibrarlo; se aprobó una Constitución que es punto esencial de partida para el desarrollo, reflejo de las conquistas alcanzadas y no un límite del poder...."

“..Tal diseño provoca, en materia de control constitucional, la existencia del modelo de control político-abstracto, concentrado y posterior.” (cf. El sistema de defensa constitucional cubano, en “Revista Cubana de Derecho”, núm. 26, julio-diciembre de 2005).

Y estos principios que hacen depender el control del poder de una determinada concepción de la “revolución” que inspira el régimen, que se define como “democracia socialista” es lo que se enseña pacíficamente en los centros universitarios de ese país (cf. Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés, Temas de Derecho Constitucional Cubano, Edit. Félix Varela, La Habana 2000). Y en donde el concepto de “derecho procesal constitucional” no atrae la atención y eventualmente se ignora, como se aprecia en diversos estudios (cf. entre otros Juan Mendoza Díaz, Hacia una concepción unitaria del Derecho Procesal en Cuba en “Revista Cubana de Derecho”, núm. 26, julio-diciembre de 2005).

En lo que se refiere a la República Dominicana, hay que destacar que su peculiar historia política le ha impedido no solo una mayor estabilidad para desarrollar sus instituciones, sino un mayor desarrollo en temas culturales, pues estos vaivenes alcanzan hasta periodos relativamente cercanos a nuestros días (como es el caso de la denominada “era de Trujillo” que va desde 1930 a 1961). Y que se prolonga algunos años más como sucede siempre cuando cae una dictadura y no existe nada que lo remplace o fuerzas que ayuden a construir algo nuevo, lo que solo se ve en los últimos tiempos. Y esto sin desconocer la existencia de ciertas figuras que han influenciado en el mundo cultural, como es el caso de Eugenio María de Hostos, cuyas Lecciones de Derecho Constitucional se publican en Santo Domingo en 1887 y luego en versión definitiva y póstuma en París en 1908 (a partir de la cual se han hecho varias reimpresiones). Y que ha tenido larga influencia en el Caribe y en nuestra América.

En lo referente al tema de la jurisdicción constitucional, se ha seguido en general la tendencia existente en América Latina (cf. Juan Jorge García, Derecho Constitucional Dominicano, UCMM, Santiago, Rep. Dominicana, 1984) tratándose dentro del área constitucional y contándose también con algunos estudios monográficos sobre el particular (en materia de control de constitucionalidad, Amparo, etc.). Así, Rafael Luciano Pichardo y José Hernández Machado presentan un panorama de la situación en una reunión de magistrados en el Brasil en una ponencia que tiene el significativo título siguiente: La evolución del Derecho Procesal Constitucional a través de los

órganos judiciales de la República Dominicana y que se ha publicado posteriormente en diversas revistas (aquí lo tomamos del "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano", Montevideo 2002) si bien no hay ninguna definición ni explicación al empleo de tal nombre, que al parecer es la primer vez que se usa en la doctrina jurídica dominicana. No obstante esto, el primero de los nombrados publicaría tiempo después el importante folleto La justicia constitucional, Santo Domingo 2006, en donde desarrolla el control de la constitucionalidad y el Amparo, pero sin entrar al tema doctrinario o de fundamentos.

Al margen de esto, tenemos algunos textos de carácter general sobre Derecho Constitucional, entre los que destaca el denso y bien documentado de Eduardo Jorge Prats, Derecho Constitucional, 2da edición, Ed. Gaceta Judicial, 2 tomos, Santo Domingo 2005 y en donde se hacen diversas referencias al "derecho procesal constitucional" y a la literatura que lo desarrolla o comenta, pero sin mayores precisiones (entre otros vid. el tomo I, pág. 339; la primera edición de la obra es de 2003).

En el Caribe queda además un país importante: Puerto Rico, actualmente como Estado Libre Asociado de los Estados Unidos. Lo que ha hecho que en materia de Derecho Público esté muy influenciado por el llamado "modelo americano" que no conoce este tipo de inquietudes y que vive al margen de ellos.

5. LOS INCIOS EN LA ARGENTINA. EL PLANTEO DE SAGÜES

No obstante el enfoque fundacional de Alcalá-Zamora y Castillo al que ya me he referido, éste no tuvo ningún eco en la Argentina de aquel entonces, sino que pasó desapercibido al igual que en México durante los primeros años de su forzado exilio. El tema vuelve a plantearse en la Argentina y por obra de un jurista argentino, tan solo en 1979 y en la obra monumental de Néstor P. Sagüés.

En efecto, en 1979 Sagüés publica su libro Ley de Amparo (Edit. Astrea, Buenos Aires), que en realidad encierra un amplio como profundo análisis de la institución desde el punto de vista doctrinario, histórico, legislativo-a nivel nacional y provincial-y jurisprudencial. Es en ese momento que con claridad, pero sin mayor detenimiento, hace referencia al Amparo como institución del Derecho Procesal Constitucional (pág. 64) apoyándose para ello en la reseña bibliográfica de Alcalá-Zamora de 1945, ya referida.

Posteriormente, Sagüés publica un ensayo maduro y sólido, al cual se ha mantenido fiel a través de los años, titulado "Derecho Procesal Constitucional y jurisdicción constitucional" (La Ley, 1981, C, pp.865-871). Ahí sostiene básicamente lo siguiente:

- a. Que es necesario partir del concepto de "jurisdicción constitucional", no empece su imprecisión, toda vez que éste ha sido el referente para estudiar la disciplina que tiene el nombre de "derecho procesal constitucional", de la cual incluso existe un libro reciente (se refiere al de Jesús González Pérez publicado en Madrid en 1980).
- b. En cuanto a la jurisdicción constitucional, entiende que hay dos enfoques: el material y el orgánico. Lo material otorga esa potestad a cualquier órgano, cualquiera que fuese, que pueda decir el derecho en materia constitucional. Lo orgánico lo limita a la existencia de un órgano especializado y calificado, como lo es un tribunal o corte constitucional. Sagüés entiende que el concepto material es preferible, ya que si no es así, muchas cosas se quedan sin explicar, como por ejemplo, la experiencia jurisprudencial argentina.
- c. Merece también la atención de nuestro autor el tema de la magistratura constitucional y el proceso constitucional. En ambos casos opta por un enfoque material.
- d. En cuanto al contenido del Derecho Procesal Constitucional, señala que lo constituyen los procesos constitucionales y la magistratura constitucional.
- e. En cuanto al origen de la disciplina atribuido a Kelsen, anota que sin negar los méritos y aciertos del maestro de Viena, ello no puede considerarse exacto, toda vez que existen instrumentos de defensa que se remontan a cientos de años atrás, que precisamente hoy son parte de la disciplina, por lo que tal paternidad resulta exagerada.
- f. En cuanto a la ubicación del Derecho Procesal Constitucional, es partidario de señalarla como una disciplina mixta, que goza de las bondades y materias tanto del Derecho Procesal como del Derecho Constitucional, constituyendo una suerte de tertium genus que nace a partir de aquéllas.

Este ensayo, realmente fundamental, es el primero que con esa envergadura se publica en la Argentina. Es cierto que ello es posible por diversas circunstancias

que hay que tener presente, como son la presencia de Alcalá-Zamora y Castillo, el movimiento procesal y constitucional argentino (éste último muy activo desde principios del siglo XX), la jurisprudencia de la Corte Suprema, la realización en Sochagota (Colombia) del II Coloquio Iberoamericano dedicado en exclusiva al tema de la Jurisdicción Constitucional, que es el primero en su género en el mundo hispanohablante (en 1977) y las propias inquietudes del autor y de su entorno generacional.

Al volumen sobre la ley de Amparo de 1979, sigue el dedicado al Habeas Corpus (1981) y posteriormente al Recurso Extraordinario (2 vols., 1984). Con posterioridad, a partir de la década del ochenta (1989) los cuatro volúmenes aparecen unificados y reordenados bajo el rótulo genérico de “derecho procesal constitucional”, si bien con independencia temática. Y desde entonces ha circulado así con varias ediciones (el ordenamiento ahora es el siguiente: tomos I y II: Recurso Extraordinario, tomo III: Acción de Amparo y tomo IV: Habeas Corpus).

Lo significativo es que el tomo I que inicia la colección y que está dedicado al “Recurso Extraordinario” tiene ahora una larga introducción de carácter doctrinario, en donde el autor recoge, casi textualmente y con algunos aditamentos, su ensayo de 1981, que le sirve así para cubrir todo el panorama. Añade sin embargo algunas notas: siguiendo a Fix-Zamudio admite la existencia de un Derecho Constitucional Procesal (que pertenece al ámbito constitucional) al lado del Derecho Procesal Constitucional (que es rama procesal) y aprovecha para citar la doctrina argentina que a ese momento se ha ocupado del tema (en la cuarta edición de 2002 que es la que manejo, a pp. 18-24) en donde se aprecia que es en la década del ochenta del siglo pasado que empiezan tímidamente a aparecer publicaciones dedicadas al tema y así continua hasta el presente en ritmo creciente. A lo que hay que añadir las jornadas o congresos sobre la materia, de las que el mismo Sagüés es animador o impulsor, como son las Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional (la última de las cuales, la IX, se llevó a cabo en la Universidad El Salvador, en Buenos Aires en setiembre de 2006). A lo que debe agregarse la fundación del Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (en Rosario y en 1992) que luego se transformó sin solución de continuidad, en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional con motivo del I Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional realizado en Rosario (21-22 de agosto de 2003). Posteriormente se han realizado el II Encuentro (San José, julio de 2004) III Encuentro (Antigua, diciembre de 2005) y IV Encuentro (Santiago de Chile, noviembre de 2006).

La obra posterior de Sagüés es amplia y ha tocado diversos tópicos. No solo se ha dedicado a corregir y actualizar su obra en cuatro tomos que ha gozado de vasta difusión, sino a publicar otros libros de diverso signo, y en especial uno sobre “elementos de derecho constitucional” y otro sobre “teoría de la Constitución” que han tenido gran aceptación y que reflejan sus reflexiones y aportaciones a tales temas. A lo que hay agregar cantidad de ensayos de diverso calibre publicados en revistas jurídicas especializadas de la Argentina y de otros países (los más importantes reunidos en El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México 2004 y Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2006). Y sin descontar el importante abordaje a los ordenamientos procesales provinciales argentinos, como se aprecia en el libro Derecho Procesal Constitucional de la Provincia de Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Edit., Bs. Aires 1999, escrito en colaboración con María Mercedes Serra.

Lo importante en la obra de Sagüés es que por el carácter temprano de sus escritos, la perseverancia que ha puesto en ellos y la solidez de sus afirmaciones, hechas con sindéresis y avalados por una bibliografía de primera mano, lo han colocado en un puesto de avanzada en la comunidad jurídica argentina, en donde ha contribuido en forma decisiva no solo a que se ahonden y cultiven los temas del Derecho Procesal Constitucional, sino que se realicen eventos académicos, se funden asociaciones que juntan a sus cultores, se instalen cátedras y se multipliquen los encuentros sobre sus diversos tópicos. Lo cual ha hecho posible que exista una línea de continuidad entre sus aportaciones y lo que ha venido después en generaciones sucesivas. Y sobre todo, que sus planteos hayan pasado a ser un patrimonio común sobre el cual trabaja la nueva generación de estudiosos. Esta labor de por sí impresionante, ha tenido el mérito de pasar las fronteras de su patria, convirtiendo a su autor en un embajador de la disciplina en el resto de nuestros países y en uno de sus más destacados interlocutores.

6. OTRAS CONTRIBUCIONES ARGENTINAS

Dentro de la comunidad constitucional argentina la figura de Germán J. Bidart Campos (1927-2004) es señera, por la originalidad de sus contribuciones y por la vastedad de los temas que investigó y que dieron materia para sus numerosas publicaciones. Entre ellas cabe señalar su libro pionero Derecho de Amparo (Ediar, Buenos Aires 1961) publicado cuando todavía no se había dado la ley

de la materia y solo existía la creación pretoriana de la Corte Suprema, y que después amplió y actualizó en su Régimen legal y jurisprudencial del Amparo (Ediar, Buenos Aires 1968). A lo que hay que agregar su libro La Corte Suprema. El Tribunal de las Garantías Constitucionales (Ediar, Buenos Aires 1984) y muy especialmente La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional (Ediar, Buenos Aires 1987). Bidart Campos estudió agudamente, como es de verse, los procesos constitucionales en la Argentina y los aspectos teóricos de la jurisdicción constitucional, pero con ciertas vacilaciones y sin una aproximación clara a los temas del Derecho Procesal Constitucional, que veía como una asignatura al lado del “Derecho Constitucional Procesal”, pero sin adentrarse en ella y sin darle mayor importancia (cf. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino 1ra edición, Ediar, Buenos Aires 2005, tomo II-B, pp. 575-576). En realidad, el talento de Bidart estuvo más atento a otras cosas y casi no dio importancia al aspecto de los fundamentos de esta nueva disciplina, si bien no hay que olvidar sus originales contribuciones al estudio y desarrollo de algunas figuras procesales constitucionales.

Y en el campo procesal destaca nítidamente la figura de Augusto M. Morello, de vasta como influyente obra y que se ha acercado a los temas del “derecho procesal constitucional”, empleando el nombre, pero sin entrar en mayores elaboraciones doctrinarias (entre otras, vid. Constitución y proceso, Librería Editora Platense, Buenos Aires-La Plata 1998). Veamos ahora algunas aportaciones específicas.

- i. Juan Carlos Hitters: publica un importante ensayo en 1987: El Derecho Procesal Constitucional (en “El Derecho”, tomo 121, 1987) que es realmente singular por la fecha y por los conceptos que expone, si bien después se ha dedicado a otros aspectos del Derecho Procesal y no ha vuelto a tocar el tema (no obstante, su ensayo ha sido reproducido profusamente en diversos países latinoamericanos desde la década de los años noventa). En este ensayo, Hitters hace una breve historia de los orígenes del Derecho Procesal Constitucional, señalando que su característica es estar imbricado dentro del Derecho Procesal. No obstante esto, subraya las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal. Y en cuanto a su contenido básico indica que es el proceso constitucional que abarca cuatro vertientes: i) el debido proceso legal, ii) las garantías de las partes, iii) las categorías de la jurisdicción, y iv) las garantías judiciales. Y dentro de este ámbito, la protección de los derechos humanos ocupa un lugar importante.

La obra posterior de Hitters, de gran envergadura, se ha enrolado en aspectos netamente procesales, así como sobre la protección internacional de los derechos humanos.

- ii. Osvaldo A. Gozaíni tiene una amplia producción dedicada al tema. Salido de las canteras procesales argentinas en donde tiene abundante y sólida obra, percibió muy pronto la existencia o por lo menos la necesidad de un Derecho Procesal Constitucional (así en su libro Introducción al nuevo Derecho Procesal, Ediar, Buenos Aires 1988) en donde una de sus partes está dedicada a un trazado somero de la disciplina.

Pero es en su libro La justicia constitucional (Edic. Depalma, Buenos Aires 1994) donde hace un planteo más amplio, señala su trayectoria, contenidos y las acciones o procesos constitucionales involucrados. Aun más, afirma su raíz procesal, si bien el título de la obra es otro, al parecer tomado como sinónimo. Fruto de la misma investigación, aparece en México en 1995 y bajo el sello de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) el libro El Derecho Procesal Constitucional y los derechos humanos en donde reitera conceptos anteriores. Vale la pena señalar que este libro es el primero que en México usa en su título el de "derecho procesal constitucional", no obstante que el nombre figuraba con anterioridad en artículos y ensayos publicados en revistas especializadas de ese país.

Replanteando lo anterior, pero a su vez como suma de todo ello, inicia la publicación de su Derecho Procesal Constitucional, siguiendo la huella de Sagüés, y destinado a ser publicado en cinco tomos, desarrollando la dogmática argentina desde perspectivas doctrinarias.

El tomo I (Editorial de Belgrano, Buenos Aires 1999) confirma y afina lo antes expuesto, de lo que debemos destacar algunas notas:

- a. afirma que el Derecho Procesal Constitucional es una disciplina autónoma,
- b. sin llegar bien a ubicarla, se inclina a considerarla como disciplina mixta, o sea, emparentada pero no identificada con el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional,
- c. tiene por objeto las garantías, los procesos y la magistratura,
- d. existe una suerte de escalonamiento de distintas disciplinas que interactúan entre sí:

- i) Derecho Procesal Constitucional,
- ii) Derecho Constitucional Procesal, y,
- iii) Derecho Procesal Transnacional.

Con posterioridad al tomo I (en donde hace una breve referencia a los procesos constitucionales) publica el tomo II (Habeas Data, 2001) el tomo III (Amparo, 2002) el tomo IV (El debido proceso, 2004) y el tomo V (protección procesal del usuario y del consumidor, en 2005). Este último, por su contenido, no parece encajar en la colección.

Finalmente, como remate de todo lo anterior, ofrece una Introducción al Derecho Procesal Constitucional (Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2006) en donde reordena, reitera y precisa lo anterior.

En síntesis, en esta reciente publicación afirma las siguientes tesis:

- a. el Derecho Procesal Constitucional es una disciplina autónoma, de carácter procesal.
- b. Su contenido está determinado por la magistratura constitucional y por los sistemas procesales específicos; esto último conlleva la interpretación constitucional y los procesos, incluyendo el transnacional (y en términos generales, el debido proceso).

E incluye además otras reflexiones sobre el juez constitucional, el proceso constitucional y sus variantes.

Entiendo que esta última obra representa en cierto sentido una ruptura con algunas de las tesis anteriormente sostenidas por su autor, efectuando avances importantes que seguramente ampliará en el futuro. La obra se cierra con dos apéndices importantes: el Código Procesal Constitucional del Perú (2004) y el anterior aprobado en la Provincia de Tucumán (1999).

- iii. Adolfo A. Rivas: se trata de un destacado procesalista, que sin embargo ha dado apoyo y cabida a los estudios de Derecho Procesal Constitucional, como lo demuestra el colectivo publicado por él en colaboración con F.M. Machado Pelloni (2003) el cual recoge importantes aportaciones, así como su reciente Teoría general del Derecho Procesal, Lexis-Nexis, Buenos Aires 2005, en donde incorpora al Derecho Procesal Constitucional dentro del ámbito

procesal y como una de sus ramas más jóvenes, dando cuenta de sus cultores, con una amplia como generosa referencia a los juristas que en la Argentina y en general en la América Latina, han dedicado estudios a la disciplina. Es autor, además, de un libro medular: *El Amparo*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires 2003 y ha impulsado diversos encuentros dedicados a la disciplina.

- iv. Pablo Luis Manili: anoto su nombre para hacer referencia al reciente y valioso colectivo que ha organizado y publicado (cf. *Derecho procesal constitucional*, Editorial Universidad, Buenos Aires 2005) que reúne colaboraciones de dieciséis juristas argentinos de las nuevas generaciones, para tratar los instrumentos procesales de defensa de la Constitución y de los derechos humanos, tal como han quedado configurados en la reforma constitucional de 1994. En su lista de colaboradores encontramos a Marcela I. Basterra, María Sofía Sagüés, Andrés Gil Domínguez, Jorge A. Amaya, Eduardo P. Jiménez, Adelina Loiano, Marcelo A. López Alfonsín, Calogero Pízzolo, Alberto A. Spota (h), Maximiliano Torricelli, Patricio Marcelo E. Sanmartino, José Miguel Onaindia, Alfredo M. Vítolo, Andrea Gualde, María Ximena Fernández Barone y Carla Vanina Iorio.

Manili antecede el libro con un extenso como meditado estudio preliminar, en donde siguiendo las huellas de Néstor P. Sagüés señala el nombre, los contenidos y la ubicación mixta del Derecho Procesal Constitucional. La obra, por lo demás, es un excelente esfuerzo colectivo que presenta una ajustada panorámica del actual ordenamiento jurídico argentino y del alto nivel demostrado por sus autores.

- v. De Eduardo P. Jiménez hay que señalar la importante ponencia que presentó al VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional celebrado en Arequipa (Perú) los días 22-24 de setiembre de 2005, titulada *Acerca de los orígenes fundacionales del Derecho Procesal Constitucional* (publicado en *"Ponencias al VIII Congreso"*, Colegio de Abogados de Arequipa, 2005 y reproducida en *"El Derecho"* de 17 de noviembre de 2005). Y en donde retoma, replanteándolos, aspectos que había tratado en un pionero ensayo publicado en 1987. Debe destacarse también la intensa actividad académica que Jiménez realiza con un grupo de discípulos, en la Universidad de Mar del Plata.
- vi. *Aportes en Córdoba*: En un país como la Argentina, los avances y las novedades suelen venir del centro y luego repercuten en la periferia. Sin embargo, hay excepciones y en la materia que nos ocupa es importante la

situación de Córdoba, cuyas contribuciones de distinto orden no son muy conocidas. En lo que nos ocupa, cabe señalar que en esta capital de provincia existe cátedra dedicada al curso de "Derecho Procesal Constitucional" con carácter permanente en la Universidad Nacional de Córdoba y gracias a su influjo han salido hasta ahora dos manuales que han contribuido a afirmarla. El primero se debe al esfuerzo de Alfredo E. Mooney quien publica un Tratado de Derecho Constitucional en cuatro tomos, dedicando el tomo cuarto en su totalidad al "Derecho Procesal Constitucional" (Ferreira Editores, Córdoba 1999). Más tarde, con algunos afinamientos se publica como volumen independiente: Derecho Procesal Constitucional, Ediciones de la Docta, Córdoba 2002 (la obra tiene un propósito descriptivo, acercándose a la posición de Sagüés y desarrollando la dogmática argentina).

De mayor envergadura es el esfuerzo realizado en un libro de cátedra con el título Elementos de Derecho Procesal Constitucional, Ed. Advocatus, Córdoba, tomo I (2004) y tomo II (2005). En él escriben Carlos Hugo Valdez, Lorenzo Barone, Juan Fernando Brügge, José Daniel Godoy, Fernando Machado, María Elena Vidal, Javier Amaya, Julieta Chalub Frau, Claudio Fernández, Natalia González, Sandra E. Lalliya, Félix López Amaya, Martín Lucas, Víctor C. Rostagno y Ricardo Videla.

La parte doctrinaria está a cargo de José Daniel Godoy que se extiende en un interesante desarrollo en el cual ubica al "derecho procesal constitucional" como parte del Derecho Constitucional ("Temas de Derecho Procesal Constitucional", tomo I, 9-138) tesis que no necesariamente comparten los demás co-autores. En lo que se refiere a los procesos a cargo de esta disciplina, el libro incorpora los más conocidos y aceptados, pero incluye otros cuya ubicación no parece clara y en todo caso es discutible, como son el procedimiento para registrar la personería jurídica de un partido político y el que se utiliza para obtener la naturalización y la carta de ciudadanía.

Lo anterior no agota la lista de lo existente, pero da una muestra bastante significativa de la importancia que tiene la disciplina en la Argentina, si bien, como es natural, al interior de ella no existe unidad en los planteamientos, sino más bien diversidad y contraposición entre ellos. Tampoco anotamos los numerosos libros dedicados al estudio de los instrumentos procesales como el Amparo, Habeas Data, Recurso Extraordinario, etc., cuyo análisis escapa al propósito de estas líneas o

algunos autores que en los últimos años han realizado diversos abordajes sobre problemas tanto teóricos como prácticos (vid. María Mercedes Serra, *Procesos y recursos constitucionales*, Edic. Depalma, Buenos Aires 1992; Mario Masciotra y Enrique A. Carelli, director y coordinador, *Derecho Procesal Constitucional*, Edic. Ad-hoc, Buenos Aires 2006).

7. EL CASO DE BRASIL

La gran producción jurídica del Brasil no ha estado ajena a la problemática que nos ocupa, pero por motivos algo largos de explicar, no ha trascendido mayormente fuera de sus fronteras, no obstante su gran calidad, por lo que trataré de presentarla de la mejor manera y en forma concisa.

La primera vez que el término “derecho procesal constitucional” aparece en este país, es en la obra de un eminente procesalista José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1ra edición, Editora Forense, Río de Janeiro 1958. En ella señala este jurista la importancia que tiene la Constitución para el resto del ordenamiento, al cual sirve de soporte y fundamento, agregando que siempre que un litigante se apoye en un precepto constitucional, existe un ejercicio por parte del Estado de una jurisdicción constitucional. Agrega que el control judicial de la constitucionalidad motiva que aparezca un “proceso constitucional”, y de ahí que sea legítimo hablar de un “derecho procesal constitucional” para designar al conjunto de reglas destinadas a regular el proceso constitucional. Así, en el derecho brasileño -acota- es objeto de un proceso constitucional toda pretensión que descansa en una regla emanada de la Constitución y no solo cuando se utilizan los expresos remedios constitucionales, como es el Habeas Corpus. Es por eso que nuestro autor considera que aislar todas esas normas de “derecho procesal constitucional” para construir una categoría científica, esto es, propia y diferenciada, le parece poco aconsejable y nada acertado. Por tanto, en la introducción del Derecho Procesal Civil y en la del Derecho Procesal Penal, es en donde deben incluirse todas las reglas respecto a los fundamentos jurídico-constitucionales de las normas del Derecho Procesal, y así el “derecho procesal constitucional” pasa a ser un capítulo propedéutico, si bien importante, dentro de cada uno de dichas ramas procesales (cit. tomo I, pp. 85-93; en la tercera edición de 1966 a cargo de la misma editorial en el tomo I, 84-85).

Por la misma época repite similares conceptos en su obra *Ensaio sobre a jurisdição voluntaria* (Ed. Saraiva, 2da edición, São Paulo 1959 pp. 25 ss.) en donde señala

que el “derecho procesal constitucional” debe ser una condensación metodológica y sistemática de los principios introductorios del proceso en general.

Posteriormente, nuestro autor cambia su punto de vista y así lo vemos expuesto en una obra destinada a ser un condensado de sus aportaciones a la disciplina y que empieza a publicar desde 1974. Ella lleva como título el de Manual de Direito Processual Civil, y que tras su muerte será actualizada por Ovidio Rocha Barros Sandoval (maneja la novena edición a cargo de Millenium Editora, Campinas 2003). En esta oportunidad apunta una cierta desconfianza hacia lo que es el “derecho procesal constitucional” al que califica como conjunto de preceptos destinados a regular el ejercicio de la jurisdicción constitucional, o sea, la aplicación jurisdiccional de las normas de la Constitución en aras de su salvaguarda, pero a la que con todo califica como una rama del Derecho Procesal. Pero agrega que esto no debe confundirse con el “derecho constitucional procesal” que trata de las normas procesales incorporadas a la Constitución (vol. I, pág. 4).

Es curioso advertir como el nombre y la inquietud de la disciplina ingresa al Brasil de manos de un procesalista que no solo se ocupó del proceso civil, sino también y muy extensamente y con soltura del proceso penal, pero sin llegar a comprender del todo lo que existía como proceso constitucional y de una eventual disciplina que lo comprendiese. Y que aquí como en otros lugares, nos explica en algo los vaivenes que ella tuvo y tiene hasta ahora.

Posteriormente, la conocida procesalista italiana pero nacionalizada brasileña, Ada Pellegrini Grinover, publica una importante obra Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil, (Edit. J. Bushatsky, São Paulo 1975) en donde vuelve a tocar el tema y lo considera como una condensación metodológica y sistemática de los principios constitucionales del proceso y que: “...abarca, por un lado, la tutela jurisdiccional de los principios constitucionales de la organización judicial y del proceso, y por otro, la jurisdicción constitucional” (pág. 8). Se ve claramente que adopta un criterio que en el fondo no permite centrar el problema y tampoco lo concibe como disciplina autónoma. Este criterio será mantenido por la autora a través de su obra y tendrá gran influencia, como lo podremos apreciar más adelante.

Poco después y en línea similar, aparece la publicación de Roberto Rosas, Direito processual constitucional (princípios constitucionais do processo civil) Edit. Revista dos Tribunais, São Paulo 1983, con reediciones, que es el primer

libro que con ese título se publica en el Brasil. El autor señala que en las Constituciones hay muchas normas procesales y estas son la matriz que debe orientar todo proceso, para continuar con un desarrollo aplicable básicamente al proceso civil. Esto es, se aplica a los principios procesales que están en la Constitución y que deben orientar el proceso civil, y que es lo que denomina "Derecho Procesal Constitucional". Por el contrario, el "Derecho Constitucional Procesal" trata del proceso constitucional, o sea, de la legitimación procesal (pp. 1-2), que, por lo demás, lo comenta en forma tangencial.

Al año siguiente, se publica el importante libro de José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo constitucional* (Edit. Forense, Río de Janeiro 1984) que es un interesante aporte centrado en el proceso, si bien es un estudio global con un amplio soporte comparado en la legislación y doctrina extranjeras, que demuestra estar muy bien informado. Acepta la tesis de Fix-Zamudio sobre la diferencia existente entre el "derecho procesal constitucional" y el "derecho constitucional procesal" (pp. 122 - 127) que muchos después seguirán en el Brasil. Según Baracho la condensación metodológica y sistemática de los principios constitucionales del proceso toma el nombre de "derecho procesal constitucional". No es rama autónoma, sino un enfoque metódico. El Derecho Procesal Constitucional analiza la tutela constitucional de los principios de la organización judicial, así como la jurisdicción constitucional, mientras que el Derecho Constitucional Procesal estudia los aspectos constitucionales del proceso. En todo caso, las líneas de diferencia que traza no son muy claras y tampoco se preocupa por buscar mayores sustentos teóricos, sino más bien expone lo existente premunido de un amplio respaldo doctrinario. Pero sin lugar a dudas este texto debe considerarse como el punto de partida para los posteriores estudios de carácter moderno que se harán en el Brasil, constituyendo desde entonces un referente obligado de la disciplina.

No empecé este inicio auspicioso, Oliveira Baracho cambió luego de opinión como parece desprenderse de un reciente ensayo al que titula como *Teoría geral da justiça constitucional* (en Fdo Luiz Ximenes Rocha y Filomeno Moraes, coordinadores, "Direito Constitucional Contemporâneo", Homenagem ao prof. Paulo Bonavides, Del Rey Edit., Belo Horizonte 2005). Aquí hace suya la vieja distinción elaborada en 1928 por Charles Eisenmann que dice que la Justicia Constitucional es la especie a través de la cual se examinan las leyes inconstitucionales, mientras que la "jurisdicción constitucional" es el órgano a través del cual se ejerce ese tipo de justicia.

Poco después y antes de su fallecimiento, Oliveira Baracho publica su obra *Direito Processual Constitucional* (Edit. Forum, Belo Horizonte 2006) que constituye una importante y voluminosa compilación de ensayos publicados anteriormente, sobre el tema que anuncia el título así como aspectos afines. Se trata de un libro muy útil y documentado para compulsar trabajos escritos en diversas épocas reunidos por vez primera, pero que no representa ningún avance sobre lo ya hecho. A lo que se agrega que ninguno consigna la fecha en la cual fue publicado originalmente, dificultando así detectar la línea evolutiva de su pensamiento y sus variantes.

Marcus Orione Gonçalves Correia (cf. *Direito Processual Constitucional*, Edit. Saraiva, São Paulo 1998, 1ra edición) parte del hecho de que el Derecho Procesal Civil se asienta sobre las nociones de acción, proceso y jurisdicción. Y que lo anterior es básico para poder analizar las normas procesales que se encuentran en la Constitución, que pasan a ser una especie de sub-rama del Derecho que es el “derecho procesal constitucional”, formado por normas de naturaleza procesal civil que se encuentran en la Constitución. O sea, el objeto del Derecho Procesal Constitucional lo constituye los principios de naturaleza procesal civil que están en la Constitución, que le permiten analizar de esta manera algunos institutos que están en la Constitución brasileña (mandato de seguridad, habeas corpus, etc.).

Pero en la segunda edición de la misma obra (Ed. Saraiva, São Paulo 2002) considera otros enfoques y manteniendo su posición inicial, agrega que no puede desconocer un concepto “restringido” o “estrecho” sobre el “derecho procesal constitucional” que lo considera tan solo como un condensado metodológico, y reconoce la existencia de un “derecho procesal constitucional” al lado de un “derecho constitucional procesal” (pág. 2), pero por razones didácticas y de mejor uso expresa su preferencia por solo una de ellas, o sea, el “derecho procesal constitucional”, de acuerdo a la configuración que le da. Sobre esa base, emprende una descripción somera de los procesos constitucionales contemplados por la Constitución brasileña de 1988, tal como lo hizo en la primera edición.

Interesante es la posición de André Ramos Tavares (cf. *Tribunal e jurisdição constitucional*, Celso Bastos editor, São Paulo 1998) Su apartado 4.2 lo titula: “Jurisdicción constitucional: un problema terminológico”. Y dice que las definiciones que se han dado sobre ella no gozan de general aceptación. Agrega luego que el Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Constitucional Procesal son parcelas de la jurisdicción constitucional: esto es, ambos derechos

no son más que expresiones o desarrollos distintos de un solo punto de vista o enfoque, que sería la jurisdicción constitucional en sentido amplio (acepta pues la existencia tanto del Derecho Procesal Constitucional como del Derecho Constitucional Procesal).

Más adelante, replantea y matiza su tesis inicial, como lo expresa en un libro formidable: *Teoria da justiça constitucional*, Edit. Saraiva, São Paulo 2005. La obra trata exhaustivamente los siguientes temas: Estado de Derecho y Justicia Constitucional, categorías fundamentales, morfología del Tribunal Constitucional y proceso decisorio, legitimidad del Tribunal Constitucional y sus diversas concepciones.

La “justicia constitucional”, tal como ahora lo entiende Tavares, se presenta como una disciplina jurídica autónoma, que tiene dos maneras de manifestarse: el Derecho Procesal Constitucional (estudia y analiza el proceso objetivo) y el Derecho Constitucional Procesal (analiza los aspectos constitucionales que tratan sobre el proceso). La obra por lo demás, más que desarrollar estos conceptos, está destinada al análisis de sus fundamentos doctrinarios, que lleva a cabo con gran agudeza.

Distinta es la posición de Willis Santiago Guerra Filho (cf. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, Celso Bastos editor, São Paulo 1999 e *Introdução ao Direito Processual Constitucional*, Sintese editora, Porto Alegre 1999). El autor señala que su objetivo es abordar la *dimensión constitucional* en donde se sitúan los institutos jurídicos protectores (mandato de seguridad, mandato de injunción, etc.) en la medida que defienden derechos fundamentales, etc. Esta disciplina denominada “derecho procesal constitucional” no tiene aun afirmada su autonomía científica, pero es una posición que busca extraer de la Constitución las normas del proceso. En tal sentido, su objetivo es tan amplio, que desborda a cualesquiera existente rama procesal y en consecuencia sus temas típicos son la organización de la estructura judicial, la competencia entre sus órganos, los principios generales del proceso, entre otros, algunos de los cuales son los que estudia con detalle (sobre todo en la segunda obra mencionada, parte primera). Agrega, por otra parte, que la nueva disciplina debe estar cerca de la Teoría General del Proceso, la que podría incluso absorber en gran parte a aquélla, con lo cual podría perder su cercanía con el Derecho Constitucional. En nota a pie de página se refiere a la distinción popularizada en el Brasil, al parecer por Roberto Rosas, entre “derecho procesal constitucional” / “derecho constitucional procesal”, que le parece superflua. Y

esto probablemente porque su postura es englobante y total, al extremo que no llega a precisar el planteo que defiende, si bien hace un amplio desarrollo de los temas que se propone.

Marcelo Cattoni (cf. *Direito Processual Constitucional, Mandamentos Edit.*, Belo Horizonte 2001) presenta una obra precedida por una extensa fundamentación de corte filosófico de sumo interés. Señala que todo proceso debe ser constitucional no solo por su adecuación a la Constitución, sino porque todo órgano judicial es competente para apreciar cuestiones constitucionales. De tal manera, la distinción entre Derecho Procesal Constitucional/ Derecho Constitucional Procesal cae por su base, deviene superflua y pierde sentido, aun cuando tenga su historia (pp. 206-213). Agrega, además, que esta dupla es problemática, señalando que existe evidentemente una conexión entre el proceso y la Constitución en cuya fundamentación se extiende con detalle. Pero su preferencia apunta a lo que da el título a la obra.

Un constitucionalista de fuste y que puede considerarse un clásico es Paulo Bonavides, con una amplia como sólida obra, que lo colocan en un lugar relevante dentro de la producción jurídica brasileña. Sin embargo, no ha desarrollado la temática que nos ocupa, aun cuando al pasar ha dejado un apunte que lamentablemente no ha logrado desarrollar. Así, en su magnífico Curso de *Direito Constitucional* (Malheiros editores, 13ava edic., São Paulo 2003, pág. 46) dice que con la publicización del proceso por obra de las doctrinas procesales, los lazos entre el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal son tan íntimos, que de esa unión parece nacer una nueva disciplina en gestación, que es el "derecho procesal constitucional". Interesantísimo aserto que ha quedado sin desarrollar.

Ivo Dantas ha emprendido una obra de largo aliento sobre el tema que nos ocupa en una importante obra, de la que hasta ahora solo ha publicado el primer tomo: *Constituição e Processo*, vol. I. *Introdução ao Direito Processual Constitucional*, Juruá editora, Curitiba 2003. Señala que el pionero de los modernos estudios en materia de jurisdicción constitucional en el Brasil es Oliveira Baracho- como ya lo he señalado- y luego de un largo recorrido doctrinario que demuestra estar muy bien documentado, dice que existen dos disciplinas: el Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Constitucional Procesal. Su posición (pág. 132) la desarrolla al señalar que la diferencia entre ambas posturas, o sea, entre ambas disciplinas, es de orden epistemológico y en consecuencia está marcada por juicios de valor. Con todo, adelanta que el

Derecho Procesal Constitucional abarca normas, en especial el proceso constitucional y sus temas son los de la jurisdicción constitucional. Mientras que el “derecho constitucional procesal” estudia las normas procesales de la Constitución. En otras palabras:

- a. Derecho Procesal Constitucional: jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad, así como jurisdicción de las libertades, o sea, defensa de la Constitución y de las personas,
- b. Derecho Constitucional Procesal: estudia las garantías referentes al proceso y al procedimiento: due process of law.

Pero a estas dos disciplinas, que las considera válidas, agrega una tercera:

- c. Derecho Constitucional Judicial: estudia el Poder Judicial, el Ministerio Público y la abogacía.

Finalmente, señala que el Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Constitucional Procesal se encuentran, ambos, más vinculados al Derecho Constitucional que al Derecho Procesal.

Paulo Roberto de Gouvêa Medina es autor de un valioso texto dedicado a la disciplina: *Direito processual constitucional*, Editora Forense, 1ra. edición, Río de Janeiro 2003. Dice que el Derecho Procesal Constitucional tiene por objeto sistematizar las normas y principios de la Constitución concernientes al proceso, y más que una rama del Derecho Procesal es un método de estudio, pero que puede incorporarse a la Teoría General del Proceso. Señala que algunos separan el Derecho Procesal Constitucional en dos partes; la segunda sería el Derecho Constitucional Procesal y que tendría por objeto de estudio los principios e instituciones constitucionales del proceso, correspondiendo a la primera la jurisdicción constitucional, o sea, los procesos constitucionales. Pero esta distinción la rechaza, pues dice que no tiene bases metodológicas seguras. Añade que el nombre no es importante, pero que no se puede dividir el estudio de un solo tema en dos parcelas distintas. Además, como todo es constitucional, podríamos crear infinidad de disciplinas sobre la base de lo que hay en la Constitución, lo que es preferible evitar. No obstante, tratándose de la función jurisdiccional que es sumamente importante en la vida del Estado moderno, se justifica ampliamente la existencia de un “derecho procesal constitucional”, que en rigor es lo que hay que mantener.

El libro se ocupa además de la jurisdicción (control de la constitucionalidad y defensa de los derechos fundamentales) y del Poder Judicial. La misma línea de pensamiento se advierte en las ediciones posteriores que se han sucedido con rapidez (2da edición, 2003 y 3ra edición 2005).

Gustavo Rabay Guerra (Direito Processual Constitucional, Nossa Livraria, Recife 2005) parte resaltando la importancia del proceso y señala que hay una creciente constitucionalización del proceso, es decir, cada vez más las constituciones contienen principios procesales, siendo así que el "derecho procesal constitucional" es el estudio de los principios procesales que se encuentran en la Constitución, o sea, es el que analiza la dimensión constitucional del proceso, creándose así el debido proceso. Con este punto de partida, se dedica a analizar los principios procesales aplicables al proceso civil (pp. 23-28).

Finalmente hay que mencionar el manual de Paulo Hamilton Siqueira Jr. Direito processual constitucional, Editora Saraiva, São Paulo 2006. Intenta su autor ofrecer una panorámica de la disciplina que es reciente, pero que cada vez goza de mayor aceptación en el Brasil, a la cual ubica como una rama nueva del Derecho Procesal. El Derecho Procesal Constitucional tiene, según indica, tres capítulos: a) el control de la constitucionalidad o jurisdicción constitucional, b) los *writs* o procesos constitucionales, esto es, la jurisdicción constitucional de la libertad, y c) la defensa de la ciudadanía o jurisdicción constitucional política, que en el Brasil son la acción civil pública y la acción popular. Agrega luego que el "Derecho Constitucional Procesal" es un capítulo del Derecho Constitucional y de la Teoría General del Proceso, es decir, no es autónomo con respecto a las demás disciplinas.

Más adelante (pág. 37 ss.) precisa que para graficar la relación de reciprocidad entre el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional podemos utilizar dos denominaciones: "derecho constitucional procesal" y "derecho procesal constitucional" pero la convivencia de las dos puede conducir a que tengan un solo nombre: "derecho constitucional procesal". Sin embargo, podemos distinguir a su interior entre el "derecho constitucional procesal" (elenco de principios procesales consagrados en la Constitución) y el "derecho procesal constitucional" (que tiende a regular la jurisdicción constitucional, o sea, el habeas corpus, el habeas data, etc.). Este último es autónomo y es rama del Derecho Procesal.

La sucinta enumeración de las obras existentes en el Brasil con el título de “derecho procesal constitucional” no agota lo existente. El tema además es tratado por numerosos especialistas en ensayos dispersos (como es el caso notable de José Afonso Da Silva y posteriormente de Gilmar Ferreira Mendes y Ruy Samuel Espíndola) tanto en libros sobre temas generales como en ensayos publicados en revistas especializadas. Y por cierto, por un número apreciable de procesalistas, que dan cuenta de la disciplina desde distintos puntos de vista y en libros dedicados a temas generales o específicos como el control de constitucionalidad. Así, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover y Cândido Rangel Dinamarco en su muy difundida Teoría Geral do Processo, Malheiros editores, 22ª edición, São Paulo 2006, dedican el capítulo 5 de su obra al “direito processual constitucional” (pp. 84-93). Esta disciplina es concebida como “condensación metodológica y sistemática de los principios constitucionales del proceso” y no constituye una rama autónoma del Derecho Procesal sino una colocación científica, un punto de vista metodológico y sistemático desde el cual se puede observar el proceso y sus relaciones con la Constitución. Comprende, por un lado, a) la tutela constitucional de los principios fundamentales de la organización judicial y del proceso, y por otro, b) la jurisdicción constitucional. Esta última es entendida como aquella que comprende el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, así como los remedios constitucionales como el Habeas Corpus, el Mandato de Seguridad, etc. Y algo similar encontramos en la valiosa obra de José Frederico Marques, ya mencionada.

De lo anteriormente expuesto puede desprenderse que la comunidad jurídica brasileña conoció y aceptó desde época muy temprana el concepto de “derecho procesal constitucional”. Primero por parte de los procesalistas y luego de los constitucionalistas, encontrándose ambos presentes en el debate de los últimos años. En efecto, el término asoma por vez primera en 1958 y ha tenido una suerte muy variada desde entonces, beneficiándose de gran cantidad de libros dedicados a ello, que muchas veces se destinan a cursos especializados o específicamente dedicados al tema, y que además gozan del favor de los lectores, como puede verse en algunos que han alcanzado varias ediciones. Lo cual demuestra el interés y el vigor que ha encontrado en ese país, que es quizá el que desde el punto de vista de la cantidad, más ha publicado sobre esta disciplina.

En contraste con esto, las opiniones o enfoques dados a conocer son de los más variados y en cierto sentido contradictorios, pues existe al interior de la

doctrina varios enfoques no necesariamente coincidentes entre sí, pues en sus extremos se niega incluso la posibilidad de que el Derecho Procesal Constitucional sea una disciplina jurídica, sino tan solo un enfoque didáctico y metodológico.

Pero por otra parte, esta exuberancia creativa tiene sus aspectos positivos, pues del diálogo y de la discusión pueden salir nuevas ideas y muchos avances. Pero para eso es quizá necesario que sus cultores se junten a reflexionar sobre lo que es el tema de estudio, a fin de encontrar puntos en común que permitan consensos y mayores avances, que vayan perfilando las diferentes tesis y diferencias que todavía se ven ahora.

8. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN FRANCIA

Los años veinte del siglo pasado son una clara muestra del fermento de las ideas del control constitucional en Francia, en gran parte originado por la influencia constitucional norteamericana (del que se contaba con un ejemplar modelo en la clásica obra de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, 1835-1841).

El punto de arranque probablemente lo tenemos en la obra, polémica, de Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges* que es de 1921 (y de la que hay traducción italiana). Luego siguen otros trabajos sueltos, libros como el de Ch. Eisenmann (que fue su tesis doctoral avalada con prólogo de Kelsen) y sobre todo el número especial que al tema dedica la *Revue de Droit Public et de la Science Politique* en 1928 (tomo 45) en aquella época dirigida por G. Jéze y en la cual publican ensayos H. Kelsen, el mismo Eisenmann, Mirkin-Guetzevich, Marcel Waline, entre otros. Así como el *Mélanges* dedicado a M. Hauriou (en 1929) y los textos de los autores clásicos de la escuela francesa, L. Duguit y M. Hauriou.

Pero es importante señalar que lo que se usa es el concepto de "jurisdicción constitucional" con la excepción de Ch. Eisenmann que se inclina por el de "justicia constitucional", ya que el texto de Kelsen, publicado en francés en 1928, si bien utiliza el de "justicia constitucional" en el título, en el resto del ensayo emplea ambos conceptos en forma indistinta y sin diferenciarlos. Con el agravante de que esa licencia se la tomó Eisenmann, traductor del texto kelseniano, en cuyo original alemán se utiliza la voz "jurisdicción", como lo he señalado en otra oportunidad.

Pese a tan buenos augurios que señalaban la necesidad de un control jurisdiccional y no solo un control político como existía entonces, la idea va a cuajar muy lentamente y solo se concreta con la creación del Consejo Constitucional en 1958 y su posterior funcionamiento y avance jurisprudencial, en especial a partir de 1971.

Sin embargo, el tema sigue siendo de atención preferente de los constitucionalistas, como se acredita con una rápida revisión de los manuales en circulación (J. Cadart, M. Duverger, P. Ardant, M. Prélot, G. Burdeau, J. Gicquel, A. Hauriou, P. Pactet, F. Hamon y M. Troper, etc.)

Y siempre con el uso de “justicia constitucional” de modo recurrente. Es solo el manual dirigido por Louis Favoreu el que intenta una fundamentación de la “justicia constitucional” y el que emplea, muy al pasar, el concepto “derecho procesal constitucional” (cf. L. Favoreu et aliter, *Droit Constitutionnel*, 8^o ed., Dalloz, Paris 2005, p. 238; la primera edición es de 1998).

Sin embargo, existe la tendencia en aceptar de que lo que se desarrolla al interior de un contencioso que se lleva ante el Consejo Constitucional es en realidad un proceso, y así lo reconocen algunos que incluso pretenden llegar más allá en punto a teorizaciones (cf. Pascal Jan, *Le procès constitutionnel* L.G.D. J., Paris 2001).

No obstante, Francia al igual que Italia prácticamente ignora el término, con la ventaja para Italia de que en este país ha habido un debate, que a veces renace, sobre las implicancias teóricas y procesales del control constitucional, que están casi ausentes en Francia.

9. ESPAÑA Y EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Nota sobre Portugal

Como importante avance teniendo presente el momento en el cual fue elaborado, debe mencionarse la ponencia del procesalista español Jaime Guasp, La justicia constitucional en España, que presenta al Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal en México en 1960, y que se reproduce en ese país (aquí lo tomamos de la siguiente publicación: “Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala”, núms. 5-6, 1960). Señala Guasp que estamos ante un proceso, que se enrola en el ámbito del Derecho Procesal y que lo mejor para su desarrollo es la existencia de un tribunal específico, como lo fue el Tribunal de Garantías Constitucionales español de 1931.

Pero el que primero emplea, concientemente, el término “derecho procesal constitucional” es José Almagro Nosete en su artículo Tres breves notas sobre Derecho Procesal Constitucional publicado en la “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, núm. 3-4,1979. Aquí acepta la distinción entre “Derecho Procesal Constitucional” y “Derecho Constitucional Procesal” señalando que el Derecho Procesal Constitucional se distingue por la peculiaridad de su objeto, pues cuando el objeto versa sobre Derecho Constitucional, el objeto es constitucional. Admite que si bien Kelsen es el fundador de la disciplina, es Calamandrei quien pone sus bases. Y luego esboza un programa tentativo de su contenido que sería así: primera parte: jurisdicción constitucional, segunda parte: el derecho a la jurisdicción constitucional y tercera parte, el proceso constitucional.

Complementan este ensayo otros de temas afines como son los siguientes: Un precursor en España del moderno Derecho Procesal Constitucional en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, núm. 1,1981(en donde rescata la obra de Jorge A. Alvarado, titulada “El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes” de 1920, quien habla de un “derecho procesal constituyente”) y El derecho procesal en la nueva Constitución, “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, núm. 4,1978 .Ambos han sido reunidos posteriormente, conjuntamente con otros textos en su libro Constitución y proceso, Lib. Bosch, Barcelona 1984.

Casi de inmediato, Almagro Nosete publica un amplio comentario sobre el nuevo Tribunal Constitucional y su reglamentación con el siguiente título: Justicia Constitucional, Madrid 1980 y más adelante desarrolla el tema en un trabajo de espectro más amplio: Lecciones de Derecho Procesal (laboral, contencioso-administrativo, constitucional) con la colaboración de Pablo Saavedra Gallo, 2da. Edic. Tirant Le Blanch, Valencia 1991.

Por la misma época, Nicolás González-Deleito Domingo publica Tribunales Constitucionales. Organización y Funcionamiento, Edit. Tecnos, Madrid 1980 en donde parte de una breve noticia del “derecho procesal constitucional” como proemio a su estudio comparado, disciplina que considera de carácter procesal.

Pero corresponde a Jesús González Pérez el mérito de la publicación del primer libro con ese título: Derecho Procesal Constitucional, Edit. Civitas, Madrid 1980 que es un comentario doctrinario de la nueva ley orgánica del Tribunal

Constitucional de España, con abundante información. El autor tiene un enfoque netamente procesal, dice que el “derecho procesal constitucional” es un conjunto de normas que regulan el proceso constitucional y añade que no hay jurisdicción constitucional sino desde 1920, con la creación de la Corte Constitucional austriaca, ya que el proceso constitucional es precisamente el que conoce un tribunal constitucional. De esta suerte, el llamado “control difuso” por la doctrina, no encaja dentro de una jurisdicción constitucional, ya que no existen órganos ad-hoc para conocerlos.

Con posterioridad estos enfoques son abandonados, aun cuando se empleen, como hemos vistos, en el título de algunas obras (cf. Víctor Fairén Guillén, Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional, Edersa, Madrid, 3 tomos, 1983-1992). O cuando algunos lo tratan con cierto detenimiento dentro de una obra con otros alcances (así, Raúl Bocanegra Sierra, El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional, IEAL, Madrid 1982, donde discute el concepto de “derecho procesal constitucional” en la doctrina alemana, pp. 161-171). Y otros estudiosos que hacen amplia referencia a ella, como es el caso de José Julio Fernández Rodríguez (cf. La justicia constitucional europea ante el siglo XXI, Edit. Tecnos, Madrid 2002).

En España, por lo demás, existe una producción extensa y muy valiosa en torno a la jurisdicción o justicia constitucional- nombre que es preferido por el grueso de la doctrina- acorde con la actividad de su Tribunal Constitucional y la experiencia europea que tienen a la mano, enfocada de manera preferente, por constitucionalistas. Pero sin hacer mayores referencias al problema de fundamentos o ubicación de la temática, no empece que hay análisis sobre aspectos y situaciones procesales de gran alcance, y como reitero, abundantísimos.

Mención especial merece Francisco Fernández Segado, autor de una extensísima obra, dedicada al Derecho Constitucional y también al Derecho Militar, quien es el constitucionalista español más dedicado y más autorizado sobre el constitucionalismo latinoamericano. Desde temprano Fernández Segado se dedicó a estos temas (cf. su libro La jurisdicción constitucional en España, Ed. Dykinson, Madrid 1984) y ha escrito largamente sobre ellos (aun cuando sin tocar el concepto de “derecho procesal constitucional”) habiendo demostrado gran perspicacia y originalidad en sus enfoques, de los cuales señalo únicamente dos: la evolución de la jurisdicción constitucional en la América Latina y la superación de los modelos clásicos existentes en Occidente,

y sobre los que ha publicado vastamente, en textos que además han sido traducidos al italiano y al francés. Me limito a citar los siguientes: La jurisdicción constitucional en América Latina, Ingranusi Ltda., Montevideo 2000; Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina en "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano", año 12, 2006, tomo I y La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano, UNAM, México 2004, con justiciero prólogo de Héctor Fix-Zamudio. Fernández Segado dirige además desde Madrid, el "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", que ha dado amplia cabida a las inquietudes latinoamericanas sobre el tema, sin ningún tipo de exclusiones.

