

ISSN 1997-6682



Revista Oficial del Poder Judicial

Corte Suprema de Justicia de la República

Vol. 5, n.º 5, 2009
Lima, Perú

Revista Oficial del Poder Judicial

Corte Suprema de Justicia de la República

Vol. 5, n.º 5, 2009
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 jueces, 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. 5, n.º 5, 2009
ISSN 1997-6682

Esta revista se edita anualmente.

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 jueces 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 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 del 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 considere necesarios para mejorar el trabajo.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Registro N° 2007-13512

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.
Tel: 511-410-1010 anexo 11185
cij@pj.gob.pe www.pj.gob.pe

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



Galería de Presidentes del Poder Judicial, Palacio Nacional de Justicia

**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA REPÚBLICA¹**

PRESIDENTE

Javier Villa Stein

VOCALES

Antonio Pajares Paredes
Luis Felipe Almenara Bryson
Manuel Sánchez-Palacios Paiva
Elcira Vásquez Cortez
Francisco Távara Córdova
Enrique Javier Mendoza Ramírez
Robinson Gonzales Campos
Víctor Ticona Postigo
César San Martín Castro
José Luís Lecaros Cornejo
Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Jacinto Julio Rodríguez Mendoza
Jorge Alfredo Solís Espinoza
Duberli Apolinar Rodríguez Tineo

¹ El Dr. Hugo Sivina Hurtado, Juez Supremo Titular, se encuentra con licencia constitucional, Preside el Jurado Nacional de Elecciones.



Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República

Revista Oficial del Poder Judicial
Corte Suprema de Justicia de la República
Vol. 5, n.º 5, 2009 - ISSN 1997-6682

Índice

EDITORIAL	17
JUECES	
Villa Stein, Javier <i>El funcionalismo en el derecho penal peruano: apreciaciones, teorías y práctica</i>	23
Vinatea Medina, Ricardo <i>El derecho de consulta a las comunidades campesinas sobre la explotación de recursos naturales en sus tierras comunales: comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC.....</i>	43
Vigo Saldaña, Flaminio Gilberto <i>La posición de la jurisprudencia nacional acerca de la prevalencia del derecho personal inscrito sobre el derecho real no inscrito: especial consideración de la seguridad jurídica y la fe pública registral.....</i>	63
Brousset Salas, Ricardo Alberto <i>Legitimación de las fórmulas consensuadas simplificatorias del procesamiento penal.....</i>	77
Escobar Antezano, Carlos <i>Problemas en la aplicación de la desvinculación procesal. Principio de determinación alternativa: alcances del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales.</i>	103
Pacheco Huancas, Iris Estela <i>Una aproximación de aplicación de la gestión del conocimiento en el Poder Judicial.</i>	113
Lama More, Héctor Enrique <i>Análisis del nuevo texto del artículo 533° del Código Procesal Civil y la tercería de propiedad contra hipotecas.</i>	129

Sequeiros Vargas, Iván <i>El ejercicio de control de constitucionalidad por los jueces peruanos.....</i>	141
Torres López, Edgardo <i>Informática y justicia en el Perú.....</i>	155
Ledesma Narvaez, Marianella <i>Acceso a la jurisdicción contencioso administrativa.</i>	163
Celis Vásquez, Marco Antonio <i>Los procesos de familia desde la óptica del acceso a la justicia: hacia la consolidación del derecho procesal de familia.</i>	179
Revilla Palacios, Ana María <i>La calificación jurídica de la denuncia penal: problemas y alternativas.....</i>	195
DOCTRINA NACIONAL	
Amprimo Plá, Natale <i>La extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios. Reflexiones con motivo del tratamiento que la nueva ley peruana de arbitraje efectúa a dicha figura.</i>	209
Fernández Arce, César <i>La ética en situaciones de crisis.</i>	217
Vidal Ramírez, Fernando <i>En torno a la prescripción extintiva</i>	229
Castillo Freyre, Mario Sabroso Minaya, Rita <i>Arbitraje obligatorio y de derecho en la contratación pública.....</i>	237
Chanamé Orbe, Raúl <i>Exégesis de la Constitución económica.....</i>	253
Meza Ingar, Carmen <i>La identidad: su estudio integral.</i>	285

DOCTRINA INTERNACIONAL

Bazán, Víctor (Argentina) <i>En torno al amicus curiae</i>	301
Delpiazzo Rodríguez, Carlos Enrique (Uruguay) <i>La responsabilidad estatal en el actual Estado de derecho</i>	323
Galindo Ayuda, Fernando (España) <i>Derecho e internet</i>	343
Félix Ruani, Humberto (Argentina) <i>"Data", paradigma de la sociedad cibernética</i>	363

DOCUMENTOS

Declaración de Piura <i>III Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial</i>	377
Declaración de Huancavelica <i>Primera reunión anual 2009 de Presidentes de Cortes Superiores de Justicia</i>	383
Declaración de Arequipa <i>Segunda reunión anual 2009 de Presidentes de Cortes Superiores de Justicia</i>	385

EDITORIAL

La Revista Oficial del Poder Judicial en su tercer año de edición, continúa con su objetivo de impulsar la creación intelectual y la investigación académica de nuestros jueces, contando siempre con el valioso aporte de connotados juristas nacionales y extranjeros versados en distintas materias del derecho.

Nuestra Revista Oficial pretende destacar y difundir, también, los avances jurídicos y las nuevas doctrinas que renuevan al derecho, haciendo que la justicia no sea una mera declaración, sino un aspecto funcional al Estado y la sociedad. Ello, se aúna al incentivo que el Poder Judicial ha venido dando a la labor integradora en todas las materias jurídicas, estableciendo criterios uniformes que permitan la predictibilidad de las resoluciones judiciales. Labor integradora que solo es posible, con el amplio conocimiento del derecho por parte de nuestros jueces, quienes tienen un libre y amplio acceso a través de estas entregas periódicas que el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial pone a su disposición en material impreso y publicación vía internet.

En la presente edición de la Revista Oficial del Poder Judicial, se han incluido temas de actualidad en materia constitucional, penal, civil, registral, contencioso administrativa y de gestión judicial; temas que —como apreciarán— no solo están ligados a nuestra actividad jurisdiccional, sino que abarcan otras áreas del derecho. Y es, en esta diversidad temática, donde radica la ampliación de los conocimientos de los jueces y de los profesionales del derecho, a quienes —especialmente— está dirigida esta publicación.

En esta oportunidad, no quiero hacer un recuento breve y sucinto de cada uno de los artículos incluidos en la Revista Oficial, por cuanto se han escogido temas, todos igual de importantes y discutibles; de cuya lectura, ustedes deben extraer sus propias opiniones, a fin de enriquecer cada vez más los alcances de la investigación jurídica.

No existe un adecuado acceso a la justicia, ni eficacia y eficiencia en la gestión judicial, si no existe un conocimiento cabal del derecho, de la norma jurídica y de los alcances de nuestra función y responsabilidad ante el justiciable y la sociedad. Y hoy no valen pretextos, pues la información y el conocimiento se encuentran cada vez más al alcance de todos, sin excepción. La informática y comunicación vía internet, nos obliga a cambiar, a ser transparentes, a ser eficientes reduciendo costos al eliminar procedimientos innecesarios, a fomentar el desarrollo económico, pero garantizando la seguridad y estabilidad jurídica.

Nuestra consolidación como Poder del Estado, no parte de la fuerza, sino del “poder del conocimiento jurídico”, que se traduce en nuestras resoluciones judiciales, y nos presenta como un Poder del Estado autónomo e independiente, imparcial y justo, eficaz y eficiente, seguro y accesible, transparente y predecible.

Si nos hemos propuesto diseñar e implementar una política institucional, y reasumir nuestro rol activo en la reforma legislativa, con esta publicación logramos dar el primer paso, iniciando el debate jurídico en temas diversos del derecho, que son manejados diariamente por nuestros jueces y demás operadores del derecho. Sin embargo, el conocimiento cambia; las situaciones jurídicas varían y las opiniones pueden modificarse; y, solamente, con la información es posible, el cambio.

Asumamos el riesgo de cambiar, pero con la información y el conocimiento de nuestro lado, sin temores. Nuestra discrecionalidad jurisdiccional nunca se verá afectada por el cambio; son más bien, nuestros anacronismos los que perjudican nuestra labor y legitimación social.

Finalmente, con esta publicación continuamos con el compromiso institucional ya trazado; agradeciendo a los jueces y juristas que han brindado los artículos aquí publicados, con el desprendimiento propio de sus tan altos niveles académicos y de la vocación de maestros en derecho, de todos nuestros amables colaboradores.

JAVIER VILLA STEIN
Presidente del Poder Judicial



Javier Villa Stein
Presidente del Poder Judicial
(2009 – 2010)

EL FUNCIONALISMO EN EL DERECHO PENAL PERUANO. APRECIACIONES, TEORÍAS Y PRÁCTICA

JAVIER VILLA STEIN*

Resumen

En los últimos años, el funcionalismo sistémico o normativo se ha asentado y desplegado en la doctrina y jurisprudencia del derecho penal peruano, instaurando con claridad, precisión y coherencia, soluciones a problemas concretos que anteriormente quedaban rezagados a las respuestas dadas por las doctrinas naturalistas, ontologistas y finalistas. Así, acogiendo una visión avanzada del funcionalismo, nos ocupamos de explicitar su evolución anterior y la postura asumida por el maestro de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs, autor que plantea la relación funcional entre la sociedad y la dogmática jurídica penal, la cual debe ser refundamentada en su planteamiento central, de cara a salvaguardar el sistema social y estatal mediante la estabilidad de la norma penal, en procura de garantizar las mínimas expectativas del ciudadano en el adecuado funcionamiento de la vida social.

Palabras clave: Funcionalismo avanzado - Finalismo - Fin del derecho penal - Misión de la pena - Derecho Penal del Enemigo - Imputación Objetiva - Infracción de Deber - Autoría mediata - Política Criminal.

Abstract

In the recent years, systemic or normative functionalism has been set up and spread out in the Peruvian Criminal Law scholar doctrine and case law, in a clear, precise and coherent manner providing solutions to concrete problems which were previously left behind to be answered by the naturalist, ontologist and teleologist scholar doctrines. Thus, by having an advanced functionalism approach, we explain the previous evolution and stand assumed by the great master of Bonn, Günther Jakobs, who sets out the functional relation between society and the criminal-juridical dogmatics, which must be re-based with a view to safeguard the social and state system through the maintenance of the criminal law stability to guarantee the citizen's minimum expectations regarding proper functioning of social life.

Key words: Advanced functionalism - Teleologism - End of criminal law - Mission of punishment - Criminal law of the enemy - Objective imputation - Duty infringement - Perpetration by means - Criminal policy.

Sumario

1. La evolución de un derecho penal funcional. 2. Los dos frentes de un derecho penal funcional. 2.1. El funcionalismo post finalista político criminal. 2.2. El funcionalismo post moderno o avanzado. 3. El funcionalismo

* Presidente del Poder Judicial y Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.
Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

avanzado, aplicación práctica en el derecho penal peruano. 3.1. El derecho penal del enemigo. 3.2. El autor, coautor, el autor mediato en aparatos de poder organizados y el instigador. a) La autoría directa disfrazada. b) Autor mediato o instigador. 3.3. Los delitos de infracción de deber y el caso de los delitos de dominio. a) La tesis de la ruptura del título de la imputación frente a la unidad del título de la imputación. b) El deber especial positivo frente al deber general negativo, fundamento en los delitos de infracción de deber. 3.4. La moderna teoría de la imputación objetiva. a) El riesgo permitido y las conductas neutrales. b) El principio de confianza. c) La prohibición de regreso. d) La competencia de la víctima. 3.5. La moderna política criminal. 4. Conclusiones.

1. LA EVOLUCIÓN DE UN DERECHO PENAL FUNCIONAL

El funcionalismo como aparato epistémico informa de las relaciones internas entre los elementos del sistema funcionalmente diferenciado de cara a propósitos. En el ámbito penal, el funcionalismo o teleologismo se orienta por los aspectos político criminales que demanda la sociedad como agregado humano plural, en movimiento, en devenir, en permanente proceso de diferenciación, rico en sub sistemas.

La orientación pre-funcional en el ámbito penal comprende el iluminismo (Beccaria, Bentham, Filangieri, Romagnosi), el racionalismo intuitivista (Carrara, Hegel, Kant, Binding); el positivismo etiologicista (Carnevale, Lombroso, Garófalo, Rocco y Alimena); el causalismo (V. Liszt, Beling, Radbruch) el neo-causalismo o causalismo valorativo (Mezger); el irracionalismo nazi (Schaffstein y Dahn) y el finalismo (Hans Welzel, A. Kaufman, Maurach, Hirsch, Cerezo Mir). Todas estas direcciones compartieron un ontologismo radical, un enfoque metafísico que "al excluir de antemano toda constatación empírica, mantenía la incolumidad del mecanismo punitivo, aislándolo del devenir social"¹.

Como quiera que el derecho penal o la dogmática jurídico penal para ser más preciso, entendida como disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración de las disposiciones legales², se organiza como un sistema, y por sistema se entiende lo que Kant formula, es decir, una pluralidad de conocimientos bajo una idea que le dé dirección y consistencia interna³, entonces, cada uno de los elementos constitutivos del delito deben ser vistos en esa o con esa cobertura.

En virtud de ello, Roxin realiza el planteamiento crítico del funcionalismo en los siguientes términos: "la formación del sistema jurídico penal no puede

vincularse a realidades ontológicas previas (acción causalidad, estructura lógico real) sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del derecho penal”⁴.

Como es de verse, se sustituye la vaga orientación neokantiana a los valores culturales, por un criterio de sistematización específicamente jurídico penal: las bases político criminales de la moderna teoría de los fines de la pena⁵.

Las consecuencias del modelo se dejan ver de inmediato en el campo del *tipo*, específicamente en la teoría de la imputación del tipo objetivo. Así, mientras en las teorías precedentes se tiene un tipo cargado de elementos objetivos conductuales (teoría clásica); o un tipo objetivo entintado de elementos subjetivos (teoría neoclásica); o un tipo objetivo independiente del subjetivo representativo del dolo (teoría final de acción); recién ahora, con el funcionalismo, el tipo es visto o tiene que ser visto de cara a la finalidad político criminal.

Con el funcionalismo se acaba la burbuja en la que se aislaba el derecho penal y socorre recién ahora a la sociedad, se le vincula, le es funcional.

La solución de continuidad lo dio el Proyecto Alternativo al Código Penal Alemán en la parte General (*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*) de 1966, el mismo que se alza junto al denominado Proyecto Oficial Alemán de 1962 y tiene entre sus autores a 14 destacados profesores alemanes y suizos: Jürgen Baumann, Anne Eva Brauneck, Ernst Walter Hanack, Arthur Kaufman, Ulrich Klug, Ernst Joachim Lampe, Theodor Lenckner, Werner Maihofer, Peter Noll, Claus Roxin, Rudolf Schmitt, Hans Schultz, Günter Stratenwerth y Walter Stree. En el preámbulo de este proyecto quedó plasmado la siguiente sentencia: “una amarga necesidad en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres” hace que el derecho penal “resulte inminente a la sociedad y no trascendente a la misma”⁶, de modo que la aplicación del derecho penal objetivo, por aproximar esquemas explicativos distintos del racional intuitivo precedente, se torna más confiable por su consistencia interna y mayor coherencia con el entorno.

2. LOS DOS AFRONTES DE UN DERECHO PENAL FUNCIONAL

El funcionalismo modernamente se divide en dos grandes afrontes: el funcionalismo post finalista político criminal y el funcionalismo avanzado o post moderno.

2.1. El funcionalismo post finalista político criminal

El funcionalismo post finalista representado principalmente entre otros importantes juristas alemanes⁷, por Claus Roxin, busca como primer punto adecuar la dogmática en general y los fines del derecho penal y de la pena a las necesidades sociales de su empleo, procurando con criterio dogmático cerrar la brecha entre el derecho penal y la política criminal, subordinando la construcción dogmática a la política criminal⁸, a partir de lo cual, cada categoría del delito – tipicidad, antijuricidad, culpabilidad – debe tratarse de cara a los fines político criminales del derecho, de modo que la tipicidad *v.g.* deberá orientarse hacia la solución de conflictos sociales y garantistas, y la culpabilidad, por su parte, deberá orientarse según criterio de necesidad y propósitos de la pena⁹.

Respecto del tipo penal, cabe agregar que no se trata de un modelo implacable como en el caso de los sistemas no funcionales, sino que en esta ocasión se imputará el contenido de un tipo penal al ciudadano sólo a partir de la constatación de que el actor ha realizado un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma¹⁰.

Dicho en términos de Jescheck “la base de la teoría de la imputación objetiva es la idea que, extraída de la esencia de la norma jurídica penal sirve también de soporte a la teoría de la adecuación, solo puede ser objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana cuando la misma ha creado, para su objeto protegido, una situación de peligro jurídicamente prohibida y el peligro se ha materializado en el resultado típico”¹¹.

Asimismo, en lo que a culpabilidad concierne, esta se amplía con el criterio de “responsabilidad”, por aquello de las necesidades preventivas (especial o general) de la pena, “de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y solo conjuntamente dan lugar a responsabilidad personal que desencadena la imposición de la pena”¹².

Para Roxin, el fin del derecho penal es la tutela de los bienes jurídicos¹³, entendidos estos bienes como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de la concepción de los fines y para el funcionamiento del propio sistema”¹⁴.

Particularmente importante es el aporte de Roxin en el tema de la “autoría y dominio del hecho”. En el año sesenta y tres publica su “*Täterschaft und*

Tatherrschaft”, obra que alcanza siete ediciones, traducida al español merced al profesor de Extremadura doctor Joaquín Cuello Contreras en colaboración con el doctor Serrano Gonzáles de Murillo¹⁵.

El profesor Roxin acoge el tema del dominio del hecho y lo desarrolla a partir de sus elementos constitutivos: dominio de la acción (para delito de mano propia), dominio de la voluntad y del conocimiento (para la autoría mediata), y dominio funcional (para la coautoría)¹⁶.

En el destacado profesor de la Universidad de Múnich, sin embargo, se advierte, su débil aproximación a las ciencias sociales modernas — pues se frena en la psicología profunda de los años veinte¹⁷ —, su gesto privilegiador de la culpabilidad como límite del poder punitivo del Estado por sobre criterios de prevención especial y general, y su crítica a la pena privativa de libertad de corta duración¹⁸ por falta de referentes empíricos externos, no termina de convencer; no obstante, es innegable su gigantesco aporte a las ciencias penales y su influencia notable en la doctrina alemana y particularmente la española con la que tanto se vincula la doctrina peruana.

Comparten con Roxin el movimiento funcionalista político criminal, entre otros, W. Hassemer de la escuela de Frankfurt, Amelung, Naucke, Albrecht y Hans-Heinrich Jescheck de la Universidad de Friburgo de Suiza.

Al profesor de Frankfurt le preocupa el desdén que tiene el derecho penal por la realidad a la que se orienta. En tal sentido refiere: “No parece evidente ni plausible a primera vista que el derecho penal, tan cuidadosamente elaborado y construido, conozca tan poco el objeto del que se ocupa, y posea tantos conocimientos sobre sus instrumentos de aplicación y sin embargo apenas alguno sobre el objeto al que tales instrumentos se aplican”¹⁹.

Más recientemente, Hassemer aboga por un derecho penal de corte empírico orientado a las consecuencias y preventivista²⁰. Amelung, a su turno, plantea la importancia preventiva del derecho penal en la protección de la sociedad²¹. Naucke, profesor de la escuela de Frankfurt, advierte, sin embargo, que los fines de la prevención no deben sacrificar el garantismo²², y en el mismo sentido se pronuncia Albrecht cuando plantea alejar el derecho penal de sus pretensiones preventivas²³.

Es evidente pues que para la escuela de Frankfurt, o un sector de ella, lo fundamental es el derecho antes que lo preventivo, alimentando con ello un dilettantismo jurídico de nuevo cuño.

Stratenwerth, en cambio, no acepta la implícita renuncia a la pena, precisamente cuando ello se hace más necesario a los intereses vitales de la sociedad²⁴.

El profesor Hans-Heinrich Jescheck, destaca por proponer un sistema humanitario de sanciones que ha de verse en su función social y configurarse desde los conocimientos de la criminología empírica²⁵.

En España se adhieren al funcionalismo post finalista político criminal: Marino Barbero Santos; Enrique Gimbernat Ordeig, discípulo de Henkel y profesor de la Universidad Complutense de Madrid; Muñoz Conde, profesor de la Universidad de Sevilla; Santiago Mir Puig, profesor de la Universidad de Barcelona; Susana Huerta Tocildo, Luzón Peña, Ferré Olive, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Gonzalo Quintero, entre otros.

En el Perú se orientan en esta dirección, los hermanos Bramont-Arias Torres, Víctor Prado Saldarriaga, José Urquizo Olaechea, Carlos Caro Coria, César Augusto Paredes Vargas, Juan Portocarrero Hidalgo, José Luis Castillo Alva, Fidel Rojas Vargas, recientemente Raúl Pariona Arana.

2.2. El funcionalismo post moderno o avanzado

El funcionalismo avanzado, en cambio, lo representa en Alemania el profesor de Bonn Günther Jakobs, y sus fuentes epistémicas inspiradoras las encuentra en la sociología estructural funcionalista americana (Talcott Parsons, Robert Merton) y la alemana (con Niklas Luhmann), es decir, todo lo concerniente a la teoría de los roles y a la teoría de los sistemas de la sociedad moderna en permanente proceso de diferenciación segmentaria, estatificatoria y funcional²⁶.

Para Luhmann “la sociedad es el sistema social omnicompreensivo que ordena todas las conciencias posibles entre los hombres”²⁷. “La sociedad no se conforma de seres humanos, se compone de comunicación entre los hombres”²⁸.

Con estas bases construye Jakobs su sistema en el que entre otras consideraciones plantea, por lo pronto, que no es propósito del derecho penal objetivo la tutela de los bienes jurídicos, entre otras consideraciones, porque la llegada del derecho penal es tardía respecto del bien jurídico atacado, y porque además es cotidiana la desaparición o menoscabo de estos por muy variadas causas.

Lo determinante del derecho penal y la pena, para Jakobs, es la estabilidad de la norma, de modo y manera que el ciudadano se eduque en esta inteligencia de fidelidad al derecho que estabiliza al sistema social que lo predice. “De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible”²⁹. La “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. El contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de las normas”³⁰.

Para Jakobs “la pena es siempre reacción ante las infracciones de las normas, mediante las reacciones siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma, y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma”³¹.

Jakobs maneja la construcción dogmática subordinándola a los fines estabilizadores del derecho penal, “renormativizando los conceptos jurídico penales con el propósito de orientarlos en la función que cumple el derecho penal”³².

En este orden de ideas, no solo a los actores, sino a conceptos como culpabilidad y otros del mismo nivel de abstracción, se les trata de cara a la función del derecho; es así, entonces, que todos los elementos de las teorías del delito devienen en conceptos funcionales.

Las consecuencias de una concepción Jakobsiana del derecho penal son evidentes, por lo menos para el autor de estas líneas, no solo en el abstracto campo de la teoría del delito sino en la aplicación práctica de esta abstracción. En tal sentido, resulta en principio coherente con el modelo, nuestra propuesta³³ de implementación de penas privativas de libertad de corta duración si queremos un derecho penal funcional al sistema, y si queremos además “vaciar las cárceles”. En efecto, en lo que reclamamos como nuestra paradoja, entendemos que las penas privativas de libertad, efectivas y de corta duración, cumplen un papel importante por el inmediato efecto preventivo general y especial, y en cambio, el frecuente abuso de la pena privativa de libertad condicionalmente suspendida, además de criminógena, convierte al derecho penal en un derecho placebo³⁴.

Otro punto en el que se puede apreciar la importancia de un derecho penal funcional es el de la conciliación o transacción entre víctima (o su familiar constituido en parte civil) y victimario, con intervención del Ministerio Público.

Cuando conciliar es más costoso que no conciliar, nadie concilia, pero no por falta de cultura conciliatoria, sino por criterio que aporta el análisis económico del derecho. Habiendo en cambio penas privativas de libertad efectiva de corta duración, la situación cambia por el mismo criterio analítico, pero esta vez, en razón de resultar económicamente más conveniente la conciliación que el sufrimiento de la pena efectiva, por costosa.

Otra consecuencia del modelo funcional lo tenemos al conjugar el tema de la imputación del tipo con las causas de justificación o de inculpabilidad; tal es el caso del exceso en la legítima defensa, que nosotros proponemos atípica por aplicación de la tesis del ámbito de tutela de la norma como válida cuanto por competencia de la víctima³⁵.

El derecho penal funcional, es tal, lo mismo que garantista por resultar útil y práctico a la sociedad y a la solución de conflictos. Un derecho penal no funcional no resuelve conflictos y eventualmente los promueve.

En el Perú se orientan en esta dirección, el profesor de la Universidad de Piura Percy García Caveró, el profesor José Antonio Caro Jhon, José Leandro Reaño Peschiera, Julio Mazuelos Coello, Javier Villa Stein.

3. EL FUNCIONALISMO AVANZADO, APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL DERECHO PENAL PERUANO³⁶

3.1. El derecho penal del enemigo

El funcionalismo avanzado y su recepción en el derecho penal peruano, tanto en la dogmática y en la práctica jurídica en ciernes, representa un proceso bastante complejo e innovador, no obstante que los penalistas nacionales nos hemos preocupado más en la teoría del delito, dejando a la pena como la cenicienta del derecho penal, soslayando que esta debe ser la prolongación y la consecuencia natural de la teoría del delito y de los fines en su imposición, de cara a una determinación judicial de la pena que apunte al sostenimiento de la norma y del derecho, y con ello del ciudadano responsable y de la sociedad, lo que impone desmitificar el concepto de lo verdadero y lo falso del "Derecho penal del enemigo" como propone el profesor Polaino-Orts³⁷ y convalida el profesor Jakobs que *"todo ciudadano está en la obligación de colaborar de un modo general al funcionamiento de la juridicidad; pero si éste no colabora manifiestamente, tal vez incluso porque haya convertido en su propia máxima el exterminio del Estado de derecho, como ocurre con el terrorista, entonces nadie, tampoco el Estado, podría orientarse en el cumplimiento de sus deberes"*³⁸.

3.2. El autor, coautor, el autor mediato en aparatos de poder organizados y el instigador

a) La autoría directa “disfrazada”

Expresión tangible de lo que sostenemos lo hemos evidenciado en la sentencia a Abimael Guzmán y a la cúpula terrorista de Sendero Luminoso. En ella, si bien estuve de acuerdo con mis colegas de la Sala en las consecuencias de la ratificación y, en su caso, ampliación de la cadena perpetua a los dirigentes nacionales, me desmarqué de la posición mayoritaria señalando la condición de coautor de Abimael Guzmán, y no de autor mediato, pues como señala el profesor Jakobs, este título de imputación no viene a ser sino “una autoría directa disfrazada”. Así lo dice en su reciente “Ocaso de la Teoría del Dominio del Hecho” y así lo ha confirmado en sus múltiples conferencias. Se contesta así a quien quebrantó la norma³⁹. Así, sobre la coautoría fundamentado en un sistema de un derecho penal Funcional: la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N° 5385-2006 Lima del veintiséis de noviembre del 2007, en el voto singular nuestro se afirma: *“Considerando la estructura y la dinámica de la organización terrorista (altamente vertical y centralizada); el compartimentaje horizontal de sus órganos de ejecución (células); la autonomía en la ejecución que podía esperarse de militantes altamente ideologizados, con evidente y elevada formación político militar, con una cosmovisión unitaria del Estado y la sociedad actual y propaganda elaborada y compartida, con planes político estratégicos comunes, es cuestionable la admisión de esta forma de autoría, sustentada precisamente en la dudosa fungibilidad de sus órganos ejecutores. Lo paradigmático de la autoría mediata, a quien Günther Jakobs denomina “autoría directa disfrazada” (El ocaso del dominio del hecho. En: El sistema funcional del derecho penal. Lima, 2000 página 192), el actuante, el operador, el instrumento lo es de un círculo de organización ajeno y su aporte es mecánico, impersonal, no comprometido, cosa que desde luego no ocurre en el actor subordinado de una organización terrorista como en la que militan los coautores bajo juzgamiento, ámbito de codelincuencia en el que el dominio del hecho es codominio, o dicho de otro modo el dominio del hecho en su conjunto “sólo es poseído por el colectivo” (Jakobs loc cit.) involucrado, pues se trata de una comunidad colectiva conectada objetivamente de cara a los propósitos y logros de daño a la sociedad, a quienes se puede objetivamente imputar el resultado previsto por el tipo penal tocado. Los ejecutores materiales de los hechos probados por la Sala Superior son sujetos que, plenamente responsables, exhiben condiciones y aportan lo suyo en el marco de una división organizada de trabajo global, del que son coautores. El mayor o menor dominio del plano total no explica el tipo de autoría, sino tan solo su mayor o menor participación. Ciertamente, el codominio del hecho de Abimael Guzmán Reinoso fue mayor por su posición funcional*

y central dentro de la organización terrorista, que la de los demás coautores comprometidos en los planes operativos concretos. En este contexto, mal podría tratarse al o los ejecutores como unos intermediarios materiales fungibles, si se constata que en la práctica hubo una distribución (vertical) de roles y tareas. Se trata en realidad en el presente caso de imputar a título de coautor la responsabilidad del recurrente.”

b) Autor mediato o instigador

Asimismo, de cara a criterios funcionales, el dominio de la decisión adoptada en la instigación como elemento diferenciador del dominio del hecho en la autoría mediata, que tiene su correlato expresivo en el Recurso de Nulidad N° 4627-2007 Lima, de fecha catorce de abril de dos mil ocho, donde se advierte: *“Que, esta diferenciación entre la instigación determinada por el Colegiado Supremo y la autoría mediata señalada por el Colegiado Superior, se advierte en que **el instigador sólo posee el dominio sobre la decisión adoptada por el autor principal, lo cual es insuficiente para apreciar la autoría mediata que requiere el dominio del hecho; y no cabe la imputación del exceso al Inductor en la medida en que no haya sido abarcado por el dolo.** Sétimo.- Que, por lo tanto, de lo actuado se ha concluido que el procesado Llauca Chacón tiene la condición de instigador, ya que no sólo ha indicado a los autores la posibilidad de comisión del ilícito en perjuicio del agraviado, sino que ha determinado que lo perpetren, otorgándoles información esencial para su materialización, así como las acciones que debían realizar. Octavo.- Que, más aún como lo señala Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre en su libro Derecho Penal Parte General Teoría del Delito y de la Pena y sus Consecuencias Jurídicas, Editorial Rodhas, segunda edición, setiembre de dos mil siete, página trescientos setenta y cuatro “La instigación supone la realización de un influjo psíquico por parte del inductor, creando en el inducido la voluntad de realización típica, esto es, a diferencia de la autovía mediata, es el hombre de adelante (inducido), quien tiene el dominio del hecho, y no el hombre de atrás que sólo hace aparecer en el inducido la decisión de cometer un injusto penal; de tal manera, que la instigación está condicionada a que el Inducido sea capaz de conducirse conforme ha sentido, quiere decir que si a éste le falta dicha capacidad, sea por defectos estructurales (Inculpabilidad) o por estar en error, o bajo una causa de justificación, no podrá darse una Inducción, pues, será un caso de autoría mediata”, y esto último, no se presenta en el caso materia de análisis. Noveno.- Que, asimismo, esta diferenciación en la participación del acusado, se aplica en concordancia con lo establecido en el artículo veintiséis del Código Penal vigente, que ha optado por la tesis de la ruptura del título de la imputación, señalando que las cualidades del autor y partícipes, y las circunstancias comprometedoras no se comunican a los otros autores o partícipes del mismo hecho punible, en virtud al principio de incomunicabilidad. Décimo.- Que, frente a esta diferenciación realizada por este*

Colegiado en cuanto a la condición del procesado Llauca Chacón, corresponde adecuar la pena que se le impusiera en la sentencia recurrida, teniendo en consideración que como instigador del delito perpetrado, no puede responder por el exceso cometido por los sentenciados Chávez Luque y Alzamora Arredondo, quienes habrían dado muerte al agraviado; por lo que, la pena impuesta debe ser reducida prudencialmente”.

3.3. Los delitos de infracción de deber y el ocaso de los delitos de dominio

a) La tesis de la ruptura del título de la imputación frente a la tesis de la unidad del título de la imputación

En esta misma línea, se ha tomado en cuenta como aspecto valorativo de determinación funcional los criterios contenidos en la ley, y así estimar el título de imputación que, con estricto criterio de legalidad, corresponde a los intervinientes (autores y partícipes), unidad del título de imputación, conforme al artículo 26 del Código penal, que a diferencia del párrafo 28 del StGB alemán, opta por la ruptura del título de imputación. En este sentido, mi posición largamente sostenida consiste en señalar que las cualidades personales del autor en el delito especial impropio no se comunican al partícipe (Voto singular: caso Saucedo Linares RN N° 636-2008 Lima, de fecha seis de junio de dos mil ocho). Posición consecuente y reiterada en los Recursos de Nulidad N° 18-2008 Huancavelica, de fecha cinco de junio de dos mil ocho y en el Recurso de Nulidad N° 2628-2006 Ucayali, de fecha veinticinco de abril de dos mil ocho, donde en atención al principio de legalidad, adopté el siguiente análisis: “(...) *que al no tener la citada encausada en esa oportunidad la calidad de funcionario público, no se le puede imputar el delito de función a título de complicidad, en atención a la tesis de la autonomía o de la ruptura del título de imputación, como en el caso sub examine – peculado doloso –, dado que el extraneus es ajeno a la administración pública, carece de las condiciones de funcionario o servidor público, y no se le puede exigir, en tanto extranei, posición de garante que legitime la exigencia de rendir cuentas como deber, con lo que indebida e inconstitucionalmente se les invertiría la carga de la prueba, contraviniendo los principios de presunción de inocencia y de legalidad [Cfr. Rojas Vargas, Fidel: Delitos contra la Administración Pública; 4^{ta}, edición; Lima dos mil dos; página seiscientos veinte]. Conforme esta tesis, los intranei y extranei deben responder por la naturaleza de sus contribuciones al delito, siendo la contribución del autor diferente a la del cómplice; en consecuencia, la contribución del autor será imputada a título del delito especial o más propiamente de infracción de deber, y la del cooperador a título de delito común. **Una interpretación que sostenga la unidad del título de imputación; esto es, que tanto los cómplices particulares como los autores funcionarios o servidores públicos respondan por el mismo delito especial, es violatoria del principio de legalidad, contenido para los casos***

en la regulación prevista en el artículo veintiséis del Código Penal peruano en la que expresamente se opta por la incomunicabilidad de las circunstancias que modifican la responsabilidad de los partícipes. Además **debe considerarse que la interpretación de los alcances de dicho artículo debe ser restrictiva y limitada a fijar el ámbito de punibilidad de los autores, dicha interpretación extensiva y amparada por la doctrina extranjera, además de ilegal de cara al ámbito legal peruano, puede ser falaz**. En este sentido, hay que tener en consideración que, en la legislación comparada se da otra situación, por que son otros los supuestos legislativos que comentan. Así Maurach comentando el artículo veintiocho del StGB alemán dice que “puesto que la participación es una colaboración en un hecho ajeno, también la participación de sujetos extraños en delitos especiales debe ser limitadamente posible” [Maurach, Reinhart: Tratado de Derecho Penal, Tomo II, ED. Aires S.A., Barcelona mil novecientos sesenta y dos, página trescientos veintinueve]. En el mismo sentido se pronuncia Jescheck partiendo como es obvio del mismo aparato legislativo, cuando afirma que en los delitos especiales propios la participación carece de limitación. [“Jescheck, Hans: Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ed. Comares. Granada, mil novecientos noventa y tres, página doscientos cuarenta y uno”]. En el modelo español el artículo sesenta y cinco, inciso uno de su Código Penal de mil novecientos noventa y cinco, las cualidades personales del autor en el delito especial impropio no se comunican al partícipe, se rompe el título de la imputación en general. Respecto en cambio del delito especial propio – el de funcionario v.g. – la doctrina española no ha resuelto el problema. Así lo insinúa Santiago Mir Puig cuando interroga ¿Ha de castigarse con la pena más grave señalada al delito del particular? [Mir Puig, citado por Villa Stein: Derecho Penal. Parte General; segunda edición; Lima dos mil uno; página trescientos treinta y dos]. **La ley peruana en cambio en el artículo veintiséis del Código Penal elige claramente la ruptura del título de la imputación, de donde surge que las cualidades del autor, las circunstancias comprometedoras no se comunican al partícipe – principio de incomunicabilidad –**. Conforme este criterio, en la ley peruana, en materia de delito especial propio – de infracción de deber – las cualidades del sujeto activo no se comunican al extraneus conforme el artículo veintiséis del Código Penal [citado. Villa Stein. Ob. Cit. Página trescientos treinta y uno]. Finalmente, resulta pertinente precisar que si bien coincido en la decisión de absolver a la citada acusada de la acusación fiscal por el delito de malversación de fondos en agravio del Estado - Instituto Nacional Penitenciario, es por las razones ya expuestas en el considerando precedente”.

b) El deber especial positivo frente al deber general negativo, fundamento en los delitos de infracción de deber

Más contundente aún, la posición asumida por la Sala Penal Suprema que presidí, en atención a los delitos contra la Administración Pública, amén a

un sistema funcional, los delitos de corte institucional o propiamente de infracción de deber, frente aquellos denominados delitos de dominio; criterio que ha sido superado, en razón que, para la determinación de la autoría, la atribución normativa es de superior jerarquía⁴⁰; así en el Recurso de Nulidad N° 4564-2007 Piura, de fecha veintiséis de marzo de dos mil ocho, en el delito de colusión desleal se precisa que: *“En este sentido, lo que se reprime son “los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados” (Vid., CASTILLO ALVA, José Luis, “Colusión ilegal” en: GARCIA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis “El delito de Colusión”; Editorial Grijley, Lima, dos mil ocho, página setenta y ocho); asimismo, este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de “neminem laede” o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (JAKOBS Günther. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación, segunda edición, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página mil seis y siguientes).”*