En forma marginal, un jurista de la nueva generación, Joaquín Brage Camazano, ha tocado el tema y ha hecho contribuciones de primer orden en cuanto a procesos constitucionales se refiere y con agudas incursiones en la problemática constitucional de América Latina; entre otros, cf. La acción abstracta de inconstitucionalidad, UNAM, México 2005.

Al igual que España, Portugal ha tenido una historia política algo agitada en el siglo XX: largas dictaduras autoritarias de corte corporativo y luego una transición política interesante, pero con peculiaridades. En el caso de España eso significó una vuelta o restauración de la monarquía, lo que no sucedió en Portugal. Ambos países retornaron a la democracia a mediados de los setenta del siglo pasado, con nuevas constituciones, más democrática la española, como años después lo sería la portuguesa con los cambios introducidos, que incluían la figura del Tribunal Constitucional.

En Portugal se han dado igualmente una gran cantidad de estudios sobre lo que en términos generales se conoce como "jurisdicción constitucional" y ella figura, sobre todo, en los textos más acreditados de la disciplina constitucional (como pueden ser los de José Joaquin Gomes Canotilho y Jorge Miranda).

Pero el concepto "derecho procesal constitucional" no ha tenido ingreso en el uso de la comunidad jurídica. De excepción es el Breviário de Direito Processual Constitucional (Recurso de Constitucionalidade) de Guilherme da Fonseca e Inés Domingos, Coimbra editora, 2da edición 2002; la primera edición es de 1997 en la misma editorial, análisis más bien puntual de un determinado proceso.

10. EL INTERESANTE PANORAMA ITALIANO

Como lo he señalado con anterioridad, el caso de Italia presenta un desarrollo muy peculiar, y con perspectivas de gran riqueza doctrinaria que se refleja en una literatura inmensa, cuyo conocimiento es prácticamente imposible de alcanzar. De ahí que deba limitarme a destacar tan solo los aspectos más saltantes de esta riquísima doctrina y en la medida que toque el concepto o tópico que nos interesa. Así vemos que despierta interés en los procesalistas desde muy temprano, motivado por la introducción de la Corte Constitucional establecida en la Constitución de 1947, puesta en vigor en 1948, y cuya primera sentencia se dará tan solo en 1956. Y reforzado por el hecho de que a diferencia del Estatuto Albertino, la nueva Constitución es rígida, e incluso con algunos contenidos pétreos. Sin embargo, aun antes de funcionar la Corte y desde 1950, con motivo del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil (Florencia, 30 de setiembre-3 de octubre de 1950) se plantea el problema, y del mismo año son varios los trabajos en torno a estos temas. Y todo fruto de la inquietud de los procesalistas, que no obstante ello no aciertan en satisfacer todas sus inquietudes (en dicho Congreso se ocupó de la parte procesal de la nueva Constitución, Virgilio Andrioli e intervino, con ideas no muy claras, el eminente Carnelutti; cf. *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, CEDAM, Padova 1953).

Pero en cierto sentido las bases del debate las pone Piero Calamandrei con el ensayo: *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, de 1950, al que siguen otros intentos. De ellos el más notable es Mauro Cappelletti, que inicia la publicación de una serie de ensayos de largo aliento sobre la materia, que tienen su punto de partida en su conocida monografía de 1955: *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Y en otra que alcanzó gran difusión: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffré editore, Milano 1968 (ambas con reimpressiones).

Sin embargo, se tiende a denominar como “jurisdicción constitucional” a la disciplina o tópico que estudia la materia de estudio. Y así será durante muchos años hasta la actualidad, en donde parece predominar el uso, bastante generalizado, de “justicia constitucional”.

En el ensayo pionero de Cappelletti se utiliza, como queda dicho, el membrete de “jurisdicción constitucional”. Pero en sus textos publicados o difundidos en el mundo sajón, en especial en los Estados Unidos, utiliza el de “judicial review” propio de aquel país. Y en sus textos en francés, se inclina por el de “justice

constitutionelle". Cappelletti parece, pues, no estar interesado por los nombres aun cuando ellos a la larga denoten algo más que una etiqueta.

No obstante, cabe llamar la atención que en alguna oportunidad Cappelletti utiliza el concepto de "derecho procesal constitucional" con todas sus letras y lo hace en el ensayo "Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo" de 1968, incluido en su libro *Processo e ideologie* (Il Mulino, Bologna 1969, pág. 493). Pero lo hace al pasar, sin mayor afinamiento y sobre el cual no ha vuelto.

Llamativo es el ensayo de Renzo Provinciali, *Norme di Diritto processuale nella Costituzione* en la "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", núm. 2, 1959, en donde su autor, profesor ordinario de Derecho Procesal de la Universidad de Parma utiliza, quizá por vez primera en Italia, los conceptos de "derecho procesal constitucional" y de "derecho constitucional procesal". El primero comprende los principios e institutos constitucionales del Derecho Procesal. Y el segundo, o sea, el Derecho Constitucional Procesal, trata de los procesos constitucionales. El autor tiene presente diversas contribuciones de Calamandrei y sobre todo de Eduardo J. Couture, a quien cita detenidamente. Y con este binomio, al que da un significado especial, se adelantará a un uso que tendrá mucha aceptación en América Latina a partir de la década del setenta del siglo pasado.

Otra referencia la encontramos en Alessandro Pizzorusso (*Lecciones de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid 1984, tomo I, pp. 10-11; la edición en italiano es de 1984) en donde lo toma como equivalente al de "justicia constitucional". Años más tarde vuelve sobre el tema en su texto *Uso ed abuso del Diritto processuale costituzionale* en "Perspectivas Constitucionais" (Nos 20 años de Constituição de 1976, Jorge Miranda, coordinador, vol. I, Coimbra Editora 1996) en donde toca en general la actividad de la Corte Constitucional sin tomar una posición sobre el concepto que utiliza para titular su ensayo. Con posterioridad no ha vuelto sobre el tema, aun cuando ha hecho referencia a la Corte Constitucional y a su actividad dentro de la última edición de su *Manuale di Istituzioni di Diritto Pubblico*, Jovene editore, Napoli 1997 y en ensayos dispersos (cf. *Justicia, Constitución y Pluralismo*, Palestra Editores, Lima 2005).

Una posición vinculada con la actividad de la Corte Constitucional la encontramos en Massimo Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, CEDAM, Padova 1984, quien hace

referencia al “derecho procesal constitucional” pero al pasar y usando al mismo tiempo el de “justicia constitucional”.

Por su lado, Gustavo Zagrebelsky iba a dedicar un tratamiento extenso a la voz *processo costituzionale* en la “Enciclopedia del Diritto”, tomo XXXVI, 1987 (con separata de 1989) y que va a tener una gran influencia en los estudios posteriores.

De singular importancia es el Seminario llevado a cabo en Roma en la sede de la Corte Constitucional, sobre el tema *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale* durante los días 13 y 14 de noviembre de 1989 y cuyas actas serán editadas en 1990 por la editora Giuffré y bajo el mismo título. En ese evento hubo importantes contribuciones y se contó con la presencia, entre otros, de Paolo Barile, Giuseppe Abbamonte, Mauro Cappelletti, Augusto Cerri, Leopoldo Elia, Temistocle Martines, Carlos Mezzanote (que tiene un interesante aproximación al tema), Livio Paladin, Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli, Gustavo Zagrebelsky, etc. Si bien se trataron en esa oportunidad problemas de todo orden, más bien vinculados con la problemática italiana, es de señalar el hecho de que ahí aprovechó Zagrebelsky, magistrado y más tarde Presidente de la Corte Constitucional, para plantear la posibilidad y la necesidad de una disciplina denominada “derecho procesal constitucional”. El planteo de Zagrebelsky sin lugar a dudas es sugestivo y da un avance en un medio algo escéptico, pero debe tomarse como un punto de partida, que lamentablemente no ha continuado (su intervención *Diritto processuale costituzionale?* se incluye en AA.VV. “*Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*”, Giuffré, Milano 1990, hay traducción castellana de este ensayo, no así del resto de las intervenciones en el Seminario).

Un estudio de largo aliento con importantes reflexiones y sobre todo con sugerencias en torno a las relaciones de nuestra materia con la teoría procesal, lo vemos en el meditado texto de Marilisa D´Amico, *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi* (en “*Giurisprudenza italiana*”, IV, 1990) que lamentablemente no ha despertado seguimientos. Como tal ha sido reproducido como capítulo primero del libro de la autora *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, G. Giappichelli editore, Torino 1991, pp. 11-57.

En los últimos años se ha dedicado al tema con rara intensidad Roberto Romboli, organizador de varios eventos y sobre todo animador del denominado “Gruppo

de Pisa" (un grupo de 350 estudiosos que se reúnen periódicamente) que ha publicado una valiosa serie editorial bajo el nombre común de *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* y que cubre los siguientes periodos hasta ahora: 1987-1989; 1990-1992; 1993-1995; 1996-1998; 1999-2001; 2002-2004, dedicado cada uno de ellos al debate sobre las actividades de la Corte Constitucional, pero sin desarrollar el tema del "derecho procesal constitucional" tocado de soslayo en algunos de los volúmenes de esos periodos. Romboli es conciente de la existencia de un "proceso constitucional" e incluso ha planteado la posibilidad de un "derecho procesal constitucional viviente", aserto sobre el cual, sin embargo, no ha retornado (cf. R. Romboli, *Premessa in "Il Foro Italiano", La Corte Costituzionale: profili processuali e istituzionali*, a cura di... varios autores, Roma 2000) No obstante y a fin de unificar sus planteos sobre el sistema italiano de control constitucional, Romboli ha publicado recientemente con Elena Malfatti y Saulle Panizza, un manual titulado *Giustizia costituzionale* (Giappichelli editore, Torino 2003). Romboli es en la actualidad el más representativo y quizá el más destacado de los estudiosos italianos en el tema que nos ocupa.

Aparte de los manuales de Derecho Público o de Derecho Constitucional que incluyen siempre un apartado dedicado a la "justicia constitucional" o a la "Corte Constitucional", existen libros dedicados exclusivamente a la "justicia constitucional", como los de Federico Sorrentino, Stefano Cicconetti, Virgilio Andrioli, Augusto Cerri, Giancarlo Rolla, etc. E incluso numerosos libros colectivos que publican las ponencias y debates de los frecuentes eventos dedicados al análisis de los aspectos puntuales de la "justicia constitucional" (entre otros puede verse *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti* que recoge las ponencias presentadas a un encuentro internacional en honor del prof. V. Onida y a cargo de Pasquale Pasquino y Barbara Randazzo. Ha sido publicado por Giuffrè editore en 2006, y si bien tiene intervenciones de sumo interés, el carácter internacional dado al convenio es más una sana intención que una realidad).

Al lado de ellos hay que destacar el de Gustavo Zagrebelsky (*La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 1ra edición de 1977; la 2da. muy ampliada y prácticamente nueva con respecto a la anterior es de 1988, con reimpresión en 1989) que en realidad es un pequeño tratado de alto nivel que es uno de los mejores en su género y referente obligado en el tema aun cuando muestra más simpatía por el enfoque generalmente usado por la comunidad italiana.

Existen también trabajos y monografías sobre aspectos diversos de la problemática que hacen referencia al “derecho procesal constitucional”, en forma clara pero sin mayores desarrollos (cf. Tania Groppi, *I poteri istruttori della Corte Costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano 1997).

Lucio Pegoraro tiene un breve pero interesante análisis en *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, G.Giappichelli, Torino 1998 en donde toca el tema al inicio, pero va más al enfoque comparado, que pocos han hecho en Italia.

Un sugestivo enfoque teórico, si bien breve, es el que hace Jorg Lüther (*Idee e storie di giustizia costituzionale nell' ottocento*, Giappichelli Ed. Torino 1990, cap. primero) quien precisa como datos a tener en cuenta el objeto y el método del “derecho procesal constitucional”, sobre el cual hay dos enfoques, el “procesalista” y el “constitucionalista” sin llegar a tomar una postura sobre el tema y con simpatías hacia un enfoque mixto.

Por otro lado, Antonio Ruggeri y Antonio Spadaro han publicado un exitoso *Lineamenti di Giustizia Costituzionale* (G.Giappichelli editore, 2da edición, Torino 2001) que se inicia con un interesante *excursus* teórico que refleja en algo la situación actual de la academia italiana. Dicen los autores que la “justicia constitucional” o lo que es lo mismo el “derecho procesal constitucional” es una rama del Derecho Constitucional, pues ambas están tan íntimamente ligados, que es muy difícil pensar que anden separados. El mismo criterio lo repiten en la tercera edición que es de 2004, si bien la obra ha quedado aligerada en lo referente a notas y ampliaciones que eran tan atractivas en las ediciones anteriores. Pero que lo hacen muy útil en los círculos universitarios.

La inmensa variedad de enfoques existentes en la doctrina italiana -de la que aquí nos hemos limitado a dar una referencia muy esquemática -confirma que en la actualidad la actividad de la Corte Constitucional es el tema preferido de los juristas italianos y que esto atrae sobre todo a los constitucionalistas, y no siempre a los procesalistas. Lo cual explica que el enfoque procesal no tenga hoy en día mayor relevancia, no obstante que la disciplina procesal en Italia tiene un altísimo nivel académico.

Igualmente en el campo curricular, lo que existe son cursos de “justicia constitucional” motivo por el cual es de suponer que esto sea lo que prevalezca en el futuro (un panorama con el análisis de lo principales problemas que

conlleve esta disciplina, vid. Marilisa D'Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit.)

Los procesalistas, como ya he indicado, se han desentendido prácticamente de estos problemas, lo que sin lugar a dudas afecta el desarrollo de la disciplina. Así puede observarse, por ejemplo, en un conocido manual de Gian Franco Ricci, *Principi di Diritto Processuale Generale*, Giappichelli editore, 3ra. edic., Torino 2001, en donde se tratan aspectos generales concernientes al proceso civil, penal, administrativo, tributario, arbitral y en donde la referencia a la labor de la Corte Constitucional, a la cual se reconoce una labor jurisdiccional, no es objeto de mayor interés y quizá tampoco se entienda del todo (pp. 1-86).

11. LA SITUACIÓN EN ALEMANIA. LA TESIS DE HÄBERLE

A raíz de la creación del Tribunal Constitucional Federal (TCF) en la Ley Fundamental de Bon en 1949, el problema del control de constitucionalidad se replanteó en una Alemania distinta al periodo de entreguerras. El mismo Tribunal demoró en iniciar sus actividades y la misma legislación de la materia no fue ni muy extensa ni muy detallada, lo cual dejaba campo abierto al desarrollo jurisprudencial del Tribunal para hacer una labor creadora, que si bien es interesante, ha tenido algunas matizaciones con el tiempo, desenvolviéndose con mesura.

De hecho, la incompleción de la Ley del Tribunal permitió a éste un adecuado manejo de las situaciones a las que tuvo que enfrentarse, en parte por la ausencia de la comunidad procesal, lo que retrasó el desarrollo de la problemática, si lo comparamos, por ejemplo, con los debates surgidos en la comunidad jurídica italiana. Si bien esta libertad creadora tiene indudablemente sus límites en el resto del ordenamiento que actúa como un referente para evitar desbordes.

Dentro de ese contexto, quien primero utiliza el término "derecho procesal constitucional" es Peter Häberle, en un pionero estudio de 1973, que luego ahonda y desarrolla en otro ensayo muy difundido escrito en 1976: *El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional* (ahora incorporado al libro de Häberle, "Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar", Palestra-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima 2004) y que ha contribuido a difundir en la comunidad jurídica alemana (cf. entre otros, *Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender*

Perspektive, en "EuGRZ" 2005, p. 686). Incluso su discípulo Klaus Engelman se ha encargado de desarrollar y afinar los planteos de Häberle (cf. K.Engelman, Prozessgrundsätzeim Verfassungsprozessrecht, Duncker und Humboldt, Berlín 1977, pp. 142-143).

La tesis de Häberle es rica y sugestiva y tiene un mar de fondo, pues está basada en la experiencia-inicial-del Tribunal Constitucional, que sobre la base de la Constitución y de la propia Ley Orgánica del Tribunal, ha hecho desarrollos de carácter procedimental en los procesos llevados ante el Tribunal. Sobre esa base, Häberle extrae la conclusión de que el "derecho procesal constitucional" es una suerte de emanación del *corpus* constitucional, al cual sirve y del cual constituye su desarrollo, motivo por el cual cuando la Constitución, que tiene principios normativos se enfrenta con aspectos diversos de la realidad, se concretan, se hacen posibles y hacen actuar la Constitución. De esta suerte, el "derecho procesal constitucional" no solo tiene peculiaridad, sino que tiene una cierta autonomía, entendiéndose que si bien nace y se desarrolla a partir de la Constitución, tiene espacios que le garantizan un gran radio de acción. La tesis de Häberle, mantenida a través del tiempo, tiene sin embargo algunos problemas no resueltos (cf. por ejemplo los comentarios de Joaquín Brage Camazano a su traducción de K.Hesse-P.Häberle, Estudios sobre la jurisdicción constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México 2005).

Esta tesis, sin embargo, no goza de mayor aceptación en la doctrina, que no solo la critica (K. Stern) sino que opta por una solución más procesal (cf. Ernst Benda-Eckart Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1991, pp. 12-16).

Lo importante, sin embargo, es que el término ha tenido entrada en el ámbito bibliográfico y académico alemán. Y así se cuenta con varios manuales con el título de "derecho procesal constitucional" de los que, al parecer, el que más uso extendido tiene es el de Christian Pestalozza (cf. Verfassungsprozessrecht, 3ra edición, C.H.Beck's Verlagsbuchhandlung, München 1991). Sin embargo, Pestalozza no se hace cargo del problema del título ni de la disciplina ni tampoco de su fundamentación o ubicación teórica, sino que más bien hace un tratamiento de la manera como funciona el Tribunal Constitucional Federal y los tribunales constitucionales de los länder así como de los procesos que se llevan ante ellos, agregando un apéndice referido a la protección jurídica internacional. En su bibliografía cita otros textos de complemento de su libro-que sirve de base a sus

seminarios universitarios-tales como el ya citado de Benda/Klein, Fleury, Hillgruber/Goos, Sachs, etc.

Significativo es el pequeño manual de Michael Sachs (cf. Verfassungsprozessrecht, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 2004) dedicado a la exposición de la dogmática alemana en este punto y que tan solo en la presentación que preside el texto intenta una definición del "derecho procesal constitucional", bastante imprecisa por lo demás (pp. 5-6). Más adelante señala la principal bibliografía alemana sobre el tema (pp. 20-21).

Al igual que en Italia, el debate se da a nivel de los constitucionalistas, si bien la aportación de Häberle, pese a no gozar de mayor predicamento hoy en día, es muy sugestiva (cf. Raúl Bocanegra Sierra, El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional, IEAL, Madrid 1982, pp. 161-171 y Patricia Rodríguez-Patrón, La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su derecho procesal, en "Revista Española de Derecho Constitucional", mayo-agosto de 2001, núm. 62).

12. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El rápido recorrido que he efectuado sobre la principal literatura existente no permite una conclusión definitiva, pues es probable que muchos datos se me hayan escapado por las limitaciones propias de toda investigación. Pero sin lugar a dudas es significativa y en todo caso representa básicamente lo que existe y es posible ubicar, más allá de márgenes de error o imprecisiones que siempre pueden presentarse.

Lo que interesa en primer lugar es fijar fechas en relación con la aparición de esta nueva disciplina que se llama "derecho procesal constitucional", que comprende una serie de principios e instrumentos de defensa de la Constitución. He dicho la disciplina y no la materia que la comprende, porque esta última se da desde hace más de doscientos años, si nos limitamos a lo cercano, pues remontando el curso de la historia podríamos ir más lejos, como en efecto lo han hecho algunos estudiosos.

Pero el nombre de la disciplina y la manera de enfocarla es relativamente reciente. He señalado anteriormente que debe fijarse el año 1944 como el de la aparición del nomen iuris y no antes. Y si a eso añadimos el excurso teórico que apareció

el año siguiente-1945-queda claro que esta es la fecha en que tal disciplina apareció. Esto sucedió en la Argentina, por obra de un destacado procesalista español residente en aquel país en forzado exilio: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Y lo reiteró en México dos años después.

Pero lo llamativo es que el nombre aparecido en la Argentina, no tuvo eco en ese país y tampoco de inmediato en el siguiente país al cual arribó en exilio: México. Sino que demoró mucho en usarse y más aun en tener un desarrollo que ha ido creciendo con los años, pero sin que ello haya contribuido a crear una generalizada aceptación ni menos aun que queden fijados sus temas principales.

Haciendo un esquema cronológico de esta recepción por países, tendríamos la siguiente lista que debe considerarse válida, en tanto no sea objeto de rectificación:

- a. 1944-1945. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo(Argentina)
- b. 1947. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo(México)
- c. 1948. Eduardo J. Couture (Uruguay)
- d. 1955. Héctor Fix-Zamudio (México)
- e. 1958. José Frederico Marques (Brasil)
- f. 1959. Renzo Provinciali (Italia)
- g. 1960. Fernando Álvarez Tabio (Cuba)
- h. 1971. Domingo García Belaunde (Perú)
- i. 1973. Peter Häberle (Alemania)
- j. 1977. Humberto J. La Roche (Venezuela)
- k. 1979. José Almagro Nosete (España)
- l. 1979. Néstor P. Sagüés (Argentina)
- m. 1988. Hugo Pereira Anabalón-Humberto Nogueira Alcalá (Chile)
- n. 1993. Sebastián Rodríguez Robles (Panamá)
- o. 1994. Ernesto Rey Cantor (Colombia)
- p. 1995. Rubén Hernández Valle (Costa Rica)
- q. 1998. José Decker Morales (Bolivia)
- r. 1998. Louis Favoreu (Francia)
- s. 1999. Ivan Escobar Fornos (Nicaragua)
- t. 2002. Rafael Luciano Pichardo-José Hernández Machado (República Dominicana)
- u. 2005. Pablo Pérez Tremps (Ecuador)

Como se puede apreciar, el concepto “derecho procesal constitucional” aparece en la Argentina y luego en México, esto es, dos importantes comunidades académicas latinoamericanas, y que son las que dan los primeros pasos. Pero luego vino su desarrollo, que también se da en nuestra región.

Europa aparece prácticamente al margen de estos empeños....Tan solo Italia se muestra interesada en un primer momento por el problema teórico, pero pasados los años se desentiende del tema. Con menor intensidad se inicia el debate en Alemania, pero en Austria, madre del modelo concentrado y hogar intelectual de Kelsen, se desconoce el término. El mismo Kelsen lo ignoró. Y lo mismo podría decirse de Francia, y en cierto sentido de España.

El primer problema es pues, con el nombre. Pues incluso quienes lo usan, de vez en cuando y quizá para ser mejor entendidos o simplemente para estar en una onda editorial o por comodidad léxica, usan rótulos tradicionales, en especial el de “justicia constitucional”.

El segundo problema es sobre su configuración jurídica. La tendencia es a considerarlo como algo procesal, perteneciente al Derecho Procesal, pero no todos concuerdan con ello. Hay tesis que lo niegan, como la que sostiene que el “derecho procesal constitucional” o la “justicia o jurisdicción constitucional” no es otra cosa que una parte del Derecho Constitucional, como concretización de éste o como una de sus emanaciones. Esta tesis, que nos recuerda las polémicas de hace más de ciento cincuenta años, nos podría llevar al absurdo de sostener que el Derecho Procesal Civil, por poner un ejemplo, sea algo así como “derecho civil concretizado” y considerarlo como una prolongación de éste. Para estos enfoques, el “derecho procesal” no existiría, y de existir, no debería ser aplicado ni menos usarlo para el desarrollo de las defensas de tipo constitucional. Y claro, si esto es así... ¿que criterios o procedimientos utilizamos? O recurrimos a la teoría procesal, con solera de más de un siglo. O inventamos otra que la sustituya.

En fin, otra tesis más sugestiva, es la de la mixtura. Según este planteo, el “derecho procesal constitucional” es una disciplina mixta porque parte de ambas, el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal y no puede desligarse de ninguna de ellas por cuanto guardan una mutua dependencia. Pero podríamos preguntarnos con ese mismo criterio si no es cierto que en este supuesto el “derecho procesal civil” sería también una disciplina mixta.

Una postura en cierto sentido nueva, es la surgida en el Brasil desde un principio, y que gran parte de la doctrina en ese país la acepta y más aun la difunde. Y es ésta: el “derecho procesal constitucional” no es algo independiente y que tenga autonomía, sino que es un simple condensado metodológico, de carácter propedéutico, que sirve para explicarnos las demás ramas del proceso (en especial el proceso civil y el penal). Con lo cual el “derecho procesal constitucional” desaparece y forma parte de la doctrina procesal o de la teoría del proceso y es usado por cualquier procesalista en cualesquiera de sus especialidades y como paso previo al estudio de cualesquiera de ellas. Pero curiosamente esto envuelve también una contradicción. Los que aceptan este enfoque, no niegan la existencia de procesos constitucionales en el Brasil-como son el Habeas Corpus, el Mandato de Seguridad, etc.- ante lo cual cabe la pregunta ¿dónde ubicamos a estos procesos...? ¿será el Habeas Corpus un proceso penal y el Mandato de Seguridad un proceso civil...? Lo cual sería muy peculiar, porque el proceso civil tiene por objeto hacer efectivo el ordenamiento civil y no la Constitución....

Otro punto que cabe agregar es que incluso en países que utilizan ampliamente el término “justicia constitucional” no se niega que ante los órganos competentes accionamos o ponemos en movimiento “procesos constitucionales”, que básicamente son de orden contencioso. En Italia esto es clarísimo desde la obra magistral de Zagrebelsky hasta las aportaciones periódicas de Roberto Romboli y el grupo de Pisa, que aceptan la existencia de procesos constitucionales. La pregunta sería entonces ¿en dónde los ubicamos...?

El “derecho procesal constitucional” afronta pues, serios problemas. El primero es el nombre mismo, el segundo es su ubicación o configuración teórica o como quieren algunos, la naturaleza de la disciplina. Y finalmente-si bien no necesariamente lo último-los temas que debe tratar y que son parte de su objeto.

Me arriesgo a pensar que los que primero se interesaron en el tema lo hicieron por intuición y un poco al azar. De hecho, en los Estados Unidos este tópico no existe, porque el “judicial review” no es un proceso, sino una técnica de control de la supremacía constitucional, que es distinto. Y que se da al interior de cualquier proceso. Y los pioneros del modelo concentrado o europeo, tampoco eran duchos en Derecho Procesal y pienso que ni se percibieron de ello (en el caso de Kelsen, esto es fácilmente comprobable).

A lo anterior se añade que, salvo notables y esporádicas excepciones, los procesalistas no se han hecho cargo del tópico. En rigor, parece que no les

interesa, como se acredita en los temarios de los congresos nacionales e internacionales de Derecho Procesal, en donde el tema no aparece, o si aparece lo hace en forma rezagada, sin contar con el hecho de que no goza de la preferencia de los asistentes. Se trata de algo que no existe o que en todo caso es marginal.

Pero en el lado de los constitucionalistas la cosa no va por mejor camino. Se han hecho cargo de la problemática, con más entusiasmo que conocimientos. Y si están de acuerdo en que se trata de situaciones que deben ser remediadas o despejadas por una autoridad competente-debidamente premunida por el Estado-y que hay que seguir determinados pasos ante ella, es claro que estos pasos o seguimientos deben tener un orden que debe pre-existir a los acontecimientos y que constituyen las reglas del juego. Y aquí tenemos solo dos posibilidades: o utilizamos el proceso creado por la doctrina y la legislación positivas y que funciona satisfactoriamente en otros sectores del mundo jurídico. O simplemente inventamos algo distinto, no sabemos con que suerte.

Pero lo que más llama la atención en estos casos, es que cuando los constitucionalistas analizan y estudian estos temas, probablemente con mucho talento y perspicacia, lo hacen ayunos de conocimiento procesal, y en consecuencia el esfuerzo que realizan se vuelve descomunal y de repente no rinde todos sus frutos. Creo, pues, que una sugerencia interesante sería estudiar en serio la teoría del Derecho Procesal para ver por donde va y en que nos puede servir. Y esto es aconsejable más aun hoy en día, en donde las especialidades entre los juristas crean entre ellos verdaderos compartimientos estancos, que impiden el diálogo entre sectores vecinos o complementarios (y lo mismo podría decirse de los procesalistas, que deberían mostrar más interés en conocer el Derecho Constitucional).

Por supuesto, no son estos los únicos factores que han dificultado el desarrollo y sobre todo el orden previo que debe fijarse en toda rama del Derecho y en especial en el Derecho Procesal Constitucional. Pero algo se habrá avanzando si contribuimos a solucionarlo.

Mientras tanto, el hecho de comprobar la forma tan extensa como el nombre se ha extendido y se discute-sobre todo en la América Latina-es síntoma de su vitalidad y de su existencia. Pues como decía Pascal, no lo buscaríamos si es que no lo hubiésemos encontrado.

DIÁLOGO ENTRE EL JUEZ Y EL PROFESOR ¹

ENRIQUE GHERSI*

Resumen:

Este artículo, a través de un diálogo entre un profesor y un juez, pretende describir con un lenguaje bastante fácil de entender, el delito de usurpación ilícita y del principio de accesión, el cual al ser invertido provoca que las invasiones de terrenos pasen a convertirse en un modo de adquisición originaria de la propiedad en algunos casos. Además comenta la relación entre la ley y la costumbre, siendo ambas fuentes de derecho que coexisten en la sociedad.

Palabras clave: Usurpación ilícita - profesor - juez.

Abstract:

This article, through a dialogue between a professor and a judge tries to describe with a language quite easy to understand, the crime of illicit usurpation and the principle of agreement, principle that if you invert, causes the land invasions to become a way of original acquisition of the property in some cases.

In addition it comments the relation between the law and the custom, being both sources of rights that coexist in the society.

Key words: Illicit usurpation, professor, judge.

¿Es el derecho anterior al actuar de la sociedad o es un producto del mismo? ¿Es posible entender al contenido de la norma jurídica como ilógico? ¿Puede concebirse a las fuentes del Derecho como no jerárquicas y contradictorias?

En las páginas siguientes, el autor, al puro estilo platónico, lleva a cabo un interesante y ágil ejercicio dialéctico sobre las fuentes del Derecho, logrando de esta forma responder las interrogantes antes planteadas valiéndose del análisis económico, y además, cuestionar y criticar las posiciones tradicionales sobre el tema, invitándonos así a la reflexión.

* Profesor de Economía y derecho de la Universidad de Lima. Profesor Visitante de la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala) y Profesor Honorario de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte (Guayaquil).

JUEZ: Mi querido profesor, tengo que resolver un caso sometido a mi jurisdicción. Se trata de una señora que ha construido su casa en un terreno a sabiendas que no es suyo.

PROFESOR: Pero si la ley es muy clara sobre el particular. No veo por qué mi opinión podría ser relevante, máxime siendo yo profesor de análisis económico y no de derecho civil.

JUEZ: Sé perfectamente que el artículo 938° del Código Civil establece el principio de accesión, según el cual, el dueño del suelo es dueño de la fábrica. Sé también que, como consecuencia de ello, el artículo 942° de ese mismo Código dice que, quien construye de mala fe en propiedad de otro, construye mal y no puede reclamar compensación alguna. Pero, de otro lado, observo que en la sociedad peruana, mucha gente construye sobre terreno ajeno libremente, al punto de convertirse en titular de todos los derechos sobre el suelo.

PROFESOR: ¿Dónde sucede eso?. ¿Se trata de una circunstancia accidental o se encuentra generalizada?. ¿Tienes idea de la antigüedad con que viene produciéndose el fenómeno?.

JUEZ: No tengo idea de su antigüedad. Sospecho que tiene tiempo, porque me parece muy extendido. Ocurre, sin duda, en los pueblos jóvenes. Yo mismo vivo en uno y recuerdo de chico cuando mi padre y madre invadieron el arenal. Nadie nos desalojó. Construimos nuestra casa. Inclusive, el gobierno finalmente la tituló. Lamentablemente, mi padre no estuvo ya para recibir su título. Era vendedor ambulante de libros. Mi madre lo recibió. Nadie pretendió decirnos que habíamos construido para el dueño del terreno y que el propietario de la ladrillera invadida, era, en realidad, quien tenía el dominio sobre nuestra casa.

PROFESOR: Pero ¿no estás tomando la excepción por la regla?. Una explicación podría encontrarse en las normas redistributivas que, a partir de la Ley N° 13517, se dieron en el país para, en nombre de la justicia social, garantizar a todos el acceso a la vivienda.

JUEZ: Ahora me parece que es usted quien toma el efecto por la causa, pues las leyes son, a mi entender, respuestas bastantes tímidas e incompletas que el gobierno trata de dar con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, tratando de confinarlos en regímenes de excepción que, sin embargo, siempre se prorrogan.

PROFESOR: Bueno, ¿pero por qué crees que se está generalizado ese fenómeno?.

JUEZ: Porque antes ocurría en los pueblos jóvenes y ahora ocurre en los barrios acomodados. Antes sólo invadían los pobres. Ahora invaden también los ricos. ¿Qué son las playas del sur sino “barriadas de blancos” donde al igual que en las otras barriadas se construye en terrenos de propiedad de otros, y más particularmente, en este caso, sobre bienes de uso público no susceptibles de derechos privados?.

PROFESOR: Pero ¿realmente crees en esa analogía o estás utilizando un recurso retórico para persuadirme de que ensaye una explicación económica para este problema?.

JUEZ: En los pueblos jóvenes y en las playas del sur se construye de mala fe en propiedad de otro. Ambos asentamientos son fruto de la invasión. En ambos, organizaciones privadas vienen a reemplazar al gobierno. Son éstas las que proveen servicios básicos tales como agua, luz y seguridad. Pero también proveen reglas jurídicas para el desarrollo de la vida en común. Son ellas, además, quienes resuelven conflictos mediante sus asambleas.

PROFESOR: Primero invadieron los pobres, más numerosos. Luego, los ricos.

JUEZ: Efectivamente.

PROFESOR: Pero, ¿no es un delito invadir?. Mis conocimientos penales son bastante superficiales, pero creo recordar que ese tipo de conductas estaban criminalizadas.

JUEZ: Por supuesto. Se encuentran tipificadas bajo la figura del delito de usurpación, que en estos casos muchas veces incurre, inclusive, en la modalidad agravada, pues se trata generalmente de invasiones donde interviene mucha gente. Pero –que yo sepa, y soy juez – nadie va preso por invadir. Tal vez haya casos muy excepcionales en que alguno está preso, pero no por invadir sino por alguna lesión o muerte que pudiera haberse producido. Difícilmente un policía persigue, un fiscal denuncia o un juez procesa a una de estas personas. No se olvide que muchos de nosotros vivimos, precisamente, en pueblos jóvenes.

PROFESOR: Eso hace aún más fascinante el problema. Me voy a atrever a darte una opinión sobre tu caso. Creo que se ha producido una inversión del principio de accesión.

JUEZ: Bueno, pero hay antecedentes legislativos. No creo que sea un proceso consuetudinario. El Decreto Legislativo 495° del 14 de noviembre de 1988, al crear el registro predial, establecía una disposición según la cual se presumía titular de la construcción al poseedor. Lamentablemente, tuvo efímera vigencia, pues fue derogada el 5 de enero de 1999 por la Ley N° 27046.

PROFESOR: Sí, pero fíjate en la fecha de esa ley. Es muy reciente. Además, fue derogada al poco tiempo. Esa ley trató de recoger la experiencia consuetudinaria, no la creó. Es un poco lo que ha pasado con las leyes que reconocieron invasiones hasta cierta fecha. Vencida ella, el gobierno las volvía a prorrogar. Este antecedente legislativo ratifica el proceso de inversión consuetudinaria del principio de accesión.

JUEZ: Pero, ¿cómo puede ser eso posible?.

PROFESOR: Vayamos primero al análisis de los hechos para aventurar después una hipótesis sobre el probable origen económico de los mismos. En mi concepto, el caso que consultas consiste en que el principio de accesión realmente existente no coincide con el principio tal como está definido positivamente. La ley dice que es dueño de la fábrica, el dueño del suelo; pero en los pueblos jóvenes y en las playas del sur – por ejemplo – sucede que el dueño de la fábrica es el dueño del suelo.

JUEZ: Esa es efectivamente la paradoja que no me deja sentenciar este caso.

PROFESOR: Lo destacable es que, además, parece existir evidencia de un proceso social de imitación, pues está implícita en tu consulta, la idea de que la inversión del principio de accesión ocurre, primero, en los pueblos jóvenes -formados por invasión, al margen y aun en contra de la ley nominalmente aplicable- para extenderse después a otros sectores sociales de mayores ingresos económicos.

JUEZ: No vaya a pensar usted que exagero. También hay zonas en que el principio de accesión, tal como está definido por el Código Civil, se cumple. Creo que no hay controversia alguna sobre este particular en un barrio de la Lima tradicional, como El Cercado o Miraflores.

PROFESOR: Lo que significa que, dependiendo de diferentes condiciones, la gente decide qué principio de accesión utiliza, escogiendo bajo qué sistema normativo quiere regirse. Si estás de acuerdo, los hechos son los siguientes: el principio de accesión realmente vigente no coincide en todos los casos con el principio de accesión positivamente definido y esta situación parece ser resultado de un proceso social por el cual los ricos han imitado la conducta de los pobres. ¿No es cierto?.

JUEZ: Me parece que sí.

PROFESOR: Pues bien, esto significa que lo que ha sucedido aquí es que se ha ido generando paulatinamente en el tiempo una costumbre *contra legem* que ha empezado a competir con la ley como una fuente alternativa de normatividad a disposición de los ciudadanos. Primero empezaron invadiendo los pobres. Debido a su masa crítica en la sociedad, esta conducta se convirtió en jurígena y el uso se transformó en costumbre. La invasión pasó así, de ser un delito, a tener efectos civiles: invirtió el principio de accesión. Producida esta inversión, los demás ciudadanos tuvieron una alternativa adicional a la ley y comenzaron a servirse de ella como en los balnearios de lujo de tu ejemplo. El proceso que ha venido ocurriendo, al invertirse consuetudinariamente el principio de accesión, es que la invasión pasó a convertirse en un modo de adquisición originaria de la propiedad.

JUEZ: Jurídicamente esto no es posible. La jerarquía de las normas coloca a la ley por encima de la costumbre. No puede haber una contradicción de ese tipo sin que se ponga en riesgo la estabilidad del sistema en su conjunto.

PROFESOR: Si quieres engañarte, límitate a repetir esos tópicos del derecho civil tradicional, pero pronto te darás cuenta de que no son principios incontrovertibles, sino errores en la definición de cómo opera un sistema normativo. *Chaim Perelman*, ofreció una explicación muy útil sobre esto que sugiero leer a todos los jueces: el derecho es una rama de la retórica y no una rama de la filosofía. La verdad jurídica no es entonces ni deductiva ni inductiva, sino dialéctica, en el sentido platónico del término: depende de cómo se expongan los argumentos no de los argumentos mismos. Me atrevo ahora a aventurar una hipótesis sobre el origen de este fenómeno. Creo que estos hechos son consecuencia del carácter competitivo de las fuentes del derecho, según el cual en una sociedad conviven distintos proveedores de normatividad que las personas utilizan en función de su propia escala de costos y beneficios.

JUEZ: Disculpe usted, ¿sugiere, entonces, que cada uno obedece al derecho que le da la gana?.

PROFESOR: Sí. Tradicionalmente los abogados y los economistas han vivido de espaldas. Esta ignorancia recíproca los ha llevado a cometer múltiples errores. Los abogados suponen que el derecho es gratuito; los economistas que es constante. Ambos se equivocan. El derecho ni es gratuito, ni es constante. Es costoso y variable.

JUEZ: Pero se supone que la justicia es gratuita.

PROFESOR: No me refiero a eso. El derecho es costoso porque cumplir con él supone tiempo e información. Tiempo que el ciudadano detrae de sus otras actividades. Información que necesita para cumplir sus exigencias. Podría decirse, entonces, que el derecho cuesta la cantidad de tiempo e información necesarios para cumplirlo. Siendo que hay distintas fuentes del derecho, estas observaciones se extienden también a ellas. La ley es costosa. La costumbre también. Si alguna persona cumple con el derecho, sea porque obedece la ley o se somete a la costumbre, es porque ha podido cubrir sus costos, dados los beneficios previsibles que espera tener de esta decisión. Si, por el contrario, una persona desobedece el derecho será porque no habrá podido cubrir su costo. Igualmente, si incumple la ley, pero cumple la costumbre, será porque para una persona, de acuerdo con su propia y particular escala valorativa, ésta habrá sido más ventajosa que aquélla. Las leyes se obedecen o desobedecen en función de sus costos y beneficios, subjetivamente considerados por los ciudadanos llamados a cumplir con ellas. Lo mismo las costumbres.

JUEZ: La doctrina jurídica, sin embargo, resulta incompatible con esas observaciones, porque el sistema de fuentes tiene un ordenamiento jurídico y una jerarquía lógico-normativa que hace obligatorio su cumplimiento en una sociedad.

PROFESOR: Lo que sucede es que la teoría tradicional de las fuentes del derecho parte de una suposición equivocada. Sea jusnaturalista o positivista, cree -por igual- que el derecho se genera monopólicamente. Los jusnaturalistas suponen que éste se genera de la providencia -si son religiosos- o de la razón -si son seculares-. Los positivistas, a su turno, piensan que el derecho es un producto deliberado de la autoridad a través de la ley. Pero ambos, parten de la idea, ciertamente equivocada, de que el derecho se genera monopólicamente. Sucede,

todo lo contrario. El derecho se genera competitivamente. En toda sociedad conviven diferentes procesos que producen normas que pueden ser utilizadas o no por los ciudadanos en función de su propia escala valorativa.

JUEZ: ¿Cuál sería la relación entre ley y costumbre, entonces?.

PROFESOR: Sería una relación competitiva que la teoría económica denomina cataláctica, por la palabra griega *katallattein*, que la designa. Ambas son fuentes del derecho que coexisten en una sociedad. Ofrecen normas que son utilizadas por las personas si se benefician de hacerlo. En caso contrario, buscan normas alternativas. Si la ley es demasiado onerosa para una persona, ésta se desplazará hacia la costumbre en búsqueda de una norma satisfactoria para sus intereses. Si, por el contrario, la costumbre se torna onerosa, esa persona se desplazará hacia la ley. Esto sucede todos los días. Piensa por un minuto en un ciudadano perfectamente formal que vive en una invasión, por ejemplo. O en el que compra un producto pirata. O en el que convive en *servinakuy*. Todos ellos, en realidad, están desplazándose de una fuente del derecho hacia otra: de la ley a la costumbre; de la costumbre, a la ley.

JUEZ: Me resulta una visión particularmente caótica de la sociedad.

PROFESOR: Es cuestión de lo que se entienda por orden social. Desde el punto de vista económico, el orden social es producto no deliberado de la acción humana. No es producto de la naturaleza ni de la razón. El orden natural, por ejemplo, difiere de lo humano en todo sentido. Carece de instituciones para empezar. El orden racional, a su turno, responde a elaboraciones diseñadas en laboratorio completamente ajenas a lo que ocurre en la vida cotidiana. Por eso se dice que el orden social es praxeológico. Deriva de la acción humana -praxis-. No de la voluntad humana ni de la naturaleza. El derecho es, pues, un fenómeno praxeológico, como lo es el lenguaje o la moneda. El orden social se autogenera. Ni está dado por necesidad natural ni es producto arbitrario de la sociedad.

JUEZ: Pero el derecho es lógico.

PROFESOR: El razonamiento jurídico puede serlo, pero no la norma sustantiva. El debate entre *Klug* y *Kelsen* es particularmente relevante para el caso. *Ulrich Klug*, defendía el carácter lógicamente necesario del derecho. *Hans Kelsen*, por el contrario, sostenía que el razonamiento jurídico -por ejemplo, el de una sentencia- es necesariamente lógico, pero no el contenido de las normas jurídicas.

Acá, tuvo razón sin duda, *Kelsen*. Donde se equivocó fue en considerar que el contenido normativo era pura función positiva. La lógica no tiene nada que ver con el origen del derecho. Éste es un producto no deliberado de la interacción y cooperación humana, donde centenares de millones de personas -cada una tratando de satisfacer su propio y particular interés- tienen conductas regulares con capacidad jurígena. La sociedad va creando el derecho, como va creando las palabras. Aquél se recoge en leyes y en costumbres. Éstas en diccionarios y en habla.

JUEZ: ¿Debo preferir la ley a la costumbre o viceversa?

PROFESOR: Tu pregunta va a los fundamentos de la doctrina de las fuentes del derecho. Tradicionalmente se supone que las fuentes son un sistema racionalmente organizado sobre la base de un principio de jerarquía y a un principio de no contradicción. A esta idea ha contribuido la exitosa metáfora de la "pirámide normativa", generalmente atribuida a *Kelsen*, pero obra en realidad de *Puchta*. Desde un punto de vista económico, sin embargo, esta idea es altamente insatisfactoria. Si como hemos dicho, el derecho se produce competitiva y no monopólicamente, no hay tal cosa como jerarquía entre las fuentes del derecho. Tampoco principio de no contradicción. La "pirámide normativa" no es más que un error. En toda sociedad existen diferentes fuentes del derecho como procesos complejos de los que los ciudadanos se sirven en función de sus costos y beneficios. La ley no está encima de la costumbre ni la costumbre encima de la ley. Todas se encuentran en un mismo plano. El "sistema" no decide la preeminencia normativa de por sí. Quien decide esta preeminencia es el ciudadano que escoge de qué fuente va a servirse para cumplir con el derecho. Tampoco hay ordenamiento lógico de las fuentes, sino praxeológico. Son producto competitivo. La gente va a utilizar lo que le resulte más beneficioso. No sé si las metáforas geométricas sean las mejores para ilustrar el problema, pero tal vez sea mejor pasar de la pirámide a la esfera normativa.

JUEZ: No me explico cómo se puede aceptar que el derecho no existe con prescindencia de las personas. Se trata de un ordenamiento exterior y no interior de los individuos. *Savigny* pensaba que era algo así como "el espíritu del pueblo". Pero veo de sus reflexiones que concibe al derecho como algo puramente subjetivo sin virtualidad propia. La existencia de capacidades coactivas y coercitivas debería ser suficiente para acreditar al derecho como exterior y aún superior a la voluntad humana.

PROFESOR: Para advertir el carácter subjetivo del derecho tal vez sea importante destacar que, desde el punto de vista económico, el derecho es un bien de capital. Esto lo hace de una naturaleza económica igual a un martillo o una máquina cualquiera. Siendo exterior a las personas que lo utilizan –como producto praxeológico que es– cada uno debe incorporarlo a su patrimonio obedeciéndolo. Para ello, se sirve de las distintas fuentes: si el derecho legalmente generado tiene un costo que excede su beneficio, se desplaza a la costumbre o viceversa. Luego, la decisión de qué fuente del derecho utilizar no depende ni del juez ni de la autoridad, sino del ciudadano que se sirve de una de ellas en función de su propia escala valorativa.

JUEZ: No toda infracción legal puede considerarse como fundamento de una norma consuetudinaria. Para que un uso se convierta en costumbre, además de ser observado, tiene que ser socialmente deseable. Por eso los clásicos dicen que para que haya costumbre debe haber inveterada *consuetudo* y *opinio necessitatis*. Esto es, un elemento subjetivo compuesto por el uso dilatado en el tiempo y un elemento objetivo constituido por el reconocimiento espontáneo de su validez.

PROFESOR: Los civilistas tienden a pensar que la ley es la fuente del derecho predominante y reconocen la costumbre *secundum legem*. Los comercialistas – de criterio usualmente más práctico– agregan la costumbre *praeter legem*, pues no existiendo ley aplicable, les resulta evidente que las mores de los comerciantes son jurígenas. A la costumbre *contra legem*, lamentablemente no se le toma en cuenta. No fue así en la antigüedad. El derecho romano y el romanista admitían la costumbre *contra legem* como válida. También al desuso, al punto de reconocer el *desuetudo* como una forma de derogación de la ley. Desde el punto de vista económico, creo que resultan innegables los efectos jurígenos de la costumbre *contra legem*. Aunque no encuentro objeción tampoco con el *desuetudo*, creo que se trata de un problema distinto: simplemente deja de utilizarse una ley, probablemente también por un problema de costos y beneficios. Es la comúnmente denominada “letra muerta”. En el caso que motiva tu consulta lo que sucede, más bien, es que costumbre y ley compiten y el ciudadano puede escoger entre una y otra, de manera que aún estando vigente una ley, pueden las personas servirse de una costumbre que le sea completamente antagónica. No es que se derogue la ley por el desuso -como ocurre en el *desuetudo*-, sino que ley y costumbre *contra legem* son alternativas de las que las personas pueden servirse como fuentes del derecho de acuerdo con las circunstancias. Eso es exactamente lo que sucede en el caso que me consultas: consuetudinariamente

un vasto sector de la población se sirve de normas que contradicen aquellas definidas positivamente.

JUEZ: Entonces, tendremos un país en el que unas personas se regirán por unas reglas, mientras que otras se rigen por las contrarias. Un caos. ¿Cómo resolver semejante conflicto de leyes, en sentido material?

PROFESOR: No es un caos, es un orden sencillamente diferente del que has estado imaginando. No hay conflicto de normas alguno, porque la idea de que las fuentes del derecho son jerárquicas, alternativas y lógicamente no contradictorias -como he venido sosteniendo- es falaz. Las fuentes del derecho, por el contrario, son competitivas, simultáneas y praxeológicas. Recalco que siendo consecuencia de la cooperación voluntaria, el orden social es praxeológico. Deviene de la praxis, de la acción. Otra cosa es que los abogados quieran hacer que la realidad calce con sus deseos, en cuyo caso no estarán haciendo ciencia sino literatura. Mala literatura.

JUEZ: No creo que al principio quienes invadían terrenos para vivir en ellos hayan escogido entre una ley y la costumbre, sino entre obedecer la ley o no obedecerla. La costumbre debe haberse generado después para que otros, como los invasores de playas, hayan recurrido a ella.

PROFESOR: Efectivamente. La costumbre de suyo no existe siempre. Se forma con el tiempo. Supone una regularidad de comportamiento social. Es, en ese sentido, un producto histórico. Para que tal regularidad empiece a producirse se requiere que un determinado comportamiento adquiriera una cierta masa crítica que lo haga socialmente relevante. En cierto sentido hay también un proceso de aprendizaje en el cual, al emular la conducta precedente, quienes la siguen contribuyen al fortalecerla.

JUEZ: Estoy en lo cierto, entonces, al considerar al infractor original como actuando puramente en contra de la ley, en ausencia aún de la costumbre.

PROFESOR: Lo que el infractor original – como tú lo llamas – hace es comparar los costos y beneficios de cumplir la ley con la posibilidad de ser detectado y sancionado por ello. Si de la evaluación subjetiva de tales consideraciones resulta conveniente para esa persona, debemos esperar que infrinja la ley. Esto sucede en general en cualquier infractor: el delincuente, el contrabandista, el evasor de impuestos, quien se pasa una luz roja. *Gary Becker* mereció el Premio

Nóbel de Economía precisamente por estudiar estos procesos. Sin embargo, para que tal infracción sea jurígena – esto es, genere una costumbre en tanto fuente de derecho – se va a requerir de una masa crítica de personas que emulen tal conducta. Con un infractor no basta para generar costumbre. La infracción tiene que generalizarse.

JUEZ: ¿En particular, al momento de tomar la decisión de invadir y quebrantar la ley, los invasores están actuando justificadamente desde un punto de vista económico?

PROFESOR: Siendo subjetivos los valores, finalmente son también incognoscibles. Lo que tenemos a nuestro alcance son las decisiones. Debemos suponer que ellas son producto de una comparación de esos costos y beneficios. No quiero parecer utilitarista, pero un grueso sector de la doctrina económica además considera que quien maximiza la utilidad debe tener derecho a que se le asigne la titularidad de los bienes en disputa. En otras palabras, desde ese punto de vista, es eficiente asignar los recursos a las partes que les atribuyan los usos más valiosos. En este caso en particular tendríamos de un lado a los propietarios invadidos, que muchas veces podrían haber tenido los predios en abandono o por lo menos sin utilización inmediata y, de otro, a los invasores dándoles con su presencia en ellos una utilización inmediata. Así sería posible sostener que la invasión es eficiente económicamente y que todo el proceso que, empezando por los infractores originales, da lugar a aparición de una costumbre *contra legem* como fuente de derecho en materia de principio de accesión ha cumplido con el propósito económico de maximizar la utilidad.