Lo mismo que para los que fueran en su momento considerados delitos comunes, y obedecían al tratamiento de los delitos de dominio donde lo fundamental para atribuir una responsabilidad es el deber especial, su tratamiento entonces se debe a los delitos de infracción de deber, conforme lo ha establecido recientemente nuestro pronunciamiento en la Ejecutoria Suprema recaído en el Recurso de Nulidad N° 4223-2007 Arequipa, de fecha veinte de agosto de dos mil ocho, donde se advierte: *“Que cuando se aborda el delito de parricidio, es de advertir que este tipo penal es un delito de infracción de un deber en donde el interviniente es un garante en virtud de una institución, como es para el presente caso el “Cónyuge” (...) en efecto, lo que se lesiona es esta institución; en este sentido, su fundamento de imputación jurídico penal no se limita sólo a la posibilidad de ser autor con una determinada característica o de un determinado círculo de autores previstos por la norma, sino a la defraudación del “deber positivo” o específico que garantiza una relación ya existente entre obligado y bien jurídico, independientemente de la importancia de su contribución o dominio del hecho o de la organización. (Vid., SÁNCHEZ - VERA GÓMEZ - TRELLES, Javier, Delito de Infracción de deber y participación delictiva, Prólogo de Günther Jakobs, Editorial Marcial Pons, Barcelona, dos mil dos, página cuarenta y tres y cuarenta y cuatro).”*

3.4. La moderna teoría de la imputación objetiva

Las bases de un sistema social se fundan en cuanto “el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, basado en relaciones de causalidad, sino de manera normativa, con base en competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto”⁴¹ donde debe limitarse el comportamiento socialmente adecuado de aquel comportamiento socialmente inadecuado. Así las instituciones de una teoría de la imputación objetiva en derecho penal que se presentan como aporte dogmático decisivo, han tenido eco práctico, ilustrativo y creativo en los sendos pronunciamientos que hemos emitido; así, en el desarrollo jurisprudencial dentro de las instituciones que la componen desde una visión normativo funcional, tenemos:

a) El riesgo permitido y las conductas neutrales

En determinados ámbitos, la necesidad de un riesgo permitido en modo alguno es contradictoria con la protección de bienes jurídicos: para poder hacer uso de los bienes, es necesario poner en peligro estos u otros bienes⁴². En esta línea, el riesgo permitido ha tenido su correlato en la Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia, como el que emitimos con ocasión del Recurso de Nulidad N° 1144-2006 Puno, de fecha veinticuatro de julio de dos mil siete, donde se establece: *“Que, el planteamiento decisivo para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada a Isidoro Vargas Ramos, radica en el análisis de la imputación jurídico-penal del hecho, más aún, cuando el hecho riesgoso se exterioriza en un contexto interactivo, la intervención de varios sujetos adquiere relevancia penal, **Uno de los criterios es el riesgo permitido, en este sentido, quien obra en el marco de un rol social estereotipado o inocuo, sin extralimitarse de sus contornos, no supera el riesgo permitido, su conducta es “neutra y forma parte del riesgo permitido, ocupando una zona libre de responsabilidad jurídico-penal, sin posibilidad alguna de alcanzar el nivel de una participación punible”** (CARO JHON, José Antonio, “Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales”, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales número cinco, dos mil cuatro, página ciento cinco), en aplicación del Principio de Prohibición de Regreso. Quinto: Que, habiéndose precisado las bases dogmáticas de la teoría de la imputación objetiva aplicada al ámbito de la participación delictiva, en el presente caso se tiene que Isidoro Vargas Ramos obró sin extralimitarse a los deberes inherentes a su rol de pasajero, por lo que no responde penalmente, en la medida que sólo se limitó a viajar en el vehículo donde se detectó residuos de adherencias de pasta básica de cocaína, saliendo a relucir la neutralidad de su conducta a pesar de ser parte del curso causal como pasajero del vehículo.”*

Así también nuestra posición ha sido elocuente en la Ejecutoria Suprema signado en el Recurso de Nulidad N° 878-2007 Arequipa, cinco de marzo de dos mil ocho, donde la aplicación de este criterio es ilustrativo cuando se establece que “...ha quedado acreditada la muerte del agraviado Vera Fébres, como se desprende del protocolo de autopsia número seiscientos veinticinco guión dos mil cuatro, de fojas doscientos once, del acta de defunción de fojas ciento cuarenta y seis y con el dictamen de pericia balística y biología forense, de fojas ciento dos y ciento cuatro, respectivamente; sin embargo de la revisión de los actuados, no ha quedado acreditado la responsabilidad penal de los procesados Ticona Carcausato, Amanqui Iño y Ramírez Álvarez era la persona que trabajaba con el agraviado quien conocía del manejo del dinero y que fue la última que acompañó al procesado, conforme esta lo ha reconocido, sin embargo, esta situación fenomenológica o real sin ninguna valoración normativa, no es suficiente para poderle imputar objetivamente el resultado, no cumplir con esta premisa, se estaría vulnerando el artículo séptimo del título preliminar, al estar proscribida toda forma de responsabilidad objetiva a ello **la moderna dogmática penal ha enfatizado que sólo las conductas riesgosas no permitidas realizadas por el agente ocasionado una injerencia en las demás esferas individuales, cuestionando las expectativas normativas, son determinantes para llevar a cabo el juicio de imputación;** asimismo, si bien la testigo Maribel Olinda Vera Fébres en su ampliación de manifestación de fojas ochenta y uno y en su declaración testimonial de fojas trescientos setenta y nueve, refirió haber visto a la procesada Ramírez Álvarez haber sacado dinero del interior de la tienda, después del fallecimiento del agraviado, empero ello fue a pedido de la esposa del agraviado Beatriz Cervantes, quien además fue recogida por Jhony Víctor Cuadros Villanueva, esposo de esta testigo, con la finalidad de que retire el dinero que había dejado el agraviado, toda vez que era ella quien tenía las llaves, no demostrándose que la procesada Ramírez Álvarez guarda relación con la sustracción del dinero o la muerte del agraviado”.

b) El principio de confianza

Que en una sociedad altamente riesgosa y cada vez más sofisticada, las personas se distribuyen el trabajo y las actividades, lo que genera roles particulares y es de esperar que cada quien cumpla a cabalidad con sus respectivos roles, pues no es tarea de los demás controlarlas. Justamente en la división del trabajo es donde reposa el fundamento del principio de confianza, donde cada quien espera que los demás hagan lo suyo. En ese sentido nos hemos pronunciado en reiteradas Ejecutorias Supremas; así, en el Recurso de Nulidad 1446-2006 Ica, de fecha diecinueve de julio de dos mil siete, donde analizamos: “Que, con relación al procesado Guerrero Tejada, este Colegiado estima que no se encuentra probado que en su actuar en la comisión que integró haya sido poco diligente, sino que se desarrolló dentro de los parámetros del principio

de confianza, que lo exime de la imputación jurídica u objetiva por disolución de la actividad peligrosa o por desaparición de la superación del riesgo permitido – en virtud del cual el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia”.

En el mismo sentido nos hemos pronunciado en el Recurso de Nulidad N° 1666-2006 Arequipa, de fecha veinticinco de julio de dos mil siete, donde también se advierte: *“Que, en autos se ha acreditado que la citada orden de compra número cero cero seiscientos ochenta y siete no fue elaborada por el citado encausado, pues este documento ya venía elaborado por las áreas de adquisiciones, de abastecimiento y de apoyo administrativo, conforme se verifica en la firma y sellos consignados, luego pasa al almacén donde el acusado firma dando conformidad de recepción de la mercadería, sigue su recorrido a logística para terminar en el departamento de contabilidad donde se gira el cheque respectivo. Esta cadena de actividades, en la que cada órgano es responsable por el segmento funcional que le es atribuido genera, conforme al criterio de imputación objetiva el principio de confianza, por el cual cada persona responde por sus propios actos y roles y confía en que los otros órganos realizan debidamente la función de su competencia. En este sentido no se puede imputar al acusado el hecho de haber elaborado un documento falso (orden de compra), pues esta función no se encuentra dentro del ámbito de su competencia, limitándose a visar el documento ya elaborado para efecto de que ingrese la mercadería al almacén, por lo que la absolución se encuentra arreglada a Ley”.*

c) La prohibición de regreso

Expresión que alude a que otro sujeto no puede imponer al comportamiento del que actúa en primer lugar un sentido lesivo de la norma, puesto que quien se comporta de un modo socialmente adecuado no responde por el giro nocivo que otro dé al acontecimiento⁴³. Conforme al desarrollo jurisprudencial nuestro, visto en el Recurso de Nulidad N° 4044-2008 Callao, de fecha veintiuno de octubre de dos mil ocho, donde se afirma: *“[...] no se ha llegado a establecer, fehacientemente, que aquél tenía conocimiento o de alguna manera haya participado dolosamente para privar de la libertad personal a la menor, toda vez que el adolescente César Aranda Diche, así como la acusada Rest Diche han señalado que éste sólo se limitó a brindarles servicio de taxi, sin tener conocimiento de la decisión concreta para violentar a la menor, dicho que coincide con la declaración del imputado, por lo que en aplicación del principio de prohibición de regreso, la conducta asumida por Orejuela Di Giambito deviene inocua; en consecuencia, no ha sido desvirtuada la presunción de inocencia”.*

Del mismo modo en nuestro pronunciamiento en la Ejecutoria Suprema recaído en el Recurso de Nulidad N° 3538-2007 Callao, de fecha seis de marzo de dos mil ocho, donde sostenemos que: *“es de aplicación el filtro de imputación objetiva referido a la “prohibición de regreso”, por el cual no es operante imputar responsabilidad a quien realiza un comportamiento de modo estereotipado e inocuo sin quebrantar su rol como ciudadano, no pudiendo responder de la conducta ilícita de terceros. En este sentido la eventual conducta delictiva de los acusados Juan Carlos Terán Guerra y Alfredo Francisco Toral Morales no puede “rebotar” o regresar a las acusadas quienes en función a sus actividades regulares desarrollaron una conducta neutral o cotidiana, más aún, si como ocurre en el presente caso, no existe elementos de prueba que permitan determinar que conocieron los reales propósitos de los aludidos”*.

d) El ámbito de competencia de la víctima

Se refiere a los supuestos en los que la víctima por una conducta contraria a su deber de autoprotección desvía en una dirección nociva el comportamiento de otros que se movía dentro del riesgo permitido⁴⁴, es decir, la contribución que hace la víctima a la consumación del suceso o evento. Conforme lo hemos desarrollado con ocasión del Recurso de Nulidad N° 291-2008 Loreto, de fecha veintiséis de agosto de dos mil ocho: *“Que al procesado se le imputa haber abusado sexualmente del menor de iniciales S.O.I.M., aprovechando que el menor se encontraba solo al haberse fugado de su domicilio, y que a cambio de comida y un lugar para dormir, lo habría obligado a tener acceso carnal vía anal, en su condición de homosexual, lo que fue descubierto por el padre del menor agraviado, que al ubicar a su hijo, efectuó la denuncia. Que, con los certificados médicos legales practicados tanto al procesado y al menor agraviado, se evidencia que ambos presentan desfloración anal antigua. Que, por lo tanto, existe suficiencia probatoria que enerva la presunción de inocencia que lo podría favorecer, conforme al mandato constitucional, en tanto sus argumentos de defensa carecen de verosimilitud; sin embargo, en aplicación de un derecho penal basado en la teoría de la imputación objetiva, en este caso, la conducta de la víctima escapa al ámbito de protección de la norma, por cuanto su accionar constituye una renuncia implícita de protección, que ha permitido la vulneración del bien jurídico; por lo que, el resultado lesivo – si bien ilícito – se ha producido por injerencia consentida en el ámbito de disponibilidad de la víctima”*.

3.5. La moderna política criminal

A decir de una moderna orientación político criminal, de cara a una visión científica, este debe tener como finalidad un sistema penal que sea capaz de

motivar a los ciudadanos de no realizar delitos, o prevenirlos, mediante la severidad de las penas y la certeza de los castigos, donde además las víctimas encuentren satisfacción en la reacción penal frente al delito, evitándose así el descontento social y la poca credibilidad en el Poder Judicial, que tanto nos cuesta enfrentar.

Justamente una de sus manifestaciones es lo que nosotros defendimos primero con ocasión del Congreso Internacional “Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología”, llevado a cabo en Madrid, en noviembre del 2000, referido a la tesis nuestra sobre las penas privativas de libertad de corta duración⁴⁵, y que ahora ratificamos en nuestras ejecutorias, como alternativa importante a la consecuencia simbólica en que consiste en la mayor de las veces, la suspensión condicional de la ejecución de las penas, pues afirma el ordenamiento jurídico y lo estabiliza; así tenemos lo propuesto por nosotros en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2079-2008 La libertad, de fecha tres de julio de dos mil ocho, donde aplicamos de manera creativa y ejemplificadora la tesis propuesta: *“La sentencia se encuentra arreglada a ley, en tanto se les ha impuesto a las procesadas una pena de corta duración, con carácter de efectiva, en concordancia con una moderna política criminal destinada a cumplir con su finalidad disuasoria, conforme al referido criterio preventivo especial y general; por estos fundamentos: declararon No Haber Nulidad en la sentencia que falla condenando a Santos Dionicia Tomas Rojas y Aquilina Tomas Rosas, como autoras del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de Lesiones Graves, en agravio de de Azucena Flor González Collantes, imponiéndole dieciocho meses de pena privativa de la libertad efectiva [...]”*.

4. CONCLUSIONES

Así, lo pretendido en este esbozo, confirma que el moderno derecho penal peruano, de corte funcional, a la luz de una moderna dogmática penal, en tanto ciencia del derecho penal en constante evolución, es un instrumento que evidencia un derecho real, y que su aplicación práctica y creativa resultan alentadoras a la resolución de casos que la realidad compleja y multiforme nos presenta. Razón por la cual, el derecho penal peruano funcional es la expresión del sentido creativo, valiente e incluso heroico de un derecho penal peruano moderno en ciernes, que se abre paso frente a las doctrinas de corte naturalistas, y las pretendidas posturas de lo considerado políticamente correcto, y que aún se resisten a su inminente naufragio; sin embargo, esto en palabras del profesor Jakobs, es solo cuestión de tiempo.

-
- ¹ Silva Sánchez, Jesús M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.
- ² Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos, la Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 192.
- ³ Kant, cit. por Roxin, Claus. *Loc. Cit.*
- ⁴ Roxin, Claus. *Ob. Cit.* p., 203.
- ⁵ *Ibidem*.
- ⁶ Silva Sánchez, J. *Ob. Cit.*
- ⁷ Schünemann, Wolter, Rudolphi, Frisch, Jescheck, Hassemer, Amelung, Naucke, Albrecht (N. del A.).
- ⁸ Roxin, Claus. *Política criminal y sistema de derecho penal*. Trad. de Muñoz Conde, Francisco. Barcelona, 1972, p. 19.
- ⁹ Villa Stein, Javier. *Derecho penal. Parte general*. Tercera Edición. Lima: Grijley, 2008, p. 43.
- ¹⁰ Roxin, Claus. *Derecho penal*, p. 204.
- ¹¹ Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Trad. Olmedo Cardenete, Miguel. 5a Ed. Granada: Comares, 2002, p. 306.
- ¹² Roxin, Claus. *Derecho penal*, p. 204.
- ¹³ Roxin, Claus. «El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo». Trad. Queralt. En: *La reforma del Derecho Penal*. Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, p. 84.
- ¹⁴ Roxin, Claus. *Derecho penal*, p. 56.
- ¹⁵ Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- ¹⁶ Cobo Del Rosal, prólogo a Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho...*, p. 3.
- ¹⁷ Roxin, Claus. *Derecho Penal*, p. 91.
- ¹⁸ *Ibidem*, p. 123.
- ¹⁹ Hassemer, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 33.
- ²⁰ Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 16.
- ²¹ Amelung, H. *Rechts guterschutz und shutz der gesellschaft*. Frankfurt, 1972, p. 389.
- ²² Naucke, Wolfgang y Albrecht, P.A. «La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizada». En: *La insostenible situación del derecho penal. Estudios de derecho penal*. Dirige: Carlos María Romero Casabone. Granada: Comares, 2000, p. 487.
- ²³ *Ibidem*, p. 533.
- ²⁴ Stratenwerth, Günther. *Ponencia inaugural en las jornadas de profesores de derecho penal*. Basilea, 1993.
- ²⁵ Jescheck, Hans-Heinrich. Trad. Olmedo Cardenete, Miguel. 2002.
- ²⁶ Vallespin, Edmundo. Introd. Luhmann, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Madrid: Alianza, 1993.
- ²⁷ Luhmann, Niklas. *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*. Barcelona, Universidad iberoamericana y Anthropos, 1998, p. 41.
- ²⁸ *Ibidem*, p. 42.
- ²⁹ Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 9.
- ³⁰ *Ibidem*, p. 14.
- ³¹ *Ibidem*, p. 8.
- ³² Peñaranda Ramos, Enrique; Suárez González, Carlos y Cancio Meliá, Manuel. «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs». En: Jakobs, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 17.
- ³³ Villa Stein, Javier. *Ob. Cit.* p. 360.
- ³⁴ *Ibidem*, p. 484.
- ³⁵ *Ibidem*, p. 360.
- ³⁶ Las resoluciones en comentario, insertas en el presente artículo, han sido recogidas de las intervenciones que como ponente expuse o formé parte del Colegioado que las emitió, en mi labor de Juez Supremo de la Corte Suprema.
- ³⁷ Polaino-Orts, Miguel. *Derecho Penal del Enemigo*. Lima: Grijley. 2006 / *Lo verdadero y lo falso del derecho Penal del enemigo*. Lima: Grijley. 2009.
- ³⁸ Jakobs, Günther. Prólogo a la obra de Polaino – Orts, *Derecho Penal del Enemigo*. *Ob. Cit.* p. 15.
- ³⁹ Jakobs, Günther. «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos». En: *El sistema funcionalista en el derecho penal*, Lima, Grijley. 2000.
- ⁴⁰ *Ibidem*, p. 167.
- ⁴¹ Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p.9.

⁴² *Ibidem*, p.27.

⁴³ Peñaranda Ramos, Enrique; Suárez González, Carlos y Cancio Melia, Manuel. «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs». En: Jakobs, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 218.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 221.

⁴⁵ Villa Stein, Javier. *Las Penas Privativas de Libertad de Corta Duración. Fundamento Empírico de su justificación*. Separata: Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED. 2000.

EL DERECHO DE CONSULTA A LAS COMUNIDADES CAMPEÑINAS SOBRE LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES EN SUS TIERRAS COMUNALES: COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO EN EL EXPEDIENTE N° 03343-2007-PA/TC

RICARDO VINATEA MEDINA*

Resumen

La decisión contenida en el Expediente N° 3343-2007-PA/TC se basa en temas formales, y no en función de temas tangenciales al caso concreto, perdiendo la oportunidad de expedir un precedente vinculante que efectivice los derechos a la identidad étnica y cultural de las comunidades nativas, el derecho a la Consulta previa, y el derecho a participar en la ejecución y evaluación de políticas que los afectan directamente.

Palabras clave: Comunidades nativas - Consulta previa - Explotación de recursos naturales.

Abstract

The decision contained in Docket N° 3343-2007-PA/TC is based on formal issues and not on issues tangential to the specific case, which prevents a binding precedent from being rendered in order to make effective the rights of native communities to an ethnic and cultural identity, the right to previous consultation, and the right to participate in the execution and evaluation of policies directly affecting them.

Key words: Native communities - Previous consultation - Natural resources exploitation.

Sumilla

1. Introducción. 2. La demanda, la posición de las partes y la solicitud de información. 3. Análisis del caso en la sentencia del Tribunal Constitucional. 3.1. Determinación de la existencia de una superposición entre un área de exploración y el área protegida. 3.2. Legalidad y constitucionalidad de la explotación de recursos no renovables ubicados dentro del área protegida. 3.3. Cumplimiento de los requisitos previstos para la exploración y explotación. 4. Comentario. 4.1. Marco normativo nacional. 4.2. Sobre el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y el derecho a la Consulta. 5. Conclusiones.

* Juez Provisional de la Corte Suprema de Justicia de la República - Poder Judicial de Perú.

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, expedida el 19 de febrero de 2009 constituye un precedente en el ámbito de los deberes de regulación específica del Estado peruano respecto a las normas protectoras de los derechos de las comunidades nativas y toca los temas de participación de estas en las actividades que las afecten, así como el reconocimiento de los deberes de las empresas que realizan actividades económicas en territorios de las comunidades.

El presente trabajo, teniendo como base la sentencia del Tribunal Constitucional mencionada, abordará críticamente determinados aspectos jurídicos conceptuales y normativos en relación con la regulación de la participación de los ciudadanos de las comunidades nativas en materia ambiental. En esa medida, la importancia de la sentencia bajo comentario estriba en que hace referencia a los importantes desarrollos en el derecho internacional del derecho de consulta a los pueblos indígenas sobre la explotación de recursos naturales en sus tierras comunales, como se precisa en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Para los fines propuestos, la investigación queda dividida en tres apartados, en el primero describimos el proceso de amparo que llevó al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, la posición de las partes en el conflicto y la solicitud de información efectuada por este último para una mejor toma de la decisión, el segundo apartado describe el razonamiento del máximo intérprete de la Constitución para ordenar la paralización de las actividades de exploración y explotación de recursos naturales en el área protegida que comprende el territorio comunal de sesenta y cuatro comunidades nativas de grupos étnicos pertenecientes a las familias Cocama Cocamilla y Chayahuita, por incumplimiento de normas administrativas de preservación de zonas protegidas; para, en el tercer apartado realizar un comentario crítico respecto a la falta de precisión del imprescindible requisito de consulta previa a cualquier actividad de explotación de recursos naturales en las tierras ancestrales de los pueblos indígenas, advirtiendo que si bien la sentencia bajo comentario desarrolla un acápite sobre el tema, en sus próximas sentencias el Tribunal Constitucional debería precisar los contornos legales para la implementación efectiva de esta obligación del Estado peruano, para que la judicatura nacional pueda proteger de mejor manera los derechos de los pueblos originarios.

2. LA DEMANDA, LA POSICIÓN DE LAS PARTES Y LA SOLICITUD DE INFORMACIÓN

El ciudadano Jaime Hans Bustamante Johnson interpone demanda de Amparo el 13 de octubre de 2006 contra las empresas Occidental Petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú (hoy Talismán Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú), Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú (en adelante REPSOL) y Petrobras Energía Perú S.A. (en adelante PETROBRAS), alegando como derechos vulnerados:

- Derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida;
- Derecho a la vida, el libre desarrollo y el bienestar;
- Protección de la salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa;
- A exigir del Estado la promoción de la conservación de la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas;
- Derecho a la alimentación; y,
- Derecho al agua.

El petitorio consta de dos solicitudes:

- Reponer las cosas al momento en que se inició la amenaza de violación de dichos derechos y,
- La suspensión de la exploración y la eventual explotación de hidrocarburos en el área natural protegida “Cordillera Escalera”.

El Juzgado Especializado en lo Civil de San Martín (31 de enero de 2007) declaró infundada la demanda: El impacto en la zona de los trabajos de exploración ha sido mínimo (en base a las conclusiones del informe técnico presentado por el perito de ingeniería ambiental). Solo se ha usado agua para consumo humano directo del personal. El agua necesita tratamiento previo para el consumo humano pero no hay niveles de contaminación relevantes o que representen un peligro para la población de zonas aledañas (en base al análisis de la muestra de la Quebrada del río Charapillo).

La Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín (10 de mayo de 2007) confirma la apelada: no existe amenaza de violación al medio ambiente (en base al informe de evaluación del estudio de impacto ambiental del proyecto de exploración sísmica de la estructura Pihui-cho en el lote 103). No se ha generado impactos ambientales de envergadura,

no se hizo uso del recurso hídrico, y no existe afectación directa o indirecta sobre el agua superficial y subterránea que atente contra el uso y consumo humano.

Según el demandante, en el lote 103 (área a explorar y explotar de las empresas demandadas) se encuentra el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, establecida mediante Decreto Supremo N° 045-2005-AG. Dicha área tiene especial importancia por su biodiversidad y como fuente captadora y posibilitadora de agua, ya que ahí nacen las tres cuencas hidrográficas (Cumbaza, Caynarachi y Shanusi) que son la única fuente proveedora de agua con la que cuenta la población de zonas aledañas. La explotación petrolera implica que millones de litros de agua de producción petrolera con alta salinidad serán extraídos del subsuelo y aflorarán a la superficie contaminando y devastando el medio ambiente (principalmente el agua), pues dichas aguas saladas suelen ser vertidas a los cauces de los ríos. La exploración se está realizando incumpliendo lo previsto en el artículo 27° de la Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, que establece que el aprovechamiento de los recursos naturales en áreas naturales protegidas solo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el plan maestro.

Según el Procurador para los asuntos judiciales del Ministerio de Energía y Minas (MEM), este no ha violado precepto constitucional alguno, por cuanto mediante la Resolución Directoral N° 360-2006-MEM/AAE, del 4 de julio de 2006, la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del MEN aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Exploración Sísmica de la Estructura Pihuicho en el lote 103, presentado por OXY.

Mientras que para la demandada Occidental Petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú (OXY) y Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú (REPSOL), la ejecución del programa de exploración sísmica de la estructura Pihuicho en el lote 103 finalizó el 28 de octubre de 2006, por tanto, se debe aplicar el artículo 5.5 del Código Procesal Constitucional para declarar improcedente la demanda. La calificación de un territorio como “área natural protegida” no implica que no pueda ser materia de actividades humanas; no se ha realizado actividades de “aprovechamiento” de recursos naturales; y, que para la realización del programa de exploración sísmica se cumplieron los requisitos ante autoridades competentes.

Por su parte, Petrobras Energía Perú (PETROBRAS) sostiene que se debe aplicar el artículo 9° del Código Procesal Constitucional y declarar improcedente la demanda porque es necesario actuar medios probatorios que permitan

demostrar si existe una amenaza de daño al ambiente, así como la relación de causalidad entre las actividades de exploración y la supuesta amenaza. El establecimiento de un área natural protegida no es incompatible con la realización de actividades económicas. No son aplicables los principios de prevención y precautorio (parte del derecho ambiental) para imponer sanciones a los particulares, sino que son orientadores de las autoridades y estos principios ya fueron usados para autorizar el estudio de impacto ambiental del lote 103. Asimismo, los criterios de aplicación del principio precautorio no han sido acreditados por el demandante.

Para resolver el caso el Tribunal Constitucional solicitó información al INRENA, INDEPA, a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas, a PERUPETRO S.A., y a la Defensoría del Pueblo.

Materias constitucionales relevantes al caso:

- a. Derecho a un ambiente equilibrado y adecuado. Dicho derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, por el que la intervención del ser humano no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación entre los elementos de medio ambiente, y se debe tutelar el ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad; y 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado, por el que existen obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute, así como para los particulares cuya actividad económica incide en el ambiente.

Respecto al derecho al ambiente equilibrado y adecuado existen derechos reaccionales – libertad negativa (obligación de los particulares y del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana)– como derechos prestacionales – libertad positiva (a los particulares y el Estado de evitar, proteger y/o reparar los daños inevitables que se produzcan). Es importante la prevención ya que siempre es preferible evitar el daño (principio de prevención y principio de precaución) a tener que indemnizar perjuicios (principio contaminador-pagador) que pueden ser sumamente costosos para la sociedad.

- b. Medio ambiente y Constitución ecológica. Los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares. El conjunto de disposicio-

nes de la carta fundamental, referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente se denomina “Constitución Ecológica”. Al ser los recursos naturales, *in totum*, patrimonio de la nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, y los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce. Los servicios ambientales que prestan ciertas áreas del territorio de la nación benefician no solo al país, sino también a la región e inclusive a todo el planeta, por ello el Estado debe asumir la protección de estas riquezas, lo que se manifiesta por medio de la implantación de áreas especialmente protegidas, evitando la afectación de los servicios ambientales como la captación y almacenamiento de agua.

- c. Desarrollo sostenible y generaciones futuras. El uso sostenible es la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de dicha diversidad; cuando se explotan recursos no renovables, como los posibilitadores, debe cuidarse en no comprometer aquella diversidad biológica. El principio de sostenibilidad pretende modular la actividad económica a la preservación del ambiente. Una interpretación sistemática de las normas de la Constitución económica indica que el reconocimiento de que los recursos naturales (especialmente los no renovables) es una manifestación concreta del derecho a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de la existencia; que estos recursos sean objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible; y que los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general (promoviendo el Estado las políticas a tal efecto).
- d. Medio ambiente y principio de prevención. El principio de prevención y el principio precautorio están íntimamente relacionados, pero existe una distinción ya que en la prevención el riesgo de daño ambiental se conoce anticipadamente y se puede adoptar medidas para neutralizarlo (se conoce la peligrosidad de la actividad pero se ignora la producción de un daño en un caso concreto). Por el contrario, en la precaución, el riesgo de daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente (ante la imposibilidad de conocer los efectos a medio y largo plazo de una acción), por tanto, la posibilidad de anticipación es limitada e imperfecta.
- e. Medio ambiente y responsabilidad social de la empresa. En un Estado social y democrático de derecho, de economía social de mercado y de desarrollo sostenible, la responsabilidad social constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa. La finalidad de lucro debe ir con

una estrategia previsor de impacto ambiental que la labor empresarial genera. La Constitución ordena que la actividad extractiva de recursos naturales se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. Si la actividad empresarial genera pasivos ambientales se generará lucro pero a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán.

- f. Comunidades nativas y medio ambiente. En el lote 103 existen 64 comunidades nativas de grupos étnicos pertenecientes a las familias Cocama Cocamilla y Chayahuita, por tanto, el Tribunal considera apropiado analizar tangencialmente la temática relativa a los pueblos indígenas.
 - i. Derecho a la identidad étnica y cultural. Es obligación del Estado proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la nación. La propia Constitución reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras (incluidas las funciones jurisdiccionales que no afecten los derechos fundamentales). El “derecho a la identidad étnica” es la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Manifestación de este derecho es “el derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles”, así como “el derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles”, como bien lo señala la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH.
 - ii. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y recursos naturales. Se hace referencia a jurisprudencia del Tribunal Constitucional que reconoce a los tratados internacionales de derechos humanos como parte de nuestro ordenamiento y como normas que ostentan rango constitucional (STC N° 0047-2004-AI/TC, fundamento 22 y STC N° 0025-2005-PI/TC, fundamento 33). El Perú, desde diciembre de 1993, es parte del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, que reconoce el derecho a la consulta previa y a participar en la ejecución y evaluación de políticas que los afectan directamente; por tanto, su contenido es parte del derecho nacional, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales.

Las situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja son reconocidas a los grupos étnicos, según la realidad y sus concepciones sobre el mundo que los rodea. Una manifestación singular es la relación entre los pueblos indígenas y la tierra, así el término “tierras”, para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de “territorio” ya que la unidad de la comunidad a su territorio excede la noción de propiedad patrimonial, un dominio espiritual y cultural de la tierra (artículo 13° del Convenio N° 169). En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que “[...] la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”, caso de la Comunidad Mayagna –Sumo– Awas Tigni vs. Nicaragua.

La libre autodeterminación es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante. Este concepto es la base del de consulta previa, esto es que “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas [...] deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas” (artículo 6°, literal a) del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo), ya que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades, debiendo participar en la formulación, “aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (artículo 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo). Más directamente, los gobiernos deberán establecer procedimientos mediante los cuales se pueda consultar a los pueblos interesados “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierras.” (artículo 15° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo). Esto se refiere a brindar con la debida anticipación la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Con la finalidad de que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Luego viene la etapa de participación con el debate entre las partes, para llegar finalmente a la Consulta (sin ninguna coerción). La propia Corte Interamericana ha reconocido incluso el derecho

de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente habían usado en su territorio, aunque no absoluto, así señala la Corte que “[...] el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones [...]”, caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam)

En la normativa nacional también se reconoce el derecho a la Consulta (Decreto Supremo N° 012-2008-EM), que es también un reflejo de la responsabilidad social de la empresa. En este sentido, respecto al presente caso, la empresa, así como entidades del Estado han llevado a cabo una serie de talleres donde se transmitió a las comunidades nativas información sobre la empresa y los distintos procesos que se van a desarrollar en las zonas aledañas. Sin embargo, es real que no existe una norma general que desarrolle los alcances, detalles, condiciones y vinculatoriedad del derecho de consulta establecido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, tarea que queda a cargo del legislador.

3. ANÁLISIS DEL CASO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.1. Determinación de la existencia de una superposición entre un área de exploración y el área protegida

De acuerdo a los mapas remitidos por el Instituto Nacional de Recursos Naturales (en adelante INRENA) se aprecia claramente que gran parte de las 149.870,00 hectáreas del Área de Conservación Regional “Cordillera Escalera” (se encuentra en los distritos de Pinto Recodo, San Roque de Cumbaza, Pongo del Caynarachi y Barranquita de la provincia de Lamas y de los distritos de San Antonio de Cumbaza, Tarapoto, La Banda de Shilcayo, Shapaja y Chazuta de la provincia de San Martín, de la región San Martín) se encuentra dentro del lote 103 (área concesionada ubicada entre las provincias de Alto Amazonas del departamento de Loreto y Moyabamba, Lamas, San Martín y Picota del departamento de San Martín).

3.2. Legalidad y constitucionalidad de la explotación de recursos no renovables ubicados dentro del área protegida

Entre las finalidades de las áreas protegidas encontramos: asegurar la continuidad de los procesos ecológicos y evolutivos, mantener la biodiversidad y mantener la base de recursos, incluyendo los genéticos, que permitan de-

sarrollar opciones para mejorar los sistemas productivos, encontrar adaptaciones frente a eventuales cambios climáticos perniciosos (artículo 2º de la Ley N° 26834 de Áreas Protegidas). Las Áreas de Conservación Regional (en adelante ACR) se clasifican como áreas de uso directo, pudiendo, en consecuencia, explotarse los recursos naturales ubicados en la zona (en virtud del artículo 20º de la Ley N° 26834 sí está permitido el aprovechamiento o extracción de recursos en este tipo de áreas, siempre que ello sea compatible con los objetivos del área). En las Áreas Naturales Protegidas (en adelante ANP) de uso directo pueden realizarse actividades extractivas, inclusive cuando se trata de recursos no renovables; pero solo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, zonificación asignada y el plan maestro del área. El aprovechamiento de recursos no debe perjudicar el cumplimiento de los fines para los cuales se ha establecido el área (artículo 27º de la Ley N° 26834 y en el mismo sentido el artículo 5º del Decreto Supremo N° 045-2005-AG, que crea las ACR).

El Tribunal Constitucional señala también que a pesar que la concesión para la exploración y explotación posibilitadoras (20 de julio de 2004) fue anterior a la existencia de la ACR “Cordillera Escalera” (25 de noviembre de 2005), debe preferirse un criterio más amplio y comprensivo de los elementos que significan la creación de una ANP y la profunda incidencia que una afectación grave en su entorno puede provocar en la sociedad (fundamentos jurídicos 48 y 49).

Además, el Tribunal Constitucional indica que si bien es cierto que la etapa exploratoria ya ha sido llevada a cabo, esto no puede significar que la amenaza ya ha cesado, en tanto dicha exploración sísmica constituye solo una fase de la etapa de exploración, quedando pendiente otras, como la perforación de pozos exploratorios que se extiende incluso hasta cuarenta años (las fases y plazos están comprendidos en el Contrato de Licencia entre Perúpetro S.A. y Occidental Petrolera del Perú). Resaltando que la etapa de exploración comprende, además de la exploración sísmica, otro tipo de actividades. Asimismo, señala que la obligación del Estado implica que los actos que puedan representar un nivel de riesgo para las áreas naturales protegidas requieren, para efectos de su aprobación, una participación conjunta de los distintos organismos estatales (fundamentos jurídicos 50 al 53).

3.3. Cumplimiento de los requisitos previstos para la exploración y explotación

El estudio de impacto ambiental del proyecto de exploración sísmica de la estructura Pihuicho en el Lote 103, fue aprobado (4 julio de 2006) previamente

al inicio de las actividades por la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE) del Ministerio de Energía y Minas, como lo señala el artículo 9º y 26º del Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos – Decreto Supremo N° 015-2006-EM.

Ya que la exploración sísmica constituye solo una fase de la etapa de exploración, el Tribunal Constitucional analizará si las actividades restantes y la posibilidad de explotación pueden ser consideradas una amenaza al derecho constitucional a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Del Informe de INRENA (Informe N° 177-2008-INRENA-IANP-DPANP) y del Decreto Supremo N° 045-2005-AG, que indican principalmente que la ACR constituye una “porción de la selva alta donde nacen importantes ríos que abastecen de agua a la población humana de las ciudades más importantes de la Región San Martín y alberga una singular diversidad biológica cuya conservación, a través de su protección y uso sostenible, constituye una prioridad regional y nacional”; así también, que es una “zona prioritaria para la conservación de mamíferos, anfibios, reptiles y aves, ya que alberga especies de distribución muy restringida”; el Tribunal Constitucional concluye que la ACR “Cordillera Escalera” es un área relevante no solo para el país en conjunto, sino en especial para la región San Martín; y reconoce como sus objetivos generales el conservar y proteger los recursos naturales y la diversidad biológica de los ecosistemas frágiles que se encuentran en la Cordillera Escalera; así como asegurar la continuidad de los procesos biológicos en los ecosistemas del área propuesta (fundamento jurídico 59).

Señala el Tribunal que se impone la necesidad de implementar fórmulas para que se realicen las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, pero conciliándolas con la conservación de los recursos y elementos ambientales. Es función del Estado (en consonancia con el artículo 67º de la Constitución) auspiciar el equilibrio dinámico entre el desarrollo socioeconómico de la nación y la protección y conservación de un disfrute permanente; pretiriendo formas de exploración y explotación de hidrocarburos irrazonables, que en sí mismas puedan ser destructivas y no sostenibles para el desarrollo regional y el beneficio de las generaciones. Por tanto para efectos de este caso, el Tribunal Constitucional considera que es “necesario conciliar el impacto ambiental que generarían las diversas actividades que comprenden las etapas de exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 103 con la protección de la biodiversidad y el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”.

Para efectos de lo anterior se aplican los principios de desarrollo sostenible y de prevención (este último cuenta con pleno reconocimiento en la normativa así como en la jurisprudencia) y se debe tener en cuenta que los instrumentos de gestión ambiental desempeñan un rol de suma relevancia en relación con la prevención; es indispensable tenerlos en cuenta al referirse al desarrollo sostenible de la explotación posibilitadora que respete la biodiversidad y las áreas naturales protegidas. En virtud de la normatividad revisada el Tribunal señala que el Estado debe promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales por leyes especiales, políticas del desarrollo sostenible, generación de infraestructura y fomento del conocimiento científico, libre iniciativa e innovación productiva (artículo 7º de la Ley N° 26821 - Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales); pero tal aprovechamiento solo procederá si es que la explotación a realizar es compatible con el Plan Maestro del área protegida; y solo sería permitido el aprovechamiento de recursos no renovables si el Plan Maestro así lo permite (artículo 27º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas y artículo 5º del Decreto Supremo N° 045-2005-AG).