JUEZ: A mí me parece que si se aceptara esa postura se estaría actuando con una ceguera total, ya que se estaría diciendo que la invasión es más eficiente que la propiedad, quitándole toda seguridad al sistema de derechos reales a largo plazo.

PROFESOR: Y tienes toda la razón, por lo que hice la salvedad que se trataba de una postura utilitarista con la que no estaba necesariamente de acuerdo. Es verdad que en cierto sentido el invasor maximiza utilidad frente al propietario que tiene abandonado un terreno, por ejemplo. Pero el problema es que los valores económicos cambian en el tiempo. Puede ser que al momento de invadir resulte maximizándose la utilidad inmediata de un terreno de propiedad privada o pública abandonado, pero como nadie sabe a largo plazo cuál será el valor futuro del recurso, no puede haber seguridad alguna de que esa maximización

efectivamente tenga lugar. Al final eso se expresa en una evidencia: en Lima miles de hectáreas de cultivo valioso se han convertido en asentamientos humanos. Es verdad que sobre ellos hay viviendas que algunos valoran en más de doce mil millones de dólares, pero a cuánto podría haber ascendido la producción agrícola de esos terrenos en el mismo período. Nadie lo sabe a ciencia cierta, aunque sería interesante poderlo determinar.

JUEZ: A mí me parece que en su análisis falta el elemento político. La gente invade porque es políticamente posible. La redistribución es bien vista por los distintos grupos políticos, especialmente debido a la ética cristiana de nuestra sociedad, por lo que no se hace enojoso apoyar iniciativas tales como la toma de tierras.

PROFESOR: La política no está ajena para nada de la decisión. Existen, por lo menos, dos formas en que probablemente ella afecta el proceso. En primer lugar, los valores políticos forman parte –como todos los demás valores– de la estructura subjetiva de costos y beneficios. Son un elemento más a tomar en cuenta al momento de decidir si se obedece o no determinada legislación. Si por ejemplo, se sabe que un gobierno será particularmente represivo, las personas serán seguramente menos propensas a infringir la ley. Si se sabe, que es un gobierno débil, los incentivos crecerán en sentido contrario. En segundo lugar, la política misma tiene una lógica económica. Además del mercado económico existe el mercado político. Los partidos son equivalentes a las empresas; los electores, a los consumidores. Cada uno trata de maximizar su beneficio. Aquéllos, poder; éstos, redistribución. Sucede que, a diferencia del mercado económico, en el mercado político lo que se intercambia no son bienes privados sino bienes públicos y esto produce estrategias y conductas acordes con estas características. Siendo que los políticos quieren administrar el poder, pueden ser permisivos con ciertas conductas que consideren benignas, como la redistribución. No por altruistas, sino porque esperan atraer de una forma respaldo para sus posiciones. De qué otra forma explicar, si no, que puedas encontrar pueblos jóvenes que se denominan sucesivamente Clorinda Málaga de Prado, María Delgado de Odría, Lucila Belaunde de Cruchaga, Consuelo Gonzales de Velasco, Rosa Pedraglio de Morales Bermúdez, Violeta Correa de Belaunde, Pilar Nores de García, Susana Higuchi y Elianne Karp de Toledo.

JUEZ: Encuentro altamente oportunistas esas conductas, tanto de los invasores como de los políticos.

PROFESOR: Son oportunistas y, gracias a ello precisamente, racionales. Implícito se encuentra un cálculo de costo y beneficio a valores subjetivos que explica la forma en que termina desarrollándose el sistema.

JUEZ: Entiendo que la gente tenga conductas oportunistas pero ellas son siempre opuestas a la noción de justicia a la que se ajusta el derecho. Además, me parece francamente irreal la idea de ciudadanos que estén calculando todo el tiempo sus costos y beneficios para tomar decisiones. Nadie camina con calculadoras por la calle sumando y restando. La gente actúa con naturalidad.

PROFESOR: Nadie ha dicho que el cálculo económico se produce con sumas y restas. Es un proceso psicológico más que una operación matemática. La gente actúa sobre la base de lo que cree que le va a costar su decisión, en comparación a lo que cree que le reportará. No hay convicciones, sino opiniones. Se actúa en función de suposiciones, de creencias, de prejuicios, no de verdades formales ni seguridades materia de comprobación.

JUEZ: Racionales o irracionales, como magistrados tenemos la obligación de impartir justicia.

PROFESOR: Discrepo. Los jueces sólo pueden evitar la injusticia. La justicia no existe. Bastiat, decía que en la realidad sólo había injusticia, que las personas debían evitar o, cuando menos reducir. Como juez es poco lo que puedes hacer. Confórmate con disminuir en todo lo que se te sea posible las situaciones injustas. Es suficiente.

JUEZ: ¿Debo sentenciar, entonces, a favor de la señora que construyó en terreno ajeno?.

PROFESOR: No lo sé. No soy juez. Lo que creo, es que debes analizar la fuente del derecho predominante y tratar de resolver el caso en consecuencia. No tengo otro consejo que darte.

JUEZ: Pensaba que a través de un juicio era posible devolverle paz social a una comunidad resolviendo conflictos humanamente sensibles...

PROFESOR: Un juicio es sólo un mecanismo sustitutivo del mercado para determinar la asignación de los recursos. Ahí donde el mercado ha sido incapaz

de determinar quien debe recibir una titularidad sobre ellos, el juicio se convierte en una alternativa para resolver esa asignación. Por eso se dice en la teoría económica que, siendo el principio de maximización de utilidad la guía racional del mercado, tenderá a ganar un juicio la parte que le asigne el mayor valor a los bienes en disputa. En el mercado eso se decide mediante el mecanismo de los precios. En un juicio, mediante sentencias. Ésa es la lógica económica implícita en la decisión judicial.

JUEZ: Pensaba que las cosas eran particularmente complejas en el Código Civil, pero creo que en la realidad son aún peor. Además de verse perjudicado por el principio de accesión ¿sabía usted profesor que el derecho establece que quien construye de mala fe debe también los frutos, aun así no los hubiera percibido?.

PROFESOR: Debe sobre un sueño, entonces. Dime, ¿le cobran también intereses?.

(RISAS)

¹ Para Lucas y Alfredo, *more* platónico.

LA «AUTONOMÍA PROCESAL» Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: APUNTES SOBRE UNA RELACIÓN INVENTADA*

JUAN MONROY GÁLVEZ**

Resumen:

El autor trabaja lo referente a los antecedentes del llamado instituto de «autonomía procesal», tomando para ello el estudio realizado por la autora española Patricia Rodríguez-Mendoza, para concluir, con respecto a éste, que sus referencias son a la «autonomía procedimental» y no a «autonomía procesal», para lo que establece previamente la diferencia entre «procedimiento y proceso». A partir de ello, y enfatizando que la mencionada autora reconoce la precariedad de la institución de «autonomía procesal». Finalmente, el autor concluye que con su artículo busca develar que el uso de la Autonomía Procesal Constitucional ha sido fundamento para los «estropicios» causados en muchas sentencias del Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Autonomía procesal, Tribunal Constitucional, proceso, procedimiento.

Abstract:

The author deals with the background of what is known as the institute of «procedural autonomy»; to this end he employs the study made by the Spanish author Patricia Rodríguez-Mendoza and concludes that the study does not, in fact, deal with «procedural autonomy»(proceeding) but rather «procedural autonomy». Finally, the author concludes that with his article he looks to reveal that the use of the Constitutional Procedural Autonomy has been the foundation for the harmful effects caused in various verdict of the Constitutional Court.

Key words: Procedural autonomy, Constitutional Court, procedural.

Sumario:

1. la falacia de petición de principio de un tribunal que todo lo puede. 2. Apuntes sobre la "Autonomía Procesal". 3. La "Autonomía Procesal" en sede nacional.

* Este trabajo pertenece a uno más extenso pendiente de publicar y que tiene como título: "Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional".

** Socio Principal del Estudio Monroy abogados. Profesor de Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Lima.

1. LA FALACIA DE PETICIÓN DE PRINCIPIO DE UN TRIBUNAL QUE TODO LO PUEDE

Una falacia es la aplicación incorrecta de un principio lógico o la aplicación de un principio lógico inexistente. Por su lado, una petición de principio es una falacia que consiste en un error de razonamiento por el cual se toma como punto de partida del argumento precisamente aquello que se ha de demostrar. Todo esto viene a cuento a propósito de una actuación tendencial del Tribunal Constitucional peruano (en adelante TC).

Si el lector realiza una microinvestigación de campo con una muestra –una selección aleatoria- de veinte sentencias del TC, en no menos de dieciocho encontrará un fundamento que, con variantes expresivas, es notable por su persistencia: “como ya lo ha dicho este colegiado”. El tema, aunque lo parezca, no es baladí, sobre todo si se tiene en cuenta que el uso de esta frase es selectivo, pues se presenta, precisamente, en aquellas situaciones donde la necesidad de un esclarecimiento o cita doctrinaria aparece indispensable¹

Esta curiosa “técnica argumental” se ha convertido en superlativa desde que el TC, como lo vamos a demostrar a continuación, ha elevado sus fundamentos jurídicos a la categoría de axiomas (verdades que no necesitan demostración y que, por tanto, deben ser reconocidas como ciertas inexorablemente) cuya simple reminiscencia (“como ya lo ha dicho este colegiado”) hace inútil cualquier exigencia de fundamento adicional. En otras palabras: el oráculo ha hablado.

Como resulta evidente, detrás de esta falacia no existe únicamente una exacerbada consideración sobre aquello que el TC cree que es y cree que puede. También se encuentra la presencia de un instituto llamado “autonomía procesal”, cuyo origen, estructura y funciones resulta indispensable develar a fin de evitar que continúen los desvaríos.

2. APUNTES BRVES SOBRE LA “AUTONOMÍA PROCESAL”

En los libros recientes de derecho comparado suele reconocerse que, desde mediados del siglo pasado, su objeto de estudio ha adquirido una importancia considerable, entre otras razones, porque los medios de comunicación y de transporte de personas y cosas han fragilizado las fronteras como límites a las relaciones internacionales. En cualquier caso, no es desdeñable compartir la

enseñanza de Cappelletti en el sentido de que el gran cambio producido en la segunda mitad del siglo pasado en el derecho comparado ha consistido en que, si alguna vez el derecho sirvió para que los estados europeos afirmaran su identidad, el nuevo siglo los encuentra buscando fórmulas que los integren más allá de las nacionalidades². Es el caso de la unión europea. Por cierto, esto que hoy es un ejemplo emblemático de integración continental por todos conocido, fue advertido desde inicios de 1970 por el maestro de Florencia.

En la práctica, las invasiones de literatura jurídica entre los Estados han determinado no sólo que la penetración de las ideas e instituciones de unos afecte a otros Estados, produciendo una alteración importante de su estructura jurídica interna, sino que, inclusive determina que se vean afectadas las decisiones tanto de sus tribunales ordinarios como constitucionales. Con este hecho hay que contar para realizar un análisis de lo que nos puede estar pasando. La penetrabilidad de las instituciones jurídicas de otros países se ha extendido de manera considerable, con todo lo bueno y malo que tal hecho pueda significar y producir.

Nos encontramos en una situación compleja que no sólo ha remecido los excesos del positivismo clásico, sino también ha reivindicado la importancia de los órganos jurisdiccionales respecto de la clásica limitación impuesta por las leyes nacionales. Esto ha ocurrido por medio de la interpretación y aplicación de normas foráneas, produciéndose una integración en los sistemas jurídicos nacionales que, sin duda, debe reconocerse provechosa. Y en esta materia, la jurisdicción constitucional no sólo no se ha mantenido al margen sino bien podría decirse que se encuentra en la zona más sensible de tal influencia³.

La profesora Rodríguez-Patrón distingue dos tipos de reglamentación del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante TCF), una interna (*innere Geschäftordnung*) y otra externa (*aussere Geschäftordnung*). Como es evidente, una regula las relaciones al interior del TCF y la otra las de éste con quienes se acercan a realizar actividad jurisdiccional. Sin embargo, la investigadora española observó que la reglamentación externa suele ser identificada con la posibilidad de que el TCF realice actos que van más allá de lo puramente reglamentario “*entrando de lleno en el proceso en sentido estricto*”⁴. Esta actividad, que realiza el TCF por medio de sus fallos y que importa la formulación de reglas procesales sobre aspectos tales como la legitimación, el objeto del proceso o los efectos de la sentencia, entre otros, tiene la característica de ser “cuasilegislativa” y recibe el nombre de *Verfahrensautonomie*. Ésta es la categoría

que ha pasado a nuestro idioma con el nombre de “autonomía procesal” (en adelante “AP”), y a continuación describiremos sus rasgos esenciales para saber qué es realmente y cómo puede ser entendida o, eventualmente, incorporada en sede nacional.

Se afirma que el origen de la “AP” reside en que la ley reguladora de las funciones del TCF (en adelante LCTF) es *intencionalmente* incompleta y que, por otro lado, dado el origen reciente y los fines excepcionales que cumplen los tribunales constitucionales -que se comportan tanto como órganos jurisdiccionales siendo órganos constitucionales, aunque también funcionan como órganos políticos atendiendo a lo que expresan en sus decisiones- resulta moneda común que para cumplir sus fines se constate que los métodos de integración tradicionales no sean suficientes para que puedan cubrir los vacíos o lagunas. Conviene ratificar que las reglas procesales son expresadas por el TCF en sus resoluciones y se originan como consecuencia de un vacío o laguna que, entonces, es cubierto jurisdiccionalmente atendiendo a criterios de oportunidad. Estas reglas, expresadas en un caso concreto, se convierten en criterios normativos a ser seguidos cuando se presenten situaciones similares.

Explica también la autora citada que, según otra concepción, la “AP” o “configuración jurisdiccional autónoma del proceso”, se presenta sea producto de una delegación especial de la ley o como consecuencia de la calidad especial del objeto del proceso. En el primer caso suele utilizarse como ejemplo el artículo 35 de la LCTF que permite al TCF hacer más eficaz la ejecución de sus decisiones⁵. En el segundo, se dice que puede ser explicado a través de una máxima procesal, la *Offizialmaxime*, surgida de decisiones del TCF, es decir, producto de la “AP” y que, en consecuencia, importa el poder de variar el contenido de la pretensión e inclusive la vía procedimental, afirmando el TCF que su única limitación es la demanda, esto es, el inicio del procedimiento.

A fin de identificar con claridad aquello que estamos llamando “AP”, ésta no debe ser confundida con una integración de la costumbre *praeter legem*, en tanto ésta importaría darle la calidad de norma jurídica al *usus fori*, situación severamente cuestionada en la doctrina procesal en cuanto que, mayoritariamente, se recusa que la práctica comúnmente generalizada sea fuente de Derecho. Por otro lado y de acuerdo a la descripción hecha en el párrafo anterior, no se trata de una integración sea porque hay “delegación” sea porque se actúa sobre una situación regulada, en cualquier caso el vacío o laguna no está presente.

Hasta aquí la descripción sobre lo que, a veces contradictoriamente, se entiende que es la “AP”. A continuación las críticas más destacadas que ésta recibe de la misma doctrina alemana.

- Un cuestionamiento muy importante se refiere a la concesión hecha por el legislador reduciendo intencionalmente su actuación al mínimo, como presupuesto de la “AP”. La objeción obvia es que si hay concesión entonces no hay autonomía, sino la recepción de una suerte de delegación tácita o algo parecido. Por otro lado, para que esta renuncia intencional del legislador sea reconocida, tendría que ser expresa o, por lo menos, sobreentenderse con alguna claridad. Finalmente, una conducta legislativa intencionalmente omisiva es excepcional tanto que, sin una justificación suficiente, devendría en inaceptable. Es lo que también piensa Rodríguez-Patrón cuando considera, apoyándose en Canaris y en la doctrina mayoritaria, que la laguna es un “vacío inconsciente” (*planwidrige Unvollständigkeit*).
- Ésta debe ser la razón por la cual un jurista que siempre está dispuesto a proponer nuevos retos al pensamiento constitucional como Häberle no sea partidario de la “AP”, en tanto considera que lo que existe es una mayor libertad de interpretación en el ámbito procesal del TCF como consecuencia de la autonomía del derecho procesal constitucional, cuya trascendencia es explicable por el contenido material de la Ley Fundamental. Sin embargo, le parece adecuado el uso que se hace de las técnicas de interpretación y su flexibilidad, pero en ningún caso considera que exista una “autonomía procesal” en los términos aquí expuestos⁶.

Sin embargo, no se puede dejar de expresar la preocupación por esta autonomía del Derecho procesal constitucional que afirma el profesor Häberle. Aunque no sea su especialidad, el distinguido jurista alemán es heredero de la más extraordinaria expresión del pensamiento procesal universal en su etapa precursora de la ciencia del proceso y también en la científica propiamente dicha. Y aunque sólo fuese por esa tradición, debería haber intuido que no hay manera de construir una especialidad procesal sin tener como referencia obligada los postulados de la Teoría del proceso. Ni la suprema trascendencia de la norma constitucional y tampoco la necesidad de ser más creativos y atrevidos a fin de asegurar la vigencia de la Constitución debilitan la afirmación de que no es posible construir una especialidad procesal a espaldas de su base teórica.

- Según Rodríguez-Patrón, la crítica más contundente de la “AP” proviene de Schlaich quien, entre otros argumentos, considera que no existe mayor diferencia entre los métodos convencionales de integración y la “AP”. En opinión de Schlaich lo que hay es una “libertad de decisión discrecional” que es consecuencia de que el TCF cuenta con una ley concientemente incompleta. Se refiere a la LTCF. Finalmente este autor afirma que el TCF jamás ha reivindicado para sí contar con “AP”, sino que más bien lo que hace es “configurar libremente, en un amplio margen, su proceso”. Y, como colofón, conviene citar a la profesora Rodríguez-Patrón sobre un tema que –comentando la posición de Schlaich - va a tener relevancia cuando nos refiramos al estado de la “AP” en sede nacional: *“Considera desafortunada la expresión Herr seiner Verfahren que, pese a haber sido acuñada por el mismo Tribunal, no se ha visto respaldada en la práctica por su actuación. Este autor mantiene además una posición contraria, no sólo respecto a Zembsch, sino también respecto a la doctrina tradicional, en relación con las lagunas de la LTCF. Éstas – opina-, son un defecto de la ley, no una prueba de la existencia de la ‘autonomía procesal’ del TCF. En sentido parecido, E. Klein.”*⁷
- Hay una crítica que es muy sólida y didáctica para efectos de comprender el relativo suceso que ha tenido la “AP” que, además, constituye una razón fundamental para que su uso no sólo no haya fructificado sino que deba ser apreciado con extremo cuidado. Existe un principio de legalidad procesal que no sólo tiene la calidad de derecho fundamental sino que se expresa también, en forma distinta, en otros tantos derechos fundamentales. En efecto, sobre las normas procesales hay una reserva de ley que resulta indispensable respetar, dado que es la manera cómo se asegura, por ejemplo, la presencia de un juez natural, de un procedimiento previamente establecido por ley, entre otros.

Si en lugar de normas procesales de origen legal, los jueces van a construir reglas procesales al interior de sus decisiones que van a ser empleadas como normas en procesos futuros, toda la actividad procesal puede trasladarse al ámbito de lo relativo y discutible. La aplicación de estas “normas” a tal o a cual tipo de procedimiento o, por otro lado, la discusión sobre su vigencia temporal (¿se aplica a procesos en trámite cuando se expidió la sentencia del TCF?), entre otros, son temas que generarían una complejidad que muy rápidamente conduciría al caos de la actividad procesal. Está clara la enseñanza de Häberle en torno a la calidad especial que tienen las normas procesales que tutelan derechos constitucionales,

sin embargo, no puede dejar de ser clara, también, la posibilidad de que, desde el punto más elevado de la garantía jurídica, se afecten precisamente derechos fundamentales.

- Una objeción mayor, que se puede tornar insalvable, tiene que ver con el hecho que el acto de legislar en materia procesal es, sin duda, una decisión política, lo que implica que aquello que hemos dado en llamar “AP” está afectando la teoría de la división de poderes desde que viene siendo realizada por un órgano jurisdiccional, aunque sea necesario reconocer, a su vez, que el rasgo peculiar de las decisiones del TCF consiste en que en muchos casos tienen un definido contenido político y social.
- En cualquier caso, recobra vigencia la preocupación de siempre: la prueba definitiva sobre cuándo se afectan los límites de un Estado democrático de derecho está en el hecho de que no debe existir órgano que ejercite poder y que no tenga control. Es necesario, por su trascendencia, relevancia y permanente aumento del número los derechos fundamentales a ser protegidos -hubiera sido impensable hace cincuenta años afirmar que asegurar la calidad del aire es un derecho fundamental- permitir que los tribunales constitucionales puedan actuar en situaciones en donde la norma procesal no provee alternativas. Sin embargo, es necesario recordar que cuando esa situación se presente, la seguridad jurídica exige que esa regla inspiradora nacida de un contexto de oportunidad se convierta posteriormente en un enunciado normativo conforme al procedimiento legislativo vigente.
- Lo que sigue es una apreciación personal sobre el tema de la “AP”. Sobre la base de la información brindada por la profesora Rodríguez-Patrón no alcanzo a comprender por qué ella ha elegido traducir *Verfahrensautonomie* como “Autonomía procesal”. Sin afirmar que hay unanimidad sobre la materia, suele aceptarse en teoría del proceso que *procedimiento* es el conjunto de normas o reglas de conducta que regulan la actividad, participación y las facultades y deberes de los sujetos que actúan en la búsqueda de un objetivo determinado. Por extensión, también se denomina así a la forma que toman los actos con sujeción a las reglas previstas. Siendo así, puede haber un procedimiento administrativo, judicial o de cualquier otra naturaleza, en tanto consista en un conjunto de reglas previstas anteladamente para lograr el objetivo deseado. El *proceso*, en cambio, es el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos realizados durante la

actuación jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de lograr la eficacia del ordenamiento jurídico.

Entonces, cuando al iniciar sus estudios la profesora Rodríguez-Patrón empezó a encontrar una identificación en el uso de los conceptos *aussere Geschäftsordnung* (Reglamento externo del TCF) y *Verfahrensautonomie* (Autonomía procedimental) debió intuir que el TCF lo que estaba haciendo es expandir su facultad reglamentaria externa a ámbitos ligados a aspectos procedimentales (externos, puntuales, precisos) del proceso. Y parece que ese era el sentido, en tanto la expresión *Verfahrensautonomie* –salvo que información doctrinal desarrollada y definida diga lo contrario– no es otra cosa que *Autonomía procedimental*. Si la traducción además de ser literal se hubiera compadecido de las categorías usadas en teoría del proceso, el enredo y su perniciosa importación (como se verá luego) hubieran sido mínimos.

Por lo demás, partiendo de categorías precisas, podría admitirse que fuera de aquellos casos en donde hay facultad legislativa expresa (como en la ejecución de las sentencias) o en aquellos otros donde no se presentan lagunas (porque para ellas hubiera bastado el uso de las técnicas de integración), la actuación del TCF podría ser calificada como *Prozessautonomie*, esto es, *Autonomía procesal*. Nos referimos a aquellos casos excepcionales en donde se modifica el objeto del proceso, por ejemplo. Con ello, no sólo se hubiera dado el nombre pertinente a los actos que se realizan sino que además de limitar clara y pedagógicamente el contenido de cada categoría, este discernimiento habría permitido que el título de *Herr seiner Verfahren* (Señor de su procedimiento) hubiera sido menos embriagador para ciertos espíritus nativos a quienes les sobreexcita las ideas foráneas, como lo apreciaremos a continuación.

- Finalmente, es bueno recordar, con la ayuda de la profesora Rodríguez-Patrón, que la actuación del Tribunal Constitucional español en materia de “AP” está directamente ligada a los procesos de inconstitucionalidad y a los efectos de las sentencias que en estos recaen. Ésta es una situación que va a ser ilustrativa para cuando apreciemos la original incorporación de la “AP” en el Perú.
- Hay una frase de la profesora española citada que, con agudeza, compendia lo que queda luego de haber analizado la categoría estudiada: “*Aunque no*

ignoramos que –según lo expuesto- la expresión ‘autonomía procesal’ puede resultar problemática, no renunciamos a su utilización para definir ese fenómeno. Ello nos ahorrará tener que describirlo cada vez que nos refiramos a él. Lo usaremos, pues, no por su exactitud desde un punto de vista técnico-jurídico sino, fundamentalmente, porque resulta –sin duda- gráfico”⁸.

3. LA “AUTONOMÍA PROCESAL” EN SEDE NACIONAL

En mayo de 2007 se realizó en Huancayo el II Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional “Héctor Fix Zamudio”. En él se reunieron los constitucionalistas peruanos que tienen interés –tanto que hasta enseñan- por los estudios procesales. Allí el doctor Mijail Mendoza –asesor del Tribunal Constitucional- presentó una ponencia que intituló: *LA AUTONOMÍA PROCESAL CONSTITUCIONAL*.

Tratándose de un trabajo de reciente data (sólo lo separa un mes de la publicación de la sentencia comentada) y realizado por alguien que conforma el equipo de asesoría del TC, resulta de especial interés conocer qué se piensa desde dentro del TC sobre la “AP”. Como se comprobará a continuación, no sólo el TC ha hecho suya la “AP”, sino que resulta evidente que, ésta se ha convertido en el instrumento principal a través del cual se han alterado los cimientos del ordenamiento jurídico peruano, aunque es bastante probable que ello haya ocurrido sin que siquiera se tenga conciencia de lo que se ha producido.

Ni en su país de origen y tampoco en España, desde donde se nutren de información los asesores del TC, la “AP” ha adquirido reconocimiento y mucho menos título de exportación. Por eso nos queda la duda razonable en torno a si los jueces del TC saben que han asumido una peligrosa doctrina que donde se engendró no sólo es discutida y relegada sino que, además, se sostiene en una profunda desinformación y desdén sobre una ciencia jurídica, la procesal.

Analicemos el trabajo.

- El autor define la autonomía procesal constitucional (en adelante APC, porque para el profesor Mendoza es sin comillas) diciendo que es un principio que *“establece una potestad del juez constitucional para la interpretación e integración de las normas constitucionales”* [p.1]. Sin embargo, más adelante el autor varía su definición sustancialmente y afirma: *“la autonomía procesal*

constitucional viene a ser la potestad de creación judicial de derecho procesal constitucional por el Tribunal Constitucional” [p.5].

Si el autor se quedara con la primera definición, ésta sería ‘el parto de los montes’, es decir, mucho ruido para nada. Si la APC se caracteriza porque el juez interpreta e integra normas constitucionales, ¿acaso no es exactamente lo que hacen todos los jueces ordinarios con las normas del ordenamiento jurídico? ¿Dónde está la singularidad? Por lo demás, no olvidemos que la “AP” se presenta en el TCF cuando las técnicas de integración tradicionales son insuficientes. Nótese que ya ni siquiera nos referimos a las técnicas de interpretación, en tanto el presupuesto de la “AP”, no lo olvidemos, es la existencia de una laguna deliberada.

Si el autor se quedara con la segunda definición, significaría que el tribunal peruano ha pasado a ser legislador, en tanto por medio de sus decisiones o fundamentos de decisiones –por potestad no explicada pero sobreentendida– pasa a crear *derecho procesal constitucional*, ni siquiera normas procesales específicas, sino ¡derecho procesal constitucional! Ahora, no deja de ser misteriosa la segunda definición, en tanto no dice en qué circunstancias el TC puede ejercer esta potestad o, tal vez, lo ha dicho el profesor Mendoza y no lo hemos advertido, es decir, ¿pensará que en cualquier circunstancia el TC puede crear normas procesales?, ¿inclusive puede derogar las vigentes?

En cualquier caso, habrá que esperar que en un próximo trabajo el profesor Mendoza elija con qué definición se queda a fin de refutarlo sin ambigüedades, categóricamente.

- Estamos seguros que el profesor Mendoza sabe que en Derecho ‘reivindicar’ significa recuperar algo que estuvo en nuestro dominio. A pesar de ello, éste afirma que las respuestas del TCF “*se han sustentado en premisas relativas a su reivindicación de su condición de ‘Señor del proceso’ (Herr des Verfahrens)*”.

El TCF está al borde de los sesenta años de existencia, ¿alguna vez fue “Señor del proceso” o “Señor del procedimiento” para ser respetuoso de la traducción?, ¿a qué reivindicación se refiere? Lo que el TCF hizo en la sentencia (DTCF 13, 54 [94]), donde acuñó el título comentado, fue variar la vía procedimental de un proceso constitucional, a fin de permitir un pronunciamiento sobre el fondo. Para evitar excesos en la interpretación del título, el TCF precisó que lo hizo sólo porque si le ordenaba al

demandante que inicie un nuevo proceso, su pretensión habría prescrito. Así lo dejó establecido el “Señor del procedimiento”, precisamente para hacer saber que no se trataba de una arbitrariedad, sino de una decisión originada en privilegiar la tutela del derecho fundamental afectado. Se trata de una decisión que, por lo demás, compartimos totalmente y que, en ningún caso, importa el ejercicio vertical de un dominio que alguna vez se haya, como parece sugerir el uso del título. Lamentablemente la prudencia del TCF no fue advertida en el Perú.

- Transcribamos ahora al profesor Mendoza para ser fieles a su dicho:
“El Tribunal Constitucional puede ejercer tal potestad de creación con motivo de:
 1. *La interpretación de normas procesales constitucionales (creación por interpretación)*
 2. *La integración de lagunas en normas procesales constitucionales (creación por integración)*
 3. *La discrecionalidad judicial habilitada por las normas procesales constitucionales (creación por habilitación legal)*
 4. *La creación de normas procesales constitucionales (creación directa).”*[p. 3]

Ahora comentemos cada una de las opciones por separado.

1. Tarello enseña a distinguir el documento normativo de la norma⁹ lo cual, para no complicarnos, equivale a distinguir el signo del significado. Así, un artículo de un código es un documento normativo del cual se puede extraer uno o más significados. Cuando ese acto lo hace un juez en un proceso, por medio de la interpretación, se afirma que ha creado una norma jurídica para resolver un caso concreto. Y ello es en considerable medida correcto.

Entonces, cuando un juez –ordinario o constitucional- interpreta un documento o enunciado normativo y extrae de él una norma y la aplica al caso concreto, crea derecho y ello no importa ninguna novedad, es común a todos los jueces. En consecuencia, no hay razón para atribuirle esa actuación en exclusiva al TC, en tanto podría leerse que los demás jueces están limitados en tal potestad. Inclusive, conviene precisar que la conclusión es válida con prescindencia de si la norma es material o procesal.

El profesor Mendoza dice que la interpretación se emplea cuando las normas presentan *indeterminaciones* [p.4]. Sin embargo, la doctrina es pacífica y

unánime en sentido contrario: el juez, cuando resuelve un caso y emplea un documento o enunciado normativo, siempre interpreta. Y esto es obvio dado que, como el enunciado no es norma, resulta necesaria una operación racional-justificatoria que extraiga de éste el contenido (norma jurídica) que corresponda para resolver el caso concreto. Inclusive en aquellos supuestos, en apariencia “simples”, en donde el juez establece una identidad entre el enunciado con la norma que extrae, se produce interpretación. La llamada interpretación literal es una opción normativa decidida por el juez. Todo esto sin perjuicio de dejar sentado la compleja problemática que se presenta en otras disciplinas (Semiótica y Lingüística) cuando se trata de determinar los alcances de la llamada interpretación literal.

2. Las técnicas de integración sirven para eliminar las lagunas, que son los vacíos producidos por un sistema normativo incompleto, por lo menos en su versión más simple¹⁰. Esto significa, en consecuencia, que de manera evidente el uso de alguna técnica de integración implica un acto de creación normativa. Sin embargo, seguimos insistiendo en que el uso de tales técnicas es patrimonio común del TC y de cualquier juez ordinario con prescindencia de su grado.

Así y todo no deja de sorprender la afirmación del profesor Mendoza en el sentido de que el acto consiste en: “*La integración de lagunas (...)*” porque las lagunas no se integran sino se eliminan o, si se quiere seguir siendo literal, se llenan. Es cierto que integrar es comprender, incorporar, pero en este caso es respecto de la norma creada y no de la laguna.

El Código Procesal Constitucional¹¹ regula la integración y establece un orden de prelación en donde la analogía ocupa el primer lugar. Según el profesor Mendoza, dado que la analogía tiene “*un grado de creación de mínima magnitud*” [p.4] y que además la norma nacional exige que lo obtenido por ésta no sea “contrario” a los fines de los procesos constitucionales y, asimismo, contribuya “a su mejor desarrollo”, son los modos de integración regulados en la norma luego de la analogía aquellos en donde “*tiene lugar una significativa creación de una norma.*”

El profesor Mendoza reserva las razones por las que no cree en la analogía. Son los otros modos integrativos los favoritos del citado profesor, en tanto afirma que dan lugar “*a la creación directa de una norma procesal constitucional*”. Por eso concluye con una frase que bien puede explicarlo todo sobre la APC

o nada: *“En consecuencia, la creación de normas procesales constitucionales se da cuando un vacío legislativo es integrado a través de la creación de una norma procesal ad hoc, valiéndose al efecto de cualquier recurso diferente a la aplicación analógica de normas procesales ordinarias. Es aquí donde tiene lugar la creación normativa en mérito al principio de autonomía procesal”.*

Lo expresado significa que la APC se concreta en el Perú por medio del uso de la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina. Si es así, entonces –sólo para empezar a entenderla- no tiene nada que ver con la “AP” del TCF alemán y tampoco con lo que se hace en España bajo ese rubro. En cualquier caso, los serios problemas que en los países europeos ha tenido la fundamentación y justificación de la “AP” han desaparecido en sede nacional de un plumazo. En realidad sólo ha sido necesario prescindir de su fundamento y justificación. Como resulta obvio más que una categoría jurídica la APC resulta una entelequia.

Para obtener tal resultado, el profesor Mendoza sólo ha hecho uso nominal de la “AP” alemana para convertirla en APC y darle por “sustento”: *Todas las fuentes de integración conocidas con prescindencia de la analogía.* Ahora algunas preguntas malvadas:

- a. Dado que hay una norma procesal nacional (Artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) que provee el uso de técnicas de integración en los procesos constitucionales y dado que la APC –creación del profesor Mendoza y, como hemos comprobado, absolutamente ajena a la “AP”- consiste en el uso de ellas salvo la analogía, ¿en qué consiste la creación de don Mijail?
 - b. Dado que don Mijail ha reducido al mínimo el poder de creación de la analogía, ¿sabrá que un autorizado sector de la doctrina¹² afirma la imposibilidad de distinguir el uso de la analogía del uso de los principios generales del derecho? Lo que ocurre es que cuando se usa el recurso analógico se realiza un procedimiento lógico de generalización y cuando se usa un principio general del derecho a un caso concreto se deconstruye el mismo procedimiento lógico. Todo lo que hay es una inversión de lo que es materia y lo que es método, nada más.
3. El caso de la existencia de una norma autoritativa no tiene nada que ver con el tema de la “AP”, para ello nos remitimos al ejemplo del artículo 35 de la

LTCF descrito en la cita No. 5. Entonces, ¿para qué tratar un tema que no sólo es ajeno al estudiado sino también a la actuación del TC en sede nacional, en tanto no hay norma que permita tal actuación?

4. Y, finalmente, llegamos al tema de estudio. El profesor Mendoza llama a la APC, lacónicamente, "*creación directa*", lo que significa según sus palabras, "*la simple y llana creación de normas procesales constitucionales, donde ésta tiene lugar plenamente y por antonomasia*" [p.3].

Buena parte de lo que se debería decir en este segmento ya se hizo a propósito del punto 2 cuando el profesor Mendoza identificó la APC con las técnicas de integración con excepción de la analogía. La pregunta que ahora aparece urgente y que se va a quedar sin responder es: ¿cuáles son los presupuestos y los fundamentos de la institución que, según parece, ha sido creada por el profesor Mendoza?

Una vez leída la ponencia se advierte que, lamentablemente, los temas aludidos en la pregunta anterior no ha sido tratados. De hecho ni siquiera explica el autor por qué la APC es una potestad. Un comentario al anacronismo de la teoría de la separación de poderes, por ejemplo, hubiera sido un comienzo auspicioso. Por otro lado, tampoco desarrolla la legitimidad del TC para ejercer esa potestad. Si lo expresado no parece grave, podríamos ejemplificarlo: ¿qué es un oficial de policía armado pero que jamás estuvo en la escuela de policía y tampoco tiene nombramiento? Un peligro público. Aún cuando al profesor Mendoza no le interesa mayormente la analogía, éste podría ser un caso clásico por la identidad que guardan el "oficial de policía" y la "APC" (esta vez con comillas).

- Continúa su ponencia el profesor Mendoza explicando algunos casos donde el TC ha aplicado la APC. Cabía pues la posibilidad que sea el TC, por medio de sus resoluciones, quien explicara los fundamentos jurídicos y la legitimidad que lo titula para emplear la institución estudiada. En el caso Arellano Serquén (Exp. No. 2579-2003-HD/TC) el TC dice: "*dado que este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del 'estado de cosas inconstitucionales'*". Luego agrega que: "*es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales*". Aquí no hay fundamento ni legitimación para hacer nada. Una lástima, el primer caso en donde

aparece la APC no dice cuál es su sustento y tampoco su justificación, veamos otro.

- En el caso Anicama (Exp. No. 1417-2004-AA/TC) ya aparece expresamente la APC que comenta el profesor Mendoza. Él afirma que el TC parte de un principio “*conforme al cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (...)*”. Una vez más la frase no ayuda a llenar los vacíos y ni siquiera es posible determinar cuál es el principio al cual se hace referencia. Lo que sería lamentable es que éste consista en la concepción decimonónica del proceso según la cual las normas procesales sólo son las que regulan las “formas” de los actos materiales, razón por la cual se puede “flexibilizar” su empleo.
- En la página 29 de la ponencia se afirma: “*La diferencia sobre el petitum se da cuando se consigna un petitum erróneamente (...)*”. Sin duda el profesor Mendoza tiene derecho a desinteresarse por el derecho procesal pero, si decide referirse a él, surge el imperativo moral ante sus lectores de leer (y entender) siquiera un manual sobre la materia. No voy a explicar en este trabajo qué es *petitum* y qué es petitorio, sin embargo, no puedo negar que lo descrito produce un grave desencanto respecto a la calidad de los estudios jurídicos comentados y, aun cuando no se puede generalizar, una incertidumbre sobre el grado de seriedad de lo que se esté haciendo en el TC.
- Y lo que sigue es la cereza de la torta. La bibliografía utilizada por el profesor Mendoza tiene dos títulos en nuestro idioma, ambos pertenecen a la profesora Patricia Rodríguez-Patrón. El primero es su trabajo en borrador, por así decirlo, publicado en una revista en el 2001 y luego su libro –con información corregida– sobre el mismo tema que data de 2003 y que hemos citado en este trabajo.

A lo largo de su primer trabajo la autora ha empleado la frase autonomía procesal empleando comillas, dando razones sobradas para hacerlo (que es una categoría discutible, que en estricto no es autonomía, que su legitimidad es precaria, entre otras). Y en su obra definitiva, la doctora Rodríguez-Patrón la denomina: *La “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*, es decir, tal como se ha explicado en este trabajo, la autora ratifica su posición sobre la precariedad de la institución.

Sin embargo, aunque parezca increíble, el profesor Mendoza ¡le ha quitado las comillas al título del libro!, es decir, ha variado sustancialmente el contenido y la opinión de la autora con el simple expediente de alterar el nombre de su obra en la bibliografía y a lo largo de su trabajo. ¿Qué pensaría el doctor Mendoza si en este trabajo empiezo a llamarlo “doctor” Mendoza? Sería un agravio que descalifica severamente al que lo hace y no al que lo soporta.

En cualquier caso, el propósito de este apartado no es otro que develar el uso de la Autonomía Procesal Constitucional como fundamento para los estropicios causados en muchas de las sentencias que viene expidiendo el TC. Éstos se vienen cometiendo tomando a la “AP” como fundamento cuando, en realidad, se trata de una vulgar coartada multiuso.

¹ La sentencia recaída en el Exp. No. 006-2006-PC/TC es, en este extremo, paradigmática. Hay quince (15) autocitas (“como ya lo ha dicho este colegiado”; “Tal como lo ha establecido este colegiado”; “Ya en sentencia anterior, el Tribunal ha señalado”; “tal como se ha señalado anteriormente”; etc.). Tratándose de una sentencia de treinta y un (31) páginas, las autocitas o autoreferencias resultan un número significativo, lo que se agrava cuando se aprecia que la “técnica” suele ser utilizada en las incidencias que, precisamente, reclaman la fundamentación más sólida.

² “Por lo demás, los mismos desarrollos históricos más recientes, esto es, los desarrollos que han conducido a las codificaciones del siglo último y especialmente a las de este siglo, y aun cuando sean desarrollos propios de estados singulares, no carecen, sin embargo, de una dirección común y, me atrevería a decir, de una ideología común por la cual, más o menos evidentemente, aparecen inspirados todos ellos; de manera que suele afirmarse que se tiene no sólo una matriz común, sino además una comunidad tendencial en las directrices de desarrollo y de superación de aquella matriz común. Es precisamente éste uno de los más interesantes fenómenos de la historia antigua y moderna de los ordenamientos procesales europeos: éstos, que en los siglos del nacimiento y de la afirmación de los varios Estados nacionales, han manifestado sobre todo una fuerza por decir así *centrífuga* de diferenciación de la matriz originaria –la matriz de la que en seguida hablaremos– están ahora manifestando nuevamente un cambio por decir así una fuerza *centrípetas* de unificación que permite entrever directamente, en embrión, la formación en la Europa Occidental de un unificado ‘derecho procesal europeo.’” (CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el Derecho Comparado*. Buenos Aires: EJE. 1973. p. 11).

³ “Le frontiere fra gli stati, che all’inizio del XX secolo rappresentavano delle barriere formidabili, tanto per i rapporti giuridici ed economici, quanto per quelli linguistici e culturali, hanno visto ridurre tale loro funzione, sia per l’incremento degli scambi commerciali e culturali, sia per la diretta penetrazione di forme di comunicazione proveniente d’oltre frontiera che gli stati sono risultati incapaci di impedire.
(...)”

Il confronto fra gli assetti organizzativi derivanti dagli ordinamenti giuridici dei singoli stati è divenuto così un tema di riflessioni quotidiana per chiunque e profondi movimenti politici o economici si sono sviluppati in modo spontaneo, al di fuori delle decisioni degli organi costituzionali degli stati, che in taluni casi ne sono stati anzi travolti.
(...)”

Soprattutto a partire dalla seconda metà del XX secolo, hanno assunto così un’importanza crescente gli organi giurisdizionali –ed in particolare i giudici costituzionali e internazionali– ed anche altri soggetti indipendenti rispetto alle autorità statali che esprimono il nucleo centrale del potere politico.
(...)”

Per effetto di questi fattori evolutivi, la funzione del diritto comparato ha cessato di essere una funzione di ordine esclusivamente culturale e si sono manifestate situazioni -ben più frequenti ed importanti di quelle regolate dal diritto internazionale privato- nelle quali norme vigenti in altri paesi, proprie di tradizioni culturali di altri paesi (o comuni ad altri paesi), sono venute ad esercitare, nell'interpretazione o nell'applicazione del diritto positivo, un ruolo che all'inizio di questa vicenda sarebbe stato per esse impensabile." (PIZZORUSSO, Alessandro. *Comparazione Giuridica e Sistema delle Fonti del Diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore. 2005. pp. 29 y 30).

⁴ Rodríguez-Patrón, Patricia. *La "Autonomía Procesal" del Tribunal Constitucional*. Madrid: Thomson-Civitas. 2003. p. 17.

⁵ "Artículo 35. El Tribunal Constitucional Federal puede determinar en su resolución quién la ejecuta. También puede regular en el caso concreto la forma de ejecución."

⁶ "En general, se obtuvo una impresionante tradición de jurisprudencia del Tribunal Constitucional con respecto a su Derecho procesal en la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional. Desde la teoría constitucional puede resumirse en la fórmula: 'Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado' y cada vez más la Ley del Tribunal Constitucional como 'ley de pluralismo y participación': los órganos constitucionales autorizados para participar deberían hacer uso de sus posibilidades de participación en los procesos constitucionales.

La autonomización del Derecho procesal constitucional ha llegado a tal punto frente a otras normas procesales, que parece imprescindible frente a las tareas de la legislación constitucional, según la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional. El Derecho procesal constitucional no sólo debe ser entendido técnicamente. El Tribunal Constitucional ha desarrollado grandes logros en el refinamiento de los instrumentos de información y de participación: en el sentido de 'información a través del pluralismo'. También es ejemplar el uso de los métodos de interpretación frente a la casuística, la flexibilidad, la falta de desarrollo doctrinario y de su adaptación al 'asunto del Derecho procesal constitucional', sin que ello vaya en desmedro de los 'principios' y los tópicos recurrentes y sin que el costo signifique 'tendencias de ablandamiento'. Lo mismo vale para la interpretación integral 'procesal interna' de las normas particulares de la Ley del Tribunal Constitucional. Cabe destacar especialmente los efectos retroactivos de las normas de la Ley del Tribunal Constitucional sobre la interpretación de la Ley Fundamental." (HÄBERLE, Peter. *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Lima: Palestra-Asociación Peruana de Derecho Constitucional. 2004. pp. 49 y 50).

⁷ Rodríguez-Patrón, Patricia. Op. Cit. p. 35.

⁸ Rodríguez-Patrón, Patricia. Op. Cit. p. 45.

⁹ "Nelle organizzazioni giuridiche moderne, le norme sono i significati che si attribuiscono ai documenti delle leggi e degli altri atti normativi giuridici. A questa attribuzione di significato si dà il nome di interpretazione. L'interpretazione riguarda anzitutto ciascun singolo documento, e successivamente le combinazioni di documenti e le combinazioni di significati, nonché, tendenzialmente, la combinazione di tutti i documenti normativi che fanno parte di un sistema giuridico e di tutti i loro significati. Quando le combinazioni sono molto articolate, sembra talvolta che l'interpretazione non consista, propriamente, in una attribuzione di significato ai documenti normativi, bensì in una ricerca di norme *oltre* i documenti: in questi casi talvolta si parla di 'ricerca del diritto'; talvolta invece sembra che l'interpretazione consista nello *scegliere, tra* i documenti normativi, quello (o quel suo segmento rappresentato da un enunciato) cui attribuire un significato, traslasciando gli altri; in questo caso si parla di 'individuazione della norma'. Ma, anche in questi casi, l'interpretazione prende le mosse da un documento, o da più documenti, che si presume esprimano norme, e il primo passo consiste nell'attribuzione di significato a un documento normativo e agli enunciati in cui esso si suddivide." (TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè Editore. 1980. pp. 102 y 103).

¹⁰ "Los teóricos que recientemente se han ocupado del problema de las 'lagunas' en el derecho admiten, en general, que su elucidación requiere que se tome en cuenta la noción de 'sistema de normas'. De esta forma, pareciera que el problema en cuestión puede ser referido al análisis de la completitud, en tanto propiedad formal de los sistemas normativos. Lo que supone que la idea de sistema puede constituir el punto de partida de un modelo teórico viable para la comprensión del conjunto normativo denominado 'derecho'. Así, en un conocido artículo, Norberto Bobbio afirma que la categoría de la 'laguna' no es más que el reverso de la noción de completitud referida a un sistema de normas jurídicas. Esto es así, justamente, porque la afirmación de que el derecho tiene lagunas equivale a decir que es incompleto." (CARACCILO, Ricardo. *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho*. México DF: Distribuciones Fontamara. 1999. p. 25).

¹¹ "Artículo IX. Aplicación Supletoria e Integración. En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias

citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina.”

¹² “18. No es posible tampoco establecer una distinción neta entre el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho, pues el uso de la analogía implica siempre la *generalización* a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico, es decir, presupone la creación (o, si se quiere, el reconocimiento) de un principio general. Sí podría hablarse, sin embargo, de un uso más o menos amplio de los principios o, mejor, de principios normativos extraídos de una norma (*analogía legis*), de un grupo de normas, por ejemplo, las que se refieren a una determinada institución (*analogía iuris imperfecta*), o de las normas del ordenamiento jurídico en su conjunto (*analogía iuris*). En todo caso, en los supuestos anteriores, la analogía sería el procedimiento discursivo y los principios un material necesario del mismo. Ciertamente, los principios no se utilizan únicamente para integrar lagunas, sino también para interpretar el Derecho, dictar nuevas normas, etc. Sin embargo, en todos estos supuestos la utilización de los principios exige argumentaciones de tipo analógico.” (ATIENZA, Manuel. *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas. 1986. pp. 184 y 185).

ADMISIBILIDAD, PROCEDENCIA Y FUNDABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL PERUANO

JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS*

Resumen:

El autor desarrolla lineamientos para el uso adecuado de las categorías: admisibilidad, procedencia y fundabilidad. Parte de la idea que el común denominador de las tres categorías es el ser actos decisorios, y de la premisa que la cuestión, es la situación procesal donde se suelen confrontar las posiciones de los adversarios.

Para encuadrar las tres categorías, distingue la cuestión principal de las cuestiones previas. A partir de ello establece, que la fundabilidad es la categoría para decidir un aspecto de fondo y que la procedencia y la admisibilidad se utilizan para decidir aquello que no concierne al aspecto fondal de la cuestión; agregando que la distinción entre estas últimas incide sobre las consecuencias procedimentales que acarrearán. Se refiere así, a que tanto la improcedencia como la inadmisibilidad constituyen una declaración de invalidez, siendo en la primera de carácter insubsanable; mientras que en la segunda la declaración de invalidez es provisional, es decir subsanable y superada ella nace el derecho de la parte a un pronunciamiento fondal.

Palabras clave: Admisibilidad, procedencia, fundabilidad, cuestión previa, cuestión principal, actos decisorios.

Abstract:

The author develops the outlines for the proper use of the following categories: admissibility, proceeding and sustainability. He sets out from the idea that the common denominator of the three categories is them being decision-making acts, and from the premise that the matter is the procedural situation where the confrontation of the adversaries' positions usually takes place.

To establish the three categories, he distinguishes between the matter in issue and the matter precedent. From this he establishes that the sustainability is the category needed to decide the main aspect and that the origin and admissibility are used to decide that which does not concern the main aspect of the matter. He adds that the distinction between the last two affects the procedural consequences they entail. He also indicates that both inopportuneness and inadmissibility constitute a declaration of invalidity, the former being of irreparable character whereas when it comes to the latter the declaration of invalidity is provisional, that

* Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y socio principal del Estudio Monroy abogados.

is, reparable, such that when overcome the right to the declaration of the main aspect is born.

Key words: Admissibility, proceeding, sustainability, matter in issue, matter precedent

Sumario:

1. Nota preliminar. 2. Ámbito común de aplicación y examen de los criterios tradicionales para la clasificación de las cuestiones en el proceso. 3. Estructura interna del concepto cuestión en el derecho procesal y criterios base para la distinción de las categorías bajo estudio. 4. Utilización simultánea de más de una categoría bajo examen. Un breve comentario sobre la distinción entre cuestión, procedimiento simple y compuesto, subprocedimiento/incidente y fase. 5. Conclusiones.

1. NOTA PRELIMINAR

Si se intentara establecer una jerarquía en función del valor dogmático de los temas que devienen en objeto de investigación de los procesalistas contemporáneos, la cuestión referida a la distinción conceptual entre admisibilidad, procedencia y fundabilidad –o los variados nombres que a estas categorías se le otorguen en otros ordenamientos– ocuparía un lugar secundario, casi marginal. Si, por otro lado, la prelación se efectuara en razón del valor práctico de esta distinción, entonces el tema ubicaría una posición predominante. En efecto, casi no existe resolución judicial que no se pronuncie utilizando cualquiera de aquellos términos y, así mismo, no hace falta ser un profundo conocedor de nuestra realidad forense para advertir que, hasta la fecha, los usuarios de la justicia y los jueces, en el mejor de los casos, sólo tienen una idea aproximada y netamente empírica sobre el significado, alcances y límites de tales categorías procesales.

En efecto, si partimos de la constatación de que todo acto procesal de parte que contiene una petición (demanda, apelación, excepción, etc.) que, al generar una cuestión, es pasible de ser calificada con alguna de tales categorías y que ello constituye un requisito sine qua non para el normal desenvolvimiento del proceso, entonces resultará fácil advertir que el problema planteado requiere, con urgencia, ser abordado en términos razonablemente claros.

Hasta la fecha, a casi catorce años de vigencia del Código Procesal Civil, resulta evidente que tales conceptos han adquirido un significado más o menos definido, sin embargo, tal situación lejos de excluir el debate, impone que la

doctrina reflexione, profundice en la materia y otorgue mayores elementos para el análisis.

No podemos concluir esta introducción sin apuntar que el comportamiento todavía inestable del Tribunal Constitucional, sobre todo cuando enfrenta cuestiones procesales vinculadas al amparo, la nueva regulación de los procesos contencioso-administrativos o la inusitada importancia que ha adquirido en el último decenio el arbitraje, añaden un motivo determinante para la realización del presente estudio: nada contribuye más a la consolidación del sistema procesal, es decir, al sistema a través del cual se tutelan los derechos en nuestro ordenamiento que la armonización de sus categorías jurídicas fundamentales, de aquellas que están más allá de cualquier particularidad surgida de cada diseño procedimental y que, en buena cuenta, componen lo que solemos denominar teoría del proceso.

En razón de los argumentos expuestos, en las próximas líneas intentaremos desarrollar algunos lineamientos bajo los cuales consideramos posible un uso adecuado de tales categorías. Si bien el presente análisis no busca agotar el tema, ello no nos exime de plantear nuestra posición al respecto.

2. ÁMBITO COMÚN DE APLICACIÓN Y EXAMEN DE LOS CRITERIOS TRADICIONALES PARA LA CLASIFICACIÓN DE LAS CUESTIONES EN EL PROCESO

Las tres categorías comparten el mismo ámbito de aplicación porque son utilizadas en el contexto de un procedimiento (civil o penal, público o privado, etc.) y, dentro de éste, de manera exclusiva por parte del juez. A su vez, tienen el común denominador de tratarse de categorías cuyo uso se concreta sólo en actos decisorios, sin importar si concluyen el proceso; pueden de impulso, disciplinarios o de cualquier otra subespecie.

Ubicados ya en el plano procedimental, podemos decir que los actos decisorios son los que ponen fin a una cuestión suscitada a iniciativa de cualquiera de las partes o, eventualmente, del juez. Regularmente, dado el carácter dialéctico propio de la actividad litigiosa, el momento decisorio se configura luego de que cada una de las partes ha expuesto su posición respecto de las cuestiones que se van configurando a lo largo del procedimiento. A dicho desarrollo dialéctico, donde las partes hacen uso indistinto (de acuerdo a las etapas del procedimiento) de sus derechos de petición y de defensa, situado en un marco

donde se debe observar la paridad de armas (igualdad procesal) se le denomina contradictorio y, como se sabe, es la expresión concreta de uno de los más cualificados principios constitucionales del proceso¹. Sin perjuicio de lo dicho, manteniendo el discurso en el ámbito indicado, resulta pertinente recordar que la jerga forense suele denominar a este fenómeno con la expresión sustanciación; por eso se suele decir que, salvo excepciones, no existe decisión válida sin sustanciación².

Como ya se adelantó, partimos de la premisa de que toda situación procesal controvertible, provocada por la parte o de oficio, que concluye con una decisión se denomina cuestión. Se trata de un concepto clave para entender la estructura y el funcionamiento de los procedimientos y, por tal razón, ha sido objeto de las más diversas clasificaciones. Aunque éste no es el momento de realizar un análisis exhaustivo al respecto, no podemos dejar de aludir a la clásica división cartesiana entre cuestiones procesales y cuestiones de mérito según versen, respectivamente, sobre aspectos de forma o de fondo.

La bipartición forma/fondo es el criterio más difundido y enraizado en la dogmática procesal y en la práctica forense de los últimos dos siglos. La razón de su éxito se centra en su simpleza y relativa utilidad: todo lo referido al acogimiento (o no) de la pretensión contenida en la demanda es fondo; todo lo demás es forma. Sin embargo, las carencias sustanciales de tal clasificación son evidentes. No sólo deja sin resolver problemas interpretativos fundamentales, sino que falsea la realidad, mucho más compleja, del procedimiento.

Dos ejemplos bastarán para demostrarlo:

- a. el auto que declara fundada una excepción de falta de legitimidad para obrar activa no se pronuncia sobre el fondo del proceso, pero está muy lejos de ser una simple cuestión de forma. La legitimidad para obrar es una de las instituciones base del derecho procesal, a través de la cual se determina la aptitud de las partes para obtener un pronunciamiento válido sobre el fondo, en función de la titularidad que aquéllas alegan respecto del derecho discutido. Sin embargo, su correcto encuadramiento en el marco de la teoría del proceso y su adecuada aplicación en la variada casuística judicial puede llegar a niveles tales de sofisticación que la convierten en una figura sumamente compleja, objeto de permanentes y profundos análisis por parte de la doctrina. Siendo así las cosas, afirmar que la deducción de una excepción de falta de legitimidad para obrar da lugar a una cuestión de

“forma” no es insuficiente, sino errado. Tanto el Derecho Procesal como el Derecho Material contienen, por un lado, un gran y complejo acervo de información dogmática e histórica, teorías, categorías, instituciones y principios que componen su fondo y, por el otro, un conjunto de mecanismos a través de los cuales, ambas ramas, se expresan en el mundo físico: tiempo (plazos y términos), forma (oral o escrita), espacio (despachos judiciales), etc., todo lo cual se suele denominar, con expresión laxa, forma. Así, por citar un par de ejemplos, la formalidad ad substantiam de un contrato o los requisitos de la demanda constituyen la forma de los actos jurídicos materiales y procesales, respectivamente. Mientras que los principios que gobiernan la interpretación de los contratos o instituciones como la sentencia o la acumulación componen el fondo de ambas ramas del Derecho, Material y Procesal, respectivamente. En conclusión, distinguir las decisiones judiciales entre las que se pronuncian sobre la forma y el fondo es expresión de una mirada tan pobre que elimina cualquier posibilidad de apreciar el fenómeno procesal, sea a nivel teórico o a partir de un caso concreto, en sus auténticas dimensiones.

- b. Aún obviando la crítica atrás realizada, los emparejamientos cuestión procesal/forma y cuestión de mérito/fondo resultan igualmente equívocos. Comencemos por el último: en un proceso de revisión civil por fraude procesal (art. 178° CPC) la sentencia que declare fundada o infundada la demanda hará referencia a la existencia o no de dicha actividad dolosa, es decir, será una cuestión de mérito que, sin embargo, tendrá como contenido una cuestión puramente procesal, mal llamada “de forma”. Por otro lado, la deducción de una cuestión prejudicial, como el caso de los incidentes de inconstitucionalidad previstos por ordenamientos como el italiano o brasileño, dará lugar a que una cuestión incidental, previa a la expedición de la sentencia, típicamente considerada “de forma”, sea considerada, sin lugar a dudas, una cuestión de derecho material, a pesar de no estar ligada directamente a la calificación sobre la fundabilidad de la sentencia (cuestión de mérito). En otras palabras, estamos ante una cuestión que no es “de forma”, pero que, a pesar de resolver una cuestión de estricto derecho material (la constitucionalidad de una norma), tampoco resulta “de mérito”, por ser tan sólo prejudicial a ésta³.

Demostrada la imposibilidad de comprender el fenómeno procesal a partir de la distinción forma y fondo, analicemos otro criterio que intenta superar esta limitación.

Un sector importante de la doctrina suele hablar de cuestiones previas (subdivididas en cuestiones preliminares y cuestiones prejudiciales) cuya contrapartida sería la cuestión principal. En las primeras se encontrarían todos los incidentes necesarios para el desarrollo del proceso y para la expedición de una sentencia válida sobre el fondo⁴, mientras que la segunda haría alusión, única y exclusivamente, al objeto del proceso, es decir, al contenido de la demanda o, mejor aún, para expresarnos en los términos más claros posibles, a lo que será declarado fundado o infundado al momento de expedirse la sentencia. Por último, ambos criterios clasificatorios pueden ser mezclados, con lo cual podríamos tener cuestiones previas procesales y cuestiones previas de mérito.

Como se puede deducir de lo dicho, a pesar de partir de una lógica elemental e incuestionable (distinguir la cuestión de mérito de todas las cuestiones previas o incidentales), el elevado grado de sistematicidad al que se intenta llevar la clasificación sólo es posible concebirlo en el mundo de las ideas. En efecto, la presunta irreductibilidad que se pretende atribuir a algunos conceptos (p.e., cuestión previa procesal) colapsa cuando se confronta con el mundo real, desapareciendo el orden y la claridad, convirtiéndose a aquellos tan sólo en criterios aproximativos, antes que en criterios de determinación (tal como fueron originalmente concebidos) para el análisis e interpretación del proceso⁵. Por ejemplo, cada día se torna más difícil y hasta en algunos supuestos carente de sentido establecer una división tajante entre Derecho Material y Procesal; ¿cómo calificar –por citar un ejemplo– un incidente de carácter probatorio?⁶ o, luego de un exhaustivo análisis, ¿cuál sería la utilidad de denominar a una cuestión prejudicial procesal antes que de mérito, si casi siempre las decisiones sobre ambas son pasibles de los mismos tipos de impugnación y si ambos tipos de incidencias condicionan igualmente el contenido de la decisión final? La respuesta no siempre es la misma. En buena parte, es aquí donde se expresa el horror y la fascinación que encierra el Derecho como ciencia y por cierto nuestra disciplina. No hay respuestas exactas, menos aún, sub specie æternitatis.

Recapitulando nuestro análisis, resulta pertinente apuntar lo siguiente: el acto decisorio constituye un suceso normal del proceso que se verifica en repetidas ocasiones a lo largo de su desarrollo, es decir, desde la calificación de la demanda hasta la expedición de la resolución (auto o sentencia, según cada caso concreto) que lo concluye. Aquél pone fin a la cuestión sin importar si es procesal, de mérito, previa (incidental) o principal. Por último, si bien, dependiendo de la particularidad de los casos, los actos decisorios tienen distintos grados de

incidencia sobre el resultado final del proceso, es fundamental tener en cuenta que toda decisión judicial, de manera expresa o tácita e independientemente de la cuestión que resuelva, siempre podrá encuadrarse en cualquiera de las tres categorías que titulan el presente trabajo: admisibilidad, procedencia y fundabilidad o, como es natural, en sus respectivos antónimos: inadmisibilidad, improcedencia e infundabilidad.

3. ESTRUCTURA INTERNA DEL CONCEPTO CUESTIÓN EN EL DERECHO PROCESAL Y CRITERIOS BASE PARA LA DISTINCIÓN DE LAS CATEGORÍAS BAJO ESTUDIO

No toda crítica a una teoría o a un criterio clasificatorio tiene que implicar una eliminación in totum de éste o de aquélla. Concluir una reflexión en esos términos, es decir, destruir todo lo hecho y proponer una concepción distinta de tal o cual fenómeno jurídico, seguramente con novísimas categorías y reformulaciones de principios, sólo es sinónimo de una inaceptable inmadurez que, por citar un caso elocuente, acompañó a buena parte de los primeros procesalistas iberoamericanos del siglo XX⁷. Con cada monografía surgía una nueva teoría o concepción de la acción o de cualquier otra institución básica del proceso. El resultado previsible se concretó: el estancamiento de nuestra disciplina y su inevitable conversión en una especialidad tan teórica como poco práctica.

De los criterios para clasificar las cuestiones resulta esencial el que distingue la cuestión de fondo de todas las demás que, sin importar su contenido, son previas a aquélla o, si se quiere, incidentales. Tanto el procedimiento que se inicia como producto de la deducción de una excepción o una defensa previa, como la tacha u oposición de un medio probatorio suponen la configuración de una cuestión previa o incidental respecto de la cuestión principal, que se inicia con la interposición de la demanda y que, al menos en potencia, aspira a concluir con la expedición de una sentencia.

Pero no sigamos ahondando en un tema referido más a la estructura del procedimiento que al contenido de los actos decisorios. Sólo rescatemos esta idea: así como un procedimiento puede contener, además de la cuestión principal, cuestiones incidentales, una cuestión, en sí misma entendida, sea cual fuere su contenido, también tiene en su interior un aspecto de fondo y otro u otros instrumentales a aquél, los cuales se comportan, en su gran mayoría, como requisitos de validez de la cuestión misma, pero que, con mayor precisión,

pueden ser concebidos como requisitos para un pronunciamiento válido sobre el aspecto de fondo. En otras palabras, por más simple o sofisticada que ésta pudiera resultar, la estructura interna básica de toda cuestión procesal está conformada por elementos de fondo y elementos de validez (del pronunciamiento fondal). Ahora bien, la ausencia o defecto de un requisito de validez impide que la cuestión cumpla su tránsito fisiológico regular, es decir, que concluya con un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión misma. Veamos algunos ejemplos: a) la deducción de una tacha u oposición da lugar a una cuestión donde se discute la idoneidad de un medio probatorio, buscándose evitar que éste pueda utilizarse para la dilucidación del objeto del proceso. En consecuencia, el acogimiento o rechazo de cualquiera de tales remedios probatorios constituye propiamente su aspecto de fondo (p.e., fundada la tacha, infundada la oposición, etc.). Sin embargo, al igual que sucede con cualquier medio impugnatorio, la deducción de los remedios probatorios se encuentra sujeta a un plazo u oportunidad determinada (art. 478.1, 491.1 y 553 CPC), con lo que, de no deducirse aquellos en el momento adecuado, no será posible que el juez se pronuncie sobre el fondo del pedido, expidiendo una decisión meramente inhibitoria al momento de dar por finalizado el incidente (improcedente la tacha); b) una de las funciones básicas del recurso de queja es fungir de garantía a la parte que ha visto rechazado su recurso de apelación o de casación, sin poder acceder al órgano jurisdiccional superior para que examine su causa. En consecuencia, una estimación del recurso de queja supone habilitar la posibilidad de que se examine el fondo de la apelación o casación, originalmente frustrada, por parte del juez competente. Éste es el fondo del recurso. ¿Qué pasaría si en un determinado caso se interpone queja directamente ante el órgano superior sin antes haberse apelado? El juez de la queja estaría de calificar el fondo de ésta, pues la ausencia de apelación supone el incumplimiento de un requisito esencial para la validez del incidente iniciado con aquélla: su adecuación⁸.

Los ejemplos citados abonan nuestra hipótesis en el sentido de que toda cuestión se encuentra compuesta por un aspecto de fondo y otros referidos a la validez misma de un eventual pronunciamiento fondal. Ahora bien, la mayor parte de los requisitos de validez se encuentran ligados al plano procedimental; sin un procedimiento regular se desvirtúa la posibilidad de que se resuelva una cuestión con una decisión sobre el fondo. En este sentido, dado que todo procedimiento se compone de un conjunto de actos concatenados que tienen como objetivo la dilucidación del aspecto de fondo, resulta pertinente añadir una nueva premisa a nuestra construcción: toda invalidez que se produzca

durante el desarrollo del procedimiento, de no ser subsanable, frustra la posibilidad de que se expida un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión planteada. Más aún, si se llegara a expedir el acto decisorio que pone a fin a la cuestión y, luego de aquél, se verificara la invalidez total o parcial del procedimiento, el pronunciamiento será igualmente inválido. El único límite lo constituye la decisión que adquiere la autoridad (sentencia) o, según previsión expresa de la ley, los efectos (el auto que concluye el proceso y laudo arbitral) de la cosa juzgada.

Bajo estos lineamientos es posible ensayar la primera respuesta a la interrogante que plantea el presente estudio: la fundabilidad o no de una cuestión está reservada para los casos donde se resuelva el fondo de aquélla. Por ello, no es casual que ambas palabras compartan una misma raíz gramatical. De este modo, una demanda, una excepción o una tacha se declararán fundadas o infundadas cuando el pedido concreto contenido en cualquiera de aquellos actos de parte haya sido acogido o rechazado. En ciertas ocasiones, sin embargo, la costumbre hace que se omitan estas expresiones en la resolución judicial, sin que ello desnaturalice el verdadero carácter de la decisión, es decir, que constituya un pronunciamiento sobre el fondo. Así, por ejemplo, en el caso de una decisión sobre un pedido cautelar, el juez no lo calificará “fundado” o “infundado”, a pesar de que, en estricto, ello es lo correcto, sino resolverá diciendo “concédase” o “improcedente” la “medida cautelar”. En el primer caso no hay mayores inconvenientes. A pesar de no constituir una expresión técnica, la “concesión” puede admitirse como sinónimo válido de “fundabilidad”. En cuanto a la “improcedencia” cautelar, el tema sí es problemático pues, como veremos a continuación, la procedencia es una categoría jurídica que en el marco de nuestro ordenamiento procesal posee un significado bien definido y diferenciado respecto de la “fundabilidad”. Tal como sucede con el amparo, la costumbre de declarar “improcedente” a todo rechazo del pedido cautelar, sin distingo alguno por la razón que motivó dicha decisión, está profundamente asentada en nuestro medio, pero es necesario atacarla y dejarla de lado por ser fuente de innumerables equívocos tanto en el ámbito doctrinal como en la práctica forense⁹.

Identificado el supuesto de aplicación de la “fundabilidad”, pasemos ahora a la búsqueda de los criterios-base que nos ayuden a encuadrar las categorías “procedencia” y “admisibilidad”. El punto inicial puede establecerse a partir de la siguiente premisa: todo aspecto ajeno al fondo de la cuestión y, por tanto, referido a la validez del procedimiento al que aquélla da lugar o, más genéricamente, a la validez de un eventual pronunciamiento sobre el fondo, se

resuelve en función de las categorías procedencia y admisibilidad. Si bien positivamente utilizadas ambas expresiones pueden operar, en las escasas hipótesis que ofrece el ordenamiento, como sinónimos (p.e., decir “se admite la demanda” o “se declara procedente el recurso de casación” es declarar válido, hasta ese momento, el procedimiento al que han dado lugar cada uno de aquellos pedidos y encamarlo hacia su desenlace regular: el pronunciamiento sobre el fondo¹⁰), en el plano opuesto, sin embargo, improcedencia e inadmisibilidad poseen significados distintos: el primero sirve para denunciar la existencia de una invalidez cuyo defecto invocado es considerado insubsanable y que, en consecuencia, al igual de lo que sucede con la infundabilidad, pone fin al procedimiento. En cambio, con la inadmisibilidad el juez –ex officio o a pedido de parte– expide una declaración provisional de invalidez por medio de la cual, sin concluir con el procedimiento, otorga un plazo para remover el defecto que la provocó, por considerar que la situación es subsanable. De producirse la subsanación, habrá nacido en el juez el deber de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. Por el contrario, agotada la oportunidad para sanear el vicio identificado con la declaración de inadmisibilidad, en razón del principio procedimental de preclusión que gobierna el ordenamiento procesal nativo, la cuestión habrá de concluirse con un pronunciamiento de improcedencia, pues lo subsanable se habrá convertido en insubsanable.

4.UTILIZACIÓN SIMULTÁNEA DE MÁS DE UNA CATEGORÍA BAJO EXAMEN. UN BREVE COMENTARIO SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE CUESTIÓN, PROCEDIMIENTO, SUBPROCEDIMIENTO/INCIDENTE Y FASE

Es común apreciar en la práctica forense que en una sola decisión judicial se utilice más de una de las tres categorías analizadas en el presente estudio. Por ejemplo, el auto que declara fundada la excepción de incompetencia por materia y, a la vez, improcedente la demanda parecería contradecir lo que hemos venido señalando, en el sentido de que lo fundado, lo procedente y lo admisible tienen un contenido y un ámbito de aplicación específicos y diferenciados entre sí. Sin embargo, tal percepción inicial queda desvirtuada luego de una meditación más profunda. Veamos.

En primer lugar, luego de haber ensayado una definición, clasificado y analizado la estructura interna de la cuestión, que podríamos considerarla como la situación jurídica procesal sobre la que recae un acto decisorio, resulta necesario ubicar dicha figura en el contexto general de la estructura del proceso.

No es el caso desarrollar a profundidad el tema, sino simplemente, para los fines del presente trabajo, limitarnos a destacar que el procedimiento, como manifestación concreta del proceso, constituye el concepto matriz a partir del cual se analiza la estructura de aquél. Todo proceso contiene al menos un procedimiento que es el que va desde la interposición de la demanda hasta la expedición de la resolución que le pone fin. Eventualmente pueden surgir otros procedimientos subalternos, denominados incidentes o subprocedimientos, que cumplen funciones específicas de acuerdo al diseño legislativo previsto por cada ordenamiento. Por ejemplo, en el caso peruano, al procedimiento principal se le pueden sumar el cautelar o el destinado al tratamiento de las excepciones.

Ahora bien, es factible afirmar que todo procedimiento, principal o incidental, contiene al menos un tipo de cuestión, la principal. Los que tienen esta característica se denominan simples. Por ejemplo, el escrito defensivo donde se deduce más de una excepción o el pedido cautelar en el que se solicita una medida de embargo en forma de inscripción y otra de secuestro conservativo respecto de un mismo bien, dan lugar, cada uno, a un subprocedimiento con más de una cuestión, pero no por ello dejarán de ser simples, pues contienen cuestiones de un mismo tipo, principal¹¹. Por ello, definiendo a contrario, es acertado sostener que los procedimientos simples son aquellos que carecen de cuestiones previas: en el Perú, los subprocedimientos o incidentes, según se prefiera, son simples. No es posible generar articulaciones en su interior.

Por su parte, los procedimientos que contienen (por lo menos, potencialmente) más de un tipo de cuestión son los llamados complejos: el proceso judicial es el procedimiento complejo por antonomasia. En estos casos, como ya lo adelantamos al inicio del presente trabajo, el procedimiento se compone de una cuestión principal y otra u otras denominadas previas. Aquí, a su vez, cabe destacar lo siguiente: si bien no existe procedimiento sin, al menos, una cuestión (¡la principal!), las cuestiones previas pueden desarrollarse sin necesidad de un procedimiento ad hoc. Este hecho, lejos de poseer una significación dogmático conceptual, obedece simplemente a criterios de opción legislativa que, sin embargo, resulta útil no perderlos de vista. En el ordenamiento peruano, por ejemplo, los pedidos de improcedencia de la demanda por indebida acumulación de pretensiones o falta de interés para obrar, o la deducción de tachas u oposiciones dan lugar a cuestiones previas, sin necesidad de generar subprocedimientos. Así, podemos decir que, en realidad, toda cuestión previa genera un incidente, siendo propios aquellos respecto de los cuales el legislador prevé un subprocedimiento e impropios todos los demás.

Así como el ámbito de la cognición judicial se encuentra comprendido por la cuestión principal y las cuestiones previas, desde un plano puramente estructural, procedimiento principal, incidentes propios e impropios constituyen el universo de posibilidades sobre los que se desenvuelve el fenómeno procesal en el sentido más concreto de la expresión. Ninguno de los problemas fundamentales del proceso podrá ser afrontado con éxito si es que el jurista, acostumbrado a volar por los cielos del conceptualismo repetidor y fútil, no es capaz de bajar al llano y estudiar con la misma profundidad los problemas concretos que encierran cada una de las realidades descritas, la cognoscitiva y la estructural. Cualquier indagación sobre algún principio o categoría procesal debería aterrizar en aquéllas, bajo pena de no ser tomadas en serio por ninguno ¡Cuánta falta la hace a nuestra disciplina estudios semejantes! Ésta vez la responsabilidad no sólo es nacional. Por ahora no profundicemos más en el asunto y volvamos a nuestro análisis.

A efectos de que puedan ser mejor comprendidos los alcances de la clasificación que venimos esbozando, en el proceso civil peruano, por citar un ejemplo cercano, los únicos procedimientos complejos son los que se inician con la interposición de una demanda (de conocimiento, ejecutiva, tercería), todos los demás casos, es decir, los incidentes o subprocedimientos son simples.

Con estas premisas estamos en condiciones de dar respuesta a la interrogante planteada el inicio del presente apartado: ¿en qué circunstancias una resolución judicial utiliza, correcta y simultáneamente, más de una de las categorías fundabilidad, procedencia y fundabilidad? Siendo consecuentes con lo dicho hasta aquí, la respuesta resulta obvia: a) en casos donde, estando ante un procedimiento simple con varias cuestiones principales, el juez se encuentra en el deber de pronunciarse, en el fondo, respecto de cada una de ellas; b) en casos donde, estando ante un procedimiento complejo, el juez resuelve una cuestión previa (preliminar o prejudicial) cuyo resultado influye fatalmente sobre el procedimiento principal, llevándolo hacia su conclusión¹². El ejemplo no se limita al referido líneas atrás sobre la excepción perentoria que es declarada fundada, pues también se equipara a tal consecuencia el caso en el que el recurso de apelación de sentencia interpuesto por el demandante derrotado en primer grado es declarado fundado y, en consecuencia, revocándose la apelada, se declara fundada la demanda. Se trata de una doble fundabilidad contenida en una misma resolución, perfectamente justificada por lo demás: la primera concluye la cuestión

provocada por el recurso de apelación; la segunda se pronuncia sobre el procedimiento principal que nunca se bifurcó, sino que, con la apelación, ingresó a una segunda fase¹³.

5. CONCLUSIONES

Delineadas ya, de manera general, las directrices a partir de las cuales se aplican las categorías objeto del presente estudio, podemos dar por concluida esta reflexión inicial sobre una materia que si bien formalmente está circunscrita al ámbito de la eficacia de los actos decisorios, por ser parte de la teoría general de nuestra disciplina, extiende sus alcances hacia toda la compleja trama de principios, instituciones y categorías que dan contenido al fenómeno procesal.

Creemos poder sintetizar las ideas expuestas en las siguientes proposiciones conclusivas:

- Las categorías admisibilidad, procedencia y fundabilidad se aplican en el ámbito de los actos decisorios, es decir, son inherentes a la actividad del juzgador.
- La cuestión es la situación procesal –originada a iniciativa de parte o, eventualmente y siempre que ello fuera posible, por el juez– donde se suelen confrontar las posiciones de los adversarios que, en los casos regulares, concluye con un acto decisorio.
- Dentro de toda la inmensa masa de categorías procesales, la cuestión es la partícula atómica que debemos aislar, identificar y desentrañar a efectos de utilizar adecuadamente las tres categorías bajo examen. El error más común que comete todo operador jurídico consiste en aplicar dichas categorías a fenómenos procesales que le son ajenos: no se discrimina en función del tipo de procedimiento (principal o incidental) ni del tipo de cuestión (principal o previa), sino, agudizando aún más nuestro lente cognoscitivo, en función del aspecto interno de la cuestión misma sobre el cual recae la decisión. La cuestión sólo posee dos: el aspecto de fondo, que se resolverá en clave de fundabilidad y en aspecto ligado a la validez del procedimiento sobre el cual se desarrolla la cuestión misma y sin el cual no es posible un pronunciamiento sobre el fondo, donde se utilizarán las categorías procedencia y admisibilidad.
- Las cuestiones se suelen presentar a lo largo de todo el proceso y son objeto de múltiples divisiones. La más convincente o, al menos, la que mejor sirve

a efectos de un correcto encuadramiento de las tres categorías objeto del presente estudio, es la que distingue la cuestión principal, que se inicia con la demanda y está destinada a extinguirse, en las situaciones típicas, con la sentencia, de las cuestiones previas, es decir, aquéllas cuya solución deberá producirse de modo anticipado a la conclusión del proceso. Nada obsta para que, en determinadas circunstancias, la decisión de una o más cuestiones previas se consigne en la misma decisión que finaliza el proceso, sin embargo, aún en tal supuesto, éstas resultan antecedentes de la decisión sobre la cuestión principal.

- Recapitulando entonces, la fundabilidad o no de una cuestión es la categoría que utiliza el juzgador para decidir sobre su aspecto de fondo, otorgándole la razón a alguna de las partes en juicio. Se declara fundada o infundada una demanda, una excepción, una tacha, una apelación, etc.
- Por su parte, la procedencia y la admisibilidad, en forma complementaria, se utilizan para decidir sobre todo aquello que no concierne al aspecto fondal de una cuestión, sino (en la gran mayoría de casos) a la validez de ésta o del procedimiento sobre el cual se encarrila.
- La distinción entre procedencia y admisibilidad es tan sutil que sólo existe en el plano negativo y no está referida al aspecto sobre el cual inciden (la validez de la cuestión o del procedimiento que le sirve de soporte), sino a las consecuencias procedimentales que cada una acarrea. Mientras la improcedencia constituye una declaración de invalidez con carácter insubsanable pues la cuestión y, a menos que la decisión sea recurrible, el procedimiento que lo contiene habrán concluido indefectiblemente; la inadmisibilidad es también una declaración de invalidez, pero provisional, es decir, denuncia la existencia de un vicio subsanable y, por tanto, sin concluir la cuestión, permite al juzgador otorgar un plazo a la parte interesada para que elimine el defecto. Superada la inadmisibilidad nace el derecho de la parte a un pronunciamiento fondal; viceversa, concluida la etapa de subsanación sin que ésta se haya producido corresponderá, naturalmente, una declaración de improcedencia.

Éste es el cuadro general de nuestra propuesta. Estamos seguros que posteriores indagaciones sobre los alcances del ordenamiento procesal peruano y de su inagotable casuística servirán no sólo para afinar, o contrariar quizás, lo expuesto, sino para identificar nuevos niveles de desarrollo y aplicación de esta fundamental materia para los operadores jurídicos.

-
- ¹ Sobre la garantía del contradictorio y su relación con el derecho de defensa y la igualdad procesal, véase Comoglio, voz: Contraddittorio, en Digesto4, IV, Torino, 1998, p. 1 ss.
- ² Las situaciones excepcionales donde las decisiones “no sustanciadas” no se encuentran, sin embargo, viciadas de invalidez, suelen tener las siguientes características: a) están expresamente previstas por el ordenamiento y b) no suponen una violación al principio constitucional del contradictorio. Un claro ejemplo lo constituye el principio consagrado por nuestro ordenamiento procesal civil, según el cual, las medidas cautelares se conceden inaudita altera pars, es decir, con contradictorio diferido; otro, la posibilidad de rechazar liminarmente la demanda en los casos donde el juez verifique su manifiesta improcedencia (art. 427, incs. 1 y 2 CPC). En estos casos la norma excluye el contradictorio simplemente porque la contraparte no tiene ningún derecho que defender: si el juez rechaza liminarmente la demanda, la contraparte se libera del proceso sin siquiera haber participado en aquél, y es que el contradictorio no constituye una fórmula hueca o vacía que debe ser cumplida irreflexivamente en el procedimiento; es fundamental en la medida que permite a cada parte ejercer plenamente su derecho de defensa, y por esta misma razón, en los casos de examen liminar de la demanda, no existe mayor posibilidad de perjuicio para la demandada o, en el más amplio sentido de la expresión, no hay amenaza de que se le vulnere derecho alguno pues, en el peor de los casos, el juez admitirá la demanda y lo emplazará para que ejerza plenamente su derecho de defensa, integrándose así la relación procesal sobre la cual se desenvolverá la litis.
- ³ No toda cuestión de derecho material es una cuestión de mérito, no sólo porque el mérito de la causa, como decíamos, puede contener una cuestión de derecho procesal, sino porque el mérito es única y estrictamente aquello que ha sido demandado y sobre lo cual, fundada e infundada que se declare la demanda, recaerá la autoridad de la cosa juzgada. Por tanto, yerra Liebman (Manuale di diritto processuale civile⁵, Milano, 1992, I, pp. 162 y 163) cuando señala que “tutte le questioni, la cui risoluzione può essere direttamente o indirettamente influente per tal decisione, formano complessivamente il merito della causa”. Un ejemplo basta para demostrarlo: cuando en el Perú un Juez, para declarar fundada la demanda de un contribuyente, aplicando previamente control difuso, inaplica una norma de derecho tributario por considerarla inconstitucional (típica cuestión de derecho material) resulta evidente que la cosa juzgada sólo recaerá sobre el contenido de la demanda, mas no sobre la norma inaplicada. Ergo, en sede nacional el control difuso da lugar a una cuestión prejudicial (de derecho material) que, sin embargo, no forma parte del mérito de la causa.
- ⁴ “O exame das questões prévias sempre pressupõe a existência de ao menos duas questões: a que precede e subordina e a que sucede e é subordinada. Quando entre duas ou mais questões houver relação de subordinação, dir-se-á que a questão subordinante é uma questão prévia”. Didier Jr., Pressupostos processuais e condições da ação. O Juízo de admissibilidade do processo, São Paulo, 2005, p. 67.
- ⁵ A pesar del contenido marcadamente exegetico, sobre la variedad de criterios clasificatorios puede consultarse, como referencia, pero sin que ello asegure adquirir una noción clara del asunto, Denti, Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata, en Riv. dir. proc., 1969, pp. 213; Id., Ancora sull'efficacia della decisione di questioni preliminari di merito, Riv. dir. proc., 1970, pp. 560 ss., Montesano, Questioni preliminari e sentenze parziali di merito, en Riv. dir. proc., 1969, pp. 579 ss.; Id., Questioni e cause pregiudiziale nella cognizione ordinaria del codice de procedura civile, en Studi Allorio, I, Milano, 1989, pp. 885 ss. y sobre todo Garbagnati, Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali, en: Riv. dir. proc., 1976, pp. 257 ss. y bibliografía allí citada.
- ⁶ Sobre la inutilidad de la distinción entre derecho procesal y material ya escribió, con argumentos incontestables, Denti, La relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali, en Riv. dir. proc., 1964, pp. 64 ss., y publicado luego en Dell'azione al giudicato, Padova, 1983, pp. 3 y ss.
- ⁷ A propósito, dice Couture, “en Occidente un hombre se enamora de una teoría y otro de otra y ambos proceden a demostrar su teoría y el error de la adversa, con gran cultura y estupidez” (Introducción al estudio del proceso civil, Buenos Aires, 1978, p. 52; ya citado en J.J. Monroy Palacios, Teoría cautelar, Lima, 2002, p. 80).
- ⁸ “Un ordenamiento procesal regula cierto número de recursos. En cada uno de ellos se precisa para qué tipo de resolución pueden ser utilizados, sean decretos, autos o sentencias. La adecuación del recurso consiste en el deber que tiene el recurrente de interponer el recurso que corresponda atendiendo a la naturaleza de la resolución que está impugnando. Así, por ejemplo, por más trascendente que fue para una parte un decreto –el que en su opinión lo agravia y tiene error– no podrá utilizar la apelación contra él, porque este recurso sólo se concede contra los autos y sentencias”. Monroy Gálvez, Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil, en Ius et veritas, 5, 1992, p. 24; ahora en La formación del proceso civil peruano², Lima, 2004, p. 245.
- ⁹ Particularmente, sobre la necesidad de diferenciar el rechazo cautelar entre “razones procedimentales” y “razones de mérito” me permito hacer una remisión a mi Teoría cautelar, cit., pp. 326-329.
- ¹⁰ Salvo los dos casos ejemplificados, y otros pocos más, por cuestiones de economía procesal el legislador no prevé pronunciamientos expresos de procedencia/admisibilidad en la dilucidación de las cuestiones. En la

gran mayoría de casos los operadores jurídicos suelen identificar, correctamente, un reconocimiento tácito de la validez del procedimiento que contiene la cuestión (procedencia o admisibilidad) con la decisión misma sobre el fondo o mérito que recae sobre aquélla

¹¹ Nótese que la clasificación entre procedimientos simples y complejos no es incompatible con lo mencionado en el numeral 3 en cuanto a la estructura interna de la cuestión: toda cuestión posee elementos de fondo y de validez, sin importar si es principal o previa. Por ejemplo, el procedimiento al que da lugar la excepción de incompetencia por materia tiene como elemento de fondo la dilucidación sobre si el juez de la causa es idóneo, por su especialidad, para continuar haciéndose cargo del proceso judicial. Sin embargo, si la contraparte se defiende señalando que el excepcionante no ha cumplido con adjuntar el certificado de pago de tasa que por concepto de ofrecimiento de medios probatorios debía realizar, resulta evidente que, antes de pronunciarse sobre su propia competencia (fondo de la excepción), el juez deberá resolver un aspecto ligado a la validez del subprocedimiento: no puede pronunciarse válidamente sobre la excepción sin antes resolver la controversia suscitada en torno a la exclusión de los medios probatorios ofrecidos.

Sin embargo, corresponde hacer la salvedad de que, como veremos a continuación, en el caso de los procedimientos complejos, todo aspecto no ligado al fondo de la cuestión principal constituye, como producto de la tradicional organización procesal de los distintos ordenamientos del civil law, una cuestión previa, con la previsión o no, según la opción legislativa, de un subprocedimiento ad hoc para su tratamiento.

¹² “É possível que algumas questões sejam de admissibilidade, em relação a um dado procedimento, e de mérito, em relação a outro. Jamais uma mesma questão pode ser de admissibilidade e de mérito em relação a um mesmo procedimento”. Didier Jr., cit., p. 75.

¹³ Los medios impugnatorios, como género, buscan la revisión, total o parcial, fondal o sobre el plano de la validez, de una decisión, es decir, del acto judicial que pone fin a una cuestión. Por tanto, no crean un nuevo procedimiento, sea principal o incidental, sino más bien constituyen la prolongación, o fase sucesiva, del procedimiento originario. Lo que sí crea, y esto no hay cómo negarlo, es una nueva cuestión. Se trata de la cuestión parida por el medio impugnatorio, que resulta instrumental y previa respecto de la cuestión principal que es objeto de revisión. Por esta razón, por ejemplo, el juez que rechaza una apelación por extemporánea (cuestión instrumental) debe ratificar la decisión que, inicialmente, se pronunció sobre la cuestión principal, confirmando su vigencia y, a menos que el ordenamiento prevea un medio impugnatorio adicional, otorgándole estabilidad.

ANEXO

Reglas de definiciones de términos procesales que deben observarse en la expedición de Resoluciones Judiciales

RESOLUCIÓN SUPREMA – Lima, 15 de Agosto de 1978 – Vistos y CONSIDERANDO: Que al absolverse el grado se puede confirmar, revocar, anular o complementar la sentencia apelada, declarando en su caso fundada o infundada, fundada en parte, improcedente e inadmisibles determinadas peticiones, de lo cual resulta impropio usar las expresiones “con lugar”, “improcede”, “fundada o con lugar” como sinónimo de amparar, acoger o desestimar alguna pretensión; que la demanda es inadmisibles cuando no satisface las exigencias de orden formal que condicionan su admisión a trámite; que la demanda resulta improcedente si al Ley no concede acción en función de determinada situación jurídica o, porque quien la interpone o el demandado carecen de la legitimatio ad causam y, por consiguiente uno no es el titular de la acción o el otro el obligado a cumplir la ley; finalmente la demanda es fundada o infundada según se encuentre o no debidamente comprobada con el mérito de las pruebas actuadas el derecho arguido; que la nulidad se sanciona toda vez que en el desarrollo del procedimiento se incurra en vicio de nulidad insubsanable y, los actuados devienen en insubsistentes si a consecuencia de la resolución pronunciada en el Artículo de nulidad se invalida el procedimiento debiéndose en este caso reponerse la causa al estado que corresponda; que asimismo, si se declara inadmisibles la demanda es impicante y contradictoria confirmar el fallo en cuanto desestima la tacha de testigos y menos justificable que se arrije a esa conclusión, por estimar que las pruebas actuadas no acreditan los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la demanda; que por lo expuesto la recurrida no ha observado lo dispuesto en el Art. 1074, inc. 4º del Código de Procedimientos civiles, incurriendo en la causal de nulidad prevista en el Art. 1085, inc. 13º, y, Art. 1087 del acotado; declararon NULA la sentencia, MANDARON que la Sala Civil de la Corte Superior de Cusco expida nueva resolución salvándose las omisiones anotadas; en los seguidos por doña Asunta Poblete viuda de Albuca con don Ramiro Mora Trejo, sobre rescisión de contrato y otros conceptos; y los devolvieron – S.S. NUGENT – FERNANDEZ – FREYRE – VASSALO.

ESTADO DE DERECHO Y SISTEMA DE JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA

LUIS PASARA*

Resumen:

El texto se pregunta por las condiciones que el aparato de justicia latinoamericano ofrece a la consecución efectiva del estado de derecho. En primer lugar, se pasa revista a la herencia de la tradición jurídica latinoamericana, en la que destacan el carácter ajeno de la noción de estado de derecho y la ausencia del juez en el control de juridicidad sobre los actos de gobierno. Se examina la reforma de la justicia como proyecto en buena medida exógeno, proveniente de la instauración del mercado y la reforma del Estado, se revista sus principales logros y las insuficiencias más notorias, discutiéndose el reconocimiento de varios órdenes jurídicos. Finalmente, a partir de la existencia de «ciudadanos de baja intensidad», se impugna la idea de producir una revolución social mediante la reforma de la justicia y se propone circunscribir ésta última a un conjunto de objetivos alcanzables que beneficien directamente al ciudadano usuario.

Palabras clave: Estado de Derecho - Justicia - Reforma Judicial - Ciudadanía

Abstract:

This article explores the conditions offered by the justice system in Latin America to effectively accomplish the Rule of Law. Firstly, it reviews the heritage of the legal tradition in the region, in which the notion of Rule of Law is absent and judges did not practice constitutional and legal review. Justice reform is characterized, to some extent, as an alien project looking for better conditions for a market system in the context of State reform. Its achievements and shortcomings are appraised, and legal pluralism proposals are discussed. Finally, by recognizing the existence of «low intensity citizens» in Latin America the author rejects the idea of making a revolution through justice reform and proposes to constraint the latter to a set of feasible objectives for benefiting the average citizen.

Key words: Government of law - Justice - Judicial Reform - Citizens

* Investigador Ramón y Cajal, Instituto Interuniversitario de Iberoamérica, Universidad de Salamanca – España.

Sumario:

1. La herencia de una tradición jurídica.
2. La reforma como exigencia impuesta.
3. Diversos actores, muchas agendas y una alternativa radical.
4. Logros e incumplimientos de las reformas; los actores.
5. Ciudadanía y justicia; la reforma posible

¿Qué terreno ofrece el sistema de justicia al establecimiento pleno del estado de derecho en América Latina? Aunque no sea posible responder esta pregunta ambiciosa en los límites de este texto, ésta es la interrogante que lo motiva. De allí que su desarrollo se mueva en dos planos: el de la justicia como una pesada realidad problemática, que hace parte de la historia de nuestros países, y el de su reforma, emprendida en las últimas décadas a partir de exigencias provenientes de las necesidades del mercado y la redefinición del rol del Estado.

1. LA HERENCIA DE UNA TRADICIÓN JURÍDICA

La idea de estado de derecho es una idea extraña a la cultura jurídica latinoamericana, entendida ésta como realidad social y no como producto bibliográfico. Si se revisa el lugar del derecho en el Estado colonial¹, debe reconocerse que su administración –delegada por el rey en cargos que en su momento incluso fueron subastados– distó mucho de la tradición anglosajona donde nació y desarrolló la noción de *Rule of Law*. Tampoco las tradiciones indígenas, allí donde existían, eran portadoras de los componentes constitutivos del estado de derecho: normas preestablecidas que estatuyen derechos del ciudadano y un tercero encargado de aplicarlas imparcialmente.

En la cultura jurídica latinoamericana, las gentes de derecho se nutrieron principalmente de una tradición hispano-francesa que en su versión clásica administró justicia como parte del ejercicio del poder y en su versión revolucionaria quiso restringir al juez a ser “boca de la ley”. Como resultado de la herencia colonial, la cultura jurídica propia de los abogados se halla caracterizada por la debilidad de la ley que es acatada formalmente, al tiempo que se preserva en los hechos los privilegios que esa ley proscribía. Binder (2) ha señalado este doble juego, que pone de lado la efectividad social del derecho y pervive en respuesta a las necesidades del autoritarismo y la arbitrariedad prevalecientes, revestidos éstos de legalismo para justificar sus decisiones. La “debilidad selectiva” de la ley se manifiesta en una aplicación irregular y arbitraria y se mantiene a través del formalismo y el ritualismo, según este autor.

Aunque no se cuenta con suficiente base empírica para formular en categorías sólidas una caracterización de la cultura jurídica popular en la región, los resultados de diversos sondeos de opinión y la reiteración de prácticas como los linchamientos sugieren que, en cierta medida, se está cerca del estadio del “ojo por ojo y diente por diente”. Es una formación marcada por la contradicción: de un lado, exhibe una visión altamente impregnada por el legalismo, que busca una y otra vez en la producción de normas la vía de cambiar la realidad y, de otro, confía en la “mano dura” como forma de resolver conflictos. La paradoja subsiste, pese a los importantes niveles de desconfianza hacia el aparato del Estado y el de justicia, en particular (Cuadro 1). América Latina no ha ofrecido un terreno adecuadamente abonado para la noción de estado de derecho. De allí que la justicia haya sido concebida principalmente –tanto por sus operadores como por sus usuarios– como un lugar para resolver pleitos y no como un mecanismo de control sobre el ejercicio del poder. Cobro de deudas, demandas alimenticias, delitos contra la vida y contra el patrimonio, y otros conflictos entre particulares han cargado de trabajo el aparato de la justicia. En cambio, la discusión sobre la constitucionalidad de las leyes y la legalidad de las decisiones administrativas sólo recientemente ha aparecido como un asunto efectivamente concerniente a la justicia; a esto último hay que añadir la observación de que en varios países de la región se ha creído necesario crear una institución distinta al poder judicial –un tribunal constitucional– para hacerse cargo de la tarea, en tácita descalificación de los jueces ordinarios para asumirla.

En América Latina, justicia y poder han mantenido, pues, históricamente una relación, al mismo tiempo, asimétrica y promiscua. Esto es, el aparato de justicia ha sido percibido como “naturalmente” subordinado a otros poderes –tanto legalmente constituidos como fácticos– y esa supeditación ha operado en un terreno apropiado para un intercambio, siempre desigual, de nombramientos por decisiones judiciales. La literatura latinoamericana ilustra de manera vívida esta relación en la que el poder –múltiples poderes, corregiría Foucault– controlan la tarea de la justicia cada vez que les haga falta. En novelas y cuentos la justicia aparece dibujada como un aparato siniestro del que los pobres sólo pueden esperar agravios ⁽³⁾⁴.

2. LA REFORMA COMO EXIGENCIA IMPUESTA

Sólo han transcurrido veinte años desde que se ha empezado a tratar de hacer operativo el concepto de estado de derecho en América Latina. Conocido antes

solamente en los libros, superficialmente estudiado en asignaturas de derecho constitucional, y rara vez asociado a la función judicial, el concepto de estado de derecho ha llegado a la región entre los contenidos de lo que Huntington denominó exitosamente “la tercera ola” de democratización. Y llegó para ser absorbido, como ocurrió y sigue ocurriendo con ideas y nociones importadas al subcontinente, sin un esfuerzo crítico que cotejara los diferentes contextos –el de origen y el receptor– y, al efectuar una depuración, permitiera que el concepto fuera asimilado verdaderamente, esto es, con potencialidad para causar efectos reales y duraderos.

La incorporación de la noción de *Rule of Law* ha sido incentivada por el hecho de que vino con una ola fuerte llegada a la región: la que instauró el mercado y redefinió el papel del Estado. En efecto, la expansión regional de la reforma del sistema de justicia –en la que habría de ubicarse la noción de estado de derecho⁵– no puede ser explicada sin atender al conjunto de reformas que, luego de sucesivas crisis económicas, fueron recetadas a la región por los organismos internacionales, con el activo patrocinio de algunos países desarrollados.

La centralidad adoptada por el mercado, en esa prescripción, fue complementada por un recorte en la actividad del Estado, que debía concentrarse en el desempeño de ciertas funciones encaminadas a permitir que el mercado se desarrollara adecuadamente. Una de ellas es la de administrar justicia de una manera imparcial y previsible, de modo que quienes acuerdan y contratan intercambios cuenten con que en los tribunales se halla un tercero que, independiente y objetivamente, resuelva posibles incumplimientos y diferendos.

Dado el estado de nuestros sistemas de justicia, ese replanteamiento del papel de los jueces requirió pensar el asunto en términos de reforma. En efecto, la historia de estos poderes judiciales no los había preparado para desempeñar el papel exigido. En la trayectoria de muchos de ellos, independencia e imparcialidad no destacan; lo contrario ha sido lo usual, como se comprobó a propósito de las violaciones masivas de derechos humanos ocurridas en varios países de la región (6). En todos aquellos casos de violaciones masivas de derechos y libertades, la mayoría de los jueces –si no todos– miraron hacia otro lado siempre que de su posible acción habría de derivarse un enfrentamiento con el poder.

Resultó muy claro que, si de la adopción de un nuevo papel se trataba, los jueces no lo harían por su propio impulso. Por el contrario, como se hubo de ver en el curso de los procesos de reforma, los operadores del aparato de justicia padecían una “incapacidad adiestrada” ⁽⁷⁾ para percibir la necesidad de cambio y hacerse cargo del mismo. Refractarios a las acciones de transformación, adherentes al principio de que “las cosas hay que hacerlas como siempre se han hecho”, en jueces y fiscales se ha encontrado una de las principales fuentes de resistencia a la reforma del sistema en la región.

Pese a ello, era preciso emprender una reforma de la justicia que respondiera a las necesidades del mercado y la reforma del Estado. Pero con la exigencia de un nuevo tipo de juez, que se quería independiente para que se desempeñara imparcialmente, coincidieron las demandas de reforma provenientes de otros sectores sociales –como las organizaciones de derechos humanos– que habían tenido menos fuerza para lograr que fueran atendidas. Aunque con contenidos variados, el requerimiento de una reforma se fue generalizando en los diversos países de la región, si bien cada uno ha conocido ese proceso según su propio tiempo político.

En parte, ese desarrollo ha sido apurado por la necesidad, o la ilusión, de controlar el delito a través de un sistema de justicia más eficaz. Con el apoyo decidido de la agencia de cooperación estadounidense (USAID), en dos terceras partes de los países latinoamericanos se ha abierto paso la reforma procesal penal, campo en el que se encuentra la mejor ilustración de la dificultad enfrentada por la reforma de la justicia como consecuencia de prometer más de lo que puede lograrse. En efecto, la reforma –consistente, en lo fundamental, en el paso de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio– fue presentada como un arma eficaz para el combate a la delincuencia, fenómeno que en rigor tiene raíces bastante más complejas que la respuesta a ser encontrada en el aparato represivo ⁽⁸⁾. En los hechos, la reforma muestra, según las evaluaciones disponibles ⁽⁹⁾, resultados discretos que distan mucho de la oferta formulada con su lanzamiento.

3. DIVERSOS ACTORES, MUCHAS AGENDAS Y UNA ALTERNATIVA RADICAL

Focalizada en el ramo penal, activa en materia comercial, con incursiones en asuntos de familia y otros ramos, la reforma del sistema de justicia se ha abierto paso en la mayor parte de América Latina. En el marco del proceso de cambio

han aparecido varios actores. Mujeres, indígenas y diversos grupos defensores de intereses colectivos –desde medio ambiente hasta enfermos de sida– han decidido usar el terreno de lo judicial para llevar adelante sus demandas ⁽¹⁰⁾. Las cortes de países como Costa Rica, Brasil y Colombia han respondido positivamente a esos planteamientos. Algunos tribunales constitucionales, como el peruano y el colombiano, también han innovado jurisprudencialmente y han ejercido satisfactoriamente la postergada función judicial de control del ejercicio del poder según la constitución y la ley.

Pero, como ha notado Hammergren ⁽¹¹⁾, en las reformas en curso aparecen diversas agendas, en ocasiones portadoras, en un país dado, de objetivos contradictorios. Este hecho, al que eventualmente contribuye en sentido negativo el factor de la cooperación internacional, hace que lo que debiera ser un proceso sostenido y de largo alcance –compartido por diversos sectores políticos y sociales, dotado de una continuidad que supere la duración de un ministro, una corte o un gobierno– sea, en los hechos ocurridos en muchos países, una desordenada sucesión o superposición de actividades desplegadas en demasiados frentes, provenientes de proyectos estruendosos y sabotajes silenciosos, afectados todos por marchas y contramarchas, sujetas a intereses menores y circunstancias imprevistas.

Entre los primeros síntomas de fatiga de los esfuerzos por transformar la justicia han aparecido y se han ido fortaleciendo diversas vías de evitamiento del aparato judicial. Legales unas e ilegales otras, desde el arbitraje internacional hasta el linchamiento, estas otras formas de solución de conflictos son utilizadas por diversos actores sociales que recurren a ellas en procura de eficacia –sanciones efectivas– y eficiencia –costos económicos menores y plazos de resolución breves–.

En ese marco ha aparecido y se halla en crecimiento la propuesta indigenista que ha adoptado la fórmula académica conocida como “pluralismo jurídico”. Aunque en esta corriente se hallan diversas tendencias y propuestas, éstas comparten esencialmente dos aspectos. Primero, una invitación a comprobar que en una sociedad determinada existe más de un orden normativo, como consecuencia de la subsistencia de usos y costumbres tradicionales; y, segundo, una propuesta de reconocer a tales normas tradicionales un valor equivalente al del orden jurídico estatal. Con matices, las constituciones de Colombia, Ecuador y Perú han incorporado fórmulas de este reconocimiento. Pero es en Bolivia donde actualmente una asamblea constituyente discute la propuesta más radical de

este tipo, según la cual las autoridades indígenas recibirían total autonomía para administrar justicia, sin que sus decisiones pudieran ser revisadas, ni en materia de constitucionalidad, por los tribunales de la justicia ordinaria¹².

El reconocimiento de normas tradicionales y de autoridades con autonomía para aplicarlas se basa, en alguna medida, en el fracaso del Estado-nación en América Latina. Sin embargo, la cuestión a debatir –y que trasciende el marco de la reforma de la justicia– es el significado de tal reconocimiento para el estado de derecho. Pese a que las normas constitucionales y la jurisprudencia han puesto como límite de tal reconocimiento los propios de los derechos humanos, la generación de estas decisiones de cumplimiento obligatorio –cuyo contenido contradice eventualmente el correspondiente al resto del orden jurídico nacional– implica para el estado de derecho la conformación de un ámbito nuevo, en el que conflictos similares están destinados a ser resueltos en el país de manera distinta, según las partes pertenezcan o no a un medio indígena. De otra parte, dado que, como se ha observado al comienzo, el estado de derecho –incluidos sus contenidos de derechos fundamentales– no es una noción propia de los órdenes normativos precolombinos, el desenvolvimiento de estas nuevas fórmulas correspondientes al “pluralismo jurídico” plantea interrogantes que adquieren gravedad a la luz de hechos reveladores de una cultura jurídica popular que, como se sugirió antes, se halla en el estado del “ojo por ojo”¹³.