El Tribunal rechaza la interpretación de los demandados en el sentido que el plan maestro es un mandato de preceptividad aplazada que requiere la actuación especial del Estado a través de instituciones especializadas y que por la inexistencia del Plan no pueden impedirse las actividades de exploración menos cuando la empresa no ha realizado actividades de explotación de recursos que puedan calificarse como “aprovechamiento” de recursos naturales. Señala el Tribunal que si bien es cierto la inexistencia del referido plan maestro ha sido responsabilidad de las autoridades estatales competentes y no de las empresas emplazadas. En aplicación del principio de prevención respecto a una ANP se considera que la etapa de exploración y explotación constituyen un todo que conduce al aprovechamiento de los recursos naturales; sin dejar de tener en cuenta para lograr un equilibrio (entre la debida protección del medio ambiente y el aprovechamiento razonable de los recursos naturales, de un lado, y la libertad empresarial constitucionalmente ejercida, de otro), que no toda la etapa de exploración tiene el mismo grado de incidencia en el medio ambiente. Ya que son solo las últimas las que puede considerarse que comprometen nítidamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente, el Tribunal Constitucional considera imprescindible que se cuente con un plan maestro elaborado por las autoridades competentes, a fin de que pueda llevarse a cabo tanto la última fase de la etapa de exploración como la respectiva y posterior etapa de explotación (fundamentos jurídicos 65 al 67).

En conclusión:

- Queda prohibida la realización de estas actividades mientras no se cuente con el respectivo plan maestro.
- Si las actividades ya se encuentran en curso, deben quedar suspendidas mientras no se cuente con el referido plan maestro.
- El plan maestro debe contemplar la posibilidad de aprovechar los recursos naturales que se encuentran en el Área de Conservación Regional “Cordillera Escalera”, sujetándose a las normas de protección ambiental y a las limitaciones y restricciones previstas en los objetivos de creación del área y su zonificación.

Finalmente, exhorta a las empresas en el sentido que lo decidido no perjudique la materialización de su responsabilidad social con la población asentada en el lote 103, ya que en virtud del enfoque preventivo, es esencial e inherente al concepto de la responsabilidad social de la empresa los aspectos retributivos a las comunidades afincadas en el área de influencia de las actividades de exploración y explotación.

El Tribunal Constitucional declara fundada la demanda. Prohíbe la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada “Cordillera Escalera” hasta que no se cuente con el plan maestro, pudiendo reiniciar tal actividad una vez que este haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación y los objetivos del Área de Conservación Regional “Cordillera Escalera”. Si ya se encuentra en ejecución la última fase de la etapa de exploración o la etapa de explotación, dichas actividades deben quedar inmediatamente suspendidas.

4. COMENTARIO

En la sentencia del Tribunal Constitucional bajo comentario, estamos frente a un caso en el que están involucradas áreas naturales protegidas en las cuales coexisten sesenta y cuatro comunidades nativas de grupos étnicos pertenecientes a las familias Cocama Cocamilla y Chayahuita que se vieron afectadas por actividades exploratorias (actividades de exploración sísmica) realizadas en el marco de un contrato de explotación posibilitadora entre el Estado y empresas que se dedican a este ramo. En este contexto el Tribunal Constitucional nacional ve conveniente desarrollar las materias relevantes conexas como el derecho a un ambiente equilibrado y sano, la regulación constitucional del medio ambiente, el medio ambiente y su afectación a las generaciones futuras, así como los

principios que regulan la conservación del medio ambiente: preventivo y precautorio, después, la relación entre medio ambiente y responsabilidad social de la empresa; para finalmente desarrollar los temas relacionados con las comunidades nativas y el medio ambiente, esto es, los derechos a la identidad étnica y cultural, así como la relevancia del Convenio de la Organización Internacional de Trabajo que reconoce el derecho a la consulta previa.

4.1. Marco normativo nacional

En el presente caso el Tribunal Constitucional señala que la empresa, así como entidades del Estado han llevado a cabo una serie de talleres donde se transmitió a las comunidades nativas información sobre la empresa y los distintos procesos que se van a desarrollar en las zonas aledañas. Esto se realizó en virtud de una regulación insuficiente que no satisface las obligaciones estatales y de los particulares establecidas en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo. A continuación repasaremos la regulación nacional vigente.

El Perú, desde diciembre de 1993 con la Resolución Legislativa N° 26253, es parte del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, que reconoce el derecho a la consulta previa y a participar en la ejecución y evaluación de políticas que los afectan directamente; por tanto, su contenido es parte del derecho nacional, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales.

La Constitución política con el contenido de las normas denominadas “Constitución ecológica” otorga el marco para la explotación de los recursos naturales y establece claramente la obligación del Estado en asumir la protección de las riquezas naturales por medio de la implantación de áreas especialmente protegidas, evitando la afectación de los servicios ambientales como la captación y almacenamiento de agua.

La Resolución Ministerial N° 535-2004-MEM-DM, disponía la realización de talleres y consultas a las comunidades que podían verse afectadas. Así se buscaba materializar el contenido del Convenio N° 169. Esta norma se vio modificada en materia específica por el Decreto Supremo N° 012-2008-EM, del 19 de febrero de 2008, que tiene por objeto fortalecer los derechos de acceso a la información, a la participación ciudadana en la gestión ambiental y social, así como los derechos de los pueblos indígenas y la población involucrada. En dicha normativa se establece que la “consulta es una forma de

participación ciudadana” de aquellas poblaciones que podrían verse afectadas por un proyecto de hidrocarburos.

Posteriormente se dio el Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales, que tiene entre sus finalidades regular los mecanismos y procesos de participación y consulta ciudadana en los temas de contenido ambiental.

La Ley del Ministerio del Ambiente, Decreto Legislativo N° 1013, señala entre sus objetivos y funciones específicas el promover la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones para el desarrollo sostenible (artículo 3.2 c y artículo 7°, a). Finalmente, la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611 (15 de octubre de 2005) señala en su Título Preliminar (artículo III) que “Toda persona tiene el derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno. El Estado concerta con la sociedad civil las decisiones y acciones de la gestión ambiental.” Así también dedica un capítulo completo (Capítulo 4 del Título I) al acceso a la información ambiental y participación ciudadana, en el que se incorporan aspectos como la obligación del Estado de diseñar el marco tributario nacional, considera los objetivos de la política nacional ambiental; lineamientos ambientales básicos en la elaboración de las políticas públicas; definición de objetivos en la planificación y ordenamiento territorial; en la elaboración de estándares de calidad ambiental y límites máximos permisibles se tomen en cuenta los parámetros establecidos por la Organización Mundial de la Salud.

4.2. Sobre el Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo y el derecho a la consulta

Los conflictos entre el régimen de los derechos humanos, y en particular entre el conjunto de derechos indígenas con los privilegios de los inversionistas, pueden darse en un número de áreas. En el ámbito de las normas, pueden surgir conflictos entre el derecho a establecer la inversión con el derecho a la consulta previa, así como entre el derecho a la propiedad intelectual con el derecho a la distribución equitativa de los beneficios derivados de tales derechos. También pueden existir conflictos entre los mecanismos de solución de controversias, por ejemplo entre un tribunal arbitral y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹.

La consulta se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural; además, en el derecho de dichos pueblos a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (artículo 7º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo).

Este mecanismo de participación es un derecho constitucional colectivo y un proceso de carácter público especial y obligatorio que debe realizarse previamente, siempre que se vaya a adoptar, decidir o ejecutar alguna medida administrativa y legislativa o proyecto público o privado susceptible de afectar directamente las formas de vida de los pueblos indígenas en su aspecto territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico y de salud y otros que incidan en su integridad étnica².

La consulta es un derecho fundamental que busca asegurar el respeto y protección de la integridad, capacidad y decisión de los pueblos y comunidades antes que se adopten decisiones o se prevean medidas legislativas, administrativas, planes y programas de desarrollo que los involucren. Cualquier proceso de consulta debe comprender la información plena, el consentimiento y la oposición a la medida consultada. Es decir, la consulta es previa porque debe realizarse asegurando la libre participación de los consultados. Además, la consulta es permanente porque adoptada la decisión en alguna materia, se debe garantizar la participación indígena en la implementación. Debe entenderse que el consentimiento y la oposición a alguna medida propuesta constituye la finalidad fundamental de la consulta, por lo cual esa decisión deberá ser libre y con pleno conocimiento de sus implicancias³.

La Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia SU-039, del 3 de febrero 1997, en el caso del pueblo indígena U'wa, sostuvo contundentemente que no puede hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas, que es lo único que les confiere status para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados. Añadió que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y el aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar

su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (artículo constitucional 80°), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que los ocupan⁴. Asimismo, deja en claro que la consulta previa se constituye en un derecho fundamental: “[...] el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones [...] pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”⁵.

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas es vinculante y así debe estar especificado en la legislación que apruebe el Congreso nacional, de lo contrario iría contra el espíritu del Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo. Si el Tribunal Constitucional reconoce como vinculante el Convenio, es obvio que es igual con los principios que se desarrollan en él. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto estos contenidos en sendas decisiones en los casos del Pueblo de Saramaka vs. Surinam y de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua.

La sola realización de la consulta no garantiza nada más allá del propio derecho que tienen las comunidades a ser consultadas. La consulta es solo un procedimiento, un medio para lograr un fin. De que se realice o no se realice, o que se haga bien o mal, no depende la integridad de los pueblos. Se puede usar para garantizar la integridad y derechos pero también se la puede usar para legitimar su vulneración⁶. En consecuencia, la consulta será válida siempre que se realice mediante los procedimientos que los pueblos y comunidades consideran apropiados. Este procedimiento supone entonces, que la consulta se realice a través de las organizaciones representativas, se respete la integridad de sus valores y prácticas sociales. Es una obligación del Estado el proveer los medios materiales necesarios para la participación de los pueblos y comunidades en la consulta⁷.

Sistemáticamente podemos establecer que la consulta previa debe desarrollarse con los siguientes supuestos, que de ninguna manera se presentaron en el caso analizado por el Tribunal Constitucional. La buena fe, tanto de los funcionarios públicos como de los demás intervinientes e interesados en el proceso debe garantizarse, esto implica que las consultas no deben ser manipuladas, y que estas no deben darse con posterioridad a que se hayan tomado las decisiones o medidas, porque se buscaría legitimar decisiones tomadas

por el Estado, que pueden ser inconvenientes para las comunidades. Esto no fue posible en el caso bajo comentario dado que los funcionarios públicos solo se preocuparon de cumplir con la formalidad específica, aprobando un estudio de impacto ambiental realizado solo con la versión de la misma empresa que realizaría las actividades económicas, como se refleja en la versión de la Procuraduría Pública del Ministerio de Energía y Minas al señalar que no ha violado precepto constitucional alguno.

Debe tenerse en cuenta que el proceso de consulta no debe reducirse a un procedimiento tipo audiencia ambiental, que se concreta en una sola reunión de consulta, desconociendo el carácter intercultural del procedimiento y del proceso y que este no puede ser absuelto en una sola reunión. Una consulta previa realizada íntegramente debe respetar los requerimientos de un diálogo intercultural y la reflexión interna de los pueblos indígenas sobre el tema, al mismo tiempo que garantizar eficiencia y eficacia gubernamental⁸. El Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático de la Organización Internacional de Trabajo dice que “solo podrá considerarse tal (consulta previa), el proceso que dé a los que son consultados la oportunidad de manifestar sus puntos de vista e influir en la toma de decisiones”⁹. En este sentido reiteramos el dato que otorga el Tribunal Constitucional señalando que la empresa, así como entidades del Estado, han llevado a cabo una serie de talleres donde se transmitió a las comunidades nativas información sobre la empresa y los distintos procesos que se van a desarrollar en las zonas aledañas; pero no se realizó un proceso en el que se permitiera a las comunidades decidir y que su decisión sea respetada o mínimo tomada en cuenta.

La consulta debe realizarse teniendo en cuenta la representación y la autoridad de las comunidades, la interculturalidad y la lengua de las comunidades consultadas. Asimismo, debe realizarse con las instituciones tradicionales de cada pueblo y a través de sus autoridades o las organizaciones que las representen, que son las indicadas para manifestar los impactos sociales y culturales que un proyecto pueda generar. En la sentencia del Tribunal Constitucional no se señala que la información haya sido dirigida respetando la representación y autoridad de las comunidades, sino que se señala que se realizaron talleres en general.

Los funcionarios deben desarrollar el rol de facilitadores, orientadores y defensores de los derechos étnicos y territoriales y deben tener en cuenta que la consulta permite la relación directa comunidad-Estado, la cual debe fortalecerse sobre la base de la credibilidad y confianza mutua. Con su apoyo, las comunidades deben ser capacitadas previamente al desarrollo de la consulta

sobre el significado, el alcance y el procedimiento para llevarse a cabo. Además deben constituirse en punto de apoyo e información oportuna para las partes¹⁰. En este aspecto es importante resaltar que el funcionario público o autoridad prefiere apoyarse en normativa específica que señale sus funciones en estos casos, por tanto, es imperativa la tarea que el Tribunal Constitucional deja a cargo del legislador para que desarrolle los alcances, detalles, condiciones y vinculatoriedad del derecho de consulta establecido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo.

Es deber del sector productivo o los dueños del proyecto facilitar el acceso a la información previa, objetiva, transparente y oportuna y proporcionar los mecanismos para el uso eficiente de la misma, dado que, en su mayoría, las comunidades no saben qué hacer ni cómo interpretar información muy especializada. Por eso, deberán propiciar los espacios para la socialización del proyecto y deben facilitar a las comunidades asesores (elegidos por ellas) que traduzcan y expliquen en un lenguaje sencillo y claro, los códigos de información técnica, socioeconómica y cultural que contienen los estudios de impacto ambiental¹¹.

Finalmente, respecto al acuerdo se debe tener en cuenta que se deben establecer documentos escritos y claros de las condiciones para la realización de la obra, así como de las medidas de mitigación de la actividad para garantizar la identidad cultural y derecho a gozar de un medio ambiente sano de la comunidad. Deben establecerse mecanismos para que una vez culminado el proceso se socialicen los acuerdos con toda la comunidad, así como planes de seguimiento y control de las medidas. En esa medida, la judicatura nacional protegerá de mejor manera los derechos de los pueblos originarios.

5. CONCLUSIONES

La sentencia comentada es criticable en el sentido de que basa su decisión en temas formales, esto es el plan maestro, como requisito que exigen las normas específicas; y no establece su fallo en función de los temas que considera importantes pero tangenciales al caso concreto. El Tribunal Constitucional ha perdido la oportunidad de expedir un precedente vinculante que no solo reconozca sino que efectivice los derechos a la identidad étnica y cultural de las comunidades nativas, junto con el derecho a la consulta previa y a participar en la ejecución y evaluación de políticas que los afectan directamente.

En el caso concreto, la efectivización del derecho a la consulta fue olvidada en la decisión final, que solo condiciona la realización de la última fase de la eta-

pa de exploración y la etapa de explotación dentro del área protegida (Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera) a la realización del plan maestro.

En el contexto nacional, el reciente conflicto social en la Amazonía tiene especial relevancia para los temas que comentamos. El origen de este conflicto fue la dación de los Decretos Legislativos N° 1015 y 1073 que modificaron el tema de la transmisión de propiedad dentro de las comunidades nativas; los representantes de estas comunidades solicitan la derogación de estas normas por considerarlas lesivas a los intereses selváticos (ya que no hubo proceso de consulta previa como establece el Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo) y exigen además un modelo alternativo de desarrollo para la selva. El Tribunal Constitucional ahora sí deberá decidir sobre este tema, dado que la Defensoría del Pueblo interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra estas dos normas, por considerar que, además de violar el Convenio N° 169, el Gobierno se habría excedido en sus facultades legislativas.

La futura decisión del Tribunal Constitucional debería contemplar un reconocimiento y una estructura fundamental de aplicación y contenido del derecho a la consulta previa, en el marco de la normativa internacional, interpretando la normativa nacional en base a principios y jurisprudencia comparada.

¹ Orellana, Marcos A. «Fragmentación y acumulación de regímenes internacionales: los derechos indígenas vs. privilegios de los inversionistas». En: Aylwin Oyarzún, José y Aylwin, José (Comps.). *Derechos humanos y pueblos indígenas*. Selección de las ponencias presentadas al seminario: "Derechos humanos y pueblos indígenas; tendencias internacionales y realidad local", organizado por el Programa de Derechos Indígenas del Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera en Temuco. Chile. Julio de 2003, 2004, pp. 44-54, p. 51.

² Londoño Toro, Beatriz citada por Amparo Rodríguez, Gloria. «La consulta previa a pueblos indígenas». En: Parra Dussán, Carlos; Amparo Rodríguez, Gloria. *Comunidades étnicas en Colombia*, (Universidad del Rosario -Facultad de Jurisprudencia). 2005, p. 115.

³ Aroca Medina, Javier. «Derechos de los pueblos indígenas en el caso peruano». En: Aylwin Oyarzún, José y Aylwin, José (Comps.). *Ob. Cit.*, p. 91.

⁴ Así lo reseña Bazán, Víctor. «Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: Diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbito interno e internacional». *Boletín mexicano de derecho comparado*. Nueva serie. Año XXXVI. N° 108. Septiembre - diciembre 2003, pp. 759-838.

⁵ Sentencia SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁶ Amparo Rodríguez, Gloria. *Ob. Cit.*, p. 118.

⁷ Aroca Medina, Javier. *Ob. Cit.*, p. 92.

⁸ En este sentido lo resalta Amparo Rodríguez, Gloria. *Ob. Cit.*, p. 126.

⁹ Londoño Toro, Beatriz, citada por: Amparo Rodríguez, Gloria. *Ob. Cit.*, p. 127.

¹⁰ Así lo señala correctamente Amparo Rodríguez, Gloria. *Ob. Cit.*, p. 132.

¹¹ *Ibidem*, p. 134.

LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL ACERCA DE LA PREVALENCIA DEL DERECHO PERSONAL INSCRITO SOBRE EL DERECHO REAL NO INSCRITO: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA FE PÚBLICA REGISTRAL

FLAMINIO GILBERTO VIGO SALDAÑA*

Resumen

Cuando un derecho personal real se opone frente a un derecho personal inscrito con anterioridad, la jurisprudencia prefiere al primero. No obstante, se sostiene una postura contraria al indicarse que la oponibilidad de los derechos no debe darse en consideración a la naturaleza de los derechos contrapuestos sino en mérito de la publicidad que hayan adquirido, de lo contrario se enviarían mensajes que propicien, en la mayoría de los casos, fraudes y connivencia con el deudor que pretende burlar el derecho del acreedor.

Palabras clave: Derechos patrimoniales - Derecho real no inscrito - Derecho personal inscrito - Principios registrales.

Abstract

When a personal property right is enforced against a previously registered personal right, case law prefers the first one. Notwithstanding, an opposite stance is assumed indicating that the enforceability of rights should not occur based on the nature of the enforced rights but based on the publicity they had; otherwise, in most of the cases, the message would be to favor frauds and collusion with the debtor intending to evade the creditor's right.

Key words: Property rights - Unregistered real property rights - Registered personal rights - Registration principles.

Sumilla

1. El problema y su posible respuesta (a su vez, la justificación de este artículo). 2. La distinción entre los derechos reales y personales. 2.1. Los derechos reales. 2.2. Los derechos personales o de crédito. 2.3. Diferencias de los derechos reales con los derechos personales. 3. Nuestro sistema registral y sus implicancias determinantes: la seguridad jurídica. 4. La confrontación entre derechos de distinta naturaleza. 5. La posición de la jurisprudencia suprema. 6. Posición final.

* Miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de Perú y Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

1. EL PROBLEMA Y SU POSIBLE RESPUESTA (A SU VEZ, LA JUSTIFICACIÓN DE ESTE ARTÍCULO)

La duda genera el interés por investigar. Partimos de esta premisa para plantear la pregunta que origina esta investigación: ¿por qué el derecho personal (embargo inscrito) debe prevalecer sobre el derecho real (propiedad no inscrita), cuando se contraponen derechos de distinta naturaleza? Contrario a la posición mayoritaria, creemos que el derecho personal inscrito debe primar sobre el derecho real no inscrito para así garantizar la seguridad jurídica y la fe pública registral.

Como puede apreciarse, en la raíz de este problema se halla la discordancia en cuanto al principio de prioridad —*prior tempore, prior iure*. Si bien la primacía del derecho real sobre el derecho personal, en atención a la oponibilidad *erga omnes* del primero, está consagrada en nuestra jurisprudencia, se han evidenciado situaciones que, al aplicar esa concepción, ocasiona resultados injustos. A partir de la teoría y de la casuística jurisprudencial se ha investigado el porqué no debería primar el derecho real no inscrito. Así, se pretende brindar nuevos aportes en cuanto al fundamento del sistema registral pues como lo expresa Cornejo: “El Estado con el fin de mantener la libertad, la convivencia armónica, la seguridad, el orden público, la moralidad, la salud y el bienestar general de sus habitantes, impone por medio de la ley de conformidad con los principios constitucionales, limitaciones razonables al ejercicio de los derechos individuales”¹.

2. LA DISTINCIÓN ENTRE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES

Nuestro sistema jurídico civil patrimonial mantiene una categorización normativa que distingue a los derechos reales de los derechos personales. Esta clasificación persiste, a pesar de reconocerse como una distinción criticable y abandonada por gran parte de la doctrina, pues carece de sustento técnico y no constituye un instrumento útil en la práctica. Por el contrario, se ha convertido en un mito que genera imprecisiones y constituye un lugar común en los fallos jurisdiccionales.

Así, la teoría tradicional señala que los derechos reales pueden hacerse valer frente a cualquier tercero, lo que no sucede con los derechos de crédito, los cuales solo pueden oponerse entre partes involucradas en la respectiva relación obligatoria. Por lo tanto, si se presenta un conflicto entre ambos tipos de derechos, la prevalencia del derecho real no puede ser puesta en duda. El

fundamento de este planteamiento es la antiquísima clasificación de los derechos subjetivos que los distingue entre absolutos y relativos. De este modo, se sostiene que son absolutos los derechos que se pueden hacer valer frente a cualquier persona y que son relativos aquellos otros que, por el contrario, solo pueden oponerse frente a ciertos sujetos.

La teoría nacional que se ha ocupado directamente del artículo 2022º del Código Civil, ha obviado un detalle: reconoce que los derechos de crédito también poseen oponibilidad, que dista mucho de ser *inter partes*.

Así, debe advertirse que la distinción entre unos derechos que pueden ser opuestos a todos los individuos y otros que pueden ser opuestos a algunos, resulta caduca. En efecto, si se considera que todos los derechos subjetivos no constituyen nada más que medios de realización o satisfacción de intereses, no parece factible admitir que la relevancia de algunos esté limitada por el ámbito de la concreta relación jurídica en la que se desenvuelve, tal como lo postula la mayoría de nuestros jueces. Debido a que tales intereses se ubican en un plano de convivencia, es absolutamente posible que cualquier tercero provoque su lesión, de donde se deduce, necesariamente, que todos los derechos subjetivos pueden ser opuestos a cuanto individuo esté en aptitud potencial de lesionarlos.

Si bien resulta adecuado que, en aras de la seguridad jurídica y del fluido intercambio de bienes, se debe utilizar el principio de prioridad registral, que debe ser aplicado para todo tipo de derecho, ello tiene que hacerse sobre la base de un análisis ponderado de la segunda parte del artículo 2002º del Código Civil.

2.1. Los derechos reales

La importancia que tienen los derechos reales en la economía, la política y la sociedad en general, determinó que desde antiguo se limitasen y estuvieran condicionados a su creación legislativa, de modo que no pudiesen existir otros que no se hallaren regulados por la ley (Arias-Schreiber²). Existe en esta área, por lo tanto, una excepción a la clásica amplitud de los actos jurídicos. Se ha considerado válidamente que, si se permitiese que por voluntad de las partes se creasen toda suerte de derechos reales, la consecuencia sería particularmente negativa para la seguridad y tranquilidad económico-social; sin embargo, no obstante ello resulta difícil ofrecer un concepto de lo que debe entenderse por derecho real. Se podría señalar que por derecho real entendemos el derecho de bienes o de cosas. Por tanto, en una primera aproximación podemos decir que el derecho real supone una relación entre persona y cosa.

Planiol y Ripert³ señalan que para la concepción clásica existe derecho real cuando una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata que puede ser invocada contra cualquier otra. Esta definición implica, como carácter esencial del derecho real, la creación de una relación entre una persona y una cosa.

Con esto quiere expresarse que en todo derecho real no existe intermediario entre la persona que sea su titular y la cosa a la cual se refiera el derecho. El derecho real no supone más que dos elementos: una persona, sujeto activo del derecho y una cosa determinada, objeto de dicho derecho.

La doctrina nacional, por intermedio de Torres Vásquez, precisa que “El derecho real es el que nos pertenece directamente sobre un bien en orden a la satisfacción de un interés económico y es oponible frente a todos. Responde al instinto natural del sujeto de tener el poder de utilizar un bien, sin intermediarios y sin ser estorbado por nadie, con el fin de satisfacer intereses económicos. Se ejerce dentro de los límites de la ley, siendo que esta reconoce a la propiedad como el poder más amplio, puesto que le otorga las facultades de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien y al derecho de habitación como el más limitado, debido a que se concreta a la sola facultad de morar en una casa”⁴.

Arias-Schreiber, indica que “los derechos reales no vienen a ser sino derechos subjetivos que, incidiendo sobre los objetos exteriores a la persona, autorizan al sujeto de un determinado señorío”⁵.

En definitiva, para conceptuar al derecho real es preciso considerar los dos aspectos bajo los que se presenta. En su aspecto externo se expresa la obligación general, que tiene por objeto hacer que se respete la situación del titular con relación a la cosa, obligación pasiva que puede sin embargo revestir a veces forma positiva, constriñendo a los terceros a realizar una prestación. En su aspecto interno, el derecho real representa un poder sobre la cosa. Este poder no lo constituye solamente la posesión.

La misma posesión no es tampoco una simple situación de hecho sino un verdadero derecho puesto que ella está protegida por acciones judiciales. El poder del propietario está determinado y limitado por la ley, que es la que concede a la relación jurídica, resultante del derecho real, un carácter diferente. En ese sentido, podemos definir el derecho real como el derecho que impone a toda persona la obligación de respetar el poder jurídico que la ley confiere a una persona determinada para reiterar de los bienes exteriores

todo o parte de las ventajas que confiere la posesión de ellos, o si se prefiere el derecho que, dando a una persona el poder jurídico directo e inmediato sobre una cosa, es susceptible de ser ejercitado, no solamente contra una persona determinada, sino contra el mundo.

Para completar el concepto de derecho real se suele hacer referencia a la distinción entre este y el derecho de crédito u obligación. Derechos reales son aquellos que atribuyen a su titular un derecho pleno sobre una cosa, un bien. Derecho de obligación es aquel que atribuye a su titular la facultad de exigir una prestación (de dar, hacer o no hacer) a un tercero.

2.2. Los derechos personales o de crédito

Los derechos personales o de crédito constituyen derechos de contenido patrimonial entre dos personas, cuyo objeto son las prestaciones ajenas en cuanto puedan proporcionar una cierta utilidad al acreedor. Ferrero Costa, citando a León Barandiarán (2001, 75), señala que “son derechos de naturaleza transitoria, pues la facultad correspondiente a ella se agota al hacerse efectiva, mientras que las facultades correspondientes a un deber jurídico distinto al obligacional no se agota por su uso normal”.

Resulta relevante traer a colación lo expresado por Jorge Eugenio Castañeda cuando afirma: “[...] el derecho real tiene entre sus atributos la persecución (*rei persecutoria*) mientras el de las obligaciones no. De otro lado el derecho obligacional puede consistir en un dar, hacer o no hacer, mientras que el derecho real da nacimiento a una obligación de no hacer (de los demás) de carácter universal”⁶.

En definitiva podemos señalar que el derecho personal es aquel en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho o en términos más sencillos, un derecho personal es aquel que otorga la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera: a dar, suministrar, a hacer, a no hacer alguna cosa.

Sin embargo, dentro de las varias críticas existentes, es importante precisar que Planiol y Ripert⁷ señalan que al derecho de crédito comúnmente se le llama derecho personal y su uso ha sido muy difundido en la medida que las palabras “derecho personal” forman una antítesis perfecta de los términos “derecho real”. Sin embargo, este uso es molesto y debería ser abandonado porque la expresión “derecho personal” es anfibológica, pues aparte del sentido ya mencionado, se puede entender en otros sentidos como, por

ejemplo, que dichos derechos no pasan a sus herederos y que hay derechos excepcionales que no pueden ser ejercidos por otros ni siquiera en vida de su titular, por lo que cuando se dice derecho personal se corre el riesgo de no ser comprendido.

2.3. Diferencias de los derechos reales con los derechos personales

Sostiene Díez-Picazo que “[...] la distinción de los derechos patrimoniales en derechos reales y derechos de crédito tiene una extraordinaria importancia teórica, porque, en la doctrina del derecho civil patrimonial constituye una especie de columna vertebral de todo el sistema, que aparece montado como una yuxtaposición de un derecho de obligaciones, que sería el campo de los derechos personales o de crédito, y un derecho de cosas que es el campo de los derechos reales. Además, que tiene una importancia práctica en la medida que es utilizada por los textos legales y, en especial en el Código Civil”⁸. El derecho romano estableció una importante diferencia entre dos tipos de acciones que eran las llamadas acciones *in rem* y las acciones *in personam*. Mediante la primera el demandante trata de obtener lo que es suyo y la segunda se ejercita cuando se demanda a alguien que nos debe algo en virtud de un contrato o de un delito. En la misma línea de ideas, entre nosotros Torres Vásquez⁹ (2006, 53) señala que los romanos no clasificaron los derechos, sino las acciones *in re* y acciones *in personam*.

Siguiendo la tesis clásica, los derechos patrimoniales pueden tener por objeto las llamadas realidades del mundo exterior (derechos reales); o pueden tener por objeto los llamados actos del hombre (derechos obligacionales). El primero, es un derecho que recae directamente sobre el bien, sin necesidad de una persona obligada. El segundo, es un derecho a exigir de una persona determinada cierta prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer. Un ejemplo de esta última categoría: si X ha prestado a Y una determinada suma de dinero, Y se encuentra obligado a la restitución del dinero. El derecho de X no recae en forma directa sobre algún objeto concreto, pues solamente tiene el derecho a exigirle a Y la restitución del valor¹⁰. En buena cuenta, X no es “propietario” de la suma de dinero, solo tiene el derecho como acreedor de exigirselo al deudor Y, necesitando aquél cooperación de este (a través del pago) para ver satisfecho su interés. Muy distinto es el caso de un propietario que no necesita de ningún deudor (o persona obligada para ver cumplido su interés). Es el titular del bien y por esa circunstancia nadie puede interferir en su goce¹¹.

3. NUESTRO SISTEMA REGISTRAL Y SUS IMPLICANCIAS DETERMINANTES: LA SEGURIDAD JURÍDICA

Es crucial para el abordaje de este tema, tratar la configuración del sistema registral. Este sirve para otorgar seguridad jurídica en las distintas relaciones de carácter intersubjetivo entre los sujetos de derecho (personas naturales o jurídicas). Un sistema registral sustentado en los principios de prioridad de inscripción, rogación, legalidad, especialidad y publicidad, principalmente, servirá para que el Estado proteja las múltiples relaciones jurídicas de carácter patrimonial y extrapatrimonial que celebran sus ciudadanos.

Dentro del tema que nos compete desarrollar, damos especial tratamiento a los principios de oponibilidad y prioridad de rango. Por el primero podemos advertir que para oponer un derecho es preciso que este haya sido inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone. Esto tiene correlato con el segundo principio a tratar, que es el de prioridad de rango. Así, la prioridad en el tiempo va a determinar la preferencia de los derechos que otorga el registro.

El registro va a otorgar seguridad jurídica de manera que si existiera un derecho que se quiera oponer frente a uno previamente inscrito, de plano se preferirá al derecho inscrito. Sin embargo, encontramos una situación en el segundo párrafo del artículo 2022° del Código Civil, en la que aparentemente no se va a tomar en cuenta el momento de la inscripción para determinar la preferencia de un derecho; esto sucederá cuando se confronten derechos de distinta naturaleza; es decir, derechos reales y personales.

Cuando se genere este supuesto, en el cual un derecho real se oponga frente a un derecho personal inscrito con anterioridad, gran parte de la jurisprudencia prefiere independientemente del registro, al derecho real, resquebrajándose así la razón de ser del registro, la cual es otorgar seguridad jurídica *erga omnes*.

El principio de prioridad preferente establece que la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro, otorgando así seguridad a quien inscribe su derecho con fecha anterior. Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 2022° del Código Civil, prescribe que, tratándose de derechos de diferente naturaleza se aplicarán las disposiciones del derecho común. Viene entendiéndose que en este caso, tendrán preferencia los derechos reales frente a los derechos personales, inaplicándose así la razón y fines de los registros públicos sujetos a los principios de legalidad y efectividad de los actos jurídicos que se realizan sobre la base de la situación que fluye de las inscripciones registrales que existan.

En cuanto al principio de especialidad, está contemplado en el artículo IV del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos y alude a que cada inmueble tiene como correlato una sola, única, exclusiva y excluyente partida registral donde está inmatriculado el bien. Por ejemplo, una sola persona puede tener varios inmuebles de los cuales es propietario, pero cada inmueble en particular tiene o está inscrito en una partida registral diferente de los demás inmuebles.

Esto no solo sucede con bienes inmuebles, sino con cualquier bien, acto o contrato inscribibles. Los derechos inscribibles, cualquiera fuere su naturaleza, al momento de su inscripción se individualizan y se vuelven únicos y exclusivos respecto de los demás derechos, así sean de igual o diferente naturaleza o pertenezcan a una misma persona; es decir, que figuren inscritos en el registro con plena determinación de su extensión y alcance en la partida, folio, asiento al que pertenecen o al que corresponden.

En el principio de publicidad, contenido en el artículo 2012° del Código Civil y los artículos I y II del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, se establece una presunción *iure et de iure*, según la cual toda persona tiene conocimiento de las inscripciones, o mejor aún, del contenido del registro. Este principio está referido a los mecanismos previstos en el reglamento registral en materia de publicidad, a fin de dar a conocer el contenido de los asientos registrales, sea a través de la manifestación directa de los libros y las fichas registrales, o mediante los certificados y copias expedidas por el Registro a quien lo solicite, sin importar el fin que tengan dichos documentos.

Este principio es muy importante pues opera frente a terceros cuando un derecho o acto se inscribe y es oponible a otros que lo manifiestan suyo, de tal manera que la publicidad de este derecho o acto es de conocimiento de terceros ya que, como se explicó, la veracidad de la publicidad registral se presume sin admitir prueba en contrario. Existen dos clases de publicidad, la material (por la cual, el contenido de las partidas registrales produce efectos con respecto a los terceros, aún cuando estos no tengan conocimiento de su contenido: artículo 1° del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos) y la publicidad formal (otorgada por el Registro a través de sus funcionarios: artículo II del mismo cuerpo legal).

4. LA CONFRONTACIÓN ENTRE DERECHOS DE DISTINTA NATURALEZA

A nivel de doctrina nacional debemos empezar citando lo expresado en la Exposición de Motivos del Código Civil, pues señala que “[...] si se tratara de un enfrentamiento entre un derecho personal y uno real, y a esto alude la segunda parte del artículo, tendrá preferencia el titular del derecho real porque goza de la oponibilidad *erga omnes*, que no tiene el derecho personal y además porque el real goza de lo que se llama energía persecutoria, de la que también carece el derecho personal”.

A favor de la primacía del derecho personal, comentando la resolución casatoria recaída en el Expediente N° 527-2003, Avendaño Arana ha expresado que “[...] para la oponibilidad de derechos sobre un mismo bien no debe importar la supuesta naturaleza real o personal del derecho involucrado. Lo relevante es la publicidad”. Prosigue diciendo “No hay razón para que prevalezca la propiedad sobre un embargo, si este último se inscribió primero. Si una persona vende su propiedad y el comprador no registra su adquisición, el adquirente tiene un derecho que no puede oponer a todos”¹².

El problema no da visos de una solución armónica. De un lado está el derecho real, que no obstante tener como una de sus características el principio de oponibilidad *erga omnes* basado desde siempre en la apariencia de derecho que genera el detentar la posesión — como condición básica de los derechos reales de goce — y por otro lado, el derecho personal, el cual genera vínculos jurídicos invisibles a los ojos del colectivo social. Asumir la prevalencia del derecho real respecto del derecho personal tiene su razón de ser — obviamente — en el elemento “apariencia de derecho”, y es por ello que ante una disyuntiva como la que se observa, de ver enfrentados un derecho real y personal, se deba optar por el primero. Sin embargo, ocurre que el registro, en una realidad como la nuestra puede cumplir un mejor papel si de oponibilidad frente a terceros hablamos.

En un medio dominado por la globalización, en el que las relaciones sociales de los hombres ya no se guían necesariamente por la vecindad, habida cuenta que en muchos de los casos, moradores de un mismo inmueble no tienen trato alguno y convendría señalar, por decirlo de alguna manera, que estamos ante una “sociedad de anónimos”, el registro resulta ser una herramienta mejor adaptada a la negociación de bienes o valores, de suerte que la verificación en su fuente de datos, podrá conjurar maniobras fraudulentas y mal intencionadas orientadas a aprovechar la confianza y buena fe de los contratantes.

El registro nacional, si bien imperfecto, resulta ofrecer mayores garantías al trato mercantil y civil. Bajo el auspicio de los principios que lo cobijan, como son la publicidad, especialidad, legalidad, tracto sucesivo, legitimación, fe pública registral, prioridad preferente y prioridad excluyente, regulados en los artículos 2011º, 2012º, 2013º, 2014º, 2015º, 2016º del Código Civil, desarrollados en el Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, el registro puede ser un mejor aliado de la seguridad jurídica y buena fe de terceros, al tiempo de determinar el valor de derechos de distinta naturaleza, como eventualmente lo pueden ser el derecho personal y el real.

La realidad no hace más que darnos la razón, pues la propiedad como derecho real pleno, en la mayor parte de nuestro país es acreditada con títulos imperfectos, que ni siquiera resultan ser documentos públicos en muchos casos. En un contexto como este, sostener que un derecho real es superior a uno personal que se encuentra respaldado por la fe registral, simplemente es cerrar los ojos frente a una grave injusticia en ciernes. Somos uno de los convencidos de que la calidad de los títulos y derechos inscritos en el registro, sean estos personales o reales, son de mayor calidad a los que no se encuentran inscritos en él, pues basta leer el Reglamento General de Registros Públicos para darnos cuenta que al tiempo de proceder a la inscripción de los títulos, existe un escrutinio de mayor rigor que el que eventualmente hagan funcionarios como los notarios públicos, jueces de paz, entre otros, al extender documentos de transferencia de derechos.