4. LOGROS E INCUMPLIMIENTOS DE LAS REFORMAS; LOS ACTORES

Como se ha señalado, los logros son desiguales en la región e incluso en cada país se detecta avances en sólo determinados ámbitos. En los casos más avanzados de reforma, las discontinuidades en los cambios introducidos parecen conformar un archipiélago que no puede ser asociado a la noción de un proceso integral de transformación.

Si se examina los resultados en las tres áreas que usualmente son reconocidas como las correspondientes a los proyectos de reforma (acceso, independencia y eficiencia), los logros parecen estar mejor definidos en materia de independencia judicial (¹⁴) y eficiencia tribunalicia (¹⁵). En cambio, el acceso ciudadano, en condiciones de igualdad, sigue siendo una asignatura pendiente en la reforma (¹⁶).

Es esencial a la noción de estado de derecho la existencia de un juez efectivamente imparcial para resolver el conflicto que le es sometido. Buena parte de las reformas

Llevadas a cabo en la región se han dirigido, de manera directa o indirecta, a este objetivo. En particular, las modificaciones introducidas en los mecanismos de designación y nombramiento de jueces y magistrados, han buscado eliminar o recortar la intervención de los poderes ejecutivo y legislativo en ellos. La creación de consejos de la judicatura o la magistratura, con participación de representantes de diversos sectores, no ha sido una solución mágica pero, si bien no ha logrado despolitizar o “despartidizar” totalmente los nombramientos judiciales, cuando menos ha introducido en este proceso elementos objetivos que medien la selección, haciendo que el favor político y la relación de patronazgo resulten insuficientes para ser nombrado en un cargo judicial.

Se requiere –en este aspecto, como en otros– estudios empíricos que identifiquen los resultados obtenidos¹⁷. Pero la aparición, en diversos países, de jueces y fiscales¹⁸ disidentes –que muestran un mayor grado de independencia respecto de los criterios jurisprudenciales predominantes en las cúpulas judiciales– es un importante signo de cambio¹⁹ que no puede ser desligado de la alteración introducida en las formas de nombramiento.

No obstante, parece haberse avanzado mucho menos en materia de la llamada independencia interna, esto es, las relaciones de dependencia existentes en el interior de las instituciones, que sujetan silenciosamente al juez y al fiscal de jerarquía menor a los criterios –y, en ciertos casos, a los dictados– de aquéllos cuyo mejor posicionamiento los habilita para “premiar” o “castigar” a otros. Aunque se ha puesto en marcha mecanismos de control interno, esta interferencia en la función parece mantenerse vigente en muchos países.

A asuntos vinculados a la eficiencia del sistema se han dirigido una buena parte de los proyectos –y los recursos– de la reforma. La construcción de inmuebles y las redes informáticas han sido dos de los rubros más trabajados y más costosos. Estas inversiones, preferidas en las agendas confeccionadas por poderes judiciales y ministerios públicos, no siempre han sido programadas para ir de la mano de cambios de fondo en la organización de los tribunales y, menos aún, de la redefinición de trámites y procedimientos. De modo que, en términos de rendimientos efectivos a favor del usuario, la inversión de esos recursos puede no mostrar un saldo favorable. Sin embargo, algo de la modernización ha servido para mejorar condiciones de trabajo, simplificar trámites, permitir un mejor seguimiento de expedientes a través de la informatización y, todavía en pocos países, dar una mayor publicidad a las decisiones judiciales. Todo esto probablemente ha contribuido a aumentar en

algo la transparencia del aparato de justicia. Pero la duración de los procesos – aspecto de señalada importancia para el usuario– se ha reducido sólo en algunos casos, dado que probablemente este factor depende de cambios en prácticas y comportamientos de los actores a lo largo del proceso, que aún se mantienen lejanos.

Desde el punto de vista ciudadano, es en materia de acceso donde probablemente se percibe, primero y con más énfasis, las subsistentes falencias del sistema de justicia. Según países, los obstáculos al acceso van desde la inaccesibilidad territorial hasta el costo de pagar un abogado eficaz en una región donde más de 40% de la población es pobre.

Una vez ganado el acceso físico, se trata de que éste opere en condiciones de igualdad para todos. La igualdad ante la ley tropieza con las manifiestas desigualdades prevalecientes en la región –la más desigual del mundo– y el resultado es que las múltiples formas de discriminación socialmente vigentes contaminan el funcionamiento del aparato de justicia. Frente a esta realidad, los múltiples proyectos reformistas han mostrado sus inherentes limitaciones, haciendo de este ámbito aquél en el que se revela mejor el peso que las características de la organización social acarrearán sobre la calidad de la justicia efectivamente disponible.

En el esfuerzo por mejorar las formas de acceso, se ha ampliado un campo importante a formas de justicia no estatal, lo que constituye una transformación silenciosa de la definición misma de administración de justicia. En efecto, la promoción del arbitraje y la expansión de conciliación y mediación –en algunos países, con carácter obligatorio–, al lado del reconocimiento de formas de justicia local, han acabado en los hechos con el monopolio estatal de la provisión de soluciones a conflictos en principio judicializables. No obstante las ventajas que esta redefinición trae, cabe una interrogante desde la perspectiva de su significado para el estado de derecho: ¿qué rasgos y qué calidad tiene la justicia que se administra en esos mecanismos alternativos de resolución de conflictos? Se sabe poco sobre los aspectos cualitativos de las resoluciones que en ellos se producen y, en consecuencia, acerca de la manera en que allí se incorpora la cuestión de la igualdad y, en definitiva, el reconocimiento efectivo de los derechos del ciudadano.

Esta preocupación se halla ligada a un asunto mayor: el papel del Estado en la resolución de conflictos sociales. Si bien las reformas “de segunda generación”

situaron al juez como un personaje clave, principalmente para resolver diferendos contractuales, no se ha definido qué conflictos sociales deben ser resueltos exclusivamente por el Estado, a fin de garantizar para ellos soluciones que atiendan al interés público. La “eficacia” de los medios alternativos de resolución de conflictos no debería desenvolverse, pues, a costa de una ausencia del representante del interés común que, pese a las graves deficiencias conocidas, sigue siendo el Estado.

En un balance de la reforma debe destacarse que en cada país se ha producido, alrededor de la reforma del sistema de justicia, una composición de fuerzas específica de actores internos y externos. En algunos casos, la reforma ha sido puesta en la agenda pública por actores internacionales que incluso han condicionado la ayuda financiera al país a la puesta en práctica de determinadas medidas ⁽²⁰⁾. En cambio, en otros, como es el caso de Costa Rica, el impulso endógeno ha sido el decisivo. La presencia de actores nacionales fuertemente comprometidos con la reforma aparece como un factor relevante tanto en la marcha del proceso como en la adecuación efectiva de los contenidos reformistas a las necesidades y circunstancias nacionales.

Esa presencia nacional en los procesos de reforma se ha expresado tanto a través de protagonistas locales como de la vigilancia social sobre la materia que, no obstante haber sido creciente, no es todavía la necesaria. La exigencia de este factor procede del hecho de que jueces, fiscales, abogados y políticos, mayoritariamente, no están comprometidos con el cambio; en rigor, de los actores del propio sistema de justicia proceden las mayores resistencias. Algunos no sólo no están interesados sino que, peor aún, intuyen que no les conviene. De allí que sea preciso contar con una demanda social potente para que la reforma sea posible.

Así lo prueban múltiples experiencias latinoamericanas. La atención puesta por sectores de opinión sobre el nombramiento de jueces hizo posible en Argentina, República Dominicana o Guatemala, por ejemplo, que los políticos no manejaran el asunto como propio sino que tuvieran que ventilarlo públicamente y justificaran sus decisiones. La atención de los medios de comunicación y la reacción de diversos grupos organizados –desde ONG hasta asociaciones empresariales– logró impedir, parcialmente, que se consumara recientemente en el Perú el nombramiento en el Tribunal Constitucional de varios candidatos manifiestamente carentes de idoneidad. Es claro que no se tendrá una justicia mejor en América Latina mientras el

beneficiario principal del cambio, que es el ciudadano, no se organice para exigirla y vigilar su reforma.

5. CIUDADANÍA Y JUSTICIA; LA REFORMA POSIBLE

No hay democracia ni estado de derecho sin ciudadanos. La esencia de esa relación fue puesta en relieve en la definición de ciudadanía producida por Marshall: “un sentido directo de pertenencia a una comunidad, con base en la lealtad a una civilización que es compartida. Es una lealtad de hombres libres dotados de derechos que son protegidos por un orden legal común a ellos” (21). El ciudadano, agente fundador del estado de derecho, es un hombre libre a cuya “condición corresponde inseparablemente la igualdad ante la ley” (22), entendida no sólo como formulación legal sino como un conjunto de prácticas efectivas, regidas por derechos y obligaciones susceptibles de ser coactivamente exigidos (23). La vía para exigirlos y reconocerlos, en su momento, es la administración de justicia.

Nada de eso ha sido –y, en alguna medida, es– realidad en América Latina, donde los países fueron conformados jurídicamente en el siglo XIX sobre la base de lo que Escalante (24) llamó “ciudadanos imaginarios”; esto es, la proclamación de la condición de ciudadanos por un orden legal que, en los hechos, operaba, más bien, como un orden político que “descansaba sobre la eficaz gestión de la desigualdad” (25). Como observó Octavio Paz (26) para el caso mexicano, “La ideología liberal y democrática, lejos de expresar nuestra situación histórica concreta, la ocultaba”. Eso fue lo que hicieron constituciones y códigos, inspirados en grandes principios jurídicos, rutinariamente importados, que guardaban poca o ninguna relación con la realidad.

La falta de reconocimiento efectivo de derechos y obligaciones ha venido a constituir aquello que se ha denominado “ciudadanía de baja intensidad” (27), correspondiente a individuos que padecen de determinado nivel de “pobreza legal” –no exactamente equivalente a la pobreza²⁸–, que los inhabilita para comparecer en condiciones de igualdad ante el sistema jurídico, dadas su incomprensión del orden normativo y del funcionamiento de sus instituciones, su dificultad para pagar un abogado que les preste un servicio profesional eficiente y su carencia de otros recursos para acceder al sistema y obtener de él un resultado favorable. Si se toma en cuenta el hecho de que en muchos países de la región estos ciudadanos legalmente pobres son mayoría entre la población, se comprende el tamaño del desafío de alcanzar una justicia significativamente

distinta a la que se ha tenido en América Latina. Estamos ante un límite severo que difícilmente puede ser superado a través de reformas atingentes al aparato de justicia.

Esto significa que, contrariamente a lo que se escucha en las justificaciones y promesas de las reformas judiciales, no es posible una revolución a través del cambio de la justicia. Esto es, el carácter de las relaciones sociales existentes podrá ser alterado por otro tipo de procesos, pero sólo será marginalmente afectado por cambios introducidos en el aparato de justicia. La esfera propia de ésta se circunscribe a la resolución de conflictos particulares y la vigilancia de que la tarea de gobernar sea cumplida dentro de los límites del orden normativo vigente. El desempeño cabal de esta segunda responsabilidad, que compete plenamente a la función judicial, puede provocar alteraciones políticas de envergadura en muchos países. Pero, en rigor, no se encamina a una transformación radical de las condiciones sociales existentes.

Esta suerte de restricción, que aquí se propone en nombre del realismo, es ciertamente discutible, y no es aceptable por aquellas por posiciones que plantean, en cambio, la necesidad de que los jueces asuman un papel protagónico en el proceso de cambio social. En parte, esta propuesta corresponde al llamado “activismo judicial” que puede ser distinguido de la ideología judicial tradicional en tres aspectos: (i) una interpretación de la norma que no se restringe a la literalidad; (ii) una preocupación por resolver, a través de la decisión judicial, un conflicto real que trasciende la formulación legal del mismo; y (iii) el empeño por ir más allá de la resolución del caso concreto para atacar el problema social correspondiente, mediante la formulación de políticas de Estado que no han sido establecidas por Ejecutivo y Legislativo.

Si bien la adopción de las dos primeras de estas tres vías es indispensable en la redefinición del papel del juez, la tercera constituye un camino estrecho y resbaloso, para recorrer el cual el operador judicial no se encuentra especialmente preparado. En razón de esto es que la justicia no parece ser el lugar más adecuado para resolver problemas sociales que el Estado no encara eficientemente, como la delincuencia, o para diseñar políticas que los gobiernos postergan, como la cuestión de la vivienda. La ineptitud de legisladores y gobiernos no puede ser remediada por jueces activistas.

Si bien es necesario comprender el problema de la justicia en términos macrosociales, y en especial políticos, no puede esperarse que, al encarar la

reforma, esas condiciones sean transformadas. La justicia sí es el lugar para el reconocimiento del ciudadano en sus derechos fundamentales y eso pasa por encarar los problemas de acceso en condiciones de igualdad, que siguen planteando el mayor desafío a la justicia.

Lo que hoy requiere la justicia latinoamericana es que se defina con precisión qué puede ser alcanzado a través de su reforma. Quizá suene modesto limitar la agenda a aquello que es factible, pero no es poco. No se trata de exigir a la justicia que resuelva los problemas que no han sido asumidos por otros agentes estatales, y a quienes debe pedirse cuentas donde corresponde. Se trata de que la justicia haga mejor aquello que ha hecho deficientemente. Y ésa es ya una propuesta ambiciosa.

Se necesita acotar el campo de la reforma en torno a objetivos concretos, a ser alcanzados en plazos razonables. Jueces elegidos sobre la base de los méritos de los candidatos, en concursos transparentes. Procedimientos simplificados en los que el juez asuma la dirección efectiva del proceso. Fiscales que concentren su actuación en los casos más dañosos socialmente y privilegien la persecución del crimen organizado. Tribunales organizados de manera accesible al usuario. Información y educación para que el ciudadano, desde la escuela, cuente con una idea esencial de sus derechos y obligaciones, y acerca de cómo funciona el sistema de justicia. Son éstas algunas de las metas que el sistema de justicia debe alcanzar. De otro modo, no sólo seguirá siendo objeto de rechazo sino que, al ampliarse la tendencia a evitarlo, se convertirá en un actor secundario. Esta desembocadura sería negativa para la implantación del estado de derecho en América Latina.

Pero acotar la reforma a aquello que es factible y corresponde al terreno de la justicia no equivale a encerrarla en un paquete de proyectos técnicos que, como ha ocurrido, ignoren el objetivo fundamental que persigue una justicia distinta a la que se ha padecido, y padece en buena medida, en la región. Esa orientación ha prevalecido en numerosas iniciativas, limitadas a modernizar medios de trabajo sin preguntarse si tales mejoras traerán o no beneficios efectivos al ciudadano que es usuario del servicio de justicia. Este último es el criterio que debería presidir la aceptación de cualquier proyecto concreto de reforma. El reconocimiento del ciudadano en el sistema y el robustecimiento del estado de derecho deben ser la meta de la reforma, no en los discursos oficiales solamente sino como razón efectiva detrás de cada una de sus acciones.

-
- ¹ Ots Capdequí, J.M. *El Estado español en las Indias*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- ² Binder, A. “La cultura jurídica, entre la tradición y la innovación”; en Pásara, Luis, ed.; *Los actores de la justicia latinoamericana*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.
- ³ Pásara, L. “La ley en la literatura peruana”; en Pásara, Luis; *Derecho y sociedad en el Perú*. Lima: Ediciones El Virrey, 1988.
- ⁴ Del lado de los jueces existe algún nivel de corroboración acerca de la existencia de límites impuestos por el poder: una indagación realizada entre jueces centroamericanos en la década de los años noventa halló que muchos de ellos se sentían presionados desde el poder y casi la mitad de los encuestados admitía que lo usual era ceder ante tales presiones (Pásara, Luis. “Jueces y derechos humanos en Centroamérica”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* 12 (México), 2002, pp. 199-200).
- ⁵ Al lado de ella, y con más fuerza, llegó la noción de seguridad jurídica, una construcción ideológica que atribuye a leyes inmodificables y decisiones judiciales predecibles –esto es, a la inmovilidad del factor jurídico– la capacidad de convocar a la inversión, en particular la extranjera. Debe notarse que la constante invocación de esta noción por los grupos de interés corre en contra, en cierta medida, de la renovación e innovación en el desempeño de los jueces.
- ⁶ Para el caso de Guatemala, véase Comisión de Esclarecimiento Histórico (Guatemala). *Memoria del silencio*. Guatemala: UNOPS, 1999.
- ⁷ Peña C. “Hacia una caracterización del ethos legal: de nuevo sobre la cultura jurídica chilena”, ms., 1994?
- ⁸ Pásara L. “Reforma procesal penal y seguridad ciudadana”. *Reforma judicial* 11 (México), 2007, pp. 37-57.
- ⁹ Riego, Cristián. “Informe comparativo. Proyecto Seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina”. *Sistemas Judiciales*, año 2, no. 3, 2002, pp. 12-58; Riego, Cristián. “Informe comparativo. Tercera etapa”, en Vargas, Juan Enrique Vargas, ed.; *Reformas procesales penales en América Latina: resultados del proceso de seguimiento*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005; Riego, Cristián y Fernando Santelices. “Seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina. Segundo informe comparativo”. *Sistemas Judiciales*, año 3, no. 5, 2003, pp. 34-76.
- ¹⁰ Domingo, Pilar. “Relaciones de poder, justicia y nuevos actores”; en Pásara, Luis, ed.; *Los actores de la justicia latinoamericana*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.
- ¹¹ Hammergren, Linn. “Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más”; en Fuentes Hernández, Alfredo, ed.; *Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa*. Santa Fe de Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, 1999.
- ¹² A mediados de 2007, el enfrentamiento político que tenía lugar en Bolivia –entre las propuestas radicales del movimiento indigenista y las resistencias activas de sectores altos y medios, principalmente urbanos– reconocía en la administración de justicia uno de sus terrenos principales. La proposición de entregar a las autoridades de “los pueblos originarios” un control absoluto sobre los conflictos que conozca evocaba la formalización de una fractura histórica y daba lugar, junto a otros temas, a una virtual división política del país en mitades.
- ¹³ Aparte de que la venganza pueda motivar la justicia penal, el campo más obvio en el que “usos y costumbres” tradicionales distan mucho del derecho moderno es el correspondiente a los derechos de la mujer.
- ¹⁴ Popkin M. “Fortalecer la independencia judicial”; en Pásara, Luis, ed.; *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- ¹⁵ Vargas, J.E. “Eficiencia en la justicia”; en Pásara, Luis, ed.; *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- ¹⁶ Fernandino, A. “Acceso a la justicia”; en Pásara, Luis, ed.; *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- ¹⁷ Una de las falencias características de los procesos de reforma es la ausencia (o la insuficiencia) de evaluaciones. Como tendencia, los proyectos se ejecutan, en ocasiones con altos costos, sin prestar mayor atención a los resultados producidos. Tratándose de la reforma del sistema de nombramientos, un análisis comparativo de la calidad de los jueces provenientes de los nuevos mecanismos, que la confronte con la de los juzgadores tradicionales, es indispensable. Específicamente, se requiere un examen de las decisiones producidas por unos y otros.
- ¹⁸ Aunque, en términos regionales, la institución del ministerio público no ha producido muchos fiscales rupturistas, en el caso de Brasil sí aparece una corriente importante, caracterizada por la defensa de intereses grupales y la lucha contra la corrupción, entre otros temas (Sadek, Maria Tereza y Rosangela Batista Cavalcanti “The New Brazilian Public Prosecution: An Agent of Accountability”; en Mainwaring, Scott y Christopher Welna, *Democratic Accountability in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2003). Las autoras vinculan la disidencia a los sistemas de nombramiento con base en concursos, que han abierto paso a la función a abogados jóvenes de un origen social bajo.

- ¹⁹ Esta faceta del cambio de la justicia se halla en pleno desarrollo. De allí la inconveniencia de pasmar la innovación jurisprudencial mediante la introducción prematura de fórmulas que otorguen carácter vinculante a las decisiones de las cortes supremas, que en general en la región se han mostrado menos aptas para abrir nuevos caminos a la interpretación.
- ²⁰ Para el caso argentino, véase Chavez R. Bill. *The Rule of Law in Nascent Democracies. Judicial Politics in Argentina*. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 143.
- ²¹ Marshall, T. H. "Citizenship and Social Class"; en Marshall T. H. y Tom Bottomore, *Citizenship and Social Class*. London: Pluto Press, 1992, p. 24.
- ²² Bendix R. *Nation-Building and Citizenship. Studies of our Changing Social Order*. New York: John Wiley & Sons, 1964, p. 72.
- ²³ Tilly Ch. "Citizenship, Identity and Social History"; en Tilly, Charles, ed.; *Citizenship, Identity and Social History*, International Review on Social History, supplement, num. 3, 1995, p. 8.
- ²⁴ Escalante F. Ciudadanos imaginarios. Memorial de los afanes y desventuras de la virtud y apología del vicio triunfante en la República Mexicana. Tratado de moral pública. México: El Colegio de México, 1992.
- ²⁵ *Op. cit.*, p. 290.
- ²⁶ Paz O. *El laberinto de la soledad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 110.
- ²⁷ O'Donnell G. "Acerca del estado, la democratización y algunos problemas conceptuales". *Desarrollo Económico*, vol. 33, no. 130, 1993, pp. 163-183.
- ²⁸ Si bien los pobres tienden a ser también legalmente pobres, no todo pobre legal es pobre. Los sectores medios, cuando confrontan una situación jurídicamente conflictiva, a menudo se encuentran desprovistos de criterios para enfrentarla con conocimiento y recursos personales, por lo que quedan entregados al consejo y los servicios de un abogado cuyo desempeño profesional ni siquiera pueden evaluar certeramente.

CUADRO 1

Confianza en el Poder Judicial en América Latina (%)

1995	1997	1998	1999-2000	2001	2002	2003	2004	2005
33	36	32	34	27	25	20	32	31

Pregunta: "¿Cuánta confianza tiene Ud. en el Poder Judicial". Respuestas sumadas "mucho" y "algo".
Fuente: *Latinobarómetro, 1996-2005*.

LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD: ¿ANACRONISMO JURÍDICO O PIEZA CLAVE PARA LA RECUPERACIÓN DE LA EFICACIA DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL PERÚ?

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND *

Resumen:

La «crisis de eficacia» que afecta en la actualidad al Derecho del Trabajo en el Perú constituye el telón de fondo sobre el que se construye el presente trabajo, cuyo propósito es reflexionar sobre la utilidad de la denominada «presunción de laboralidad», institución de naturaleza eminentemente procesal dirigida a facilitar la prueba de la existencia del contrato de trabajo en supuestos dudosos, para superar tal estado de cosas. Para ello se trae a colación el debate que esta peculiar institución ha suscitado desde sus orígenes hasta nuestros días y se presta atención a las propuestas que últimamente han puesto sobre el tapete la posibilidad de su introducción dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Presunción de Laboralidad - Derecho del Trabajo - Recomendación - Acciones defraudatorias.

Abstract:

The «crisis of effectiveness» that now affects the Labor Law in Peru, constitutes the frame on which this work is done, the intention is to reflect on the utility of the denominated «presumption of labor relationship», institution of procedural nature directed to facilitate the proof of the existence of the contract of work in doubtful situations to surpass such state of things. For that reason we will consider the debate that this peculiar institution has subscribed from its origins to the present time and we will also pay special attention to the proposals that lately have put on the spotlight the possibility of its introduction within our legal ordering.

Key words: Employment Presumption - Labor law - Recommendation - Defrauding actions.

Sumario:

1. Origen y fundamento de la presunción de laboralidad. 2. El debate reciente sobre la presunción de laboralidad. 3. La difícil situación del Derecho del Trabajo en el Perú y el papel de la presunción de laboralidad.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Catedrático Habilitado, Universidad de Salamanca – España.

1. ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD

La inclusión de mecanismos dirigidos a asegurar la aplicación efectiva de las normas laborales ha corrido paralela a la afirmación del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica. Expresión de este afán garantista han sido la atribución de carácter imperativo e irrenunciable a los derechos reconocidos a los trabajadores por las normas laborales, que permite negar validez a los acuerdos suscritos con propósito defraudatorio, aún cuando éstos cuenten su consentimiento; y la afirmación de la prevalencia, a la hora de determinar la existencia de un contrato de trabajo, de la concurrencia en los hechos de sus presupuestos sustantivos sobre la aparente suscripción de un contrato de naturaleza civil o mercantil.

Rápidamente, sin embargo, se advertiría la insuficiencia de estos dos mecanismos defensivos para hacer frente de forma exitosa al fenómeno del fraude en la contratación laboral. La razón de ello no es difícil de discernir. Basta con tomar conciencia de que ambos sólo resultan aplicables en la medida en que el sujeto que demanda su inclusión en el ámbito de la laboralidad consiga demostrar que ha tenido lugar una renuncia indebida a la tutela ofrecida por las normas laborales o un incumplimiento de los mandatos en ellas contenidas, por reunir su prestación todas las condiciones exigidas para su aplicación imperativa. Con ello se termina por dejar intacto el problema de fondo, que suele ser en estos casos, precisamente, el de la prueba por parte del afectado de la concurrencia de los presupuestos del contrato de trabajo. Esta es una dificultad que, si ya tratándose de situaciones no afectadas por ninguna maniobra elusiva puede resultar a veces difícil de superar, se torna más ardua cuando tales elementos –y en especial la subordinación– han sido encubiertos para dificultar su apreciación. Se abre así la posibilidad de que verdaderos trabajadores permanezcan extramuros del Derecho del Trabajo debido a la imposibilidad de demostrar la existencia de un contrato de trabajo.

La denominada presunción de laboralidad¹ constituye, precisamente, el instrumento diseñado por numerosos ordenamientos laborales, ya desde su etapa germinal, con el fin de solventar estos inconvenientes, facilitando a quienes alegan su exclusión ilícita del terreno laboral la acreditación de la subsistencia de un vínculo de este tipo. El origen de este instrumento se encuentra en el Derecho del Trabajo español histórico. En concreto, en la Ley de Tribunales Industriales, aprobada el 19 de mayo de 1908, cuyo artículo 5.2 dispuso que “el contrato de trabajo se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo

y el que lo presta”. Esta formulación pasará luego, con pocas variaciones, tanto al Código de Trabajo de 1926 y las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944, como a las legislaciones de diversos países americanos y europeos, hasta llegar a convertirse en uno de los componentes típico de esta disciplina².

La instauración de dicha presunción por parte de numerosos ordenamientos laborales a partir de principios del siglo XX constituye una manifestación más del carácter tutelar de la disciplina jurídica en ciernes. Una orientación que, aplicada al ámbito de la prueba de la existencia del contrato de trabajo, aconseja aligerar al trabajador, en tanto parte débil de la relación y potencial sujeto pasivo de presiones dirigidas a apartarlo de la laboralidad, la demostración de su presencia. El fin último que anima la introducción de la presunción de laboralidad es, de este modo, el de tratar de garantizar la aplicación efectiva de las normas laborales en todas aquellas situaciones en las que, debido al intento malicioso de esquivar su aplicación, sus presupuestos sustantivos resultan difíciles de acreditar, asegurando así la tutela por ellas prevista a sus destinatarios³.

Naturalmente, el hecho de que lo que se encuentre en discusión aquí sea la atribución al demandante de tutela de la condición de trabajador, determina que la presunción no pueda operar sino a partir de la aportación por el mismo de al menos un principio de prueba, que proporcione al menos indicios racionales del carácter laboral de la relación. Este principio de prueba ha estado constituido, desde la creación de la institución, por la demostración de la prestación del trabajo o los servicios en provecho del sujeto al que se pretende atribuir la condición de empleador.

Esta opción se apoya en una doble batería de consideraciones de orden fáctico. La primera de ellas está constituida por la constatación de la mayor dificultad que supone la demostración de la presencia del elemento subordinación frente a la sola prueba de la existencia de una prestación personal de servicios. A esta se añade la convicción del legislador en torno a la superior frecuencia con la que los servicios son prestados bajo el poder de disposición ajeno y no de forma autónoma. Lo que caracteriza a la presunción de laboralidad es, así pues, que da por cierta determinada afirmación (la presencia de todos los elementos necesarios para la existencia de un contrato de trabajo), a partir de la demostración de otra (la prestación de un servicio en beneficio de otro), de la que la primera puede ser deducida “en aplicación de las máximas de experiencia comunes” o “en virtud de las reglas del criterio humano”⁴.

Al contar con este sostén, la presunción en cuestión no ha tenido nunca la virtualidad de generar una inversión de la carga de la prueba en sentido estricto, capaz de dispensar al sujeto que alega la laboralidad del vínculo de todo gravamen probatorio. Antes bien, su efecto ha sido siempre el de alterar el contenido de la misma, sustituyendo el deber del sujeto de probar todas las notas que permiten afirmar el carácter laboral de la prestación de servicios (hecho presunto), por la exclusiva demostración de la existencia de ésta última (hecho base de la presunción)⁵. Del mismo modo, dado que “el hecho presumido no es una necesidad sino tan solo una probabilidad”⁶, esta presunción ha sido entendida invariablemente como una *juris tantum*, susceptible de ser enervada mediante la acreditación por quien niega para sí la condición de empleador, bien de que el hecho que opera como base de la misma (la prestación de servicios) es falso o inexistente (contraprueba), o bien de que existen otros hechos concurrentes (como su gratuidad o la ausencia de subordinación) que impiden o anulan la producción del hecho presunto (prueba en contrario)⁷.

Ahora bien, aunque la presunción de laboralidad es una institución de naturaleza eminentemente procesal, cuya función es la de dar lugar a un medio alternativo o supletorio de prueba, posee también una indiscutible proyección en el plano sustantivo. Esto es así en la medida en que su aplicación convierte a la prestación de servicios, al margen de toda consideración sobre sus caracteres, en el único presupuesto indispensable para afirmar la presencia de un contrato de trabajo, con el consiguiente desplazamiento de los demás, y en especial de la subordinación, cuya prueba solamente resulta necesaria en caso de que el presunto empleador consiga aportar indicios de autonomía capaces de alterar el juego normal de la presunción.

Esta es una solución que fomenta la *vis* atractiva del Derecho del Trabajo en desmedro de la aplicación de las normas civiles y mercantiles. De allí que la presunción de laboralidad haya sido considerada como una herramienta “al servicio de la fuerza expansiva del Derecho del Trabajo”, a través de la cual se “consigna el cambio operado en las relaciones entre el Derecho Privado y el Derecho del Trabajo”, que ha conducido a éste a asumir la condición de “derecho común de las prestaciones de servicios”, relegando al primero al rol de “derecho de excepción”⁸. Esto es tan cierto como que, a partir de su incorporación a un ordenamiento dado, es posible afirmar que corresponde al sujeto que utiliza la energía de trabajo de otro, cuando crea que esa prestación no está gobernada por el Derecho del Trabajo, el deber de probar los presupuestos de su afirmación⁹. Reputándose, de no conseguirlo, que su naturaleza es laboral.

2. EL DEBATE RECIENTE SOBRE LA PRESUNCIÓN DE LA LABORALIDAD

En las últimas décadas asistimos a una contradictoria evolución en cuanto a las líneas de tratamiento del problema de la calificación de las relaciones que tienen por objeto una prestación de trabajo. Y en particular en lo que se refiere al papel que ha de corresponder a la institución que se viene analizado. Así, si bien el contexto imperante en los noventa no ha sido el más favorable para la pervivencia de la presunción de laboralidad, en los últimos tiempos se están generando condiciones para reabrir el debate en torno a la conveniencia de mantener este instrumento, recuperarlo o reintroducirlo en los distintos ordenamientos nacionales.

A. Un contexto inicial desfavorable a la presencia de mecanismos facilitadores de la prueba de la existencia del contrato de trabajo.

A partir de los años noventa, el tradicional interés por facilitar a quienes demandan su inclusión en el ámbito del Derecho del Trabajo la prueba de los requisitos exigidos para ello se vería sustituido por su contrario: la de no imponer trabas a quienes pretenden situarse fuera de él.

En la base de este cambio de perspectiva se sitúan transformaciones de importancia en la realidad productiva, que han terminado por favorecer en numerosos países, especialmente europeos, una reacción en contra de la vocación expansiva del Derecho del Trabajo ¹⁰. Así, frente a la tendencia imparable a la asalarización imperante en las décadas pasadas, los años noventa han sido testigos de la expansión de modalidades desconocidas de trabajo autónomo, las cuales no tienen porqué ser consideradas necesariamente como mecanismos de elusión fraudulenta de la aplicación de las normas laborales, al ser expresión del recurso lícito a formas de organización de la producción distintas de las basadas en el ejercicio del poder de dirección, que deja así de ser el único instrumento a través del cual es posible garantizarse el resultado del trabajo ajeno ¹¹.

Pues bien, el afán de no poner trabas al desarrollo de estas formas lícitas de trabajo autónomo ha conducido en varios países europeos al legislador a neutralizar la presunción de laboralidad e incluso a introducir mecanismos de signo opuesto, ya se trate de presunciones en favor del trabajo autónomo o de procedimientos dirigidos a aportar mayor certeza y estabilidad a la calificación como no laboral de la relación.

Donde el retroceso de la presunción de laboralidad ha sido más claro y evidente es precisamente en España, el país de origen de la institución.

Dejando de lado la formulación adoptada por sus precedentes, el Estatuto de los Trabajadores, aprobado en el año 1980, optó por indicar en su artículo 8.1 que el contrato de trabajo “se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”.

A través de esta fórmula se deja de lado cualquier presunción de laboralidad, toda vez que lo que se exige para su aplicación es la prueba directa de todos los elementos que son requeridos para la existencia de un contrato de trabajo. Nada hay, en consecuencia, que presumir aquí, como no sea la existencia del consentimiento de las partes para obligarse a través de un contrato de este tipo. De allí que se haya afirmado que la “lectura malévol e irónica” de este artículo lleva a la sorprendente conclusión de que “lo que se dice, más o menos, es que cuando existe un contrato de trabajo se presume que existe un contrato de trabajo”¹².

Este mismo afán ha conducido también en algunos países europeos al legislador a dar un paso más. No ya para neutralizar la presunción de laboralidad, sino para introducir mecanismos de signo contrario.

La decisión de introducir una presunción inversa a la de laboralidad, fue adoptada en Francia a través de la Ley 94/126, de 11 de febrero de 1994, relativa a la iniciativa y la empresa individual. Esta norma, conocida como Ley *Madelin*, introdujo una presunción *juris tantum* de inexistencia de contrato de trabajo respecto de las actividades desarrolladas por personas físicas que se encuentren inscritas en el registro de comercio y sociedades, en el repertorio de oficios o de agentes comerciales o en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos. Una pura formalidad, como es la existencia de alguna de las inscripciones indicadas, pasa a convertirse, de tal modo, en el elemento decisivo para la negación del carácter laboral de todas las actividades que pueda desarrollar en beneficio de otros el sujeto que haya recurrido a ella ¹³.

En esta línea se inscribe también la creación en Italia, a través del Decreto Legislativo núm. 276, de 10 de septiembre, de un procedimiento de “certificación” de la calificación jurídica de las relaciones que tengan por objeto una prestación de trabajo, cuyo propósito es el de reducir la litigiosidad sobre la materia

mediante la aportación de certeza a la identificación del *nomen juris* del contrato realizada por las partes. Naturalmente, esta es una institución que únicamente tiene sentido si de lo que se trata es de “certificar” la corrección de la opción de partida de las mismas por figuras distintas del contrato de trabajo ¹⁴.

Conviene no perder de vista, de todas formas, que la introducción de esta clase de instrumentos tiene en realidad un valor más simbólico que real. Así, por más que la regla introducida por la Ley *Madelin* pueda resultar llamativa por insólita, su repercusión sobre la cuestión de la prueba de la laboralidad resulta insustancial. Como se ha puesto de manifiesto, “si antes de la ley *Madelin* era el trabajador demandante de su condición de asalariado quien debía probar la existencia de la nota de dependencia”, ahora ocurre exactamente lo mismo: “seguirá siendo la parte que pretenda la naturaleza laboral de la relación quien habrá de destruir la presunción mediante la acreditación del carácter subordinado del trabajo” ¹⁵. Es más, quizá sea por esta razón que, finalmente, la presunción introducida por esta ley terminaría siendo derogada en el año 2000.

Otro tanto ocurre con los resultados del procedimiento de “certificación” creado por el legislador italiano. En este caso, la indisponibilidad del tipo contractual impide al legislador atribuir eficacia constitutiva a la “certificación” adoptada por los órganos habilitados al efecto. De allí que éste se haya cuidado de aclarar que las decisiones de dichos órganos pueden ser recurridas en juicio “por errónea calificación del contrato o bien por *difformità* entre el programa negocial certificado y su efectiva ejecución”. La certificación del carácter no laboral del vínculo termina, de este modo, por resultar irrelevante desde el punto de vista probatorio ¹⁶.

B. La recuperación de la preocupación por la adecuada calificación de las relaciones de trabajo encubiertas.

Es importante advertir que, al carácter limitado de los intentos de neutralizar la posibilidad de recalificar como laborales de relaciones inicialmente rotuladas como civiles o mercantiles, se vienen uniendo en los últimos tiempos señales de una evolución en sentido inverso.

Expresión privilegiada de esta tendencia ha sido la aprobación por la 95ª Conferencia Internacional del Trabajo de la “Recomendación sobre la Relación de Trabajo”. Este instrumento parte de una preocupación diferente –y hasta opuesta– a la que a lo largo de la década pasada ha orientado la evolución de algunos ordenamientos laborales europeos.

En efecto, el propósito que ha animado la aprobación de esta Recomendación es el de proponer a los Estados miembros la introducción de instrumentos dirigidos a hacer frente, en el contexto actual, a “las dificultades que supone la determinación de la existencia de una relación laboral”. A estos efectos, la Conferencia entiende que dichas dificultades “pueden crear graves problemas a los trabajadores interesados, a su entorno y a la sociedad”. Los cuales deben solventados mediante de la introducción de mecanismos que garanticen “la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo”.

La Recomendación asume, de este modo, una clara orientación tutelar, toda vez que lo que busca es asegurar la aplicación de la legislación laboral a todas las personas que cumplan los requisitos para ello ¹⁷. Aunque esta idea no aparece en su texto, es evidente que a su adopción subyace la constatación de que el fenómeno del fraude en la contratación no sólo no ha remitido en las últimas décadas, sino que ha ganado en extensión y complejidad como consecuencia de la exacerbación de la competencia global y las transformaciones de los modos de producir. No se trata ya, en consecuencia, tanto de limitar un supuesto el “imperialismo” del Derecho del Trabajo, como de adoptar medidas que pongan freno a la “huida” del mismo que el contexto actual viene favoreciendo.

Es por esta razón que la “política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo”, cuya adopción se recomienda a los Estados, debe incluir la introducción de medidas tendentes a “luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas”, entendiendo por tales aquellas en las que “un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica”, privando al mismo de la protección “a la que tiene derecho” (apartado 4).

¿Qué medidas son éstas? La Recomendación no incluye ningún mecanismo novedoso. Antes bien, se remite a varias técnicas de vieja raigambre en del Derecho del Trabajo, cuya vigencia y utilidad queda, en todo caso, reafirmada y reforzada.

Este es el caso del principio de primacía de la realidad, al que alude el apartado 9 de la Recomendación señalando que la existencia de una relación de trabajo “debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario”. Esta referencia viene acompañada de indicaciones en torno a la conveniencia de

que los Estados consideren “la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo”, y en especial las que caracterizan a “la subordinación o la dependencia” (apartado 12). Así como sobre la utilidad de que los mismos valoren “la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo” (apartado 13). A esta recomendación se añade un inventario bastante amplio de tales indicios, que distingue los que se relacionan con la existencia de una prestación subordinada de servicios de los que se vinculan con la presencia de una retribución, que recoge la rica experiencia comparada sobre la cuestión¹⁸. El método de indicios, universalmente utilizado como técnica para la determinación de la existencia de una relación de trabajo, aparece de tal modo también validado mediante su recepción en este importante instrumento.

Con todo, lo más importante es que, al lado de lo anterior, la Recomendación propone a los Estados que consideren la posibilidad introducir instrumentos dirigidos a “facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo”. Y es aquí donde aparece, seguramente para sorpresa de muchos, la recomendación de “consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo si se dan uno o varios indicios”.

La presunción de laboralidad recibe con ello, cuando la evolución de los ordenamientos laborales avanzados parecían condenarla a su desaparición, el espaldarazo de su reconocimiento como una herramienta útil para garantizar la efectiva aplicación de las normas laborales en un documento de trascendencia mundial como es esta Recomendación.

Este hecho, como el contenido general de la Recomendación, parecen ser expresión de un cambio de tendencia. Como se ha apuntado, no es baladí que luego de casi tres décadas de de “fuga” o “expulsión” de trabajadores del ámbito laboral, la OIT apruebe un instrumento en el que, además de reafirmarse la vigencia del principio de primacía de la realidad, el papel capital de la subordinación y el método realista de determinación de su existencia, se insta a los legisladores a introducir instrumentos que faciliten la prueba de la existencia de una relación de trabajo¹⁹. Con ello, la Recomendación parece sumarse a otros indicadores del agotamiento del modelo de liberalización que ejerció gran influencia sobre los ordenamientos laborales en las últimas décadas. Es decir, del ingreso a una etapa de “postneoliberalismo” en materia laboral²⁰.

Volverse a plantear a partir de aquí algunos de los debates introducidos en los últimos años, incluido el relativo a la inconveniencia de la existencia de la presunción de laboralidad, no parece descabellado. Naturalmente, el resultado no tiene por qué ser una respuesta positiva. Pero al menos sí una reexámen de la pertinencia de este instrumento a la luz de nuevas las realidades gestadas en las últimas décadas.

C. ¿Tiene futuro de la presunción de laboralidad?

Es obvio que, a pesar de su raigambre histórica, la presunción de laboralidad no forma parte del grupo de instituciones que integran el “código genético” del Derecho del Trabajo. Como tal, puede estar o no presente en un ordenamiento concreto sin que ello tenga por qué afectar a la identidad del mismo. La decisión de introducir o mantener esta presunción responde, desde esta perspectiva, a una decisión de política legislativa ²¹, que puede ser adoptada –o no– a partir de un juicio de oportunidad en torno a la conveniencia de recurrir a ella para reforzar los mecanismos ordinarios de exigibilidad de la aplicación de las normas laborales ²².

Lo anterior supone que la inserción de dicha presunción en un sistema concreto resulta más o menos aconsejable dependiendo del grado de aplicación efectiva que dentro del mismo posean las normas laborales. Es por ello que, aunque su presencia ha podido ser considerada innecesaria o distorsionadora en algunos ordenamientos en los que se registra una tendencia a recurrir a formas no necesariamente ilícitas de trabajo autónomo, su inclusión puede seguir siendo una necesidad en aquellos que se ven afectados por un volumen elevado de defraudación.

La necesidad de recurrir o no a la presunción laboral constituye, desde esta perspectiva, un indicio del grado de madurez alcanzado por el Derecho del Trabajo en un país determinado. Así, mientras que el hecho de que siga siendo preciso hacer uso de ella para asegurar la efectividad de las normas laborales puede ser considerado expresión de la falta de aceptación de su aplicación, la circunstancia de que en un momento dado se estime innecesario recurrir a ella es una clara manifestación de la madurez alcanzada por esta disciplina, cuyas normas pueden aplicarse con fluidez a partir de sus mecanismos ordinarios de exigencia ²³.

De todas formas, lo que no puede ponerse en duda es que, pese a las transformaciones experimentadas, el presupuesto fáctico sobre el que descansa

la presunción de laboralidad sigue estando vigente. En la actualidad, pese a la tan ponderada expansión del trabajo autónomo, el trabajo subordinado sigue instalado en el corazón del sistema de producción, representando la forma paradigmática de aprovechamiento de los frutos del esfuerzo ajeno, sin que existan además indicios de que este rol pueda verse alterado en un futuro mediato. La posibilidad de recurrir a ella, por tanto, sigue en manos del legislador, que es quien debe llevar a cabo el juicio de oportunidad antes mencionado.

3. LA DIFÍCIL SITUACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL PERÚ Y EL PAPEL DE LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD

Si hubiese que elegir un ejemplo claro de una situación en la que resulta aconsejable, debido a la escasa aplicación de las normas laborales, la introducción de la presunción de laboralidad, podría optarse por la que atraviesa el Derecho del Trabajo en el Perú.

A. El problema crónico de la falta de eficacia de las normas laborales

Si algo caracteriza al Derecho del Trabajo en nuestro país es su falta de virtualidad. Una falta de virtualidad de la que es expresión el elevadísimo número de personas que desarrollan labores de carácter dependiente sin que les sean reconocidos los beneficios establecidos en su favor. Si bien la estimación de la magnitud de esta “bolsa de incumplimiento” no es tarea fácil debido al carácter clandestino de estas prácticas, una ponderación no muy arriesgada de su volumen induce a pensar que ésta podría estar próxima a afectar a la mitad de los trabajadores²⁴.

Si se profundiza en el examen de la composición de este importante segmento de la población laboral peruana, resulta posible apreciar que la inmensa mayoría de los que lo integran está constituida por los denominados trabajadores “sin contrato”. Una categoría de auténticos parias jurídicos a los que no suele reconocerse ningún beneficio laboral²⁵, cuyas filas no han dejado de crecer en el Perú en los últimos años. Este tipo de trabajadores se concentra, por lo demás, en las empresas de reducidas dimensiones, en las que los costos esperados de incumplimiento de la legislación laboral son más bajos, debido a que su elevado número y reducido volumen hacen que las probabilidades de detección sean escasas.

Las situaciones de este tipo no son privativas, con todo, de la pequeña empresa. También muchas sociedades medianas y grandes han optado en los últimos años por recurrir a maniobras elusivas para reducir sus costos de personal. La dinámica defraudatoria, no obstante, no es en estos casos la misma. El hecho de que estas empresas estén expuestas a un control más intenso, ha determinado que se hayan visto en la necesidad de recurrir a maniobras más complejas que el mero incumplimiento para conseguir ese resultado. En concreto, a instrumentos capaces de aportar a las maniobras elusivas al menos una apariencia de licitud, que dificulte su examen por las autoridades. La figura más empleada aquí, ha sido el contrato de locación de servicios. Como es de sobra conocido, el recurso a éste como mecanismo defraudatorio, ha sido en los últimos años masivo, singularmente tratándose de los técnicos y profesionales.

Es evidente que, ante un estado de cosas como éste, cualquier programa de intervención en las relaciones laborales ha de plantearse, como primer objetivo, garantizar la aplicación de la normativa expedida por el Estado a quienes reúnen los requisitos exigidos para ello. El Derecho del Trabajo se encuentra necesitado hoy en el Perú, antes incluso que de una reforma de sus contenidos, de un auténtico rearme institucional, que reivindique para casi la mitad de los trabajadores la condición de sujeto de derechos que las prácticas ilícitas descritas les niegan. La recuperación de la “ciudadanía laboral” se constituye, desde esta perspectiva, en la principal prioridad de la política social en el Perú²⁶.

B. La conveniencia del establecimiento de la presunción de laboralidad como mecanismo de garantía de la aplicación de la legislación laboral.

A pesar de lo expuesto, la legislación peruana no incluye mecanismo alguno dirigido a facilitar la prueba de la existencia de una relación laboral. La equívoca redacción del artículo 4º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de acuerdo con la cual “en toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”, no debe inducir a confusión. Ello, antes que por cualquier otra razón, debido a que los tres elementos exigidos por el legislador para “presumir” la existencia de un vínculo laboral (prestación de servicios, remuneración y subordinación) coinciden con los que conforman su individualidad. Tampoco hay, en consecuencia, nada que presuma esta fórmula, cuya estructura parece calcada del artículo 8.1 del Estatuto de los

Trabajadores español, como no sea, una vez más, el consentimiento de las partes en para obligarse y la preferencia por el contrato de trabajo frente a otros regímenes a los que puede estar sujeta la prestación subordinada de servicios en el Perú, como el de los servidores del Estado o el de los convenios de formación laboral juvenil.

Esta es una insuficiencia que, vista la situación actual, debe ser superada con carácter urgente, mediante la introducción de una batería completa de medidas dirigidas garantizar un mayor cumplimiento de la legislación laboral por el sector empresarial peruano.

Naturalmente, entre dichas medidas debería ocupar un lugar de relieve la introducción de una presunción de laboralidad, que facilite y favorezca la “recuperación” para el terreno de la legalidad de aquella inmensa “bolsa” de relaciones laborales encubiertas o clandestinas a la que se ha hecho referencia. Ello contribuiría, además, a poner fin al clima de impunidad en el que se mueven quienes realizan estas prácticas, transmitiéndoles un mensaje claro y contundente: cualquier persona que se incorpore a la producción ha de ser considerada trabajador dependiente si no se demuestra que esa condición no le corresponde en Derecho.

A la luz de estas consideraciones, no puede ser considerada sino como un acierto la decisión de los autores del Proyecto de Ley General de Trabajo de incluir en el artículo V de su Título Preliminar una presunción de laboralidad. Esta decisión es expresión de su inequívoca voluntad de contribuir a la superación del actual estado de postración en el que se debate el Derecho del Trabajo en el Perú mediante el diseño mecanismos que fomenten su aplicación efectiva.

El texto del artículo V destaca, por lo demás, por introducir algunas innovaciones respecto de las formulaciones más tradicionales de la presunción presentes en diversos ordenamientos. La más importante de ellas está constituida la duplicación de los supuestos en los que la misma resulta operativa. En efecto, lo que a través de dicho artículo se introduce no es una única presunción de laboralidad sino dos, en principio independientes entre sí. Así, si en su parte inicial el precepto señala que “se presume que toda prestación personal y remunerada de servicios es subordinada”, esta aseveración viene complementada después por la indicación de que, “asimismo”, “se presume” que “entre quien presta un servicio al interior de un

centro de trabajo y quien lo aprovecha” existe “un vínculo laboral”. El tratamiento unitario de “ambos supuestos” se limita exclusivamente a la subsiguiente indicación de que “la carga de la prueba” corresponde siempre al empleador.

La lectura del contenido de este artículo induce a pensar que lo que los autores del Proyecto han buscado a través de la introducción de esta novedosa “doble presunción de laboralidad” es adaptar la formulación tradicional de la institución a la particular tipología de actuaciones defraudatorias que se registran en nuestro medio. Desde esta perspectiva, las dos presunciones estarían dirigidas a hacer frente a las actuaciones elusivas más extendidas en nuestras relaciones laborales: la celebración de contratos de locación de servicios para la atención de labores dependientes y la constitución de relaciones de hecho arbitrariamente excluidas de la legalidad. La primera de las presunciones serviría, así, para desmontar la validez de la suscripción fraudulenta de los citados contratos civiles recurriendo al expediente de entender probada, a partir de la prestación de los servicios, la existencia de subordinación, que es el elemento diferencial cuya presencia se niega en estos casos. La segunda, en cambio, buscaría encarar la singular problemática planteada por las relaciones de facto, sirviéndose de la realización de la labor “al interior de un centro de trabajo” para entender demostrada “la existencia de un vínculo laboral”.

Aunque la azarosa tramitación del Proyecto de Ley General de Trabajo no permite asegurar que su aprobación se producirá en un futuro inmediato, es de esperar que el camino marcado por éste al introducir esta peculiar formulación de la presunción de laboralidad termine, tarde o temprano, por ser recorrido por nuestro Derecho positivo.

Entre tanto, sólo una actitud atenta y vigilante de los jueces, a partir del uso ponderado de los mecanismos hoy a su disposición –y en especial del principio de primacía de la realidad– estará en condiciones de hacer frente al inquietante fenómeno de la falta de eficacia de las normas laborales imperante en nuestro país. Este artículo concluye, por ello, dado el espacio en el que está destinado a ver la luz, con una ferviente invocación en tal dirección.