Así, por ejemplo, en el artículo 32º de la norma citada se establece que los alcances de la calificación comprende: a) la confrontación de títulos a inscribirse con los asientos de inscripción de la partida registral en la que se habrá de practicar la inscripción, así como con los antecedentes registrales, b) verificación de obstáculos que emanen de la partida en la que deberá practicarse la inscripción, c) verificación de la validez y la naturaleza inscribible del acto o contrato, así como la formalidad del título en el que este consta y la de los demás documentos presentados, d) comprobación que el acto o derecho inscribible se ajuste a la corrección normativa, e) verificación sobre la competencia del funcionario administrativo o notario que autorice o certifique el título; f) verificación de la capacidad de los otorgantes por lo que resulte del título, de la partida registral y de los antecedentes registrales, g) verificación de la capacidad de representación invocada por los otorgantes; h) búsqueda de los datos en los índices y partidas registrales respectivos.

5. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SUPREMA

Justamente por la multiplicidad de vinculaciones contractuales o acciones que generan a su vez derechos personales y derechos reales, estudiamos veintitrés ejecutorias supremas sobre el tema, referidas a la posición de la jurisprudencia. Comentaremos estas ejecutorias, antes de emitir nuestra apreciación personal. Dichas ejecutorias corresponden al universo de resoluciones emitidas sobre el tema investigado entre 1996 y 2006, revisándose los pronunciamientos de las Salas Civil Permanente y Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en procesos de conocimiento en los que se emitió pronunciamiento sobre el fondo.

De esas veintitrés ejecutorias, las dieciocho primeras¹³ se muestran a favor de la preeminencia del derecho real no inscrito frente al derecho personal inscrito, siendo que las cinco últimas¹⁴ adoptan el criterio de otorgarle preeminencia al derecho personal inscrito sobre el derecho real no inscrito.

Del análisis de esas resoluciones precedentes, se infiere que los principales criterios asumidos por nuestra judicatura, que sustentan la posición de prevalencia de los derechos reales sobre los derechos personales, se pueden resumir en:

- a) Cuando concurren dos derechos de distinta naturaleza se aplica la segunda parte del artículo 2022° del Código Civil; es decir, el derecho común, de conformidad con lo expresado en la Exposición de Motivos del Código Civil.
- b) El artículo 949° del citado Código es una norma de derecho común.
- c) Quien aparece en el registro público inscrito como propietario, no lo es necesariamente.
- d) La preferencia dentro los derechos se determina solo por la certeza y la fecha en que se constituyeron, sin referencia a la fecha de la inscripción registral.
- e) Las disposiciones del derecho común tienen preferencia sobre la disposición general del artículo 2016° del Código Civil.
- f) La inscripción en los registros públicos no es constitutiva de derechos, por lo que no se exige dicha inscripción para que la transferencia quede perfeccionada.
- g) El derecho real es un derecho *erga omnes*.
- h) El principio de prioridad registral solo se aplica para los casos de conflictos entre derechos de la misma naturaleza, mas no para el caso de conflictos entre derechos de distinta índole, en el que se aplican las disposiciones del derecho común.

- i) El segundo párrafo del artículo 2022° del Código Civil, constituye una excepción al principio de prioridad previsto en el artículo 2016° del mismo cuerpo legal.
- j) Al contraponer derechos de distinta naturaleza el derecho registral desaparece.
- k) Las disposiciones del derecho común establecen, según lo dispone el artículo 949° del Código Civil, que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.
- l) El supuesto del artículo 2014° del Código Civil, prevé la adquisición de derechos adquiridos, a su vez, por terceros de buena fe y a título oneroso, lo que es distinto al embargo en forma de inscripción, puesto que en la medida cautelar no concurre voluntad de los co-demandados y el conocimiento respecto de la libre disposición que estos hayan tenido sobre dicho bien, sin que se afecte derechos de terceros, como es el caso de los demandados.
- m) La inscripción de un derecho personal en los registros públicos no lo convierte en real.
- n) El artículo 1135° del Código Civil no es aplicable por cuanto el titular del derecho real en momento alguno ha celebrado acto jurídico con el titular de la medida cautelar obligándose a entregar el inmueble.
- o) La clasificación en derechos reales y derechos personales es el sustento de muchas decisiones jurisdiccionales, dándole prioridad al primero por razones “doctrinarias”.
- p) El sustento básico es que de acuerdo con el derecho común los derechos reales se pueden hacer valer frente a cualquier persona y los derechos de crédito solo pueden oponerse a terceros.

Por su parte, los principales argumentos para otorgar primacía al derecho personal inscrito sobre el derecho real no inscrito en las resoluciones estudiadas, son los siguientes:

- a) Que no se debe hacer distinción entre derecho real y derecho personal.
- b) Que el artículo 2016° del Código Civil, referido a la prioridad de rango, no hace distinción entre derecho real y derecho personal.
- c) El artículo 1135° del Código acotado, constituye una norma de derecho común que recoge el principio de prioridad en el tiempo para determinar la preferencia en el derecho y resulta aplicable para la solución del conflicto.
- d) Para que el derecho inmobiliario tenga la certeza necesaria para su protección y posibilidad de tráfico comercial, se requiere de su inscripción.

6. POSICIÓN FINAL

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se admite como regla a seguir que, cuando se enfrentan dos titulares de derechos reales, quien tendrá preferencia será aquel que inscribió primero su derecho en virtud del principio de prioridad. En cambio, cuando se enfrentan derechos de distinta naturaleza¹⁵, es decir, un derecho real y un derecho personal, se deberá aplicar el segundo párrafo del artículo 2022º del Código Civil. Dentro de las normas del derecho común no existe norma específica aplicable para solucionar el conflicto surgido entre derechos.

El artículo 2022º del Código Civil no debería hacer distinción entre derechos cuando estos se encuentren en colisión; mejor dicho, cuando un derecho personal se encuentre frente a un derecho real, sino que el principio de prioridad y oponibilidad debe regir también en este caso.

Existe una evidente contrariedad en la legislación, pues por un lado se trata de proteger a quien tiene la diligencia de inscribir su derecho a fin de oponerlo frente a terceros y, por lo tanto, generarle seguridad jurídica, y por otro lado, se hace una distinción innecesaria cuando se trata de derechos de distinta naturaleza, dejando entrever que los derechos personales no merecen igual protección. Los jueces, al dictar decisiones protegiendo al derecho real no inscrito, envían mensajes que propician, en la mayoría de los casos, fraudes y connivencia con el deudor que pretende burlar el derecho del acreedor.

El sistema de transferencia de propiedad adoptado por nuestro ordenamiento jurídico (consensualista), posibilita las transferencias clandestinas. Esta situación puede ser salvada si ante la eventual oposición entre un derecho real no inscrito y un derecho personal inscrito en registros públicos, se prefiere a este último.

La oponibilidad de los derechos no debe darse en consideración a la naturaleza de los derechos contrapuestos sino en mérito de la publicidad que hayan adquirido. Los principios de publicidad, oponibilidad, prioridad de rango, fe pública registral y prioridad excluyente, son criterios más afines a la justicia y a la seguridad jurídica que la vaga remisión a reglas del derecho común para resolver un problema de conflicto entre derechos de diferente naturaleza, como lo son el derecho personal y el derecho real.

No existe norma expresa que resuelva el conflicto entre un embargante que ha inscrito su derecho y un propietario que no lo ha inscrito o ha inscrito

después. Lo cierto es que los artículos 1135° y 1670° del Código Civil, permiten deducir que también es un principio del derecho común resolver el conflicto con terceros interesados asignando, en primera instancia, el derecho a quien primero accedió a la publicidad registral.

-
- ¹ Cornejo, Américo Atilio. *Derecho registral*. Buenos Aires: ASTREA, 1994, p. 201.
 - ² Arias-Schreiber Pezet, Máx. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. 3ª ed. T. IV. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 44.
 - ³ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Tratado práctico de derecho civil francés*. Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz (Colegio de Abogados de la Habana). La Habana, 1938, p. 121.
 - ⁴ Torres Vásquez, Aníbal. *Derechos reales*. T. I. Lima: IDEMSA, 2006, p. 52.
 - ⁵ Arias-Schreiber Pezet, Máx. *Ob. Cit.*, pp. 19 – 20.
 - ⁶ Castañeda, Jorge Eugenio. *Instituciones del derecho civil. Los derechos reales*. 3ª ed. T.I. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la UNMSM, 1965, p. 06.
 - ⁷ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Ob. Cit.*, p. 357.
 - ⁸ Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Vol. II. Madrid: Editorial Civitas, 1996, pp. 58-59.
 - ⁹ Torres Vásquez, Aníbal. *Ob. Cit.*, p. 53.
 - ¹⁰ Artículo 1219° del Código Civil que prescribe: “Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1) Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado”.
 - ¹¹ Artículo 923° del Código Civil que dispone: “La propiedad es el poder jurídico que permite, usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”.
 - ¹² Avendaño Arana, Francisco. «Tercería: El derecho de propiedad vs. el embargo». *Revista Peruana de Jurisprudencia*. N° 48. Año 7. Lima, Febrero, 2005, p. 62.
 - ¹³ Casaciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia del Perú, recaídas en los Expedientes N° 627-1996, 1892-1996, 1649-1997, 1016-1998-Cañete, 124-1999, 2236-1999, 2503-1999, 2061-2000-Lambayeque, 62-2001, 3743-2001-Lima, 1394-2002-Lima, 3030-2002-Lima, 3194-2002-La Libertad, 3800-2002-Arequipa, 2674-2003-Arequipa, 100-2004-La Libertad, 638-2006-Lima, y 2103-2006-Lima.
 - ¹⁴ Casaciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia del Perú, recaídas en los Expedientes N° 2807-99-Callao, 403-2001-Piura, 2683-2001, 527-2003-Lima y 333-2003-Lambayeque.
 - ¹⁵ Los derechos reales como los derechos personales se hallan dentro de los derechos patrimoniales pues comprenden la idea de bienes, son valorables en dinero y son por esencia transmisibles, la ley interviene en forma mínima para regularlos. En nuestro medio, para determinar la preeminencia entre los derechos reales y derechos personales se aplica el artículo 2022° del Código Civil.

LEGITIMACIÓN DE LAS FÓRMULAS CONSENSUADAS SIMPLIFICATORIAS DEL PROCESAMIENTO PENAL*

RICARDO ALBERTO BROUSSET SALAS*

Resumen

Ante la imposibilidad material de que todas las causas que ingresan al sistema penal puedan ser objeto de procesos comunes lineales, cobran vital importancia dentro del desarrollo penal propiamente dicho, las fórmulas de simplificación que a partir del consenso posibilitan una definición anticipada del proceso. El Código Procesal Penal del Perú ha desarrollado dos fórmulas: La conclusión anticipada del juicio, y el denominado proceso de terminación anticipada, ambos de aplicación general sin límites en la punición requerida por el fiscal. Estas son desarrolladas por el autor, proponiendo determinadas condiciones que les darían viabilidad constitucional.

Palabras clave: Conclusión anticipada del juicio - Proceso de terminación anticipada.

Abstract

In view of the material impossibility that all actions received by the criminal justice system be subject to linear common proceedings, the simplification methods become of vital importance within criminal development itself, which facilitate the anticipated conclusion of the proceeding upon agreement. The Peruvian Code of Criminal Procedures has developed two methods: An anticipated conclusion of a lawsuit and the so-called plea bargaining or anticipated conclusion proceeding, both of general application and with no limitations as to the punishments to be imposed by prosecution. These are developed by the author, proposing certain conditions that would make them feasible.

Key words: Anticipated conclusion of a lawsuit - Plea bargaining or anticipated conclusion proceeding.

Sumario

1. Introducción. 2. Consideraciones relativas al modelo de la reforma procesal penal y sus limitaciones de aforo. 3. Apreciaciones conceptuales con relación a las fórmulas consensuadas de simplificación procesal en materia penal. 4. Del proceso de terminación anticipada. 5. La conformidad o conclusión anticipada del juzgamiento. 5.1. Ámbito del control judicial respecto a la regularidad de la conformidad. 5.2. La "conformidad" del Código Procesal Penal de 2004. 6. Las consecuencias de las fórmulas consensuadas de simplificación procesal. 7. A modo de conclusión.

* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Lima - Poder Judicial de Perú. Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

• El presente trabajo está estructurado sobre la base del artículo "La búsqueda de fórmulas para la simplificación del procesamiento penal: un análisis replanteado" que trabajáramos en coautoría con mi hijo Ricardo A. Brousset Mendoza, por lo que en algunos de sus pasajes se reproduce textualmente su contenido. Hecha esta precisión me considero liberado de efectuar en tales casos citas a pie de página.

1. INTRODUCCIÓN

La legitimación de los mecanismos procesales simplificadorios, a través de los cuales se busca revertir, dentro del contexto de una reforma procesal profunda, las disfunciones de nuestro sistema de justicia penal; a nuestro criterio exige necesariamente ser abordada desde la perspectiva situacional o de contexto socio político, jurídico validante o de viabilidad constitucional; y de impacto político criminal, pues ello nos va a posibilitar una aproximación a las causas, condiciones y consecuencias esperadas de su implementación en nuestro procesamiento penal.

En tal entendimiento, a modo de introducción debemos precisar que una resumida apreciación contextualizada de nuestro procesamiento penal en los últimos cincuenta años, nos revela como constantes: por un lado, una marcada tendencia al endurecimiento de nuestro sistema penal, expresada en el ámbito penal sustantivo, por la sobrecriminalización coyuntural de determinadas conductas delictivas —unas percibidas como especialmente generadoras de inseguridad ciudadana y otras atentatorias al sistema político económico—, produciendo el incremento desproporcionado de las penas, el que utilizando metafóricamente categorías macroeconómicas, ha producido en nuestro sistema penal una hiperinflación punitiva con la consecuente devaluación de nuestro sistema de penas en términos de proporcionalidad, razonabilidad y congruencia, que linda con lo irracional; y en el ámbito procesal penal, por la manipulación impropia de las reglas de procesamiento penal, destinada a restringir los derechos y beneficios procesales en detrimento del debido proceso concebido en su dimensión de macro principio conglobante. Y de otro lado, por la búsqueda de mecanismos que doten de celeridad al procesamiento penal, permitiendo una respuesta punitiva rápida a la criminalidad siempre en incremento, con la finalidad de controlar la desbordante carga procesal del sistema de justicia penal y paliar, de algún modo, la progresiva sobrepoblación carcelaria, que a la actualidad cobra dimensiones dantescas.

Así tenemos que contradictoriamente, mientras se incrementaban las penas para delitos considerados socialmente endémicos, dada su recurrencia, tales como el robo agravado, el tráfico ilícito de drogas y los de agresión sexual contra menores, entre otros; y se encargaba cíclicamente el procesamiento penal de delitos comunes al “fuero militar” para la imposición “rápida e inflexible” (entiéndase en procesos sumarísimos con serios recortes al derecho de defensa) de penas draconianas, que hasta fines de la década de los años setenta incluían la pena de muerte para civiles por delitos de robo agravado

seguido de muerte y de homicidio contra miembros de las fuerzas policiales; o se echaba mano de “jueces sin rostro” y recortes a las mínimas garantías procesales, para el juzgamiento de los delitos de terrorismo, durante las décadas de los años ochenta y noventa; crecía a la vez la preocupación por controlar la carga procesal que desbordaba las posibilidades de los órganos de justicia penal, y reducir los índices de sobrepoblación que soportaban los principales establecimientos penales del país; para lo cual se incorporaron al Código de Procedimientos Penales de 1940, mecanismos procesales inspirados en los principios de celeridad y economía procesal, así como fórmulas premiales ajenas al tradicional principio de legalidad procesal que sustentaba el modelo mixto conservador al que dicho Código adscribía; y se instauró¹, para regir provisionalmente y solo respecto de un limitado número de delitos, el controvertido proceso penal sumario, por el cual se posibilita un procesamiento penal común sin juzgamiento oral, público y contradictorio; limitado al solo desarrollo de la instrucción reservada, luego de la que se concede facultad de fallo al mismo juez que instruyó, para que sentencie sin mediar siquiera un ámbito procesal obligatorio para el ejercicio del derecho de defensa.

Como era de esperarse, la contradictoria política criminal aplicada, no solo tornó en estériles los propósitos de controlar la creciente criminalidad mediante el uso de una sobrecriminalización simbólica y deslegitimante; sino que además hizo lo propio con las medidas tendientes a reducir la sobrecarga del sistema penal y el hacinamiento carcelario que exhibe desde hace más de veinte años uno de los índices de sobrepoblación mas elevados del planeta.

En tales condiciones enfrentamos el reto de la reforma procesal penal, que como si lo antes señalado fuera poco, además tuvo que sortear en la década pasada avatares políticos que la tornaron accidentada²; lo que nos sitúa en un actual momento de transición y reforma en materia procesal penal.

2. CONSIDERACIONES RELATIVAS AL MODELO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL Y SUS LIMITACIONES DE AFORO

Nuestra reforma procesal penal, se gesta dentro del contexto de la reforma procesal penal latinoamericana estructurada en base al Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1970), que buscó uniformar las legislaciones procesales penales latinoamericanas, bajo un modelo institucional con bases comunes, sin perjuicio de las características particulares que cada legislación nacional pudiere adoptar, según reza de su propia exposición de motivos

se trata de “[...] una propuesta básica, pero concreta y operativa, de un conjunto de mecanismos aptos para solucionar los conflictos sociales de un modo pacífico y a través de las instituciones judiciales [...] que apunta a solucionar los más graves conflictos sociales, captados sin duda por el sistema penal.³⁷”, se trató, que duda cabe, de una respuesta latinoamericana frente a requerimientos comunes de relegitimación, eficacia y modernización de las pautas de procesamiento penal.

Como hemos señalado nuestra reforma nacional, por razones que no es el caso detallar, fue particularmente accidentada; basta recordar que produjo cuatro códigos, el Código Procesal Penal de 1991 promulgado por Decreto Legislativo N° 638, del cual están aún vigentes veintidós; los Códigos Procesales Penales de 1995 y 1997, que luego de ser aprobados por el Congreso de la República fueron observados por el Poder Ejecutivo; y el Código Procesal Penal de 2004, promulgado por Decreto Legislativo N° 957, vigente en los distritos judiciales de Huaura, La Libertad, Arequipa, Moquegua y Tacna. Fiel a la propuesta estructural de su referente el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, el Código Procesal Penal de 2004, diseña un proceso penal común único, con tres etapas: la primera, de “investigación preparatoria”, formalizada bajo la dirección del fiscal pero sujeta a un periférico control de regularidad por parte del juez de la investigación preparatoria, a quien el fiscal le requiere la expedición de las medidas asegurativas personales y reales y la variación de su régimen, las que son resueltas al igual que la mayoría de las incidencias materia de su exclusivo pronunciamiento, previo mecanismo de audiencia que se erige en un ámbito contradictorio; la segunda, denominada “etapa intermedia”, bajo la dirección del juez de la investigación preparatoria, que constituye una fase intermedia repotenciada en su función de saneamiento del proceso, la que tiene como actuación central la audiencia preliminar, en la cual además de agotarse la posibilidad de cuestionar el proceso a través de medios de defensa, nulidades y otras articulaciones homólogas, se efectúa de oficio el control formal y sustancial de la acusación, el mismo que permite su rechazo liminar definitivo (absolución anticipada) optándose para este efecto por el mecanismo de sobreseimiento impropio; así mismo se produce el ofrecimiento y admisión de pruebas para el juzgamiento, pudiendo además consensuarse convenciones probatorias y acuerdos reparatorios; y la tercera, de “juzgamiento”, constituida por un juicio oral dirigido por el juez penal, unipersonal o colegiado (del mismo nivel que el juez de la investigación preparatoria).