-
- ¹ Conocida también como “presunción laboral” o “presunción de existencia del contrato de trabajo”. El empleo de una u otra denominación es indistinto a nivel doctrinal y no parece encubrir diferencias en cuanto a la función o el sentido de la institución.
- ² Sobre los orígenes de la presunción laboral en el Derecho del Trabajo español puede verse Rodríguez-Piñero Royo, M. La presunción de existencia del contrato de trabajo, Madrid, Civitas, 1994, págs. 61-74. Referencias a la recepción de esta institución por parte de las legislaciones históricas de México, Venezuela, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Colombia, Costa Rica, Paraguay, República Dominicana, Argentina, Gran Bretaña, Bélgica y Grecia pueden consultarse en De la Cueva, M. “La presunción laboral”, Derecho del Trabajo, 1959, T. XIX, pág. 622; Sanguinetti Raymond, W. El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo, Lima, Cultural Cuzco, 1ª edic., 1988, pág. 344, nota 51; y Luján Alcaraz, J. La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo, Madrid, MTSS, 1994, págs. 269-269, nota 26.
- ³ Vid., con carácter general, Rodríguez-Piñero Royo, M. op. cit., págs. 58-59. De allí que no pueda afirmarse que su presencia suponga una negación del libre juego de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Antes bien, es a la inversa: lo que a través de ella se persigue es potenciar la voluntad real y querida de las partes frente a la simulada, atribuyendo a la primera las consecuencias jurídicas que le corresponden, como apunta J. Luján Alcaraz, op. cit., pág. 272.
- ⁴ “La presunción de existencia del contrato de trabajo”, en AA.VV., Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, Madrid, MTSS, 1990, pág. 795.
- ⁵ Luján Alcaraz, J. op. cit., págs. 265, 280.
- ⁶ De la Cueva, “La presunción ...”, cit, pág. 630.
- ⁷ Luján Alcaraz, J. op. cit., pág. 290.
- ⁸ “La presunción ...”, cit., pág. 618. En España la vinculación entre la presunción de laboralidad y la tendencia expansiva del ordenamiento laboral ha sido puesta de manifiesto, entre otros muchos autores, por Montoya Melgar, A. “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, en Cruz Villalón, J. (Coordinador), Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, Madrid, Tecnos, 1999, pág. 65; y Rodríguez-Piñero Royo, M. La presunción ..., cit., págs. 114-116.
- ⁹ De la Cueva, loc. cit.
- ¹⁰ Para una descripción inicial del fenómeno, vid. por todos A. Supiot (Coordinador), Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, págs. 40-41.
- ¹¹ Rodríguez-Piñero, M. y Bravo Ferrer, “La huida del Derecho del Trabajo”, Relaciones Laborales, 1992, núm. 12, pág. 7.
- ¹² Alonso Olea, M. y Barreiro González, G. El Estatuto de los Trabajadores, Madrid, Civitas, 1991, 3ª edic., págs. 62-63.
- ¹³ Sobre esta norma vid. García Rubio, M. A. “Presunción de no laboralidad y promoción del trabajo independiente: la experiencia francesa”, Relaciones Laborales, 1996, T. II, págs. 269 y sigs.
- ¹⁴ Para un detenido estudio de este mecanismo, vid. Nogler, L. “La certificazione dei contratti di lavoro”, Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, 2004, núm. 2, págs. 203 y sigs.
- ¹⁵ García Rubio, M. A. op. cit., pág. 279.
- ¹⁶ Nogler, L. “Ancora su ‘tipo’ e rapporto di lavoro subordinato nell’impresa”, Argomenti di Diritto del Lavoro, 2002, núm. 1, pág. 130, nota 81, recogiendo las observaciones críticas recibidas por la institución desde la doctrina italiana.
- ¹⁷ El “principio protector” aparece así, como observa O. Ermida Uriarte, “La Recomendación de la OIT sobre la Relación de Trabajo (2006)”, Derecho Laboral, 2006, núm. 223, pág. 677, “presidiendo e inspirando todo el dispositivo”.
- ¹⁸ El apartado 13 de la Recomendación señala que, “entre esos indicios podrían figurar” –se entiende que dependiendo del criterio del legislador nacional– los siguientes: a) el hecho de que el trabajo se realice según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de

emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.

¹⁹ Ermida Uriarte, O. “La recomendación ...”, cit., pág. 682.

²⁰ Ermida Uriarte, O. op. ult. cit., pág. 683.

²¹ Luján Alcaraz, J. La contratación privada ..., cit., pág. 292.

²² Así, desde una perspectiva general, Rodríguez-Piñero Royo, M. La presunción ..., cit., pág. 58-59.

²³ Rodríguez-Piñero Royo, M. op. cit., pág. 233, aunque en relación al hecho en sí de la exclusión de la presunción y no al juicio de oportunidad sobre su pertinencia, como se postula en el texto.

²⁴ Esta estimación constituye una proyección realizada a partir de la información recopilada para el estudio “Locación de servicios y contrato de trabajo: balance y perspectivas de reforma tras quince años de vigencia del Código Civil”, que introduce la 2ª edic. de El contrato de locación de servicios, Lima, Gaceta Jurídica, 2000, págs.16-25.

²⁵ Según explica Pasco Cosmópolis, M. “Contrato de trabajo típico y contratos atípicos”, en V. Ferro Delgado (Coordinador), Balance de la reforma laboral peruana, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, pág. 137, a través de esta sorprendente categoría se alude en el Perú al trabajador contratado “en negro”, que “no tiene contrato escrito, no figura en planilla y no se la hacen los descuentos establecidos por ley para financiar las diversas prestaciones sociales”.

²⁶ Vid., con anterioridad, Sanguinetti Raymond, W. “Recuperar la ciudadanía laboral”, Boletín Legal Express, 2001, núm. 9, pág. 2; y “La recuperación de la ciudadanía laboral: prioridad de la política social”, Análisis Laboral, 2002, núm. 304, págs. 53-54.

LA INTERPRETACIÓN DEL ACTO TESTAMENTARIO

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ*

Resumen:

Al constituir el acto testamentario la manifestación de voluntad del testador por medio del cual dispone, total o parcialmente, sus bienes para después de su muerte, ordenando su propia sucesión dentro de los límites y con las formalidades de ley; supone la interpretación de dicho acto un recurso por medio del cual se tiende a desentrañar la genuina determinación del sentido y alcance de la voluntad de testar, recurriendo para ello a las reglas generales de interpretación contenidas en el libro segundo del Código Civil, dedicado al acto jurídico; las cuales son desarrolladas por el autor en las líneas siguientes.

Palabras clave: sucesión – testamento – testador – interpretación.

Abstract:

The testamentary act is the manifestation of will of the testator by which he arranges his assets in a total or partial way for after his death. Therefore, the interpretation of this act is a resource to establish the sense to the will of the testator, resorting to the general rules of interpretation of the second book of the Civil Code dedicated to the juridical activity, which are developed by the author in the following lines.

Key words: succession - testament - testador - interpretation

Sumario:

1. El Acto Testamentario. 2. El contenido del acto testamentario. 3. Las formalidades del acto testamentario. 4. La interpretación.

* Miembro del Consejo Consultivo del Poder Judicial Peruano.

1. EL ACTO TESTAMENTARIO

El acto testamentario es una manifestación de voluntad y, por ella, un genuino acto jurídico que se forma con la sola voluntad del testador. Es un acto personalísimo, pues sólo puede ser celebrado por un testador y las disposiciones en él contenidas deben ser la expresión directa de su voluntad, pues así lo establece preceptivamente el art. 690° del Código Civil.

La finalidad del acto testamentario, como genuino acto mortis causa, es la disposición de sus bienes por el testador, total o parcialmente, para después de su muerte, ordenando su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala, como lo puntualiza el art. 686° del Código Civil. Es por tanto, si bien es un acto unilateral es también un acto recepticio, en cuanto su voluntad expresada en el testamento va dirigida a quienes están llamados por la ley a sucederlo y a quienes les está otorgando legados u otras liberalidades y derechos.

Si bien los hijos del testador y demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge, son herederos forzosos y están vinculados a él por una relación jurídica determinada por el parentesco, puede darse el caso que alguno de estos parientes pueda ser desheredado y, aunque la relación jurídica por razón de parentesco subsista, la relación sucesoria queda afectada y puede llegar a extinguirse. Además, puede el testador crear una relación sucesoria mediante la institución de herederos voluntarios y de legatarios.

El anteriormente acotado art. 686° establece también que son válidas las cláusulas testamentarias de carácter no patrimonial.

El acto testamentario debe ser celebrado documentariamente y observándose las formalidades establecidas por el Código Civil, por lo que atendiendo a la complejidad de su contenido, la interpretación del testamento reviste especial importancia.

2. EL CONTENIDO DEL ACTO TESTAMENTARIO

El acto testamentario es un acto jurídico de disposición de bienes y de disposiciones no patrimoniales que quedan contenidas en ese documento que se denomina testamento. Como ya lo hemos advertido, el art. 686° del Código Civil le da la mayor amplitud a las disposiciones testamentarias, las que pueden

tener o no carácter patrimonial. Por ello, es conveniente acotar que las disposiciones testamentarias, aún cuando se nutren del postulado de la autonomía de la voluntad, deben enmarcarse en conformidad con la normativa legal, que contiene normas imperativas, por lo que en caso de colisión van a tener prevalencia sobre las disposiciones del testador.

Puede ser materia contenida en el testamento el ordenamiento por el testador de su propia sucesión. La porción de la legítima la puede distribuir entre sus herederos forzosos y si hubiera hecho un anticipo en favor de alguno de ellos o de varios, puede disponer la dispensa de la colación y, a falta de herederos forzosos, puede instituir herederos voluntarios, y a sus sustitutos, y distribuir entre ellos la porción de la legítima. La distribución de la porción de libre disposición puede también ordenarla e instituir legatarios, y a sus sustitutos, señalando los bienes que les asigna.

Puede el testador constituir una fundación señalando su finalidad y los bienes que afecta, designando a sus administradores, o instituir un cargo en un legado y, además, entre otros actos de disposición, constituir un derecho de superficie.

Puede ser también materia contenida en el testamento la privación de participar en la porción de la legítima a un heredero forzoso mediante desheredación y revocarla, así como otorgar perdón al indigno de sucederlo.

El testador puede también reconocer y condonar obligaciones. Con sus disposiciones de carácter no patrimonial puede el testador reconocer a un hijo extramatrimonial, creando, de esta manera, la relación jurídica paterno-filial y la consecuente relación sucesoria.

Para el cumplimiento de sus disposiciones puede el testador nombrar uno o mas albaceas o ejecutores testamentarios y, si nombra a varios, señalarles su modo de actuación y sus remuneraciones.

Puede el testador, por último, revocar un testamento anterior, total o parcialmente, mediante un testamento posterior que de contenido a una diferente y última voluntad testamentaria.

3. LAS FORMALIDADES DEL ACTO TESTAMENTARIO

El Código Civil distingue los actos testamentarios en ordinarios y en especiales.

Según el art. 691º, los testamentos ordinarios son el otorgado por escritura pública, el cerrado y el ológrafo, mientras que los testamentos especiales son los permitidos según las circunstancias previstas por el mismo Código, que reconoce el testamento militar y el testamento marítimo.

Atendiendo a la trascendencia del contenido del acto testamentario, el Código Civil le prescribe obligatoriamente la forma escrita y lo reviste de formalidades cuya inobservancia determina su nulidad, pues se trata de forma y formalidades ad solemnitatem, distinguiendo, en su art. 695º, las formalidades comunes, que vienen a ser, además de la forma escrita, la indicación de la fecha de otorgamiento del testamento y la firma del testador, advirtiendo que las formalidades específicas de una clase de testamento no pueden ser aplicadas a los de otra.

Adicionalmente y siendo el acto testamentario un acto personalísimo, pues sus disposiciones deben ser expresión directa de la voluntad del testador, los arts. 692º y 693º, respectivamente, disponen que los analfabetos y los ciegos sólo puedan celebrar el acto testamentario mediante escritura pública, cumpliéndose las formalidades del art. 697º, y que los mudos y los sordomudos, conforme al art. 694º, sólo pueden otorgar testamento cerrado o testamento ológrafo.

El testamento en escritura pública es el que reviste la mayor solemnidad. El art. 696º del Código Civil dispone que deben reunirse en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y los dos testigos testamentarios, que el testador exprese su voluntad dictando su testamento al notario o dándole por escrito las disposiciones que debe contener su testamento, que el notario escriba el testamento de su puño y letra en su registro de escrituras públicas, que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, el notario y los testigos testamentarios, que el testamento sea leído por el testador, el notario y uno de los testigos testamentarios y que durante la lectura, al fin de cada cláusula se verifique, oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión de su voluntad y que el testamento sea firmado por el testador, el notario y los testigos testamentarios.

El testamento cerrado es el documento que contiene la última voluntad del testador. Según el art. 699º, debe estar firmado en cada una de sus páginas o al final si ha sido manuscrito por el mismo testador, debe ser colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada de manera que no pueda ser extraído sin rotura o alteración de la cubierta y entregado personalmente por el testador a un notario ante dos testigos, manifestándole

que contiene su testamento. El notario debe extender en la cubierta un acta en la que conste su entrega por el testador y su recepción por el notario, firmada por el testador, dos testigos y el notario, quien la transcribirá a su registro, firmando la transcripción las mismas personas, todo lo cual debe practicarse en un sólo acto, debiendo el notario entregar una copia certificada del acta al testador.

El testamento ológrafo, según el art. 707º, sólo requiere que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador.

Por la trascendencia misma del acto testamentario, el Código Civil, los denominados testamentos especiales deben también observar formalidades. Así, para el testamento militar, que es el acto testamentario que pueden otorgar los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales, que en tiempo de guerra estén dentro o fuera del país, así como las personas que sirvan a dichas Fuerzas y los prisioneros de guerra, como también los que se encuentren en poder del enemigo, según el art. 713º, se otorga ante un oficial o jefe de destacamento, puesto o comando al que pertenezca el testador, o ante el médico o el capellán que lo asiste. El testamento debe constar por escrito firmado por el testador, por la persona ante la cual lo otorgó y por testigos y, si sólo consta por escrito y el testador muere, se considera como testamento ológrafo.

El denominado testamento marítimo debe observar formalidades similares a las del testamento militar, con la diferencia que puede ser otorgado en buques de guerra y también en buques mercantes. Según los arts. 716º y 717º, el testamento se otorga ante el comandante del buque o ante quien se haya delegado tal función. El testamento debe constar por escrito y ser firmado por el testador, la persona ante la cual ha sido otorgado y por testigos, siendo anotado en el diario de bitácora.

Como testamento especial habría que considerar también al denominado testamento aéreo, que el Código Civil no considera, pero que si ha recibido referencias en la doctrina nacional¹ y está previsto en la Ley de Aeronáutica Civil.

Como puede inferirse, las formalidades prescritas para el acto testamentario tienen por finalidad dotarlo de seguridad jurídica mediante las formalidades dirigidas a la preservación de la voluntad del testador y de los derechos que crea, regula, modifica o extingue, sean o no de naturaleza patrimonial.

4. LA INTERPRETACIÓN

La interpretación del testamento reviste especial importancia, pues su contenido es la voluntad del testador, dictada al notario si el testamento es por escritura pública, manuscrito por el testador si es ológrafo o manuscrito o dictado a un tercero si es cerrado, pero en todos los casos debe ser la expresión directa de su voluntad, la que sólo puede darse a conocer, para los efectos sucesora les cuando el testador ha fallecido. La interpretación, entonces, debe ser la genuina determinación del sentido y del alcance de sus disposiciones testamentarias.

El acto testamentario, como la generalidad de los actos jurídicos, genera también una relación entre la voluntad interna del que lo celebra y la manifestación con la que la exterioriza. Pero, siendo un acto unilateral, el testamento no tiene otra finalidad que la de dar a conocer la voluntad del testador y, siendo también un acto mortis causa, esa voluntad no lo liga a otro sujeto, ni heredero ni legatario, ni acreedor ni beneficiario de alguna liberalidad dispuesta.

La relación entre la voluntad interna del testador y lo que expresa mediante la manifestación con la cual la exterioriza, ha sido siempre una cuestión que ha concitado el interés de la doctrina y generado criterios contrapuestos. La misma doctrina ha establecido una dualidad, aunque con algunas alternativas, para distinguir los criterios que los doctrinadores han desarrollado pues, para unos, la voluntad interna debe prevalecer sobre la manifestada y, para otros, la prevalece debe ser la de la voluntad manifestada sobre la voluntad interna, vale decir, que se ha establecido una contraposición entre los criterios aglutinados como subjetivos o voluntaristas y los aglutinados como objetivistas, aunque con algunas alternativas eclécticas.

Atendiendo, entonces, a las características del acto testamentario y a su finalidad, así como que no vincula al testador con los beneficiarios de su testamento, la corriente doctrinal para su interpretación se ha orientado hacia la prevalencia de la voluntad interna porque de lo que se trata es llegar a conocer lo que el testador ha querido. Este criterio voluntarista ha sido acogido de manera explícita por diversos códigos, como es el caso de los códigos chileno (art. 1069°), español (art. 675°) y mexicano (art. 1302°), por ejemplo.

Pero el Código Civil peruano no ha dado cabida a normas de interpretación relativas al acto testamentario y, en consecuencia, sistemáticamente, le vienen a ser aplicables las normas de interpretación previstas para los actos jurídicos

en general y que son las que contienen los arts. 168º, 169º y 170º del Código Civil, que son normas que tienen una clara y definida orientación objetivista, esto es, la de hacer prevalecer lo expresado mediante la manifestación sobre la voluntad interna, pero sin negar la correlación que debe existir entre ambas, pues debe presumirse que la voluntad interna está contenida en la manifestación y atenuando, además, el rigor objetivista al disponer la aplicación del principio de la buena fe. Además, ante la falta de una norma de interpretación relativa al acto testamentario y el carácter imperativo de las normas de interpretación para la generalidad de los actos jurídicos, quien asuma la labor hermenéutica de un testamento no puede obviar ni soslayar la gravitación del criterio adoptado como norma general contenido en el ya acotado art. 168º².

La doctrina nacional no le ha dado mayor atención a la problemática relativa a la interpretación del testamento, con excepción de Guillermo Lohmann³.

Al hacer el examen de la aplicabilidad de las reglas generales de interpretación de los actos jurídicos, en relación con el art. 168º, luego de la disquisición del objeto de la interpretación, que para Lohmann es la voluntad normativa exteriorizada, y el cómo interpretar, que para el mismo autor es el marco conceptual al que deben sujetarse los resultados de la tarea interpretativa, concluye en que la interpretación no debe llegar a conclusiones que estén en desacuerdo con lo expresado⁴, con lo que, a mi juicio, coincide con lo que he venido sosteniendo en cuanto que la labor hermenéutica debe focalizar «lo expresado», en este caso lo expresado por el testador, para la determinación del significado, sentido y alcance de su última voluntad manifestada⁵.

El testamento se interpreta, pues, por lo expresado por el testador, pero bajo la presunción que existe una correlación entre su voluntad interna y la que ha exteriorizado y teniéndose en consideración que la autonomía de su voluntad está limitada por las normas que preceptivamente regulan sus disposiciones, especialmente las patrimoniales, por lo que, por ejemplo, la exclusión de un heredero forzoso no puede tener otra vía que no sea la de la desheredación por el propio testador y por causal prevista en la ley.

El art. 168º, al disponer que la interpretación debe hacerse de acuerdo con lo expresado, dispone también la aplicación del principio de la buena fe que, en el caso del acto testamentario es inaplicable pues, tratándose de una buena fe en sentido objetivo, atendiendo al carácter unilateral, aunque recepticio y

mortis causa del testamento, la voluntad del testador no es producto de una tratativa ni el testador queda vinculado con los beneficiarios de sus disposiciones.

La interpretación sistemática dispuesta por el art. 169° es perfectamente aplicable al acto testamentario, que debe ser interpretado considerando la interdependencia de sus cláusulas y aclarar, de este modo, las dudas que pueda generar una expresión defectuosa.

Por último, es necesario considerar la aplicabilidad de la norma del art. 170° y ponerse en la hipótesis de que el testador haya utilizado expresiones ambiguas. En tal caso, el hermeneuta no tendrá otra alternativa que interpretar tales expresiones adecuándolas a la naturaleza del acto testamentario y a su finalidad.

¹ Vide, Ferrero, A. Derecho de Sucesiones, Lohmann Luca de Tena, Guillermo. Derecho de Sucesiones y Echeopar García, L. Derecho de Sucesiones.

² Vide, del autor, El Acto Jurídico, Págs. 347 y sgtes.

³ Derecho de Sucesiones, T. II, Págs. 205 y sgtes.

⁴ Ibidem, Págs. 221 y 222.

⁵ El Acto Jurídico, Pág. 347 y sgtes.

RECIENTES ANOTACIONES CONCEPTUALES SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES

JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO*

Resumen:

El presente artículo, explica algunos presupuestos históricos y conceptuales sobre los derechos sociales, detalla algunos problemas y soluciones; además de describir ciertos resultados consolidados acerca de los mismos.

Palabras clave: Derechos sociales - Derechos Fundamentales.

Abstract:

The present article, explains some conceptual and historical aspects or definitions on the Societal Rights, it details some problems and solutions; also describes certain results consolidated about such.

Key words: Societal Rights - Fundamental Right.

Sumario:

1. Algunos presupuestos históricos y conceptuales. 2. Breve examen de los principios rectores de la política social y económica. 3. La Perspectiva europea de los derechos sociales. 4. Conclusión.

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca – España.

INTRODUCCIÓN

El texto que he preparado para esta ocasión pretende seguir dando vueltas a la idea de ciudadanía social, que desde los pioneros trabajos de *Marshall* no me ha dejado nunca indiferente. A fin de cuentas siempre han sido los juristas quienes terminan por definir los criterios que se establecen para acceder a tan codiciada posición.

Permítanme que al comenzar a redactar estas líneas, haga patente mi deuda con una serie de autores en cuyas obras he intentado aprender sobre tan atractiva cuestión. No puedo citar más que a un pequeño grupo de ellos, pero sirvan como ejemplo los nombres de Hernán Heller, Vezio Crisafulli, Konrad Hesse, Antonio Baldassarre, Manuel García Pelayo, Albert Hirschman o Gómez Canotilho, entre otros muchos.

Sin duda les resultarán familiares porque me consta que sus trabajos circulan desde hace tiempo por los caminos, no siempre fáciles, de nuestra común cultura jurídica.

A modo de sumario del presente trabajo, cabe decir que se comienza explicitando algunos presupuestos históricos y conceptuales sobre tan amplia materia, a continuación se enuncian varios problemas y soluciones, fruto de la reciente experiencia española sobre los principios rectores de la política económica y social (artículos 39º a 52º de la constitución española vigente), para seguir con un apunte sobre la nueva arquitectura europea de los derechos sociales, y finalmente se describen los resultados más consolidados a los que ha llegado una cierta teoría y práctica constitucional, sobre los llamados derechos sociales¹.

1. ALGUNOS PRESUPUESTOS HISTÓRICOS Y CONCEPTUALES

No estoy seguro de que vivamos en una época necesitada de inteligencia política, pero pudiera parecerlo. Sobre todo si se tiene la sospecha de que el arte de la mentira política sigue practicándose de forma impúdica, sistemática y constante.

A comienzos del siglo XVIII ya se podía leer en un ensayo sobre este refinado arte, la propuesta de publicar un calendario de mentiras válido para todo el año, que rubricase las mentiras propias de cada estación e incluso de cada mes.

Hoy, en el foro de la opinión pública se puede comprobar con relativa facilidad y sobre todo con inusitada rapidez, las fatales consecuencias que produce la disociación entre el pensamiento político y la realidad práctica.

Y traigo a colación ahora este elemental recordatorio , porque ya desde Vitoria y Bartolomé de las Casas se apeló claramente al rechazo de la discriminación y de la exclusión en nombre de la totalidad de la especie humana. Y porque ya desde la Escuela de Salamanca se enseñó que es de derecho de gentes que el que ha nacido en una ciudad se llame y sea ciudadano.

Pero el tiempo no pasa en balde y hoy hablar de ciudadanía y de derechos , exige referirse a una nueva y muy distinta realidad de poder.

El ya centenario Francisco Ayala la describe magistralmente: “El desmantelamiento del Estado prosigue con furia implacable e irresponsable alegría, despojando al ya medio desguazado armatoste de sus elementales recursos de poder.

Y todo ello, cuando todavía no se ha conseguido diseñar e implantar una estructura sociopolítica nueva, con las idóneas instituciones de alcance mundial requeridas por el desarrollo tecnológico.

Entretanto, crece por todas las partes el desorden y las gentes de buena voluntad, desmoralizadas, sobreviven en la desazón y el desconcierto, mientras campan por sus respetos los indeseables de diversas layas, entregados con entera impunidad a toda clase de tropelías”² .

Como es bien sabido, hoy los gobiernos y parlamentos pierden cuotas de poder a favor de los mercados y las agencias de escala global. Se deteriora la idea de lo que debe ser el servicio público y la responsabilidad social . Es llamativa la concentración masiva y la gestión privada de la oferta del servicio universal de acceso a las telecomunicaciones. El vacío que va dejando el Estado lo llenan con desigual fortuna las multinacionales, y el radio de acción de estas estructuras resulta cada vez más asimétrico respecto del ámbito de las instituciones políticas.

Pero esta nueva estructura de poder no elimina las razones que fundamentan, en mi opinión, la necesidad de una *Tutela pública de algunos bienes jurídicos*, al abrigo de las exigencias del mercado. Y por eso la idea de ciudadanía, bien

entendida, exige definir normativamente el contenido de algunos principios constitucionales, derechos fundamentales y libertades públicas al margen de cual sea el concreto régimen jurídico que proporcione consistencia al citado estatus y del tipo de sujeto que venga obligado a satisfacerlo.

Numerosos juristas han escrito páginas brillantes *Desenmascarando el principio de autogobierno de la economía*. Acaso nadie con más autoridad que *Kelsen* cuando recordaba que si la democracia es el fundamento de toda la vida comunitaria, no hay relaciones sociales que puedan ser determinadas a priori en sus contenidos. Con la afirmación del principio democrático, el orden del mercado pierde todo carisma de objetividad y se establecen las bases para un distinto fundamento del orden económico³.

También el mercado como institución de integración social debe estar sujeto a reglas verificadas a través del procedimiento democrático. No es una cuestión de más o menos Estado sino la comprobación empírica de que un mercado sin controles puede degenerar irremediabilmente en un emporio de mafiosos.

Así las cosas, no parece que se pueda estar impasible frente al vínculo del omnipotente cálculo económico que viene penetrando en ámbitos reservados y protegidos hasta ahora por el derecho privado y la ética. Algún sector de la doctrina se pregunta qué sentido tiene la transferencia a la sede política de instrumentos procedentes de la esfera económica, con el afán de modelar la política con la lógica de la acción empresarial.

Las leyes económicas no son como las de la física, aunque a veces lo parezcan. La racionalidad económica encuentra un marco de limitaciones en el respeto a los principios, valores y derechos constitucionalmente establecidos. De un modo u otro, de forma expresa o tácita toda constitución remite a una lógica de los valores, y por tanto se invocan criterios no contrarios a pautas de conducta razonable, que tratan de proteger la libertad individual, o un derecho a la vida socialmente segura y en otros muchos casos, los imperativos de la justicia social. Sin estos condicionamientos se dañaría el postulado de la confianza jurídica y disminuiría la fiabilidad del ordenamiento jurídico. De modo que no puede menos de invocarse la *responsabilidad pública por el ejercicio del poder político*, como principio general del constitucionalismo contemporáneo, al que no puede resultar ajeno todo tipo de normas que aseguran *la finalidad del bienestar individual y colectivo*.

En otro orden de cosas, debe recordarse que numerosos filósofos del Derecho y constitucionalistas participan de la concepción evolutiva de los derechos fundamentales y libertades públicas⁴.

Con todo, lo más llamativo en el momento actual, es que la ciudadanía se fragmenta en una multiplicidad de “status” y a la vez se abre a distintas situaciones jurídicas subjetivas, que se yuxtaponen a la ciudadanía de origen. Este es el esquema con el que se ha construido el supuesto de la llamada ciudadanía europea, que respeta los derechos garantizados por la Convención Europea, así como los que resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

Pero en este campo el fenómeno más notable ha resultado ser la *extroversión y la apertura de las constituciones nacionales al derecho internacional de los derechos humanos*.

No resultaba muy coherente seguir sosteniendo que los esquemas del constitucionalismo, tan benéficos en el orden interno, eran inaplicables justamente allí donde empieza el mundo del Derecho Internacional, o que no eran extensibles al ámbito de las organizaciones supranacionales.

Se trataba pues, de ir corrigiendo los excesos a los que puede conducir todo tipo de autismo nacionalista y patriótico. En este sentido comienza a hablarse en serio de un derecho común de los derechos fundamentales y libertades públicas. Y la propia jurisprudencia del Tribunal europeo de Estrasburgo da buena prueba de ello⁵.

Desde luego no deja de ser aún relevante, la experiencia que protagonizaron, en este campo, el excepcional grupo de juristas republicanos que salieron a escena, en tan singular y desafortunado momento histórico.

En mala hora se abrió la constitución republicana del 31 a las nuevas realidades socio-económicas. Sin embargo resulta evocador recordar aquí y ahora el formidable texto de su artículo 48º al establecer que el servicio de la cultura es atributo esencial del Estado. Precisamente en la inauguración del curso académico 1931-1932, el Rector Unamuno recordaba que la cultura está por encima y por debajo de las formas de gobierno, es como el aire y el subsuelo a la vez de cualquier régimen político.

Mucho tiempo ha transcurrido desde que el texto republicano rubricase el capítulo II de su título III con la tríada “Familia, Economía y Cultura”. Pero su temprana atención a los derechos sociales, económicos y culturales no puede pasar desapercibida. Uno de sus primeros y más autorizados comentaristas era ya consciente de que este tipo de derechos se referían a cuestiones nuevas, no tratadas en las clásicas Declaraciones de derechos, afrontaban problemas de contenido y de ordenación supraindividual y tenían de común la propensión a afirmaciones trascendentales, pero nada normativas⁶.

Hoy, es notorio que el modelo norteamericano no es muy proclive a la cultura jurídica de los derechos sociales, porque le resulta comprometida, y poco sobria, además de conflictiva con la libertad de contratación y empresa.

Tampoco algunos positivistas neoliberales son partidarios de este tipo de figuras normativas, algunas de las cuales adolecen de un contenido jurídico indeterminado.

Pero en mi opinión, sigue siendo fundamental *configurar a la persona como titular acreedor de una serie de derechos sociales, económicos y culturales, entendidos como exponentes inseparables de su propia dignidad*⁷.

En este sentido resulta oportuno recordar lo que se ha avanzado en la tutela de la dignidad humana “concreta” como objetivo del Estado y como parámetro constitucional (E. Denninger)⁸.

En este esfuerzo por concretizar el significado de la dignidad, aparece de forma irrenunciable su vinculación con el valor de la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y con el principio de la delimitación y graduación de la aplicación del poder estatal, según los esquemas del estado de derecho.

Parece fuera de duda la vinculación de los derechos sociales con la idea de persona humana, entendida como sujeto de libertades positivas, que tiende a su autorrealización, dentro del mayor respeto posible al principio de igualdad de oportunidades. Porque, como se ha escrito ya, en el universo dominado por el principio democrático la oposición frontal entre libertad e igualdad no tiene sentido, en la medida que la libertad no es tal, si no es *Libertad igual*, y si no es imputable a la persona social, más que al individuo. Los dos principios no manifiestan ningún antagonismo lógico.

Los valores de la individualidad pueden ser una especie de traba cuando se necesita insistir en un “ethos” comunitario y solidario (A. O. Hirschman). Pero hoy ya se sabe que la libertad debe posibilitarse y asegurarse realmente mediante prestaciones sociales y garantías estatales.

No se trata de un axioma matemático, pero viene fundamentado por la mejor filosofía jurídica, política y moral de nuestro tiempo, desde Rawls a Dworkin, o desde Alexy hasta Ferrajoli.

A estas alturas no puede dejar de considerarse el contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales. Como ha escrito D. Grimm “si los derechos fundamentales se toman en serio como normas materiales jerárquicamente supremas del ordenamiento, una vez aparecida la cuestión social no pueden ya agotarse en mantener a distancia al Estado sino que han de extender su protección a los presupuestos materiales del ejercicio de la libertad y los peligros que amenazan a ésta desde la sociedad misma”. Este elemento dinámico del orden jurídico que unas veces se materializa en derechos prestacionales y otras en derechos organizativos o procesales, “mantiene abierto el derecho a los cambios sociales e impulsa una optimización de la libertad en función de las situaciones cambiantes”⁹.

Otra cuestión bien distinta es el problema de los medios técnicos que requiere la protección y cumplimiento de los denominados derechos sociales. Para algunos autores se trata de algo irresoluble, como la cuadratura del círculo. Para otros la fragmentación del proceso productivo y el diseño de las instituciones potencia el actual estado de cosas, no aprovechándose correctamente el potencial humano de generación de riqueza. En todo caso, creo que no podemos ser complacientes con un eventual contexto donde sólo pueda reinar la ley del más fuerte y la del mero beneficio económico.

El Derecho no puede perder su capacidad para estabilizar la vinculación social entre los individuos, ni servir sólo de instrumento de políticas públicas foráneas. Como dijera con humor un ilustre civilista, los juristas no estamos delante de este mundo sino dentro y no podemos manipularlo con categorías de ayer. Por el contrario, parece que estamos obligados a dar forma a lo que no tiene forma e intentar restituir una cierta unidad allí donde sólo hay complejidad y caos. Como denunciaba Italo Calvino en sus seis propuestas para el próximo milenio, la inconsistencia no está solamente en las imágenes o en el lenguaje, sino que está también en el mundo. La peste ataca también la vida de las personas y la

historia de las naciones vuelve informes, casuales, confusas, sin principio ni fin, todas las historias. Mi malestar, decía, se debe a la pérdida de forma que compruebo en la vida.

De todas formas, no veo razón alguna para desentenderse de la tutela positiva de bienes jurídicos tan importantes como la salud, el trabajo, la educación o el medio ambiente. Más bien existe un cúmulo de motivos para la actitud contraria. Lo que no significa dar por sentado que la gestión estatal sea la única o la mejor manera, a través del gasto público, de hacer efectivos los citados derechos sociales, económicos y culturales.

Se ha dicho que la “movilidad mundial del capital, los cambios demográficos que afectan a los sistemas de seguridad social y la emigración, todos ellos combinados, han dejado a los partidos socialistas europeos en una actitud reactiva, cuando no pasiva y sin habla”. Pero ello no exime sino más bien obliga a buscar nuevos sistemas de intervención pública, privada, social o mixta, sobre tan delicadas materias.

2. BREVE EXAMEN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA

La nota más característica de los derechos fundamentales, en algunos ordenamientos jurídicos actuales, es precisamente la que los define como derechos garantizados judicialmente frente al legislador. Y sabido es que muchos de los derechos sociales no se acomodan a una estructura tal que el juez pueda garantizar eficazmente su vigencia, precisamente cuando la obligación impuesta al legislador consista sólo en la meramente negativa de respetarlos.

De modo que la tutela judicial de los mismos se pone a dura prueba, cuando se trata de fiscalizar la obligación de “crear estructuras y apropiar fondos para la prestación de bienes y/o servicios, cuyo contenido concreto también ha de determinar”¹⁰.

Pero que no posean el carácter de fundamentales, conforme al criterio definitorio antes expuesto, es decir, la posibilidad de garantizarlos con una tutela judicial como la de los derechos clásicos de libertad y defensa, no quiere decir que adolezcan de la condición de auténticos Derechos Humanos, en cuanto que siguen siendo expresión inmediata de las exigencias que derivan

de la dignidad humana, que no requieren sólo de una prestación normativa, sino también fáctica.

El marco normativo que suministran tanto el artículo 27º como los comprendidos desde el 39º al 52º de la constitución española vigente, ha dado lugar a uno de los capítulos más complejos de nuestra reciente historia legislativa, jurisprudencial y doctrinal.

Para confirmar la consistencia de esta opinión baste con enunciar el elenco de las materias afectadas : educación, familia, redistribución de la renta y pleno empleo, política y condiciones laborales, seguridad social pública, emigración, salud, deporte y ocio, cultura, ciencia e investigación, medio ambiente, patrimonio histórico, cultural y artístico, vivienda, juventud, discapacitados, tercera edad, consumidores y usuarios y organizaciones profesionales.

Esta positivación constitucional que puede parecer inicialmente un heterogéneo catálogo de tareas y fines del Estado, o más concretamente de los poderes públicos, ha exigido un notable esfuerzo de desarrollo constitucional a lo largo de las sucesivas legislaturas que, en términos generales, es valorado positivamente.

Ha permitido la consolidación de expectativas jurídicas y simples intereses de hecho en auténticos derechos subjetivos o al menos en intereses legítimos, constitucionalmente protegidos. Se han hecho sentir cambios y transformaciones en muchos sectores del ordenamiento jurídico y, en último término, contiene todavía un considerable potencial normativo, para su desarrollo y actualización, todo ello -claro está- en coordinación con el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de las Comunidades Autónomas.

La doctrina más sensible a este género de preocupaciones, ha vinculado correctamente el principio de la dignidad de la persona libre e igual en la sociedad, con la protección de una serie de bienes jurídicos de marcado carácter social y colectivo, sin los cuales la condición de ciudadano se vacía de contenido y la expresión de “vida digna” no pasa de ser un cruel sarcasmo.

Se hace preciso entonces, un compromiso por parte del Estado y de las distintas Administraciones Públicas en la corrección de las disfunciones que produce el libre juego de los actores económicos.

Al intérprete le ha correspondido graduar la textura jurídica de estas decisiones constitucionales en función de las características de su concreto objeto. Pero visto desde los esquemas del constitucionalismo social comparado, la experiencia española en curso debe ser tenida en cuenta.

En nuestro ordenamiento vigente hay contenido normativo suficiente para entender que la familia debe ser considerada como un pilar social del Estado del Bienestar.

Se han asumido los estándares internacionales de protección a la infancia.

La fórmula del artículo 47º mediante la que se reconoce el derecho a la vivienda y la regulación del suelo es, en mi opinión, un compromiso normativo que necesita aún de un largo recorrido.

Existe cobertura constitucional para poder hacer frente a los riesgos más relevantes en la vida de los ciudadanos: desempleo, disminución física, tercera edad, etc. Y no faltan tampoco mandatos al legislador para que materialice políticas públicas de fomento y tutela a colectivos diferenciados.

También se reconoce el papel de los poderes públicos en la preservación y mejora de los bienes públicos esenciales para asegurar a todos como propone el Preámbulo una digna calidad de vida: recursos naturales, patrimonio y medio ambiente.

Los problemas constitucionales más habituales que suscitan estas materias del ordenamiento jurídico, aparecen con frecuencia en las páginas de jurisprudencia de los Altos Tribunales y son también objeto de atención por parte del legislador, que contribuye a desarrollar activamente los elementos contenidos en el principio del Estado Social.

Otra cuestión que suele ser de la competencia exclusiva de los Tribunales Constitucionales es, precisamente, la tarea de fijar el contenido mínimo, constitucionalmente declarado, de la suma de intereses y facultades que son inseparables del “status” propio de ciudadano. Hay sentencias que han trazado el surco en tan delicado campo, haciendo decir a un texto lo que aparentemente el texto no decía, y roturando por conexión todo el nuevo terreno de los llamados derechos implícitos.

La experiencia que ha supuesto el Derecho Constitucional de origen jurisprudencial en esta materia, tanto por parte del Tribunal Constitucional como también de la propias Salas Tercera y Cuarta del Tribunal Supremo, debe ser ampliamente valorada y reconocida.

Un tópico aceptablemente resuelto, en nuestro caso, es el de la irreversibilidad de algunos derechos sociales de marcado contenido económico, que pueden verse afectados por variables exógenas a la propia norma. Lo que dicho en pocas palabras alude a la dificultad de reformar a la baja, conquistas sociales obtenidas dentro del desarrollo constitucional.

En este punto pienso que una ley puede ser sospechosa de inconstitucionalidad por su favorable tratamiento discriminatorio en relación a un cierto grupo. Pero también cabe pensar en un supuesto de inconstitucionalidad por omisión injustificada de la potestad normativa, que debiendo dar cobertura legal a la prestación de un derecho, no establece la correspondiente innovación legislativa.

De todas formas es preciso ser extremadamente prudente en el manejo de este tipo de supuestos, si se quiere respetar el libre y discrecional ejercicio de la potestad legislativa, y en consecuencia el complejo principio de la separación de poderes.

Un problema de especial importancia en el caso español es la distribución de competencias entre los distintos entes territoriales y la consecuente diversificación de políticas públicas. No se puede ignorar, en este sentido, las tensiones que se originan cuando existe una pluralidad de gobiernos actuando sobre un mismo territorio, y cómo los principios de autonomía e igualdad, pueden verse envueltos en serios compromisos.

Quienes han estudiado a fondo la relación entre el principio del Estado Social y el de la descentralización política, han advertido que “la solución subnacional de los problemas sociales, si bien puede conllevar indudables ventajas como la de alcanzar mayores cuotas de eficiencia y una mejor adecuación a las necesidades del propio tejido social, también puede conllevar, dada la falta de homogeneidad económica entre las Comunidades Autónomas, un federalismo asimétrico de dos velocidades que provoque desventajas concurrenciales para las empresas y movimientos migratorios”¹¹.

Los recientes procesos de reformas estatutarias con la inclusión de numerosas cláusulas sobre estas materias, van a exigir nueva atención sobre el régimen

jurídico de los derechos sociales, que demandan una nueva visión de las relaciones interordinamentales, al configurar espacios jurídicos horizontales organizados de forma reticular, con un alto grado de potencial litigiosidad¹².

3. LA PERSPECTIVA EUROPEA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Es difícil no quedarse impresionado si uno lee la articulación normativa del principio de solidaridad, contenido en la Carta de Niza del año 2000. Y todavía más asombrado, si cabe, con el texto que dice así:

“Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales”.

El proceso de elaboración y la depurada técnica legislativa que se ha utilizado en Europa para positivizar una Carta de los derechos fundamentales de la Unión, han sido realmente notables. El capital de experiencias acumulado desde la vigencia del Convenio del 50, junto a una muy elaborada doctrina, han servido para llegar hasta la citada Carta de Niza.

Este documento parte de la razonable idea de que por un lado existen derechos y por otro, objetivos económicos y sociales. Se equiparan además los derechos sociales a los demás derechos fundamentales, situando a todos los derechos en el mismo nivel, sin posible distinción ontológica alguna. En general esta indivisibilidad de los derechos, agrupados en torno a seis valores fundamentales, ha sido bien valorada por los comentaristas de la Carta¹³.

La carta de Niza asume también la idea de que en esta materia no basta con positivizar los derechos, sino que sobre todo lo importante es garantizarlos y protegerlos. Por esta razón incorpora las llamadas cuestiones horizontales que se ocupan de su ámbito de aplicación, alcance de los derechos garantizados, nivel de protección y prohibición del abuso del derecho.

Existe ciertamente un fundado temor, que no sólo es achacable a los británicos, respecto de las obligaciones financieras que comportan los derechos sociales. Y también se teme que puedan imponer rigidez a las políticas de flexibilización de las economías europeas. Pero también debe hacerse notar positivamente,

que están concebidos de forma inseparable respecto de las propias políticas de la Unión.

En cuanto a la garantía de estos derechos sociales, se reenvía a su conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, lo que no ha dejado de suscitar críticas.

Con el citado reenvío se rebaja el nivel de protección a lo que disponga su configuración legal. Y en esta medida se pasa por alto que “la existencia de derechos sociales fundamentales significa que el legislador no es libre de decidir si mantiene o no las promesas hechas en los derechos. Debe hacer algo, y debe tratarse de algo adecuado y suficiente”¹⁴.

Llama de igual modo la atención que los niveles judiciales de protección de los derechos sean permeables, a modo de vasos comunicantes, entre las distintas jurisdicciones nacionales y los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo. Está por demostrar que a través de las técnicas de la interpretación conforme y la doctrina del derecho vivo se pueda conseguir una aplicación de los derechos y libertades, suficientemente armónica.

El acatamiento a los razonamientos jurídicos de estos Altos Tribunales resulta manifiesto y su jurisprudencia bien conocida, si nos atenemos a la cantidad y calidad de la doctrina que suscita.

A nadie se le oculta que esta especie de Bill of Rights del 2000, pretende cumplir con una *Función de integración social* de la máxima importancia: ayuda a la necesaria producción de simpatía entre ciudadanos y pueblos. Actúa como punto de sutura en la disociación que generan las relaciones entre el capital y el trabajo y quiere contribuir a configurar un ámbito unitario del denominado bien común.

La importancia de estas funciones es tan patente como difícil es al mismo tiempo su realización y cumplimiento.

La actual arquitectura europea de los derechos sociales los presenta además como figuras abiertas y definibles desde una multiplicidad de niveles. Pero esta misma perspectiva multinivel, tan celebrada por una profusa doctrina académica, no está carente de dificultades. En primer lugar porque cabe preguntarse cómo se establece armónicamente el grado más elevado de protección de los derechos sociales, dentro del espacio europeo, dada la

diversidad de origen de los ordenamientos jurídicos y de las respectivas políticas sociales. Y en segundo y último lugar porque puede contribuir a una indeseable disolución de la responsabilidad política de los distintos centros de poder, en favor de una preclara jurisprudencia pretoriana a varias bandas, que declara los derechos.

No faltan voces críticas que se preguntan cómo determinar el nivel de protección más elevado de los derechos y libertades según cual sea el ordenamiento jurídico de referencia. Porque parece evidente que no va a resultar sencillo lograr una estratificación jurisprudencial pacífica y armónica entre las diferentes instancias del constitucionalismo multinivel.

Se dice por ello, que este nuevo enfoque desvaloriza los textos normativos y exalta excesivamente la actuación de los tribunales de justicia. Es decir, estaríamos, como ha dicho M. Luciani, ante una enésima versión del viejo prejuicio antiparlamentario y antilegislativo, propio de la cultura jurídica europea.

Quiero llamar la atención, siguiendo esta línea crítica, sobre cómo el singular proceso de integración europea revela algún tipo de asimetría entre contenedor y contenido del estatus de ciudadano europeo. Y es comprensible que sea así porque este tipo de ciudadanía yuxtapuesta o de 2º grado no se construye sobre el trípode clásico que vincula en línea recta la titularidad de los derechos a un territorio y a una cierta nacionalidad.

De manera que es posible que se produzca una extensión y profundización en el contenido de la ciudadanía, añadiendo mas facultades y derechos, y a la vez se reduzca o debilite el contener de la misma, que ya no se conecte a la condición de nacional, sino a la posición de consumidor o usuario, productor o trabajador.

En la delimitación precisa del régimen jurídico de los derechos sociales ya no se pivota sólo sobre el criterio territorial, entendido como el espacio nacional de redistribución de bienes y servicios. Ahora se articulan también sobre el ámbito subnacional y europeo, e incluso se crean espacios para extracomunitarios y extranjeros.

También se rompe la ecuación que identifica al nacional con el único titular de estos derechos, admitiéndose la condición de residente y permitiendo la yuxtaposición de diversos regímenes de protección social.

Se comprende así que los derechos sociales aparezcan en el Espacio europeo como figuras jurídicas transversales que se organizan de forma reticular.

Pero al mismo tiempo no se pueden dejar de escuchar las muchas voces críticas con lo que podemos llamar el constitucionalismo social europeo. Estas voces se han hecho presentes en el complejo camino de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que como todos saben ha quedado irreversiblemente afectado.

Algunos autores dicen con razón que la reafirmación que se ha hecho en su parte II de los derechos fundamentales de carácter social, queda descompensada por la debilidad y ambivalencia de las políticas de la Unión Europea, encargadas de hacerlos operativos.

En este sentido se sostiene que los derechos sociales, en retroceso y sin garantías, salen inequívocamente mal parados en esta fallida codificación pacticia, que el electorado francés y el holandés han dejado de momento en la cuneta.

Autorizada doctrina piensa que no hay base conceptualmente suficiente, ni tampoco políticamente creíble, para remediar el llamado déficit social europeo.

Pero este certero diagnóstico no exime de seguir pensando en los derechos sociales y económicos como un tipo de derechos humanos que proporcionan una vinculación entre pueblos y no sólo entre Estados, al superar el doble criterio de la movilidad y la no discriminación, dentro de los respectivos territorios, y también entre ciudadanos autóctonos y ciudadanos foráneos.

Además esta clase de derechos contribuye a materializar el principio de cohesión socio-económica, que se articula con la política social y regional, a través de los fondos estructurales gestionados mediante una programación integrada¹⁵.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La masa crítica dedicada al estudio de esta materia, arroja resultados que hemos de considerar como un capital doctrinal ya adquirido, que no puede ser ignorado.

Sabemos por ejemplo que el alcance de los derechos sociales no se agota en su pura dimensión subjetiva, sino que obedecen también a una profunda inspiración comunitaria y están conectados con el principio de solidaridad. Sería pues torpe acentuar tan sólo su mera vertiente individualista y procesal,

ignorando intereses colectivos y grupos intermedios con personalidad jurídica privada o pública. Porque no tendría sentido dotarles de eficacia jurídica sólo si coinciden y cuando coinciden con el mero interés individual.

Como se ha apuntado con razón, los intereses de los individuos aislados y los valores ideales no son un punto de referencia para la comprensión de los derechos sociales. Lo decisivo no son entonces las personas que se autorrealizan sino una lógica de tipo institucional en la que estos derechos son auténticos operadores jurídicos. Con ellos está en juego la contribución del derecho a la realización del universo social antes que la tutela del individuo ¹⁶.

No resulta sencillo sostener una teoría constitucional del principio de solidaridad, mínimamente satisfactoria en términos jurídicos¹⁷, pero eso no es razón suficiente para dejar de buscarla. Bastaría con intentar seguir los esfuerzos que ha hecho la doctrina alemana, y a su vera la propia iuspublicística italiana, para esclarecer el significado del principio constitucional del Estado Social.

Como hemos dicho al principio de este trabajo, siguiendo a D. Grimm, ya no basta el reconocimiento de la mera igualdad formal si no se avanza en la línea del principio de solidaridad, pues aunque este principio tenga dificultad para encontrar su adecuada forma jurídica, se justifica por su vinculación con un mínimo de justicia material y por su vinculación con los principios morales.

Escribíamos también que en la actualidad se avanza hacia una nueva tríada de ideales jurídicos que la doctrina más atenta ha identificado con la Diversidad, Seguridad y Solidaridad. En estas circunstancias debe tenerse presente que conceptos como individualismo, globalización y también emigración, no suponen ningún tipo de explicación sino solamente son descripciones. Este es el motivo que justifica la necesidad de una revisión crítica de nuestras instituciones y de los procedimientos de integración social. Y no falta quien, con fundamento, sostenga la necesidad de una tutela preventiva de los derechos humanos.

Como recordaba con humor un ilustre jurista, el hombre es mortal pero la persona jurídica puede ser inmortal. Para asegurarse la inmortalidad basta que al término del plazo establecido para su duración, la asamblea delibere y apruebe la prórroga y así hasta el infinito. En este sentido no sobran los esfuerzos que contribuyan a una mejor construcción jurídica e institucional de los derechos humanos, con vocación de futuro.

También la figura que analizamos puede entenderse, como un proceso histórico y no sólo como un mero catálogo de derechos. En este sentido se identifica con estrategias para el cambio social. Como le hubiera gustado decir al profesor Marzal, no se puede entender esta categoría jurídica sin atender a su propia historia y a la naturaleza dialéctica de esa misma historia¹⁸.

Por eso no conviene olvidar que *los derechos sociales son una consecuencia política y lógico-material del principio democrático*. Principio que lleva implícita la exigencia de tratar de manera diferente a las diferentes categorías de sujetos, a fin de conseguir el mayor grado de libertad efectiva y de concreta justicia social.

La lógica del Estado democrático conduce políticamente a la realización en mayor o menor grado de las demandas sociales, porque dónde hay elecciones libres y libertad de expresión, termina siendo insoslayable la preocupación por cuestiones relativas a la justicia social.

De manera que bien puede afirmarse que los derechos sociales aparecen pues como una connotación ineliminable de la democracia y representan un camino, acaso con muchas curvas, pero sin retorno.

También la jurisprudencia constitucional ha sabido deducir de estos derechos, distintas clases de prestaciones y obligaciones jurídicas de carácter promocional, directrices vinculantes al legislador, y medidas interpretativas de compensación frente a desigualdades injustificadas del ordenamiento.

En ocasiones la normas y principios que articulan la figura de los derechos sociales son mandatos de optimación que necesitan ser concretados más que interpretados. En este sentido encuentran un límite económico, dependiendo de los recursos que financian determinadas prestaciones que cubren algunas de las condiciones materiales de la vida de los ciudadanos. Pero en este punto no cabe olvidarse del equilibrio desigual que se produce entre las exigencias económico-financieras y las exigencias sociales. De modo que debe insistirse en que el fin es la satisfacción de los derechos sociales de la persona y el medio es la eficiencia económica que debe valorar también el cálculo de los costes y de los beneficios sociales.

Las normas positivas del ordenamiento establecen los criterios que permiten obtener la titularidad de estos derechos, situando “extramuros” del sistema a un creciente número de excluidos y marginados¹⁹.

A nuestro juicio la ciudadanía no debiera entenderse como un mercado de derechos dónde se intercambian títulos jurídicos de acceso al disfrute de bienes y servicios. Más bien, al contrario, se basa en un núcleo irreductible de derechos y deberes que vinculan la acción de los poderes públicos, situándose además al abrigo de las contingencias del mercado.

Hemos sabido también que los derechos de la constitución no liberan al juez de su sujeción a la ley. Y por tanto, en este campo, resultan de la máxima importancia los llamados derechos de configuración legal. El legislador tiene el mandato político de tomar las decisiones esenciales que organizan las instituciones y servicios dónde hacer efectivos estos derechos.

Dada la estructura normativa de este tipo de derechos que yuxtapone con frecuencia normas de tipo causal o de comportamiento con la forma de “si...entonces...” junto a normas finales o indicativas de tareas, el resultado suele ser un contenido regulativo denso. De modo que junto a las situaciones jurídicas subjetivas establece, en el ámbito jurídico objetivo, deberes de protección, obligaciones de fomento y algunos contenidos de procedimiento y de organización.

De la compatibilidad e implicación recíproca entre derechos sociales y derechos de libertad parte también la jurisprudencia constitucional cuando sostiene el interés de la colectividad a la liberación de todo ciudadano de la necesidad y de la garantía de aquellas mínimas condiciones económicas y sociales que consienten el efectivo goce de los derechos civiles y políticos.

A la jurisdicción constitucional, entendida como legislador negativo le incumbe, al respecto, sólo una función menor. Primero hay que apurar el margen de discrecionalidad legislativa y sólo después cabe apelar, a la intervención, en cierta manera subrogatoria o vicarial, de la justicia constitucional. Es de sobra conocida la advertencia de la mejor doctrina sobre el resbaladizo tránsito del Estado legislativo parlamentario hasta el Estado jurisdiccional de justicia constitucional.

No es lo mismo un supuesto de clara ausencia de actuación de un precepto constitucional, que una supuesta lesión al principio de igualdad, por no haber extendido el legislador el trato favorable dispensado a una sola categoría de sujetos, cuando debiera haberlo hecho extensivo a todas. Resulta claro que la disponibilidad del legislador en esta materia tiene sus límites.

En todo caso siempre queda el recurso a un control judicial, más o menos intenso, según los supuestos, y a un acertado manejo del principio de proporcionalidad, cuando el conflicto entre derechos subjetivos y disposiciones de fines del Estado se produzca inevitablemente. En esos casos se impone una ponderación de la medida adoptada respecto al fin que, con ella, se pretende alcanzar. Se celebra así el protagonismo del citado principio de proporcionalidad²⁰, que contribuye a hacer operativos otros principios interpretativos constitucionales como el de unidad y concordancia práctica. Además contribuye a la aclaración de los límites semánticos entre enunciados constitucionales. El citado principio de proporcionalidad apoyado en los criterios de racionalidad, razonabilidad e idoneidad y necesidad, ha demostrado su enorme potencial hermenéutico en los procesos de aplicación de normas constitucionales relativas a derechos fundamentales.

Tiene sentido además porque puede hacer valer en la sede judicial, confiándose no al buen juicio de los jueces sino a instrumentos de prueba fácticos.

La conclusión debe ser, de todos modos, necesariamente modesta si se constata además que la jurisdicción es un recurso escaso, y esta afirmación lejos de contener ningún juicio de valor, se refiere a la realidad fáctica exclusivamente.

Pienso que en este campo vale más aferrarse a un sano empirismo de metas conseguidas, que a una idea del derecho, entendido como fábrica de inalcanzables sueños.

¹ El texto del presente trabajo contiene gran parte de las ideas de la Ponencia que en su día presenté al Congreso Internacional sobre Derechos Humanos, celebrado en Valladolid, los días 18,19 y 20 de octubre de 2006, cuyas actas están en fase de publicación.

² Cfr. su trabajo titulado “El cuarto poder”, publicado en el rotativo EL PAIS del 18 de octubre de 1995. De interés también la suma de trabajos del mismo autor, recogidos en “Contra el Poder y otros ensayos”, en Ediciones de la Universidad de Alcalá de Henares Quinto Centenario, 1992. Resulta ser un pensamiento recurrente en la obra del autor, la apelación a las “reformas globales en la estructura social básica, apoyadas en un sistema de nuevas relaciones en la organización del poder mundial, organización que, dado el actual desarrollo de la tecnología, necesita ser unitaria, sin perjuicio de que sea flexible, en lugar de la caótica desorganización en que ahora está sumido el planeta”.

³ Cfr. Kelsen H., “De la esencia y valor de la democracia”, KRK ediciones, Oviedo, 2006.

⁴ Cfr. por todos A.- Perez Luño E., “La tercera generación de Derechos Humanos”, ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006. “Una concepción generacional de los derechos humanos implica, en suma, reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos.

- Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, preformativas y axiológicas”, p.42 y 43. Y por lo que se refiere al tema de la positividad de los derechos sociales, interesa recordar con Perez Luño que en cuanto derechos fundamentales, suponen la consagración jurídica de unos valores que por su propia significación de básicos para la convivencia política no limitan su esfera de aplicación al sector público o al privado, sino que deben ser respetados en todos los sectores del ordenamiento jurídico. En op. cit. P.311.
- ⁵ Cfr. “La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos”. García Roca J. y Santolaya P. (Coords.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- ⁶ Cfr. Pérez Serrano N., “La Constitución española” (9diciembre1931), ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, p. 184.
- ⁷ Esta idea es particularmente deudora de la lectura de BALDASSARRE A., que ha insistido en la configuración de la persona humana como sujeto de libertades positivas y en que los valores de la personalidad representan el fundamento del fundamento. Entre nosotros, vid. Gutierrez Gutierrez I., “Dignidad de la persona y Derechos Fundamentales”, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.
- ⁸ Cfr. “Diritti dell’uomo e Legge Fondamentale”, ed. Giappichelli, Turín, 1998. Este autor indica cómo el ciudadano no espera sólo del Estado la tutela de su libertad sino también seguridad, entendida como defensa de los riesgos técnicos y sociales, de las catástrofes ambientales y de la delincuencia organizada. No basta ya el reconocimiento de la igualdad formal para asegurar un mínimo de justicia material. Aunque es consciente de las dificultades jurídicas que entraña la definición de una solidaridad operativa, recuerda oportunamente que el Derecho recibe su fuerza vital y su íntima justificación de su vinculación con los principios morales. Vid. p. 2 y ss. Alude a una nueva triada de ideales jurídicos: diversidad, seguridad y solidaridad, insistiendo en la idea de una tutela preventiva de los derechos humanos. Vid. p. 78 y 93.
- ⁹ Cfr. Grimm D., “Constitucionalismo y Derechos Fundamentales”, ed. Trotta, Madrid, 2006, pp. 164 y 173.
- ¹⁰ Cfr. Rubio Llorente F., “Derechos fundamentales, Derechos humanos y Estado de derecho”, en la revista FUNDAMENTOS, 4/2006, p. 205 y ss.. Intenta diferenciar los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales como género y especie, en base al criterio de su susceptibilidad de garantía por una instancia externa (el juez frente al legislador, los órganos internacionales frente al Estado), y por tanto sólo aquellos que imponen una obligación negativa, sólo los derechos civiles y políticos, podrían ser considerados como derechos fundamentales.
- ¹¹ Cfr. Sáenz Royo E., “Estado Social y Descentralización Política”, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 344. Desde un punto de vista poco frecuente en nuestra actual doctrina, se ocupa C. de CABO de la teoría constitucional de la solidaridad, en cuanto productora de mecanismos de articulación y armonización social, especialmente necesarios ante la característica fragmentación de las sociedades actuales por las transformaciones del Trabajo. En ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- ¹² Cfr. “La Reforma de los Estatutos de Autonomía” Actas del IV Congreso nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ¹³ Cfr. Giubboni S., “I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta de Niza”. En Il Diritto dell’Unione Europea, 2-3/03, p. 325 y ss. También. Ferrera M., “Verso una cittadinanza sociales aperta”, Riv. Italiana di Scienza Politica, nº 1, 2004. p. 95 y ss.
- ¹⁴ Cfr. Grimmd., op. cit.
- ¹⁵ Cfr. “La Constitución Europea” Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, ed. Tirant lo blanch, valencia, 2006.
- ¹⁶ Cfr. Martínez García J. I., “La imaginación constitucional”, en el vol. col. “La Constitución a examen” coordinado por Peces-Barba y Ramiro Avilés, ed. Univ. Carlos III y Marcial Pons, p.155.
- ¹⁷ Cfr. C. de Cabo, op. cit.
- ¹⁸ Cfr. su prólogo al último libro que coordinó “La huelga hoy en el derecho social comparado”, ed. Bosch, Barcelona, 2006, p. 18.
- ¹⁹ Como escribe Arranz M. comentando la obre de Bauman Z.: “cada día son más los países cuya principal producción es la de refugiados que no acoge nadie”. Se trata pues de un excedente humano, con todos los problemas que conlleva, a los que un Estado social no puede hacer frente sólo. Y tampoco mejora la situación si nos fijamos en la enorme masa de inmigrantes o a todos los que solicitan derecho de asilo. Vid. la revista CLAVES de razón práctica, nº 169, 2007, p. 77 y 78.
- ²⁰ Cfr. Bernal Pulido C., “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, ed Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2005.

VISIÓN ACTUAL DEL SISTEMA JUDICIAL CHILENO

URBANO MARÍN VALLEJO*

Resumen:

Este artículo explica la organización del sistema judicial del Poder Judicial Chileno, el cual actualmente atraviesa una etapa de transición, como consecuencia de profundas reformas que ha experimentado esta institución. Estos cambios han afectado la labor de los jueces y usuarios del Poder Judicial además de tener un alcance de orden social y cultural amplio y muy significativo.

Palabras clave: Sistema Judicial - Corte Suprema - Independencia - Responsabilidad - Publicidad - Territorialidad - Inexcusabilidad - Tribunales.

Abstract:

This article explains the organization of the Chilean Judicial Power system, which is going through a transition stage as a consequence of the deep reform that this institution has experienced. These changes have affected the judge's work and the users of the service of this institution, as well as a deep and very significant social and cultural impact.

Key words: Judicial System - Supreme Court - Independence - Responsibility - Publicity - Territoriality - Inexcusability - Tribunal.

Sumario:

1. Organización Institucional. 2. Bases Conceptuales. 3. Procedimientos Judiciales.

* Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Chile.

INTRODUCCIÓN

Presentar una síntesis de un sistema judicial no sólo ofrece dificultades propias de la diversidad de los puntos de vista que pueden considerarse al efecto. Ella se complica adicionalmente en el caso chileno, porque su justicia atraviesa una etapa de transición, como resultado de las profundas reformas que han experimentado tanto su organización como los procedimientos que se desarrollan ante los tribunales. Estas innovaciones no sólo han afectado la situación de jueces y usuarios directos de la actividad judicial, sino que tienen alcances de orden social y cultural más amplios y significativos.

Por otra parte, desde hace largo tiempo, la comunidad nacional experimenta un acelerado fenómeno de judicialización de asuntos públicos y privados, unido a una intensa mediatización de la justicia, aspectos que no dejan de estar presentes en el análisis, aún somero, del entorno judicial nacional.

En esta perspectiva, parece razonable limitarse a hacer, en primer lugar, una breve descripción de la estructura orgánica del sistema, para luego referirse a algunos de sus fundamentos conceptuales y terminar con una reseña de las reformas que se ha puesto en práctica o que están en vías de implementarse en distintos sectores del sistema judicial chileno.

1. ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL

Como dice el profesor Mirjan Damaska,¹ los sistemas judiciales reflejan la estructura orgánica del Estado. Así debe ser, pues se refieren a una función pública esencial que para algunos lo justifica como entidad política y explica en parte el sometimiento del individuo a su autoridad.

La organización judicial de Chile corresponde a su condición de Estado unitario,² que tiene un Gobierno Central dotado de gran autoridad y facultades, con una descentralización en el plano administrativo, acentuada en el último tiempo, radicada en Intendencias y Gobiernos Regionales, Gobernaciones y en las Municipalidades, a cargo de las respectivas divisiones (Regiones, Provincias y Comunas) del territorio nacional.

Los tribunales configuran un Poder del Estado, con tal denominación desde la vigencia de la Constitución Política de 1925, pero su existencia y actividad se remontan al inicio de la época colonial, al crearse la Real Audiencia de la ciudad de Concepción en 1565.³

Los tribunales que integran el Poder Judicial son un archipiélago formado por 17 jurisdicciones a cargo de igual número de Cortes de Apelaciones, tribunales de segunda instancia de los que dependen cerca de medio millar de tribunales de primer grado. Todos configuran un conjunto unitario con la forma de una pirámide, cuya cúspide es la Corte Suprema, a la que corresponde el gobierno central del Poder Judicial, pues, según el artículo 82° de la Carta Política, tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de los tribunales que lo forman.

Es el segundo Tribunal Supremo más antiguo en las Américas, después de la Corte Suprema de Estados Unidos. Fue creada en la Constitución de 1823, pero es sucesora de la aludida Real Audiencia y del Supremo Tribunal Judiciario establecido, a su vez, en 1811.

Como cabeza del Poder Judicial, configura el nivel máximo tanto en el ámbito jurisdiccional, como en el gobierno, dirección y administración de la Judicatura, sin perjuicio de las potestades que con autonomía jurisdiccional cumplen las Cortes de Apelaciones y todos los tribunales, en sus respectivos campos de competencia.

La Corte Suprema actúa como tribunal de casación, es decir, conoce de recursos de nulidad de forma y de fondo respecto de ciertas sentencias de las Cortes de Apelaciones. Además, es la segunda instancia en el terreno de las llamadas facultades conservadoras de los tribunales para asegurar el efectivo ejercicio de derechos garantizados por la Constitución Política (recursos de *habeas corpus*, de protección y otros). Hasta el 26 de febrero de 2006 conoció del recurso de inaplicabilidad de las leyes por inconstitucionalidad, que pasó al Tribunal Constitucional, ajeno al Poder Judicial.⁴

La Corte Suprema la forman 21 Ministros, que eligen entre ellos a su Presidente, el que se mantiene dos años en su cargo. Funciona dividida en cuatro Salas especializadas en asuntos civiles, penales, constitucionales y laborales y como Tribunal Pleno, especialmente en funciones de gobierno judicial, administración, disciplina y otras, con facultad de dictar Autos Acordados para regular materias relativas al funcionamiento de los tribunales.

En la Justicia chilena existe una especialización sólo parcial en los tribunales, en primera instancia y en la Corte Suprema. Aparte de los tribunales de garantía y de juicio oral en el campo penal, están los tribunales de Familia creados a

contar del 1 de octubre de 2005, por la ley N°19.968, de 30 de agosto de 2004 y hay juzgados especiales del Trabajo y de Cobranza Previsional. Junto a ellos están los tribunales mixtos o de jurisdicción común que conocen de todo orden de materias o varias de ellas.

Las Cortes de Apelaciones no se encuentran especializadas y sus Salas conocen indistintamente de toda clase de asuntos.

Los jueces chilenos son funcionarios profesionales permanentes en todos sus niveles, con dedicación exclusiva a sus cargos. Desarrollan su carrera como tales a través de concursos resueltos por los tribunales superiores. No hay participación ciudadana directa en los juicios ni en la designación de los jueces.

Colaboran en las funciones jurisdiccionales de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, reemplazando a los Ministros ausentes o impedidos de desempeñar sus cargos, un número variable de jueces adjuntos, llamados *abogados integrantes*, que se nombran por el poder ejecutivo mediante ternas propuestas por la Corte Suprema al Gobierno.

Hay tribunales especiales que no integran el Poder Judicial, pero respecto de los cuales la Corte Suprema ejerce algún grado de supervisión: los Tribunales Militares y los Juzgados de Policía Local, que funcionan en las Municipalidades y que conocen de infracciones penales menores (faltas) y otros asuntos. Otros tribunales están fuera de la autoridad de la Corte Suprema: Constitucional, Calificador General de Elecciones y Calificadores Regionales.

Numerosos organismos administrativos, especialmente los que ejercen la función reguladora del Estado, tienen potestades sancionatorias sobre las personas y empresas que fiscalizan y sus resoluciones son objeto de reclamaciones que conoce el Poder Judicial, a falta de tribunales contencioso-administrativos. Hay más de 140 procedimientos específicos de este tipo, aparte del recurso de protección de garantías constitucionales, que se suele utilizar para impugnar esas sanciones.

La gestión de los recursos humanos, financieros, materiales y tecnológicos que apoyan la función jurisdiccional de los tribunales, la hace la *Corporación Administrativa del Poder Judicial*, creada en 1990, para ejecutar esta función separadamente. Es dirigida por un Consejo que forman el Presidente y cuatro Ministros de la Corte Suprema y el Director del Organismo, pero su actividad está a cargo de un equipo de profesionales y técnicos que ha cumplido de modo

eficiente su cometido, no sólo atendiendo las necesidades normales de los tribunales, sino haciendo frente sin fallas a las importantes reformas que han afectado al Poder Judicial, bajo la supervigilancia del Consejo y con el auxilio de auditorías externas y de una contraloría interna.

Finalmente, forma parte del Poder Judicial, como organismo autónomo, la *Academia Judicial*, creada para formar postulantes a ingresar como jueces y a perfeccionarlos durante su carrera. En su Consejo Directivo está representada la Corte Suprema y ha cumplido un excelente desempeño en la preparación y capacitación de los recursos humanos para la implementación de las sucesivas reformas al sistema judicial.

2. BASES CONCEPTUALES

El sistema judicial chileno está construido sobre diversos cimientos teóricos que lo sustentan y que caracterizan su accionar. Entre otros, pueden indicarse los siguientes principios básicos:

INDEPENDENCIA

Esta característica es requisito necesario para que la acción de los tribunales se ejecute del modo recto e incontaminado de toda presión o influencia externa o interna.

Ella es más absoluta en lo estrictamente jurisdiccional y tiene reconocimiento constitucional explícito tanto positivo como negativo, pues la Carta Política chilena en su artículo 76° no sólo reserva a los tribunales la exclusividad del conocimiento de causales civiles y criminales, de su juzgamiento y de la ejecución de lo resuelto, sino que prohíbe de modo terminante al Presidente de la República y al Parlamento el ejercicio de funciones judiciales.

A su vez, el artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales veda al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y desempeñar otras funciones que las que determina ese cuerpo legal.

Los conflictos de competencia que pueden producirse entre tribunales y entre ellos y las autoridades políticas y administrativas se deciden a través de los mecanismos que contemplan al efecto la Constitución y las leyes y que entregan el conocimiento de tales contiendas tanto al Senado como al Tribunal

Constitucional.

La independencia judicial no tiene la misma extensión en todo el plano institucional. El financiamiento del Poder Judicial depende de los recursos que le asigne anualmente la Ley de Presupuestos de la Nación, que en materia de autorización de gastos es de iniciativa exclusiva del Ejecutivo. Hay un proyecto de ley en actual trámite parlamentario que concede mayor autonomía en el manejo de recursos presupuestarios al Poder Judicial.

La designación de los jueces se produce a través de una fórmula compuesta, especialmente en el caso de los Ministros de la Corte Suprema, quienes son nombrados a través de una quina que el mismo tribunal remite al Presidente de la República, el que designa a uno de sus integrantes y cuyo nombramiento debe ser ratificado, a su vez, por el Senado. Cinco de los Ministros de la Corte Suprema deben designarse entre abogados externos al Poder Judicial que postulen al concurso que se convoque al efecto y siguiendo el mismo procedimiento.

Todos los jueces son inamovibles en sus cargos hasta cumplir 75 años, pero el Presidente de la República puede solicitar a la Corte Suprema su remoción por mal comportamiento. Los jueces de los tribunales superiores (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones) pueden ser destituidos en un juicio político iniciado en la Cámara de Diputados y resuelto por Senado, por la causal de “notable abandono de sus deberes”.

RESPONSABILIDAD

Esta noción es complementaria y correlativa de la anterior; la reconoce también la Constitución Política (artículo 79º) y está desarrollada en el Código Orgánico de Tribunales, que impone obligaciones y prohibiciones a los jueces en la materia. Entre otros preceptos, el artículo 80º de la Carta Constitucional señala que el buen comportamiento de los jueces es condición para su permanencia en sus cargos y permite que sean removidos por la Corte Suprema a petición del Presidente de la República, de cualquiera persona o de oficio.

La responsabilidad de los jueces y demás funcionarios judiciales no es única y genérica, sino múltiple y de variada naturaleza. Se distinguen las responsabilidades política, penal, civil y disciplinaria que pueden afectarles y que aun cuando deriven del mismo hecho punible, conservan su identidad y se hacen efectivas por las vías específicas y con las sanciones que la normativa establece con ese objeto.

PUBLICIDAD

Se trata de otra característica que complementa y refuerza las anteriores, en la medida que contribuye a la transparencia de las actuaciones judiciales.

El artículo 9º del Código Orgánico de Tribunales señala que “los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley”. Este era el caso, por ejemplo, del secreto del sumario criminal, es decir, la etapa del antiguo procedimiento penal relativa a la investigación del delito y la individualización de sus responsables y hoy rige para los acuerdos de los tribunales colegiados.

Después de la reforma dispuesta por la Ley N°20.050, de 26 de agosto de 2005, el nuevo artículo 8º de la Constitución Política expresa que *“son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o éstos cuando la publicidad afectare al debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”*

La aplicación generalizada del juicio oral en los procesos penales y, así como en los juicios tanto ante los tribunales de familia cuanto los del trabajo, establecida en las reformas aprobadas en todas estas materias, refuerza el principio de la publicidad de la Justicia, si bien ella puede restringirse en los procedimientos penales y de familia por resolución del tribunal de la causa.

En la misma dirección se orientan la cuenta anual que debe dar en audiencia pública el 1 de marzo de cada año el Presidente de la Corte Suprema respecto del trabajo ejecutado y del que ha quedado pendiente; la Memoria que distribuye la Corporación Administrativa de su gestión en el año anterior y las publicaciones y estadísticas que dan a conocer los tribunales colegiados de los asuntos a que se refieren los artículos 586º y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

TERRITORIALIDAD

Los tribunales chilenos conocen y resuelven todos los asuntos que se promuevan en el territorio nacional, cualquiera sea su naturaleza o la calidad de las personas que intervengan, según lo establece el artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales, con las excepciones que fijan la Constitución Política y las leyes.

Entre ellas, el artículo 6° del mismo Código somete a la jurisdicción de los tribunales nacionales determinados asuntos criminales ocurridos fuera del territorio, por ejemplo, los cometidos por agentes diplomáticos chilenos en ejercicio de sus funciones y los ejecutados por chilenos contra chilenos, si el culpable vuelve a Chile sin haber sido juzgado, etc.

A su turno, dentro del país, los tribunales sólo deben actuar dentro del territorio que les está asignado, según su naturaleza y jerarquía.

INEXCUSABILIDAD

El artículo 10° del Código Orgánico de Tribunales señala que, reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán los tribunales excusar su intervención, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión.

Esta regla se incorporó al artículo 76° de la Constitución de 1980, lo que vino a reforzar su obligatoriedad para los tribunales y a facilitar el acceso a la justicia como garantía individual específica que es elemento del régimen de Estado de Derecho a cuya existencia real colabora la acción judicial.

3. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

Los procedimientos son las vías por las cuales transita la actividad del tribunal, de las partes del juicio y de otros interesados.

En este terreno, el sistema judicial chileno se encuentra en un período de cambios y reemplazos de los procedimientos que se han aplicado durante largo tiempo, como consecuencia de importantes reformas en actual implementación.

Los Códigos de Procedimiento Civil y Penal, es decir, los cuerpos que básicamente han agrupado las reglas a que deben sujetarse tanto los juicios civiles como criminales, se dictaron a comienzos del siglo XX y si bien fueron constantemente modificados, la normativa referente al proceso penal fue reemplazada por completo a contar del año 2000,⁵ como parte del conjunto de profundas innovaciones que ha experimentado la materia.

El sistema procesal que rigió hasta esta reforma se presentaba con un carácter inquisitorio corregido y tuvo como modelo la legislación española de 1852. Se

consolidó en el Código de Procedimiento Penal de 1906, en cuya dictación se hizo reserva expresa de que las condiciones de la comunidad chilena de aquél entonces no permitían establecer el sistema acusatorio oral.

Las características inquisitivas del procedimiento se acentuaron con la supresión en 1927 de los *Promotores Fiscales*, que eran acusadores públicos en primera instancia, lo que hizo que el juez pasara a asumir el triple papel de investigador, acusador público y juzgador.

La fase de investigación del delito y la individualización del delincuente, llamada *sumario*, tenía carácter secreto y el afectado sólo podía defenderse, con conocimiento de los antecedentes de la investigación, después de ser acusado, en la segunda etapa del proceso llamada *plenario*, de índole bilateral.

En el nuevo sistema que rige actualmente en plenitud y que se llevó a cabo mediante reforma de la Carta Política,⁶ se radicaron las funciones de investigar los delitos y ejercer la acción pública, así como de prestar protección a las víctimas y testigos, en el *Ministerio Público*. Este es un organismo constitucionalmente autónomo, organizado por la Ley N° 19.640, de 15 de octubre de 1999, distinto y ajeno al Poder Judicial, pero sujeto en cuanto a la autorización de medidas cautelares que priven al imputado o a otras personas del ejercicio de derechos asegurados por la Constitución, o que los restrinjan o perturben, a la aprobación judicial previa a través de la intervención de los Jueces de Garantía.

Para la defensa de los imputados, se creó por la Ley N° 19.718, de 10 de marzo de 2001, un servicio estatal dependiente del Ministerio de Justicia, denominado *Defensoría Penal Pública*, encargado de prestarles asistencia si carecen de medios para obtenerla por sí solos y de licitar esta actividad entre abogados particulares.

En el nuevo procedimiento criminal, la triple función de los jueces de primer grado -investigación, acusación y juzgamiento - se transformó, por una parte, en la de cautelar las garantías del imputado y demás afectados y, por la otra, en la de moderar la controversia entre acusación y defensa y en la de juzgadores en única instancia.

En el nuevo sistema, en que opera explícitamente la presunción de inocencia del imputado, el juzgamiento mismo del acusado se desarrolla así en una sola

instancia, a cargo de tribunales colegiados, mediante juicios orales, públicos, concentrados e ininterrumpidos ante los jueces y con presencia de las partes. En ellos, la sentencia se comunica de inmediato, aunque se emita y lea formalmente con posterioridad.

Los tribunales que intervienen en el proceso penal reformado, cuentan con una estructura distinta a la tradicional. Con un *Comité de Jueces* para fijar, entre otros cometidos, el procedimiento objetivo que debe utilizarse para la distribución de las causas entre los jueces y con una gestión operacional a cargo de un *Administrador del Tribunal*. De éste dependen diferentes unidades administrativas, lo que ha venido a separar las funciones propiamente jurisdiccionales de la actividad de apoyo administrativo y financiero del tribunal.

La aplicación del nuevo procedimiento penal se llevó a efecto gradualmente durante más de cinco años en distintas Regiones a través de igual número de etapas diferenciadas.

Para el Poder Judicial, importó un considerable esfuerzo en obras de construcción, remodelación, habilitación y equipamiento de los nuevos tribunales,⁷ así como del refuerzo de los que pasaron a ejercer funciones de juzgados de garantía, continuando con sus competencias en materias civiles, laborales o de menores. Asimismo, significó un trabajo notable en la selección, capacitación y adiestramiento,⁸ traslados y designaciones de jueces y funcionarios.

En ambas materias, participaron los tribunales, bajo la dirección de la Corte Suprema, la que ha dictado más de 50 Autos Acordados e Instrucciones para regular materias relacionadas con las reformas y con la debida coordinación con los restantes actores del proceso.

TRIBUNALES DE FAMILIA

Con fecha 1 de octubre de 2005 y simultáneamente en todo el país, iniciaron su funcionamiento los nuevos Tribunales de Familia en reemplazo de los antiguos Juzgados de Menores, para facilitar el acceso de las personas a una justicia especializada en estos asuntos. Esta reforma agregó la mediación a la ya existente conciliación como medio no controversial de solución de conflictos, así como el refuerzo de la acción interdisciplinaria que éstos exigen, a través de

Consejos Técnicos formados por Psicólogos y Asistentes Sociales, para proporcionar al juez asesoría profesional inmediata y permanente.

El procedimiento es oral, flexible, desformalizado, condensado y fundado en la intermediación, en términos similares al nuevo proceso penal. Su competencia es numerosa y variada en la naturaleza y grado de complejidad de los asuntos.

TRIBUNALES DEL TRABAJO Y DE COBRANZA PREVISIONAL

Se encuentran publicadas y en vías de entrar en plena vigencia las leyes N°s 20.022 y 20.023, ambas de 31 de mayo de 2005 y 20.087, de 9 de enero de 2006, que modifican la organización judicial especializada y reemplazan el procedimiento en estas materias.

Este nuevo juicio se organiza sobre la base del modelo del proceso penal reformado, esto es, se trata de un juicio oral, concentrado y desformalizado, con reducción y reemplazo de los recursos ante tribunales superiores.

TRIBUNALES CIVILES

El Ministerio de Justicia ha convocado a un foro amplio de juristas para efectuar los estudios necesarios a fin de reformar este sector de la Justicia, en consonancia con las modificaciones realizadas o que se llevan a efecto en los ámbitos indicados.

Como se indicó al comienzo, esta síntesis sólo pretende proporcionar una visión esquemática de la organización y de los procedimientos que caracterizan al Poder Judicial chileno, en un período de implementación de las diversas reformas que se han sancionado en ambos aspectos y que se encuentran, a su turno, en distintos grados de revisión y perfeccionamiento.

¹ Damaska, M., *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

² Artículo 3°, Constitución Política de la República.

³ Santiago, la capital del país, se había fundado sólo en 1541.

⁴ Artículo 1° N°42 de la Ley de Reforma Constitucional N°20.050, de 26 de agosto de 2005.

⁵ Ley N°19.696, de 12 de octubre de 2000.

⁶ Ley N°19.519, de 16 de septiembre de 1997.

⁷ Un total de 191.037 m2 en nuevas obras e instalaciones.

⁸ 7.447 personas a cargo de la Corporación Administrativa.

LA ENSEÑANZA POR COMPETENCIAS JURÍDICAS

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA*

Resumen:

El autor desea presentar un propuesta de enseñanza por competencias específicas en Derecho dentro del proyecto Tuning América Latina, para lo cual, con las restringidas fuentes de información existentes, desarrolla la historia del proceso y nos presenta además algunas consideraciones sobre la formación por competencias y el proyecto formativo, o programa de Derecho Constitucional colombiano, en el que incluye cuatro de las competencias Tuning europeas para el desarrollo de la ruta formativa de cualquier asignatura jurídica.

Palabras clave: Tuning - Competencias - Programa - Derecho - Educación por Competencias

Abstract:

The author presents a proposal of education by specific competitions in Law within the project Tuning Latin America, to do so, with the restricted existing sources of intelligence, develops the history of the process and presents in addition some considerations to us on the formation by competitions and the formative project, or program of Colombian Constitutional Law, in which includes four of the European Tuning competitions for the development of the formative route of any legal subject.

Key words: Tuning - Competence - Program - Law - Education by Competitions.

Sumario:

1. La educación por competencias. 2. Objetivos del Proyecto Tuning. 3. Las competencias. 4. Competencias genéricas para América Latina. 5. Competencias específicas latinoamericanas para Derecho. 6. Un ejemplo: las competencias ecuatorianas. 7. Una propuesta específica para Colombia. 8. Bibliografía.

* Profesor de la Universidad de La Sabana de Chía – Colombia.

El tema de competencias, especialmente en procesos de diseño curricular, es una nueva exigencia para que como profesores podamos aplicar en nuestras asignaturas las competencias Tuning para América Latina¹.

En los dos años anteriores, profesores de un total de 18 universidades participaron en el desarrollo del proyecto así: Dos de Argentina (Universidad del Museo Social Argentino y Universidad Nacional del Litoral; una de Bolivia la Universidad Autónoma Juan Misael Caracho; de Brasil dos, la Universidad Presbiteriana Mackenzie Sao Paulo y la Universidad de Brasilia; de Chile la Universidad Católica de Temuco; de Colombia, el Externado; del Ecuador la Universidad del Azuay; de El Salvador la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer; en México dos, la Universidad de Colina y la Universidad de Guadalajara; en Nicaragua la Universidad Centroamericana; en Paraguay dos, la Universidad Autónoma de Asunción y la Universidad Católica Nuestra Señora de La Asunción; en Perú la Universidad San Martín de Porres, en Uruguay la Universidad Católica del Uruguay y, en Venezuela la Universidad Católica del Táchira. La Coordinadora General en Derecho es Loussia Penha MUSSE FELIX de la Universidad de Brasilia.

A solicitud de un grupo de universidades de América Latina, el Proyecto Tuning tiene aplicación en América Latina y el doctor Juan Morales Ordóñez, de la Universidad Azuay del Ecuador es su representante.

Los instrumentos de la metodología de las competencias Tuning y los resultados más específicos a través de la consulta de profesores, estudiantes, egresados y empleadores, servirá para contar con elementos interesantes para la evaluación del currículo actual, sobre lo cual se centrará nuestra propuesta.

Alfa Tuning América Latina es un proyecto independiente, impulsado y coordinado por Universidades de distintos países, tanto latinoamericanos como europeos que busca identificar e intercambiar información y de acuerdo con lo propuesto desde Europa, busca mejorar la colaboración entre las instituciones de educación superior para el desarrollo de la calidad, efectividad y la transparencia en la misión de educar, particularmente ahora por competencias.

Según la página oficial en castellano², *“el proyecto ALFA Tuning – América Latina surge en un contexto de intensa reflexión sobre educación superior tanto a nivel regional como internacional. Hasta el momento Tuning había sido una experiencia y un logro de*

más de 135 universidades europeas que desde el año 2001 llevan adelante un intenso trabajo en pos de la creación del Espacio Europeo de Educación Superior.”

Y continúa así la descripción:

“Durante la IV Reunión de Seguimiento del Espacio Común de Enseñanza Superior de la Unión europea, América Latina y el Caribe (UEALC) en la ciudad de Córdoba (España) en Octubre de 2002, los representantes de América Latina que participaban del encuentro, luego de escuchar la presentación de los resultados de la primera fase del Tuning, acercaron la inquietud de pensar un proyecto similar con América Latina. Desde este momento se comenzó a preparar el proyecto que fue presentado por un grupo de universidades europeas y latinoamericanas a la Comisión Europea a finales de Octubre de 2003.

La propuesta Tuning para América Latina es una idea intercontinental, un proyecto que se ha nutrido de los aportes de académicos tanto europeos como latinoamericanos. La idea de búsqueda de consensos es la misma, es única e universal, lo que cambian son los actores y la impronta que brinda cada realidad.

Con fecha de 15 de Julio 2005, la Comisión Europea ha informado sobre la aprobación en la convocatoria de la *Décima Ronda del Programa ALFA* de una ampliación del Proyecto Tuning América Latina, a ocho nuevas áreas del conocimiento: Arquitectura, Derecho, Enfermería, Física, Geología, Ingeniería Civil, Medicina y Química, incorporando 120 nuevas Universidades Latinoamericanas.”

1. LA EDUCACIÓN POR COMPETENCIAS

Según el tratadista de las competencias, Sergio Tobón³, *“ la formación basada en competencias es el nuevo enfoque para la educación en sus diversos niveles (primaria, secundaria, técnica, superior), debido a que posibilita una serie de cambios y transformaciones que vienen siendo demandadas por la sociedad, los estudiantes y los mismos docentes. Es así como el enfoque de competencias viene construyendo una serie de principios conceptuales y herramientas para pasar del énfasis en la transmisión de la información al aseguramiento de saberes esenciales, no solo en lo cognoscitivo, sino también en el ser y el hacer, que les permita a los estudiantes desempeñarse con pertinencia y pertenencia ante las actividades y problemas propios de los diferentes contextos (sociales, disciplinares, investigativos, profesionales, ambientales, políticos, económicos y laborales).”*

Y es que las competencias, según Levy-Leboyer⁴, son *“repertorios de comportamientos que algunas personas dominan mejor que otras, lo que las hace eficaces en una situación determinada.”*

Eso quiere decir, que con las competencias se busca basar la docencia en el aprendizaje, no en la enseñanza, por tanto, el concepto de educación por competencias relaciona toda actividad académica con el desarrollo de ciertos perfiles que se consideran necesarios para cada una de las diferentes profesiones o carreras que se estudian en las universidades del mundo. Los programas de estudio y la metodología pedagógica, deben estar dirigidas a la formación del nuevo profesional de acuerdo a las competencias requeridas por su carrera.

Lo anterior implica, de acuerdo con el mismo Tobón, que han de tenerse en cuenta al menos cuatro aspectos que transforman el concepto de educación en un proceso amplio e integral asumido por cada persona para lograr su autorrealización. Dichos aspectos son:

“a) tener como base los aprendizajes previos de los estudiantes para planear los propósitos a partir de ellos b) tener un conocimiento profundo de los estilos y ritmos de aprendizaje, para orientar y mediar las estrategias didácticas acordes con ellos; c) hacer partícipe al estudiante de su aprendizaje, guiándole en la forma en que puede planificar, investigar y regular el estudio; d) tener presente en la docencia la formación y afianzamiento de estrategias cognoscitivas y metacognoscitivas que ayuden a los estudiantes a buscar, organizar, asimilar, comprender y aplicar el conocimiento con pertinencia. De esta manera se favorece la autonomía en los estudiantes, principio esencial de la pedagogía actual.”

A raíz de varias inquietudes detectadas por los expertos en cuanto a la claridad de la aplicación de lo que en realidad son las competencias y, para poder dejar de abordarlas *“como un mero hacer procedimental enfocado a la realización de actividades, enfatizando en la aplicabilidad del conocimiento, o como atributos separados entre sí”*⁵, como diría Tobón, surgió el proyecto Tuning, pionero en la definición de las competencias *“como una dinámica compleja formada por una suma integrada de conocimientos y aplicación práctica de los mismos que deberían caracterizar todo el proceso de convergencia europea de la educación superior.”*⁶

El proyecto Tuning, es la base en torno a la cual se construyó el denominado *“Proceso de Bolonia”*, que generó el EEES (Espacio Europeo de Educación Superior), uno de los programas de mayor impacto en el ámbito de la educación

superior europea y busca afinar las estructuras de sus universidades con el fin de mejorar la calidad académica de sus centros de educación superior, priorizando los procesos de aprendizaje a través de la investigación, con el objetivo fundamental de formar de acuerdo a las competencias profesionales previamente definidas, que más adelante apreciaremos.

Según Juan Morales Ordóñez⁷, “*la determinación de las competencias para cada una de las carreras universitarias, se realiza a través de consultas sistemáticas a los diferentes actores sociales relacionados con el proceso educativo. De esta forma, grupos de académicos, graduados, estudiantes, empleadores y sociedad civil en general, aportan con sus criterios para la definición de las competencias que deben tener los profesionales que se titulan en las universidades.*”

Las competencias de quienes se gradúan en las facultades de Derecho, deben determinarse a través del proceso mencionado. Es probable que el perfil profesional de los abogados exija un claro conocimiento y sensibilidad frente a los verdaderos objetivos del Derecho, que tienen que ver con la búsqueda permanente de la justicia y el bien común; así como adecuados conocimientos sobre las estructuras jurídicas que organizan y determinan las formas de vida del País y del mundo. Además, es probable, que abogados y juristas deban ser profesionales con una alta formación social y humanista, considerando que su labor afecta los destinos de personas individuales y por ende el destino de las colectividades. La Ética que se constituye en una competencia básica en todas las profesiones, adquiere características de exigencia ineludible en el jurista, pues los valores y el deber ser moral son los fundamentos esenciales de todo ordenamiento jurídico.”

Las mallas curriculares y la estructura educativa de las facultades de Derecho, deberán adaptarse a las competencias para América Latina para lograr una adecuada formación en sus propias competencias.

Y es que las competencias, como procesos complejos de desempeño, buscan fortalecer y desarrollar no sólo la formación de los estudiantes, mediante el diseño de programas de formación pertinentes a las competencias, sino también, de acuerdo con las recomendaciones de Tobón⁸, con ellas se busca que los estudiantes sean protagonistas tanto de su vida, como de su proceso de aprendizaje y, particularmente, cumpliendo con cinco principios que se han de tener en cuenta en el proceso de aplicación de Tuning:

- a. La formación de competencias para hacer estudiantes protagonistas, implica tener como base el proyecto ético de vida, el cual se refiere a planear la vida

con base en valores personales y sociales. Esto significa que las competencias no se forman en abstracto, sino en el marco de unas expectativas y metas, y es necesario abordar este ámbito como algo transversal a todo el plan de estudios.

- b. La enseñanza se orienta tomando como base los módulos, los cuales constituyen programas completos de formación de una o varias competencias mediante estrategias didácticas enfocadas a las tres dimensiones competenciales: afectivo-motivacional, cognoscitiva y actuacional, a través del trabajo centrado en problemas, mapas cognitivos y conceptuales, experimentos, simulaciones, prácticas laborales y proyectos.
- c. La instrucción se dirige a cada una de las competencias identificadas en el estudio del contexto y sistematizadas en el perfil de los diplomados y licenciados. Esto significa que las actividades didácticas en los módulos se planean por cada una de las competencias tomadas en forma individual.
- d. Las actividades de aprendizaje tienen como base la continua retroalimentación, con el fin de posibilitarles a los estudiantes el reconocimiento de sus logros y aspectos a mejorar, como también para ajustar mejor tales actividades a los propósitos formativos establecidos en un determinado módulo.
- e. Con el enfoque de las competencias se trabaja tomando como referencia los resultados verificables. Se comprende que diversos aspectos del aprendizaje no es posible medirlos de forma exacta, para así determinar el grado de impacto de la educación; sin embargo, sí se pueden buscar algunos aspectos que puedan ser plenamente contrastables, con el fin de tener algunos criterios para evaluar la calidad de la docencia.

2. OBJETIVOS DEL PROYECTO TUNING

El proyecto Tuning posee cuatro líneas de trabajo:

- a. Competencias (genéricas y específicas)
 - b. Enfoques de enseñanza, aprendizaje y evaluación
 - c. Créditos académicos y,
 - d. Calidad de los programas
-
- a. Competencias (genéricas y específicas):

En cuanto a las competencias genéricas, que más adelante presentaremos, el

proyecto trata de identificar atributos compartidos que pudieran generarse en cualquier carrera y que son considerados importantes por la sociedad.

Según los expertos, hay ciertos atributos como la capacidad de aprender, la capacidad de análisis y síntesis, etc., que son comunes a todas o casi todas los programas de formación, pero también puede haber unas competencias en cada área temática, a que se consideran como cruciales para cualquier titulación y sobre las cuales haremos una propuesta para Colombia, precisamente porque están específicamente relacionadas con el conocimiento concreto de un área temática, en nuestro caso: el Derecho. *“Se conocen también como destrezas y competencias relacionadas con las disciplinas académicas y son las que confieren identidad y consistencia a cualquier programa”*⁹.

b. Enfoques de enseñanza, aprendizaje y evaluación

*“Se trabaja en profundidad la traducción de las competencias tanto genéricas como específicas en actividades dentro del proceso de enseñanza, aprendizaje y evaluación. Para ello se propone preparar una serie de materiales que permitan visualizar cuales serán los métodos de enseñanza, aprendizaje y evaluación más eficaces para el logro de los resultados del aprendizaje y las competencias identificadas. Cada estudiante debe experimentar una variedad de enfoques y tener acceso a diferentes contextos de aprendizaje, cualquiera que sea su área de estudio.”*¹⁰

c. Créditos académicos:

*“En esta línea se llevará adelante una intensa reflexión sobre la vinculación de las competencias con el trabajo del estudiante, su medida y conexión con el tiempo calculado en créditos académicos.”*¹¹

d. Calidad de los programas:

*“Esta línea asume que la calidad es una parte integrante del diseño del currículo basado en competencias, lo que resulta fundamental para articular con las otras líneas expuestas. Si un grupo de académicos desean elaborar un programa de estudios o redefinirlo necesita un conjunto de elementos para brindar calidad a esos programas y titulaciones.”*¹²

Basados en el modelo de competencias, Tuning busca lograr unos objetivos, que en Derecho se centran en crear puentes entre las universidades y otras entidades apropiadas y calificadas para producir convergencia en las áreas

de las disciplinas seleccionadas, así como crear redes capaces de presentar ejemplos de prácticas eficaces, estimular la innovación y la calidad mediante la reflexión y el intercambio mutuo y desarrollar e intercambiar información relativa al desarrollo de los currículos en las áreas seleccionadas y crear una estructura curricular modelo expresada por puntos de referencia para cada área, promoviendo el reconocimiento y la integración latinoamericana de titulaciones.

3. LAS COMPETENCIAS

Para poderlas presentar, debemos remontarnos históricamente tan sólo hasta marzo de 2005, cuando se llevó a cabo la Primera Reunión General en Buenos Aires, donde los grupos de trabajo en consenso elaboraron la lista de competencias genéricas que se consultarían a académicos, estudiantes, graduados y empleadores de América Latina, los que se logró de Abril a Julio de 2005.

“La Segunda Reunión General del Proyecto, realizada en Belo Horizonte, en agosto del mismo año, se presentó el informe del análisis de los resultados de la consulta de competencias genéricas. En esa misma reunión los grupos de trabajo discutieron acerca de las competencias específicas y lograron definir la lista de competencias específicas para las áreas temáticas de Administración de Empresas, Educación, Historia y Matemáticas y fueron consultados académicos, estudiantes, graduados y empleadores de cada área temática en los meses de Octubre a Diciembre de 2005.

En la Tercera Reunión General Tuning, que se realizó en San José durante el mes de febrero de 2006, se incorporaron nuevos grupos de trabajo: arquitectura, derecho, enfermería, física, geología, ingeniería civil, medicina y química, los cuales definieron las listas de competencias específicas para cada área. Los grupos que venían trabajando con anterioridad analizaron los resultados de las consultas llevadas a cabo.

En Bruselas, Junio de 2006, se realizó la primera reunión conjunta de Tuning América Latina con Tuning Europa, donde se compararon las listas de competencias alcanzadas por los distintos grupos de trabajo, identificando similitudes y diferencias entre ambas reflexiones.

La reunión de cierre del Proyecto se adelantó en Ciudad de México en el mes de Febrero 2007, programada con el objeto de hacer un balance sobre los resultados del proyecto, así como su impacto en las instituciones participantes. Además los grupos

de trabajos terminaron de revisar los documentos que se incluirán en el informe final del Proyecto.”¹³

4. COMPETENCIAS GENÉRICAS PARA AMÉRICA LATINA

Estas competencias genéricas Tuning para América Latina, comprenden todas las áreas enunciadas, con base en ellas se realizará la confección de unas competencias específicas nacionales en cada área, lo mismo que siguiendo las competencias específicas del área para América Latina:

1. Capacidad de abstracción, análisis y síntesis,
2. Capacidad de aplicar los conocimientos en la práctica,
3. Capacidad para organizar y planificar el tiempo,
4. Conocimientos sobre el área de estudio y la profesión,
5. Responsabilidad social y compromiso ciudadano,
6. Capacidad de comunicación oral y escrita,
7. Capacidad de comunicación en un segundo idioma,
8. Habilidades en el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación,
9. Capacidad de investigación,
10. Capacidad de aprender y actualizarse permanentemente,
11. Habilidades para buscar, procesar y analizar información procedente de fuentes diversas,
12. Capacidad crítica y autocrítica,
13. Capacidad para actuar en nuevas situaciones,
14. Capacidad creativa,
15. Capacidad para identificar, plantear y resolver problemas,
16. Capacidad para tomar decisiones,
17. Capacidad de trabajo en equipo,
18. Habilidades interpersonales,
19. Capacidad de motivar y conducir hacia metas comunes,
20. Compromiso con la preservación del medio ambiente,
21. Compromiso con su medio socio-cultural,
22. Valoración y respeto por la diversidad y multiculturalidad,
23. Habilidad para trabajar en contextos internacionales,
24. Habilidad para trabajar en forma autónoma,
25. Capacidad para formular y gestionar proyectos,
26. Compromiso ético,
27. Compromiso con la calidad

5. COMPETENCIAS ESPECÍFICAS LATINOAMERICANAS PARA DERECHO

Éstas fueron elaboradas por las universidades participantes, con base en los borradores nacionales que cada universidad aportó, y a través del debate alcanzaron consenso sobre una lista de competencias específicas para cada el temática. Derecho definió consultar las competencias específicas a académicos, graduados, estudiantes y empleadores.

Después se puso a disposición de los grupos un formato en línea para llevar adelante la consulta, además de las alternativas presenciales y de correo postal propuestas en la consulta de competencias genéricas. La consulta en línea se abrió del 3 de Abril de 2006 al 5 de Mayo de 2006 y, el análisis de los resultados de la consulta de competencias específicas se realizó en la reunión de Bruselas en Junio de 2006. Además, en todos los grupos de trabajo del proyecto se reflexionó en un ejemplo de como enseñar y evaluar una competencia de su área temática.

Las competencias, a mi juicio, son una traducción, razón por la cual, poseen algunos errores gramaticales:

1. Conocer, interpretar y aplicar los principios generales del Derecho y del ordenamiento jurídico.
2. Conocer, interpretar y aplicar las normas y principios del sistema jurídico nacional e internacional en casos concretos.
3. Buscar la justicia y equidad en todas las situaciones en las que interviene.
4. Estar comprometido con los Derechos Humanos y con el Estado social y democrático de Derecho.
5. Capacidad de ejercer su profesión trabajando en equipo con colegas.
6. Capacidad de trabajar en equipos interdisciplinarios como experto en Derecho contribuyendo de manera efectiva a sus tareas.
7. Comprender adecuadamente los fenómenos políticos, sociales, económicos, personales y psicológicos -entre otros-, considerándolos en la interpretación y aplicación del Derecho.
8. Ser conciente de la dimensión ética de las profesiones jurídicas y de la responsabilidad social del graduado en Derecho, y actuar en consecuencia.
9. Capacidad de razonar y argumentar jurídicamente.
10. Capacidad de dialogar y debatir desde una perspectiva jurídica,

- comprendiendo los distintos puntos de vista y articulándolos a efecto de proponer una solución razonable.
11. Considerar la pertinencia del uso de medios alternativos en la solución de conflictos.
 12. Conocer una lengua extranjera que permita el desempeño eficiente en el ámbito jurídico (inglés, portugués y español).
 13. Capacidad para usar la tecnología necesaria en la búsqueda de la información relevante para el desempeño y actualización profesional.
 14. Capacidad para aplicar criterios de investigación científica en su actividad profesional.
 15. Capacidad para aplicar sus conocimientos de manera especialmente eficaz en un área determinada de su profesión.
 16. Capacidad de enfrentar nuevas situaciones y contribuir a la creación de instituciones y soluciones jurídicas en casos generales y particulares.
 17. Capacidad para redactar textos y expresarse oralmente en un lenguaje fluido y técnico, usando términos jurídicos precisos y claros.
 18. Capacidad para analizar una amplia diversidad de trabajos complejos en relación con el Derecho y sintetizar sus argumentos de forma precisa.
 19. Capacidad para tomar decisiones jurídicas razonadas.
 20. Comprender y relacionar los fundamentos filosóficos y teóricos del Derecho con su aplicación práctica.
 21. Demostrar conciencia crítica en el análisis del ordenamiento jurídico.
 22. Capacidad de actuar jurídica y técnicamente en diferentes instancias administrativas o judiciales con la debida utilización de procesos, actos y procedimientos.
 23. Capacidad para decidir si las circunstancias de hecho están suficientemente claras para poder adoptar una decisión fundada en Derecho.
 24. Actuar de manera leal, diligente y transparente en la defensa de intereses de las personas a las que representa.

Hasta ahora, sólo hemos podido encontrar que Ecuador es el único país del grupo que ha propuesto sus competencias específicas para Derecho.

6. UN EJEMPLO, LAS COMPETENCIAS ESPECÍFICAS ECUATORIANAS

1. Buscar la verdad jurídica en todas las situaciones en las que intervenga.
2. Comprensión de problemas individuales y sociales en su relación con la vida colectiva y con el medio ambiente.

3. Comprensión de la pluralidad de criterios sociales y adaptación en los diferentes medios culturales.
4. Orientación a la búsqueda de soluciones alternativas de los conflictos.
5. Orientación a la mediación y al arreglo amistoso de las divergencias.
6. Compromiso con el desarrollo del Ecuador desde los roles de jurista y abogado.
7. Motivación para el servicio privado y público.
8. Destrezas en los campos de la argumentación y oratoria.
9. Destrezas en el campo de la presentación escrita de argumentos.
10. Disposición al trabajo en equipo.
11. Manejo de un segundo idioma.
12. Manejo de las nuevas tecnologías de información y comunicación.
13. Destrezas administrativas y gerenciales.
14. Conocimientos contables.
15. Manejo de criterios de planificación, elaboración y ejecución de proyectos en diferentes áreas sociales.
16. Conocimientos relacionados con técnicas de investigación académica.
17. Profundo conocimiento de las leyes y del sistema jurídico nacional y de sus relaciones con el mundo internacional.

Sin embargo, yo propongo dar una ponderación de importancia a las competencias genéricas de Derecho, al parecer inmodificables y obligatorias punto a punto según los europeos, así como incluir otras o también mejorar la redacción a las existentes y comprometen al profesional del Derecho en principio, a que se le de una formación en valores, en estructura de su ciencia y por último, en un nivel instrumental complementario, como el que surge de la necesidad de una segunda lengua:

7. UNA PROPUESTA ESPECÍFICA PARA COLOMBIA

Mi propuesta, para la enseñanza del Derecho por competencias, se basa en dieciséis puntos, de los cuales, cada profesor escogerá uno o varios para poder elaborar el programa de cada una de sus asignaturas:

1. Actúa en forma ética y transparente con responsabilidad social, buscando de manera leal y eficiente la justicia y la equidad en sus actuaciones, para defender adecuadamente los intereses de quienes representa.
2. Actúan con capacidad jurídica, con el apoyo técnico necesario para ejercer el debido proceso, razonado y con argumentos, ante autoridades judiciales o administrativas.

3. Conoce, interpreta y aplica los principios generales del Derecho y del ordenamiento propio de su país, así como las diferentes normas del sistema jurídico nacional e internacional en casos concretos.
4. Posee capacidad para dialogar y debatir desde una perspectiva jurídica y con conciencia crítica, comprendiendo las distintas teorías y conceptos, jurídicos y filosóficos del Derecho, con el efecto de articularlos y proponer y tomar una solución jurídica razonada.
5. Posee capacidad para decidir si las circunstancias de hecho son suficientemente claras para poder adoptar en Derecho una decisión bien fundada.
6. Considera la importancia y la pertinencia del uso de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos MASC.
7. Posee capacidad para redactar textos y expresarse de manera adecuada en forma verbal y escrita con un lenguaje fluido y técnico-jurídico, así como con una adecuada gramática acorde con las actualizaciones idiomáticas recientes.
8. Es capaz de enfrentar nuevas situaciones y de contribuir a formular soluciones jurídicas en casos generales y particulares.
9. Posee capacidad para aplicar sus conocimientos de manera eficaz en un área determinada de su profesión.
10. Posee capacidad para analizar una diversidad muy amplia de trabajos complejos en relación con el Derecho y de sintetizar sus argumentos en forma precisa.
11. Comprende adecuadamente los fenómenos políticos, sociales, económicos, personales y psicológicos –entre otros–, considerándolos en la interpretación y aplicación del Derecho.
12. Posee capacidad de ejercer su profesión trabajando en equipo, bien sea con colegas o con expertos de otras carreras, contribuyendo de manera efectiva en la solución de casos.
13. Posee capacidad para ejercer la investigación científica en su actividad profesional.
14. Posee capacidad para utilizar la tecnología, así como los avances de ésta, en la búsqueda de la información relevante para ejercer su carrera, así como para actualizarse profesionalmente.
15. Conocer al menos una lengua extranjera distinta a la materna, que le permita actuar eficientemente en el ámbito jurídico.
16. Está comprometido con los Derechos Humanos y con el Estado Social y Democrático de Derecho.

Esperamos que en Perú, también la enseñanza por competencias sea una realidad.

¹ Disponible en: <http://www.unideusto.org/tuning/tuningal/>

² Disponible en: <http://www.unideusto.org/tuning/tuningal/>

³ Tobón, S. El Enfoque de las Competencias en el Marco de la Educación Superior. Módulo Uno. CIFE. Madrid, 2006, página 1.

⁴ Citado por Tobón, página 3.

⁵ Tobón, S. Op. Cit., página 3.

⁶ Ver cita # 2 en Tobón, S. Op. Cit., página 3.

⁷ Morales, J. La Educación por Competencias. Disponible en: <http://www.uazuay.edu.ec/tuningderecho/articulos.htm>, acceso en abril de 2007.

⁸ Tobón, S. Op. Cit., página 9.

⁹ Disponible en: <http://www.unideusto.org/tuning/tuningal/>

¹⁰ Disponible en: <http://www.unideusto.org/tuning/tuningal/>

¹¹ Disponible en: <http://www.unideusto.org/tuning/tuningal/>

¹² Disponible en: <http://www.unideusto.org/tuning/tuningal/>

¹³ Disponible en: <http://www.unideusto.org/tuning/tuningal/>

EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO Y LA REFORMA JUDICIAL

GUILLERMO I. ORTIZ MAYAGOITIA*

Resumen:

El apego a la Constitución es un avance incuestionable en la consolidación del estado de derecho, y una fortaleza de la democracia. La política, vista democráticamente, es el resultado del ejercicio colectivo de muchos derechos políticos y civiles. Por eso es importante su defensa constitucional, de forma imparcial y apartidista, para que el actuar judicial en la política genere certeza a partir de la «técnica» y la jurisprudencia, dejando la política en las áreas en las que corresponde que se ejercite a plenitud. El incremento en la demanda de justicia ilustra la importancia de contar con los mecanismos que se han ido sumando al sistema de justicia constitucional; orienta los esfuerzos de la administración de justicia y puede ayudarnos a valorar la importancia de que los foros verdaderamente políticos tengan mayor exigencia y libertad para consensuar y para disentir, siempre con el respaldo de un sistema de justicia confiable.

Palabras Clave: Reforma Judicial - Defensa constitucional - Reforma Constitucional

Abstract:

The attachment to the Constitution is an unquestionable advance in the consolidation of the government of law, and strength of the democracy. The political field, from the democratically point of view is the result of the collective exercise of many political and civil rights. Is for that reason that is so important its constitutional defense in a impartial form, so that judicial acting in the political field generates certainty from the «technique» and the jurisprudence, leaving the political field where it corresponds. The increase in the demand of justice, illustrates the importance of counting on the mechanisms that have been added to the system of constitutional justice; orients the effort of the justice administration and can help us to always value the importance of the real political forums and make them have greater exigency and freedom to agree and to disagree always with the endorsement of a system of reliable justice.

Key words: Judicial Reform - Constitutional Defense - Constitutional Reform.

* Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

Sumario:

1. Introducción. 2. El Poder Judicial y la división de poderes. 3. La justicia constitucional y el Poder Judicial de la Federación. 4. La agenda integral y coherente para la reforma judicial.

1. INTRODUCCIÓN

El estado constitucional, democrático y de derecho tiene elementos profundamente característicos e indispensables en su diseño, que pueden ser enunciados brevemente de la siguiente manera:

- a. Garantías para proteger los derechos fundamentales de las personas, como sustento material de la democracia y del estado mismo;
- b. División de Poderes, que garantiza el ejercicio equilibrado de las potestades y la autoridad pública;
- c. Un sistema democrático libre y abierto, que garantice (y fomente) la diversidad y la pluralidad, así como la participación cívica en los asuntos públicos;
- d. Derechos sociales, económicos y culturales, complemento necesario de las garantías estrictamente individuales; y
- e. Mecanismos jurídicos que hagan exigible todo lo anterior.

Este documento muestra algunas ideas para acercar al lector al sistema de justicia constitucional mexicano, encomendada al Poder Judicial de la Federación, como parte esencial y funcional del estado democrático, constitucional y de derecho.

Asimismo, presentará la Agenda Integral y Coherente para la Reforma Judicial, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha presentado al Senado de la República, en el contexto de la Reforma del Estado.

2. EL PODER JUDICIAL Y LA DIVISIÓN DE PODERES

En los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con el artículo 39° de su Constitución, el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

A. El Poder Legislativo

El Poder Legislativo se integra por un número importante de ciudadanos que

son electos de forma periódica para desempeñar la representación nacional. Actualmente, 500 diputados y 128 senadores conforman al Congreso de la Unión, en cuyos debates y resoluciones se encarna la forma democrática y representativa de nuestro estado. El dictado de normas no puede estar en manos de una sola persona, ni puede tampoco ejercerse sin límite temporal o material. En virtud de que todos los integrantes de una democracia tienen derecho a ser representados en la Asamblea, es indispensable que el cuerpo legislativo sea colectivo, amplio e incluyente y que esa representación no sea infinita en el tiempo, como práctica necesaria para que la representatividad sea acorde con los tiempos y para que toda generación cuente con igualdad de posibilidades para participar en la conformación de las Cámaras; esto y la naturaleza colegiada del poder legislativo dan forma al estado democrático, constitucional y de derecho.

B. El Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo -en un régimen presidencial como el mexicano- es unipersonal. El modelo democrático sustenta la exigencia de la elección popular y de duración acotada, de modo tal que la voz de toda persona, a lo largo del territorio y a través del tiempo, también pueda incidir en la designación del titular de este Poder. La División de Poderes en México, adoptó esta figura presidencial, que significa una jefatura de estado y de gobierno encomendadas a la misma institución, cuya titularidad está sujeta al procedimiento de elección democrática. Lo emblemático de esta institución, es que el alcance y los límites de este poder unipersonal tienen como único sustento y origen a la Constitución.

C. El Poder Judicial

El Poder Judicial Federal tiene una naturaleza y una composición muy particulares. Su ejercicio está depositado en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Tribunal Electoral, en los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en los Juzgados de Distrito. Es un Poder de la Unión, con estructuras desconcentradas. Su trazado incorpora varios órganos, con distintas competencias y atribuciones constitucionalmente asignadas.

Hay quienes opinan que su integración no es democrática, debido a que no existe una elección popular de por medio. Otros, aseguran que los Poderes Ejecutivo y Legislativo tienen una participación determinante en la designación de los titulares de muchos órganos del Poder Judicial

(actualmente, por ejemplo, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Magistrados del Tribunal Electoral, son designados por votación en el Senado de la República); por ello, dicen, se trata de un sistema de elección indirecta, en el que la representación ciudadana toma la decisión correspondiente.

La crítica que se hace a esta postura, es que ese sistema de designación no tiene nada de representativo porque no existe vinculación entre los designados y quienes les han otorgado el voto. Dicho de otro modo, no hay un vínculo político-democrático entre el Senado y los señores ministros o los señores magistrados que éste designa.

Desde el texto de la Constitución de 1857 –antecedente directo de la constitución mexicana vigente- se encomendaron tareas diferentes a los tres poderes:

Al Legislativo, la expresión de la voluntad ciudadana, en leyes y reglas que permitan y mejoren la convivencia de sus representados, así como la vigilancia de los recursos públicos y de la actividad del Ejecutivo, entre otras. El Legislativo es depositario de la conducción de la actividad política-legislativa del país. El Ejecutivo recibió la encomienda de dirigir las políticas públicas y la política exterior, así como la de dirigir la fuerza pública federal, entre otras funciones. Tiene la responsabilidad de aplicar las leyes, dando contenido concreto y material a sus normas y objetivos.

El Poder Judicial por su parte, no fija las reglas del juego, sino que las defiende y las aplica; tampoco ejecuta materialmente las políticas públicas, sino que cuida que éstas no vulneren o ignoren las garantías y derechos fundamentales del estado constitucional; no vigila la actuación de los otros poderes en un marco de supervisión política recíproca, sino que cuida sus equilibrios y arreglos previstos en la Constitución.

En un estado constitucional, democrático y de derecho, no todo es un asunto de mayorías y de elecciones. La justicia -sobre todo la constitucional- es un dispositivo indispensable para que la democracia persista y el estado de derecho sea más un asunto de garantías, que un mero instrumento de conformación de órganos públicos. En suma, el Poder Judicial es una institución democrática, en la medida en la que es el custodio técnico -y no partidista- del más básico y fundamental cimiento de la democracia misma: nuestro pacto constitucional.

Ahora bien, si existen 500 diputados, 128 senadores y un presidente de la República: ¿cuántos ciudadanos integran el Poder Judicial de la Federación? A diferencia de los otros dos Poderes, el número de depositarios del Poder Judicial de la Federación no está fijado de forma tajante en la Constitución porque su misión requiere de flexibilidad y adaptación constante. Por ejemplo, en México, hasta el mes de agosto de 2007, existían 11 Ministros en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7 Magistrados de Sala Superior y 15 Magistrados de Salas Regionales en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 616 Magistrados de Circuito, que se distribuyen a lo largo del país en 29 circuitos (en México, prácticamente corresponde un Circuito a cada entidad federativa y es muy probable que muy pronto así sea), y 300 Jueces de Distrito, que ejercen sus funciones en los 64 distritos judiciales en que se divide el territorio nacional y que lógicamente están agrupados en los 29 Circuitos Judiciales a los que he hecho mención.

El Poder Judicial de la Federación en su integridad, está encomendado, al día de hoy, a los 949 impartidores de justicia enunciados antes, que realizan sus tareas en las diversas sedes y órganos en todo el país. Estas cifras varían a lo largo del tiempo; se van ajustando por diversas razones.

Cada órgano del Poder Judicial de la Federación, cuenta con una autonomía absoluta en la toma de decisiones judiciales. El apego a la Constitución, la observancia de la legislación, el cuidado del procedimiento y la construcción de criterios jurisprudenciales, son los referentes que dan armonía e integridad a nuestro sistema de justicia.

No hay línea jerárquica o de subordinación sustantiva entre los diferentes órganos del Poder Judicial de la Federación. Cada Juez, cada Magistrado, cada Ministro, adopta sus decisiones con total libertad y responsabilidad, en el ejercicio más pleno de sus atribuciones judiciales.

De eso se trata la actividad judicial: de decidir de forma objetiva, imparcial, profesional e independiente los asuntos que son sometidos a la consideración de cada juzgador. Estos principios, previstos claramente en la Constitución, acompañan y rigen a todos los impartidores de justicia federal con los que contamos los mexicanos.

Pero existe un órgano constitucional del Poder Judicial, que merece una explicación por separado: el Consejo de la Judicatura Federal. Se trata de un

órgano previsto en la Constitución, cuya misión es la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación (exceptuando a la Suprema Corte de Justicia de la Nación). Este es el órgano encargado de diseñar la división del territorio nacional en los diferentes Distritos y Circuitos Judiciales, para asignar a cada uno de ellos el número más conveniente de Juzgados y Tribunales, tomando en consideración criterios sociodemográficos y las cargas de trabajo de cada zona, para que la impartición de justicia sea más accesible y eficiente, dentro de las posibilidades humanas, técnicas y financieras con las que cuenta el Poder Judicial de la Federación.

No obstante sus importantes atribuciones, los Consejeros que integran el Consejo de la Judicatura Federal, no son titulares del Poder Judicial de la Federación.

3. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Nuestra construcción constitucional ha evolucionado a lo largo de las décadas y los siglos. Si en el marco de la división de poderes, al Judicial le corresponde defender los derechos fundamentales y dirimir los conflictos que puedan surgir por la actividad de los otros dos poderes (incluso de la propia actividad judicial), ¿qué otra cosa puede ser la justicia constitucional sino el mecanismo que haga valer a la Constitución en sus diversas expresiones, frente al ejercicio de poder?

Hemos dicho que existen ciertos elementos esenciales para el diseño del estado constitucional, democrático y de derecho; estos elementos, parece, no están a discusión de las mayorías que se forman en cada momento. Paradójicamente, son los fundamentos del estado democrático y a la vez son los límites materiales a la decisión mayoritaria, porque constituyen justamente su sustento. Son condiciones necesarias para la legitimidad y continuidad de un estado como el que estamos describiendo.

¿Será entonces eso lo que debe preservarse? ¿Son esos los referentes constitucionales que orientan y alumbran la justicia constitucional? Tal parece así es.

En otros textos nos hemos referido al conjunto de principios e instituciones que perviven a lo largo de la historia constitucional de las naciones, como la

“esencia constitucional”¹. México tiene una esencia constitucional que ha sido motivo de conmemoración este año, en el que alcanzamos el ciento cincuenta aniversario de la Constitución de 1857, y el noventa aniversario del Constituyente de 1917.

En febrero pasado, los representantes de los tres Poderes de la Unión y los gobernadores de los estados –representados por la Conferencia Nacional de Gobernadores- suscribieron un documento formal en el que se ratificó esa “esencia constitucional”, en la que están incluidos los elementos que se han señalado antes. Se reconocen como principios esenciales del constitucionalismo mexicano: la libertad, la libertad de enseñanza, la libertad de trabajo, la libertad de expresión, la libertad de prensa, el derecho de petición, la libertad de asociación y reunión, la libertad de tránsito, la libertad económica y libre concurrencia, la garantía de igualdad, la garantía de propiedad, la garantía de legalidad, la soberanía popular, la república representativa, la democracia, el federalismo, la división de poderes y el derecho de amparo.

El sistema de justicia constitucional es entonces, un conjunto de instituciones y procesos jurisdiccionales encomendados a un único Poder Judicial, que permiten hacer exigibles los postulados constitucionales. La justicia constitucional es la herramienta que hace que el estado se obligue a sí mismo a observar las normas y mandatos fundamentales que le dan sustento y razón de ser. No se trata de procesos aislados, sino de todo un sistema integral que da vigencia, coherencia y armonía, a las normas constitucionales.

¿Cuáles son los principales elementos de este sistema de justicia constitucional? Abordaremos este tema, no a partir de los procedimientos mismos, sino de los bienes que éstos guardan y tutelan, para mantener el orden de ideas con el que hemos iniciado este texto.

A. Preservación de las Garantías Individuales

Este es el rubro más conocido de la justicia constitucional, o al menos, el más evidente para la mayoría de los ciudadanos. Si la constitución tiene (pues toda norma fundamental debe ser así) las mayores y mejores previsiones concretas para que existan derechos fundamentales, entonces debe existir un mecanismo de acción judicial para que en efecto se “garantice” su vigencia frente al poder público.

De esta aparente obviedad nace nuestro importante Juicio de Amparo, también conocido como “Juicio de Garantías”. Este es el primer mandato constitucional del Poder Judicial de la Federación: juzgar y decidir los casos en los que una persona ha sido objeto de una violación a sus garantías individuales y en consecuencia, “ampararlo y protegerlo” frente a la autoridad que ha provocado tal afectación.

Empero, el Poder Judicial no fue pensado como una defensoría de oficio para beneficio de cada persona que acude a ella. Cuando el Poder Judicial resuelve otorgar su amparo y protección, no defiende en realidad al individuo, sino a la supremacía constitucional en cada caso concreto. Ampara y protege por mandato constitucional, y no por benevolencia. No “obsequia” el amparo a su arbitrio, sino que, cuando procede, obedece a su mandamiento constitucional.

Ahora bien, el amparo en nuestro país tiene dos modalidades básicas: El amparo indirecto, cuya función –en lo más general– es que las personas puedan quejarse (y por eso procesalmente se les llama “quejosos”) cuando una norma de carácter general o cualquier acto de autoridad, vulneran sus garantías individuales, y el amparo directo, que permite a los quejosos impugnar sentencias y resoluciones definitivas que igualmente les pueda causar algún perjuicio.

Los indirectos son competencia de los Juzgados de Distrito y de los Tribunales Unitarios de Circuito, mientras que los directos corresponden a los Tribunales Colegiados de Circuito y excepcionalmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El amparo es un juicio constitucional. Se trata de una persona que denuncia que un acto de cualquier autoridad, de cualquiera de los tres poderes, en los tres órdenes de gobierno, ha violado la Constitución y le ha provocado una afectación personal y directa. La sentencia, cuando no es satisfactoria para alguna de las partes, puede ser objeto de una revisión por parte de una segunda instancia.

Las sentencias de amparo de los Juzgados de Distrito pueden ser revisadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, si se trata de actos o amparos contra leyes locales, y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación si se trata de la constitucionalidad de leyes federales, con diversas modalidades que se han establecido mediante acuerdos generales del Pleno de la Suprema Corte. Es

decir, que el trabajo de los Jueces de Distrito, de los Magistrados de Circuito, y de los Ministros de la Suprema Corte, aunque son independientes y autónomos, se enlazan y se complementan dentro de un engranaje procesal que busca defender la Constitución y dar certeza jurídica a las personas.

Pero, ¿qué significa el Juicio de Amparo en el sistema de justicia constitucional? La estadística judicial elaborada por el Consejo de la Judicatura Federal nos permite apreciar algunas dimensiones muy ilustrativas: en México, al cierre del año 2006, la carga de trabajo total de los órganos del Poder Judicial de la Federación, fue cercana a los 791 mil asuntos². De ellos, 370 mil -casi la mitad- fueron Amparos Indirectos ante los Juzgados de Distrito; 158 mil fueron Amparos Directos en Tribunales Colegiados de Circuito, y 92 mil, correspondieron a Amparos en Revisión ante Tribunales Colegiados de Circuito. Prácticamente 8 de cada 10 asuntos registrados en la estadística, se refieren al desahogo de juicios de garantías individuales (el resto corresponde a los procedimientos federales diversos).

El amparo, data del siglo XIX, surgió en un contexto en el que los escritos eran aún elaborados a mano; la sociedad tenía un elevadísimo nivel de analfabetismo; las distancias eran mucho más difíciles de afrontar y la difusión del conocimiento era francamente limitado. Hoy, en el siglo XXI, el juicio de amparo existe en condiciones verdaderamente diferentes: la gran mayoría de la población sabe leer y escribir; los medios masivos de comunicación tienen una amplia cobertura; el transporte ha minimizado el impacto de la distancia física y, sobre todo, el conocimiento se difunde velozmente.

El Internet, por ejemplo, ha revolucionado nuestra forma de intercambiar información. Una demanda de amparo puede ser convertida en un “machote” que puede viajar en cuestión de segundos a casi cualquier parte de la República Mexicana. Esto significa un nuevo esquema de interacción social que impacta claramente en nuestro sistema de justicia constitucional.

Como ha sido ampliamente comentado en los medios de comunicación, la nueva Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, conocida como la “Nueva Ley del ISSSTE”, generó una creciente inconformidad de diversos grupos que se sintieron afectados en sus derechos.

Pronto empezaron a circular ofertas de abogados que ofrecían sus servicios para gestionar amparos en contra de esas reformas; pero al poco tiempo, el texto

mismo de las demandas se multiplicaba en los correos electrónicos de muchas personas. Se veía venir una verdadera avalancha de demandas, que podrían afectar el trabajo cotidiano de los Juzgados de Distrito. El Consejo de la Judicatura Federal adoptó un acuerdo general para establecer un Juzgado de Distrito Auxiliar, con competencia en toda la República y residencia en el Distrito Federal, cuya misión fue abatir el aumento de las cargas de trabajo en los diversos Juzgados de Distrito, por la gran cantidad de juicios de amparo indirecto presentadas en contra de esta nueva Ley del ISSSTE.

Este juzgado inició funciones a partir del 7 de mayo de 2007 y ha recibido ya un total de demandas de amparo que casi igualan la mitad del número total de amparos promovidos a lo largo de todo 2006, por todos los Juzgados de Distrito del País. Como se ha señalado antes, hoy día existen 64 distritos judiciales en los que operan 300 Juzgados de Distrito, con un número idéntico de jueces. Si la distribución de esos casos fuese uniforme (que no es así), a cada Juez de Distrito le corresponderían más de 1,200 juicios de amparo por año.

El volumen de las demandas relacionadas con la “Ley del ISSSTE” equivale al índice promedio de trabajo anual de 140 Jueces de Distrito, casi la mitad de los que actualmente existen.

Con el establecimiento de un solo Juzgado Auxiliar, para la primera quincena de agosto se habían admitido ya 130 mil demandas, gracias al talento y esfuerzo de un solo Juez de Distrito y un valioso y numeroso personal de apoyo. Se ha concedido la suspensión provisional a todos los quejosos, para que las cosas se mantengan en el estado en que se encuentran, hasta que no se resuelva en definitiva. Todo esto gracias a una elevada tecnología informática que se ha instrumentado y puesto a prueba en este Juzgado.

La intención del Poder Judicial de la Federación es que los amparos contra la Ley del ISSSTE, sean resueltos antes de un año. La demanda de justicia constitucional de miles de mexicanos, es motivo para solicitar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tenga intervención y resuelva el fondo del problema, estableciendo un parámetro para facilitar el trabajo del Juzgado Auxiliar y de los demás órganos del Poder Judicial de la Federación.

No está de más aclarar un tema que ha sido recurrente en algunos foros: Se dice que el Juzgado Auxiliar es un “Tribunal Especial”,³ pero no es así. Los tribunales especiales son los que se crean para conocer de ciertos delitos y

resolver sobre ciertos delincuentes en un tiempo determinado y luego desaparecen. Este Juzgado Auxiliar, por el contrario, tiene vocación de permanencia y tiene una competencia abierta, que se irá incrementando a medida de que sus posibilidades lo permitan.

¿Será este ejemplo una nueva forma de hacer frente a la demanda de justicia constitucional? Seguramente al final de este proceso tendremos muchos datos para analizar y estudiar. Por ahora, este ejemplo muestra que el añejo Juicio de Amparo, tan útil para el desarrollo de nuestra cultura y justicia constitucional, sigue teniendo hoy un gran peso específico en los trabajos del Poder Judicial de la Federación.

Cabe agregar que, las nuevas acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, se han sumado también (de forma quizás incidental) a la defensa de las garantías individuales.

B. Preservación de la parte orgánica de la Constitución, en especial del principio constitucional de la división de poderes

El segundo tema fundamental para el estado constitucional, democrático y de derecho, es el principio de la división de poderes.

¿Cómo se hace exigible este principio? Mediante una Constitución que tenga un efecto y uso normativo y no únicamente declarativo: La visión de la Constitución como una norma jurídica y no solo como un documento político.

Pero ¿todo contenido constitucional es susceptible de ser juzgado bajo una óptica jurídica? Este debate ha estado presente en el constitucionalismo del siglo pasado y, de forma muy general, podemos considerar tres posiciones básicas:

Una, que indica que toda la Constitución es y debe ser una norma, de modo que los contenidos constitucionales deben estar sujetos siempre a una interpretación judicial: la Constitución es lo que los jueces dicen que es.

Tal postura por cierto, ha sido acogida con cierto beneplácito en lo que hoy se llama *neoconstitucionalismo o garantismo*, que mira con entusiasmo el establecimiento de grandes postulados constitucionales que sean en todo momento contrastables y verificables por parte de los tribunales

constitucionales, al grado de proponer que esta actividad sea totalmente autónoma de los poderes, incluso del propio Poder Judicial.

Otra postura, señala que sólo algunas partes de la Constitución pueden recibir un trato jurídico porque existen preceptos de orden estrictamente político que no pueden estar sujetos a los cánones y principios del estado de derecho, sino a las prácticas políticas de cada momento histórico. Bajo esta visión (que por cierto tuvo bastante aceptación en México durante casi todo el siglo XX), todo lo que se considere “político” ha de ser competencia de los titulares de los poderes Ejecutivo y Legislativo, pero jamás podrán llevarse a ningún juzgado o tribunal.

El federalismo, la división de poderes y sus competencias, los derechos políticos y electorales, y los derechos parlamentarios, fueron tradicionalmente calificados con esa etiqueta “política”, que los hacía no-justiciables, es decir, no exigibles ante el Poder Judicial. Los primeros esfuerzos de México consistieron en generar institutos y mecanismos jurisdiccionales, como los primeros tribunales de lo contencioso electoral, para que la política fuese adaptándose al estado de derecho.

Se habla de la “judicialización de la política” con una connotación ambivalente. No se sabe a ciencia cierta si es avance o retroceso; si se trata de una buena o mala noticia. En todo el mundo se ha judicializado la política; incluso en el terreno internacional se fortalecen las capacidades y jurisdicciones de los tribunales internacionales, lo cual parecía verdaderamente inadmisibles en el siglo pasado. Hoy día, también los derechos de los tratados internacionales demandan ser exigibles.

Aquí surge una tercera postura que admite que la política sea regulada por el derecho, y que éste sea producto constante de la actividad política, jurídicamente regulada. En México, a partir de las reformas constitucionales de 1995, la Suprema Corte de Justicia de la Nación fortaleció sus atribuciones como Tribunal Constitucional y como cúspide del Poder Judicial de la Federación, y desde entonces, su competencia cubre gran parte de estas inquietudes. Desde 1857 podemos encontrar gran parte de las atribuciones para resolver controversias constitucionales, pero no fue sino hasta estas modificaciones de 1995, particularmente al artículo 105 constitucional, en que se abrió el espacio para que el esquema político del estado mexicano, tanto en su división de poderes como en su sistema federal, tenga un trato de norma jurídica además de su valor como determinación política.

¿Qué significa esto? que a partir de la Novena Época del *Semanario judicial de la Federación* mexicano,⁴ al sistema de justicia constitucional se incorporaron plenamente las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. Estos dos mecanismos, en efecto, “judicializan la política”, pero no de primera mano ni de forma obligatoria: son instrumentos complementarios para el bosquejo del estado mexicano.

Los poderes Ejecutivo y Legislativo también mantuvieron y afinaron sus competencias; tienen facultades para la conducción de sus relaciones y equilibrios, así como de sus negociaciones y acuerdos. Pero cuando todo este esquema de plena autonomía rebasa los límites previstos constitucionalmente -y sólo a petición de ellos mismos- el Poder Judicial de la Federación puede intervenir para impartir justicia constitucional. La autonomía de los estados y la libertad de los municipios, las competencias y atribuciones de cada órgano de poder, los derechos de las minorías parlamentarias e incluso las leyes electorales hoy tienen cabida en este sistema integral de justicia constitucional.

Al igual que en el Amparo, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelve las acciones y las controversias constitucionales, no lo hace para conceder o negar lo que le piden las partes, sino para determinar la forma en que la Constitución ha de prevalecer en esos casos de conflicto. La función de estos procesos es entonces, que la Constitución prevalezca en el largo plazo, por sobre los conflictos del corto plazo.

Decir que la política se judicializa, es decir que la política -cuando tiene más conflicto que acuerdo- está sujeta a un control que garantiza su sujeción al mandato constitucional, cuya única finalidad es la defensa de la Constitución. Entonces, hacer exigible el marco que rige al ejercicio político del poder no solo es una gran noticia, sino una necesidad en el estado democrático y de derecho. Pero que “la política se judicialice”, no significa que “lo judicial se politice o se partidice”. Es por ello que el mismo poder que resuelve las garantías individuales decide sobre las controversias y acciones de inconstitucionalidad, bajo un mismo sistema de justicia constitucional.

Por eso tampoco existe ni debe existir vínculo político-representativo en la integración de los órganos judiciales y por ello existe un órgano final que establece los grandes criterios de interpretación constitucional, que forma parte integrante del mismo Poder Judicial de la Federación: Éste es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Constitucional del Estado Mexicano.

Como el amparo, las acciones y controversias constitucionales sólo pueden iniciarse a petición de los interesados. La agenda de la actividad litigiosa en los asuntos de orden político-constitucional se construye por factores y actores externos al Poder Judicial de la Federación, al que solo le toca satisfacer la demanda de justicia constitucional, de manera apartidista, imparcial y profesional.

Hasta finales del siglo pasado, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, significaban un promedio de 57 promociones al año. Pero actualmente superan los 180 expedientes anuales en promedio; esto significa que la demanda de justicia constitucional creció prácticamente tres veces en los últimos seis años.

C. Preservación del Sistema Democrático

Las reformas constitucionales y legales de 1996 permitieron que el sistema de medios de impugnación en materia electoral se incorporara formalmente al sistema de justicia constitucional. El Tribunal Federal Electoral se convirtió entonces en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con el carácter de órgano autónomo. Hoy contamos con un juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano que, como su nombre lo indica, tiene la misión de salvaguardar los derechos de votar y ser votado. Asimismo, existe un juicio de revisión constitucional electoral, que permite impugnar actos y decisiones públicas, que pudiesen contravenir a la norma fundamental.

Todo esto muestra una fotografía elemental de nuestro sistema de justicia constitucional, que está encomendado a una sola institución del estado mexicano: el Poder Judicial de la Federación, actuando con su distribución orgánica y competencial, a lo largo y ancho del país.

4. LA AGENDA INTEGRAL Y COHERENTE PARA LA REFORMA JUDICIAL

A. ¿Qué es la Agenda Integral y Coherente para la Reforma Judicial?

El Congreso de la Unión expidió la Ley para la Reforma del Estado⁵, en cuyo texto se prevén diferentes temas de discusión entre los que se encuentra el de la Justicia. La ley contempla un espacio con voz pero sin voto, para el Poder Judicial de la Federación, en la Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos creada para coordinar esos trabajos. En tal virtud, el

Poder Judicial ha presentado una agenda con catorce puntos que busca atender tres grandes objetivos: ampliar el acceso a la justicia, fortalecer la independencia de los órganos encargados de impartirla y aumentar la eficiencia y la eficacia en su desempeño.

B. ¿Cómo se diseñó la Agenda?

Un proceso de reforma en el sistema de justicia, requiere serenidad en el diagnóstico y en el estudio de las necesidades y alternativas. Las propuestas no fueron elaboradas en los últimos meses, sino que son resultado de un largo proceso de varios años. Entre 2003 y 2004 se llevó a cabo la “Consulta Nacional para la Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano”, en la que se recibieron más de 11,000 propuestas, que se sistematizaron en tres ejes fundamentales: la reforma de la justicia penal, la reforma del amparo y el fortalecimiento de los poderes judiciales federal y de las entidades federativas. Posteriormente, entre abril y noviembre de 2005, se organizaron 34 foros en 6 ciudades. Participaron 260 expertos, legisladores y especialistas, que analizaron y sistematizaron los resultados de aquella consulta, para obtener como resultado el *Libro Blanco para la Reforma Judicial*, en el que quedó plasmado todo ese intenso proceso participativo y reflexivo⁶.

C. ¿Por qué se llama Agenda Integral y Coherente para la Reforma Judicial?

El sistema de justicia constitucional se fortalece y se robustece con la integridad y la coherencia de sus componentes. Estos dos atributos dan sentido al conjunto y estuvieron presentes en todos nuestros trabajos. La Agenda de la Reforma Judicial no es un catálogo de propuestas aisladas que puedan elegirse y procesarse de forma independiente, sino que busca proponer un proyecto sistematizado, sustentado racional y detalladamente, para impulsar la armonía de la impartición de justicia, como parte esencial de nuestro estado constitucional, democrático y de derecho. Así, pues, los 14 puntos propuestos para esta reforma, son:

1. Facultad de iniciativa de ley para la Suprema Corte de Justicia de la Nación y para los Tribunales Superiores de Justicia de las entidades federativas. Se trata de una facultad que consiste en poder llevar propuestas al Legislativo, y no de una atribución de autorregulación.
2. Regular o eliminar la facultad de investigación conferida a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esta facultad no está reglamentada y el

Pleno se ha visto en la necesidad de fijar criterios de procedimiento interno, para evitar la multiplicidad de trámites y conclusiones en los diversos casos que se han admitido⁷. Aunque no se trata de una facultad jurisdiccional, se necesita un referente normativo que desde luego, merece ser expedido por el Poder Legislativo.

3. Garantías presupuestales para el Poder Judicial de la Federación. Una forma de garantizar que “la judicialización de la política” no implique la “politización de la justicia” es evitar negociaciones presupuestales a cargo del Poder Judicial de la Federación. Esto puede corregirse mediante una previsión presupuestal mínima, garantizada constitucionalmente, a modo de un porcentaje del Presupuesto de Egresos de la Federación, o en el Presupuesto del Estado en el caso de los Poderes Judiciales de las entidades federativas.
4. Consolidar el *certiorari* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se trata de afinar las atribuciones y procedimientos que se llevan en los Juzgados de Distrito y en los Tribunales de Circuito, fortaleciendo la atribución de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda atraer los expedientes que considere más relevantes, para resolverlos directamente, así como desprenderse de todos aquellos de su competencia originaria que considere, no son de gran importancia y que pueden ser resueltos por los Tribunales Federales, con base en la jurisprudencia.
5. Modificar el requisito de mayoría calificada del artículo 105º constitucional para que surtan efectos las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁸. Es necesario reflexionar la conveniencia de que este alto requerimiento de votación se reduzca, para que el Tribunal Constitucional de México tenga mayor capacidad de respuesta.
6. Ampliar la legitimación para iniciar acciones y controversias constitucionales.
7. Reconocer a nivel constitucional los instrumentos internacionales en Derechos Humanos.
8. Establecer constitucionalmente la recepción de tratados internacionales y su ubicación jerárquica dentro del orden jurídico mexicano.⁹

9. Modificaciones en materia de Amparo. Es oportuno retomar la iniciativa presentada hace unos años y que fue respaldada por el Poder Judicial de la Federación, que refleja una propuesta integral y acorde con esta agenda, desde luego, con nuevas adecuaciones que habrían de incorporarse.
10. Fortalecer los órganos de impartición de justicia locales, tanto en su independencia como en su funcionamiento y competencias, para avanzar en un sistema más armonizado y capaz de afrontar los retos de los nuevos tiempos, en todo el país.
11. Ampliar el acceso a la justicia, necesidad natural de todo estado democrático y de derecho.
12. Fortalecer la legitimidad de la justicia. La transparencia en las resoluciones y procesos, la eficiencia de los juicios y la eficacia de los jueces dan respaldo a la legitimidad de la justicia.
13. Fortalecer y profesionalizar el gobierno judicial. Mejorar los marcos normativos que rigen a los órganos de gobierno judicial.
14. Revisar los temas de Justicia Electoral. Revisar los temas de justicia electoral, como parte del sistema de justicia constitucional y no sólo desde la perspectiva del derecho electoral.

Al margen de todo esto, es necesario considerar que el interés de los individuos por los temas de justicia y su convicción por ejercer sus capacidades para consolidar nuestro estado constitucional, democrático y de derecho, desde la actividad que a cada uno nos corresponde, es indispensable para acercarnos a esta idea de justicia integral. El derecho, es un asunto de la sociedad y para la sociedad. Espero que sigamos conociéndolo para poder aprovechar sus ventajas y corregir sus defectos.

¹ Ortiz Mayagoitia. La Constitución de 1857 y su impacto en el orden jurídico contemporáneo. Este País. Agosto de 2007; 197: 4 – 9.

² La cifra exacta es de 790.876, según datos proporcionados por la Dirección General de Estadística del Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, en México.

³ Esta clase de tribunales se encuentra proscrita por el artículo 13 de la Constitución Política de México, que

Guillermo I. Ortiz Mayagoitia – El Sistema de Justicia
Constitucional en México y la Reforma Judicial

establece: “Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales.”

⁴ Este Semanario... es un órgano de difusión mediante el cual, el Poder judicial de la Federación da a conocer, entre otras cosas, la jurisprudencia y los criterios relevantes que sustenta la Suprema Corte de Justicia y los tribunales colegiados de circuito.

⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación mexicano el 13 de abril de 2007.

⁶ Disponible en www.scjn.gob.mx.

⁷ El pasado 20 de agosto, se aprobaron las “Reglas a que deberán sujetarse las Comisiones de Investigación que se formen con motivo del ejercicio de la facultad consignada en el artículo 97, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Documento disponible en www.scjn.gob.mx.

⁸ Las resoluciones de las acciones de inconstitucionalidad requieren de una mayoría de ocho votos de los señores Ministros, para que pueda tener éxito una declaración de inconstitucionalidad.

⁹ La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, ha establecido una jurisprudencia reciente que ubica a los Tratados Internacionales dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Vid.: Amparos en Revisión números 120/2002, 1976/2003, 74/2006, 815/2006, 1651/2004, 1738/2005, 2075/2005, 787/2004, 1576/2005, 1084/2004, 1277/2004, 1850/2004, 1380/2006 Y 948/2006.

EL CONTRATANTE DÉBIL (Determinación de la categoría jurídica)

FEDERICO ALEJANDRO OSSOLA*
MARÍA DEL PILAR HIRUELA**

Resumen:

En el presente estudio, el autor centra su atención en una de las categorías jurídicas que más ha preocupado a los civilistas, en atención a que la defensa y protección de los consumidores y usuarios constituye uno de los temas capitales y de más honda trascendencia en el actual proceso de transformación del Derecho Privado patrimonial: la figura del contratante débil. En él, se estudia lo concerniente al origen de la expresión, su real sentido, así como se analiza lo referente a su determinación como categoría objetiva o de apreciación en concreto; todo ello para derivar en conclusiones que coadyuvan a perfilar su correcta interpretación.

Palabras clave: Derecho Privado Patrimonial, contratante, parte débil.

Abstract:

In the present study, the author focuses his attention on one of the legal categories that have worried the civilist the most, in attention to that, the defense and protection of the consumers and users constitute one of the capital subjects and more deep importance in the present process of transformation of the patrimonial Private Law: the figure of the weak contractor. In it, one studies concerning the origin of the expression, his real sense, as well as the its determination as objective category is analyzed referring to or of appreciation in concrete; all it stops to derive in conclusions that help to outline their correct interpretation.

Key words: Private Law, contractor.

Sumario:

1. Origen de la expresión "contratante débil". 2. Sentido de la expresión. Aclaraciones preliminares. 3. Parte débil: ¿categoría objetiva o apreciación in concreto? 4. Conclusiones.

* Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional y Universidad Católica, Córdoba (Argentina). Magistrado en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba (Argentina).

** Directora Interina del Centro de Bioética de la Universidad Católica de Córdoba. Profesora de la Universidad Siglo XXI.

1. ORIGEN DE LA EXPRESION “CONTRATANTE DEBIL”

La expresión “contratante débil” es una noción de carácter científico, una construcción en el ámbito de lo jurídico.

Sin embargo, la protección de los débiles ha sido siempre una constante en el mundo del Derecho: ya en el Código de Hammurabí la cuestión preocupaba al legislador. Es decir que, aún cuando la temática ha adquirido diversos matices y modalidades en la actualidad, ha sido objeto de un estudio y tratamiento de mayor o menor intensidad, conforme a la época histórica y a la concepción filosófica imperante en cada momento de la historia de la humanidad; la tutela de los derechos e intereses de la persona que frente a otro u otros se encuentra en una situación de debilidad ha sido y es una inquietud de todo operador del Derecho.

La expresión “contratante débil” comenzó a ser utilizada como noción propiamente jurídica por la doctrina italiana en la década de los '70. En principio se la empleó con el fin de satisfacer necesidades de naturaleza socio-políticas; esto es, nació como respuesta a exigencias sociales y económicas, y sólo en un segundo momento la noción adquirió un marcado tinte jurídico.

En la actualidad, la temática ha preocupado a la mayoría de los civilistas del mundo, ya que la defensa y la protección de los consumidores y usuarios constituye sin lugar a dudas uno de los temas capitales y de más honda trascendencia en el actual proceso de transformación de nuestro derecho privado patrimonial.

2. SENTIDO DE LA EXPRESIÓN. ACLARACIONES PRELIMINARES

Resulta importante remarcar que no es acertado identificar la noción de *debitoris* con la de *debilis*. En efecto, el principio *favor debitoris* no es idéntico al *favor debilis*; es incorrecto considerar que el deudor (tutelado y protegido por el principio *favor debitoris* en la mayoría de los códigos decimonónicos) sea siempre la parte débil de la relación contractual. Muy por el contrario, en las modernas relaciones jurídico-económicas normalmente es el acreedor (entre otros, el consumidor) quien precisamente se encuentra en una situación de notable desventaja en relación con el deudor, que se esgrime con una evidente preeminencia o superioridad. En consecuencia, señalamos que “debilidad” no equivale siempre a “deuda”, sino que, por el contrario,

indica la existencia de una posición desventajosa frente a otra parte que se erige dominante.

Como concepto jurídico, la debilidad sólo puede presentarse en una *relación jurídica intersubjetiva*. Tradicionalmente la doctrina ha distinguido la “situación jurídica” de “relación jurídica”, estableciendo entre ambas una relación de género a especie. Así se ha afirmado que toda “situación” jurídica implica un modo de estar de las personas o de las cosas frente al Derecho, en tanto que la “relación” jurídica importa esencialmente una vinculación intersubjetiva (una persona frente a otra u otras). Es aquí donde encuadra la noción “débil”, que presume sustancialmente la presencia tangible de un *ad alterum* que inviste la calidad de fuerte.

Asimismo, dentro de las relaciones jurídicas propiamente dichas, cabe distinguir aquellas en las cuales la relación intersubjetiva se presenta *simétrica* (en el sentido de que se desarrolla entre sujetos “iguales”), de aquellas en que esta relación es *asimétrica* (pues se da un desequilibrio o desigualdad entre los sujetos intervinientes). Ahora bien, la debilidad como concepto jurídico no sólo implica una relación jurídica intersubjetiva, sino que, además supone la *asimetría de esa relación*.

Precisando o delimitando aún más la expresión a la que nos referiremos específicamente en este trabajo, resulta importante advertir que la debilidad puede darse en *toda clase de relaciones jurídicas intersubjetivas y asimétricas*. Queremos expresar con ello que en todas las relaciones jurídicas, cualquiera sea su naturaleza (patrimoniales o extrapatrimoniales; personales, familiares y civiles; procesales o sustanciales), puede existir una parte débil y otra fuerte. En todos estos supuestos, el ordenamiento jurídico debe tender a otorgar tutela y protección a la parte débil; sin embargo, por razones metodológicas nos circunscribiremos al ámbito de las *relaciones jurídicas contractuales*.

Consideramos que tampoco pueden confundirse las nociones de “consumidor” y de “parte débil contractual”; al menos, ambas expresiones no pueden ser asimiladas como comprensivas de igual extensión y clase de sujetos. *No siempre la parte débil en la contratación es el consumidor*. La expresión contratante débil resulta de mayor amplitud y comprensión que la de consumidor. De este modo, podemos afirmar que la categoría de consumidor —en la mayoría de los supuestos—, se identifica con la parte débil del contrato; empero, la relación de

proporcionalidad no se presenta a la inversa, es decir, que la parte débil no necesariamente resulta ser un consumidor.

3. PARTE DÉBIL: ¿CATEGORÍA OBJETIVA O APRECIACIÓN INCONCRETO?

Parte de la doctrina española entiende que “parte débil” no es sino una categoría jurídica objetiva, en la que —al igual que en otras categorías objetivas del Derecho vigente (como automóviles, elementos nucleares, trabajador, inquilino, etc.)—, la parte débil contractual no equivaldría a una apreciación *in concreto* de la relación, sino que la noción importaría una “cualidad objetiva” con la que la parte o el sujeto acude al contrato. La expresión, así considerada, no se referiría a un individuo en concreto, sino a categorías abstractas y objetivas, inamovibles e inmodificables, dentro de las cuales el sujeto de la relación contractual encuadra o no, sin referencia alguna a la realidad particular del caso concreto. El fundamento principal de esta postura doctrinaria consiste en prescindir de decisiones jurisprudenciales subjetivas y arbitrarias, y en evitar la filtración de un elemento arbitrario, atentatorio de la seguridad jurídica, en el ordenamiento jurídico.

Pese a comprender la lógica y la razonabilidad de esta postura, disentimos de esta línea de pensamiento, ya que —a nuestro criterio— prescindir de la referencia a la realidad concreta del caso particular, llevaría indefectiblemente a no considerar situaciones de evidente debilidad contractual y, por lo tanto, a privarlas de su debida tutela.

Otra parte de la doctrina española considera —contrariamente a la anterior— que la debilidad contractual es una “*cuestión de hecho*”, que ha de ser reconocida y valorada por el juzgador en cada caso concreto, y que, en consecuencia, resultan innecesarias las normas legales específicas que se dirijan a la protección de la debilidad contractual, pues son suficientes las normas generales que en materia contractual se encuentran positivizadas en el Código Civil.

Tampoco consideramos correcta esta postura, ya que si bien la atención a las particularidades del caso concreto supone la reflexión ineludible del juzgador, existen pautas objetivas y genéricas que permiten identificar *a priori* la debilidad contractual, pautas que han de ser atendidas, y que resultan de suma utilidad tanto para los tribunales —a la hora de resolver el caso traído a estudio—, como

para el legislador en oportunidad de sancionar una normativa que específicamente contemple y regule la cuestión subexámine.

Por lo expuesto, creemos que la “parte débil” ha de ser entendida conforme dos variables. La identificación de la debilidad contractual ha de realizarse mediante la utilización conjunta de dos pautas: por un lado, una *referencia a lineamientos o presupuestos objetivos y abstractos*, que delimite o encuadre las diversas situaciones de debilidad; por el otro, la constante *referencia a la realidad* caracterizada por ser ésta *subjetiva e in concreto*.

Entonces podemos observar que:

A. La variable de *referencia a los lineamientos o presupuestos objetivos y abstractos* importa la necesidad de advertir, en la relación jurídica contractual, la presencia de uno o varios elementos objetivamente determinantes de la situación jurídica de debilidad. Estos aspectos abstractos pueden ser sistematizados en tres, a saber:

1. Un “*déficit de información*” sobre la materia o contenido del contrato de una parte frente a la otra. Informar es “enterar, comunicar, dar noticia, poner al corriente a alguien de algo que le interesa o puede llegar a interesarle”¹. El Dr. Galán Cortés² enumera cuatro presupuestos básicos de una información suficiente: “quién, cómo, cuándo y qué”. Nace así el llamado “derecho a la información”, cuyo necesario correlato es el “deber jurídico de informar” como obligación accesoria de conducta del contrato. En reiteradas oportunidades se ha sostenido que la información no sólo ha de ser cierta, sino también completa y suficiente. Conforme a lo expuesto, el déficit de información, como parámetro objetivo determinante de la debilidad, se presentará cuando alguna de las partes del contrato no goce de una información cierta y suficiente, frente a la otra informada acabadamente en cuanto a la materia del mismo.
2. Un “*déficit de reflexión y estrategia*”: este aspecto se manifiesta cuando una de las partes ha tenido tiempo para pensar y delimitar el contenido del contrato, incluso para idear una estrategia de contratación, en detrimento de la otra parte, que ha carecido del tiempo necesario o suficiente para hacerlo.
3. Un “*déficit de negociación*”, elemento que se presenta cuando una de las

partes ha podido influir decisivamente en el contenido del contrato, dejando a la otra ante la alternativa de aceptarlo o no, sin poder negociar.

Advertimos que estos parámetros abstractos y objetivos, determinantes de la debilidad, son de naturaleza puramente contractual, y no necesariamente deben presentarse los tres en forma simultánea o conjunta. La manifestación o presencia de alguno de estos elementos es determinante y configurativa de una asimetría, y, en consecuencia, de la debilidad contractual de alguna de las partes. Esta asimetría podrá ser de mayor o menor gravedad, y a ello deberá atender el legislador y/o el juzgador a los fines de propugnar medidas protectoras de la parte débil.

B. En relación con lo que hemos denominado “*referencia a la realidad*”, debemos señalar que no basta la sola presencia de los parámetros abstractos, sino que resulta asimismo indispensable el análisis de la situación particular de cada uno de los contratantes de una relación jurídica específica. Aparecen así, criterios subjetivos y concretos que deben ser observados por el legislador así como por el juzgador, a la hora de identificar y regular las situaciones de debilidad contractual. Estas pautas, por tratarse de cuestiones puramente de hecho, no pueden ser acabadamente enunciadas, empero —mediante la aplicación de la analogía—, pueden ser sistematizadas en los siguientes grupos las que con mayor frecuencia se presenten en la realidad concreta:

1. Asimetría económica: esta situación concreta se manifiesta cuando existe una clara necesidad o apremio de naturaleza económica en alguno de los sujetos, circunstancia ésta que lo compele a la contratación, o bien cuando una de las partes, abusando de su preeminencia y dominio económico, impone medidas que la favorecen y perjudican injustificadamente a la otra (tales como imposiciones en los precios, en las limitaciones de la responsabilidad, en las exigencias de garantías, etcétera).
2. Asimetría cultural: esta circunstancia se manifiesta en aquellos supuestos en que se observa un evidente desequilibrio en la formación y educación de las partes, esto es, cuando uno de los sujetos posee un acervo cultural y social considerablemente mayor en relación al poseído por el otro contratante.
3. Asimetría técnica: hace referencia concreta al objeto del contrato y a su utilidad, beneficios y riesgos. Aparecen aquí las figuras del “experto” y del “profano”, entendiéndose al primero como la parte que posee los

conocimientos técnicos relacionados con el objeto contractual, y al segundo como el sujeto que desconoce o ignora tales aspectos.

4. CONCLUSIONES

Consideramos que la debilidad contractual es una realidad innegable en nuestros días, y que la misma ha de ser necesariamente atendida a la hora de resolver un conflicto o controversia.

A fin de tratar las situaciones de debilidad contractual, ha de partirse *a priori* de ciertos presupuestos:

1. Debe existir un contrato.
2. El deudor no necesariamente es la parte débil contractual.
3. Tampoco debe existir indefectiblemente una “relación de consumo” (es decir que, si se trata de una relación de consumo, seguramente el consumidor será la parte débil, digna de una tutela especial, pero si la controversia se centra en una relación contractual que no es de consumo, también pueden existir situaciones de debilidad).
4. Lo que sí debe evidenciarse es una asimetría o desequilibrio entre las situaciones, obligaciones y prerrogativas de las partes involucradas en el negocio jurídico.

Para identificar la debilidad contractual es indispensable recurrir a una variable de naturaleza dual:

1. A parámetros objetivos y abstractos que ponen en evidencia la presencia de asimetría contractual, y
2. A una referencia o atención a la realidad.

Los “parámetros objetivos y abstractos” pueden ser sistematizados en tres: “*déficit de información*”, “*déficit de reflexión y estrategia*” y “*déficit de negociación*”. No necesariamente deben presentarse los tres en forma simultánea o conjunta.

La “referencia a la realidad”, entendida como la manifestación de los criterios o elementos de apreciación subjetiva y en concreto, que no pueden dejar de ser observados por el legislador y por el juzgador a la hora de identificar y regular las situaciones de debilidad contractual, no pueden ser enumeradas ni

sistematizadas por tratarse de cuestiones puramente de hecho, que dependen de las circunstancias de cada caso concreto. Sin embargo, pueden ser agrupadas también en tres: “*asimetría económica*”, “*asimetría cultural*” y “*asimetría técnica*”.

¹ Mosset Iturraspe, J., Lorenzetti, R. L., Defensa del consumidor. Ley 24.240, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 1994.

² Galán Cortés, J.C., El consentimiento informado del usuario en los servicios sanitarios, Madrid, Colex, 1997.