Los ejes principales sobre los que gira el modelo de nuestra reforma procesal penal son: la distribución de funciones diferenciadas y exclusivas dentro del

proceso, con sujeción a las exigencias constitucionales; la igualdad de armas como expresión del derecho de igualdad entre las partes; el contradictorio que atraviesa todas las etapas del proceso, la que aunada a la garantía amplia del derecho de defensa le dan una connotación adversarial al modelo; la excepcionalidad de la prisión preventiva y la limitación temporal de las demás medidas asegurativas personales, como expresión material de la presunción de inocencia; y la incorporación de fórmulas simplificatorias basadas en el consenso que permiten la definición anticipada del proceso penal.

Con respecto a la caracterización o rotulación del modelo, se maneja por un sector importante de los procesalistas nacionales, el criterio de adscribirlo al sistema acusatorio, cuando no a considerarlo como un modelo acusatorio, adicionándole rótulos como garantista, formal, democrático y adversarial. Con el profundo respeto, admiración y estima personal que me merecen los insignes profesores que sostienen tal posición, me permito disentir de tales criterios, pues considero que no se puede desconocer, ni relativizar la existencia del sistema mixto como uno autónomo y distinto del acusatorio e inquisitivo aurales, en base a los que se estructuró en Francia (1808) al influjo de los postulados de la revolución francesa. Ello no es óbice para reconocer que los modelos mixtos tradicionales (entre ellos el del Código de Procedimientos Penales de 1940) hasta mediados del siglo anterior presentaban una preponderancia de las prácticas inquisitivas, la que gradualmente se fue atenuando con las reformas introducidas; y que el modelo del Código Procesal Penal de 2004 presenta una marcada preponderancia acusatoria, lo que no lo torna exento de características como “la persecución penal pública” y “la búsqueda de la verdad histórica” que aún cuando relativizadas, a decir del profesor Julio B. J. Maier, constituyen dos de las máximas fundamentales del inquisitivo⁴. Entonces debemos colegir que nuestra reforma procesal propone un modelo con preponderancia acusatoria y de corte adversarial (entiéndase dentro del sistema mixto, un modelo acusatorio adversarial), que responde a las exigencias de nuestro programa constitucional y de las normas supranacionales para el procesamiento penal en un Estado democrático de derecho; así como a la compleja tarea de “lograr un equilibrio entre las garantías del individuo y la eficacia en la persecución del delito”⁵.

Pero es el caso que, en América Latina el creciente número de conflictos penales registrados rebasa la posibilidad de respuesta de nuestros sistemas de justicia penal; las nuevas manifestaciones de criminalidad altamente aflictiva, en especial la que se perpetra por medio de organizaciones delictivas y/o a través de una compleja operatividad, motivan procesos complejos de duración dilatada por la mayor demanda de atención efectiva; ello aunado

a las limitaciones logísticas y de personal, así como la sobrecarga procesal y la sobrepoblación carcelaria heredadas; torna materialmente imposible que todas las causas que ingresan al sistema penal, puedan ser objeto de procesos comunes lineales⁶. Estudios serios realizados en Chile, han permitido establecer que el sistema de justicia de dicho país solo está en capacidad de tramitar mediante procesos lineales, en condiciones regulares que garanticen su eficiencia, aproximadamente el 15% de las causas que ingresan. Estimados al respecto en nuestro país, indicarían que dicho porcentaje no superaría el 20% de las causas ingresadas al sistema penal. Ante tal realidad cobran vital importancia, a nivel de investigación preliminar, el perfeccionamiento de mecanismos de depuración de denuncias (el rechazo liminar de las que carecen de real contenido penal, promover la conciliación a través de la concreción de acuerdos reparatorios, y la aplicación de criterios de oportunidad); y dentro del desarrollo del proceso penal propiamente dicho, las fórmulas de simplificación que a partir del consenso posibilitan una definición anticipada del proceso.

3. APRECIACIONES CONCEPTUALES CON RELACIÓN A LAS FÓRMULAS CONSENSUADAS DE SIMPLIFICACIÓN PROCESAL EN MATERIA PENAL

Sea que se trate de institutos procesales insertables o insertados en el proceso común⁷, o de procesos especiales alternativos a este⁸, las fórmulas de simplificación procesal, concebidas modernamente, no son otra cosa que mecanismos basados en criterios de especialidad, necesidad y razonabilidad, que propenden a la eficacia y celeridad del procesamiento penal, dentro del marco de un debido proceso, que sin vulnerar los derechos procesales del imputado, se orienta a la búsqueda de una solución consensuada, donde las partes legitimadas (entiéndase el fiscal, el procesado y su abogado defensor) convengan dentro de ciertos límites, no solo la extensión de la pena a imponerse, sino eventualmente también, los términos fácticos y jurídico penales de la condena.

Queda claro, que su finalidad material es abreviar los tiempos del proceso, mediante formas de definición anticipada en base al consenso, a las que se llega a través de la aplicación de mecanismos procesales predeterminados; y su objetivo político criminal es la racionalización de las causas a tramitarse mediante procesos comunes de extensión lineal. Lo antes glosado nos permite inferir inequívocamente que, la inserción de estos mecanismos simplificadorios, en nuestro ordenamiento procesal penal, surge como respuesta a las prácticas procesales burocrático-rituales, inherentes a la tradición procesal europeo

continental, que aunadas a la expansión del derecho penal sustantivo; generan la saturación de la carga procesal, altos niveles de población carcelaria en condición de procesados sin condena e ineficacia que se traduce en amplios márgenes de impunidad (aunque esto parezca contradictorio con lo antes señalado). Respuesta político criminal que, evidencia el decaimiento del principio de legalidad procesal, por apartamiento gradual, dada la inoperancia de su rigidez y supeditación a limitantes criterios moralistas, frente a los requerimientos de versatilidad que impone el procesamiento penal en los tiempos actuales.

Un inventario comparativo con relación a la incorporación de mecanismos simplificatorios del procesamiento penal basados en el consenso (sea pleno o por adhesión), efectuado tomando como referentes de comparación el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, los Códigos Procesales Penales (reformados) del Perú, Chile, Bolivia, Ecuador, Costa Rica; y Ley de Enjuiciamiento Criminal de España; nos informa que:

Mientras el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (artículo 371º), preveía como único mecanismo el “procedimiento abreviado” activable en la etapa intermedia del proceso, solo en el caso que la pena solicitada por el fiscal no superare los dos años de privación de Libertad.

El Código Procesal Penal del Perú, desarrolla dos fórmulas: una de conformidad (artículo 372.2), bajo la denominación de “conclusión anticipada del juicio” como mecanismo insertado al proceso común; y otra como proceso especial (artículo 468º), denominado “proceso de terminación anticipada”, ambos de aplicación general sin límites en la punición requerida por el fiscal.

Por su parte el Código Procesal Penal de Chile (artículo 406º) y el de Ecuador (artículo 369º), incluyen como única fórmula a modo de procedimiento especial, el “procedimiento abreviado”, en el modelo chileno puede solicitarse concluida la investigación formalizada o en la audiencia preparatoria del juicio (conformidad), procediendo solo en aquellos casos que el requerimiento de pena del fiscal no supere los cinco años de pena privativa de libertad; mientras en el modelo ecuatoriano puede solicitarse hasta el momento de la clausura del juicio; procediendo solo si el delito materia del proceso tiene conminada una pena privativa de libertad cuyo máximo no supera los cinco años.

Los Códigos Procesales Penales de Bolivia (artículo 373º) y Costa Rica (artículo 373º) también consideran como única fórmula consensuada el “procedimiento

abreviado”, la que se puede activar concluida la investigación ante el juez de instrucción, en el modelo boliviano; y hasta antes de la apertura del juicio, en el modelo costarricense; no estableciendo ninguno de los dos códigos, límites en los términos de la punición, acordándole una aplicación general.

Por último, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España (artículos 655º y 688º) implementa como único mecanismo simplificadorio consensuado insertado al proceso común, “la conformidad”, que puede activarse en dos momentos, el primero durante la fase intermedia, luego de conocidos los términos de la acusación; y el segundo, durante la instalación del juicio; procede solo si el requerimiento de pena es de carácter correccional, esto es si la pena solicitada por las partes acusadoras no excede de seis años. También procede su aplicación en la tramitación de procedimientos abreviados.

4. DEL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

De las fórmulas simplificadorias consensuadas incorporadas a nuestra legislación procesal penal, es el proceso de terminación anticipada el de mayor intensidad tanto en términos reductores de la duración del procesamiento, como en el ámbito de su temática sometida al acuerdo entre el fiscal, el imputado y su defensor.

Estamos hablando de un proceso especial que para su instauración requiere de la previa formalización de un proceso común, constituyendo una variación ex post del trámite procedimental durante el desarrollo de la investigación preparatoria formalizada⁹, que cobra autonomía definitoria, sustentada en el principio de consenso y en la necesidad político criminal de eficacia a través de una resolución judicial rápida al conflicto penal; fórmula simplificada que permite la conclusión consensuada del proceso penal mediando el respeto del principio de legalidad, consenso conclusivo que es producto de una negociación entre el fiscal y la defensa, basada en recíprocas concesiones y se ve auspiciada por las consecuencias premiales que la ley le acuerda, como son la aplicación del beneficio de reducción de pena por confesión sincera; y de modo adicional acumulativo a la aplicación del beneficio de reducción de pena en una sexta parte por el solo hecho de acogerse a la terminación anticipada.

En cuanto a la calificación superlativa de su intensidad, ella se explica en términos del ámbito sometido al consenso, por comprenderse dentro este, el aspecto fáctico de la incriminación —las circunstancias del hecho punible—, y las consecuencias jurídico penales del delito —pena, reparación civil y

consecuencias accesorias a imponer¹⁰ —, resultando que en la práctica, como efecto posible de la construcción consensuada de los términos fácticos, a través del “acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible”¹¹, la negociación también podría comprender la calificación jurídico penal de la incriminación, ingresando de ese modo a todos los ámbitos materia de decisión penal; y en términos de reducción de los tiempos del procesamiento, al darse en la etapa investigatoria del proceso, la terminación anticipada permite obviar las restantes etapas procesales, así como las actuaciones impugnatorias, constituyéndose en la fórmula procesal con mayor potencial simplificadorio de nuestro ordenamiento procesal penal.

Pero la terminación anticipada, no es totalmente nueva en nuestro acervo procesal penal, la encontramos presente bajo la denominación de “terminación anticipada del proceso” desde 1994, como un mecanismo a aplicarse exclusivamente en procesos por tráfico ilícito de drogas (de la Ley N° 26320 del 30 de mayo de 1994); y luego bajo la denominación de “conclusión anticipada del proceso”, aplicable en procesos por delitos aduaneros (del artículo 20° de la Ley de los Delitos Aduaneros - Ley N° 28008) desde el 18 de junio de 2003. En la actualidad por disposición de la Ley N° 28671, vigente a partir del 1 de febrero de 2006, las normas relativas al proceso de terminación anticipada, contenidas en el Código Procesal Penal de 2004, se encuentran vigentes a nivel nacional.

Cabe anotar que a diferencia del actual “proceso de terminación anticipada”, sus antecedentes nacionales tenían un ámbito de aplicación restringido solo a los delitos precisados; y no posibilitaban una cabal negociación entre el fiscal y el imputado, pues se sustentaban en un consenso por adhesión, que solo permitía al imputado avenirse a la propuesta fiscal; siendo de precisar que, adicionalmente, en el caso de la “conclusión anticipada del proceso” para delitos aduaneros, la aprobación del acuerdo estaba supeditada “al pago de una suma equivalente al doble del valor de las mercancías materia del delito, más los tributos dejados de pagar y los derechos antidumping o compensatorios, sin perjuicio del decomiso de las mercancías e instrumentos materia del delito”¹².

Auscultando las fuentes de la institución en comento, debemos reconocer como precursora al “*plea bargaining*” del sistema anglosajón; y como fuentes inmediatas a la terminación anticipada colombiana en su versión modificada mediante la Ley N° 81 de 1993, a la conformidad española y al “*patteggiamento*” italiano en su variante del *Codice di Procedura Penale* de 1989.

Con respecto a sus aspectos procedimentales, su ámbito de aplicación es general, pues resulta aplicable en los procesos por todo tipo de delito; debiendo precisarse que en el caso, de procesos con pluralidad de hechos punibles y/o de imputados, se requiere el acuerdo de todos los imputados y por todos los cargos, procediendo aprobarse acuerdos parciales (esto es, de alguno de los imputados), solo si el desacuerdo de los demás se refiere a otros delitos conexos en relación con otros imputados; y si tal aprobación no perjudica la investigación; o si la acumulación resulta indispensable.

De otro lado, cabe resaltar que si bien, tanto el fiscal como el imputado pueden motivarlo independientemente, su prosecución requiere de la no oposición del fiscal o el imputado; pudiendo intentarse por una sola vez. En cuanto a la participación que corresponde a las partes durante su tramitación, tenemos que el fiscal y el imputado están autorizados a sostener reuniones preparatorias informales (en búsqueda del consenso); por su parte el juez está obligado durante la audiencia, a explicar al imputado los alcances y consecuencias del acuerdo; y a propiciar el consenso, instando a las partes a que lleguen a un acuerdo.

En lo que respecta a la participación de la parte civil y el tercero civilmente responsable, esta es facultativa, existiendo la obligación de poner en su conocimiento la instauración del procedimiento de terminación anticipada, pudiendo estos pronunciarse respecto a su procedencia y de ser el caso formular sus pretensiones.

Tratándose de un proceso sustentado en el principio de consenso, corresponde al juez el control de regularidad y razonabilidad del acuerdo (razonabilidad de los cargos, tipicidad del hecho, legalidad y proporcionalidad de la pena), el que tiene un carácter externo o periférico; por lo que solo le permite desaprobare el acuerdo, en los casos: a) que no se cuente con elementos que doten de razonabilidad a los cargos; b) de haberse acordado una pena absolutamente desproporcionada e irrazonablemente fuera de los términos de la conminación legal, y; c) que se favorezca irregularmente al procesado con una calificación penal que no corresponde a los hechos. Considero que eventualmente el juez puede rechazar el acuerdo y declarar fenecido el proceso, de darse los presupuestos fundantes de las excepciones típicas; o reconducir la calificación típica de los hechos, siempre que esto no genere un perjuicio al procesado, en el caso de error manifiesto en la calificación jurídico penal propuesta en el acuerdo. Quede claro que el juez no está facultado para dictar condena excediendo los términos del acuerdo.

Como en todo proceso de negociación, cabe la posibilidad que la misma no concluya en un acuerdo; ante esta situación o en el supuesto que el acuerdo sea objeto de desaprobación judicial, la aceptación de cargos por parte del imputado se tiene como inexistente, no pudiendo ser utilizada en su contra dentro de proceso originario; de igual manera debe entenderse que los términos de la propuesta fiscal o del acuerdo fallido, carecen de efecto vinculante para el Ministerio Público por alcanzarles la misma *ratio* de inexistencia.

Evaluando los efectos adicionales del proceso de terminación anticipada en particular, tenemos que estos inciden tanto en favor del sistema de justicia penal como del procesado, sin que esto constituya una lista cerrada, son de precisarse, como efectos en favor del sistema de justicia: a) la economía procesal en términos de ahorro de las etapas intermedia y de juzgamiento, así como de las actuaciones impugnatorias; b) la reducción de los costos del proceso; c) la reducción de la carga procesal que posibilita la racionalización de los recursos, mediante su aplicación a procesos de mayor complejidad que los requieran; y d) la reducción de los índices de impunidad generados por los sobreseimientos y absoluciones motivadas en la improbanza o la duda; y como efectos en favor del imputado: a) permite la obtención de una pena rebajada como consecuencia de los beneficios premiales acumulados; b) evita los efectos estigmatizadores del juzgamiento público; c) facilita la adopción de una positiva actitud readaptativa por el condenado, favoreciendo su reinserción social; y d) eventualmente evita los efectos negativos de la prisionización al posibilitar (en los casos que la ley lo permite), acuerdos respecto a la suspensión de la ejecución de la pena.

5. LA CONFORMIDAD O CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO Y SU PROBLEMÁTICA

La conformidad es considerada como una manifestación del principio dispositivo en el proceso penal, que constituye una clara excepción al principio de oficialidad que informa el mismo¹³, y por ende una expresión de la flexibilización del principio de legalidad. En esencia se trata de un mecanismo de simplificación procesal que permite poner fin anticipadamente al proceso, evitando la continuación del juicio oral y “por consiguiente la actuación probatoria encaminada a demostrar la realización del hecho imputado”¹⁴, al tener como existente y cierto el hecho aceptado, con independencia de que tal aceptación, en sentido estricto, se corresponda en todos los casos a la verdad histórica¹⁵, sin que ello implique la ausencia de un básico control de razonabilidad –en términos de sustentabilidad– de

los cargos materia de aceptación. Esto supone una declaración de voluntad libre y unilateral del imputado expresada durante las actuaciones iniciales del juzgamiento –entiéndase antes de iniciarse la actuación probatoria–, aceptando solo los cargos penales formulados en la acusación (conformidad relativa o limitada), aceptando además la pena y el monto de la reparación civil propuestos en la acusación (conformidad absoluta) o acordando con el fiscal la pena (conformidad negociada), necesariamente ratificada por el abogado defensor; la que de modo decisivo releva al fiscal de la obligación de producir prueba de cargo y por ello “produce en la instancia una preclusión para el acusado de poder alegar en otro grado jurisdiccional la ausencia de aquella”¹⁶, lo que constituye el sustrato esencial sobre el que descansa dicha institución. En atención a lo antes glosado, queda claro que además, la conformidad se sustenta en la disposición activa por parte del imputado, de los derechos a la presunción de inocencia y de defensa que le asisten; que se traduce, tanto en la conformidad por adhesión como en la consensuada, en una mutua renuncia; la del imputado a que se quiebre con prueba en rigor su estatus legal de inocencia y a ejercer la contradicción probatoria; y la del Ministerio Público a desplegar su actividad probatoria; generando adicionalmente que el Ministerio Público y el sistema de justicia en su conjunto se benefician, al economizarse el despliegue de los actos propios del juzgamiento; minimizando las posibilidades de fracaso de la persecución penal¹⁷.

Como características generales de la conformidad nacional¹⁸, además de las antes señaladas, son de precisar: a) que tiene como presupuesto de base la confesión del procesado admitiendo los cargos penales que le son formulados en la acusación; b) que se trata de un mecanismo simplificador de aplicación general, esto es, puede aplicarse en todos los procesos penales, cualquiera sea el delito o los extremos de la penalidad; a diferencia de los modelos de conformidad español, chileno y ecuatoriano, que establecen límites a su aplicación en atención a la penalidad de los delitos materia de procesamiento¹⁹; y c) que a diferencia del proceso de terminación anticipada, en el caso de procesos con pluralidad de imputados, se admite el acogimiento de parte de los encausados, sin que se requiera el asentimiento de los demás coprocesados (conformidad parcial).

En función de lo señalado líneas arriba, aparece claro que la conformidad es un instituto procesal que si bien resulta consecuencia de la confesión, no puede confundirse con esta. En la confesión el imputado acepta los cargos fácticos. En la conformidad, luego de confesar el imputado debe además aceptar la calificación jurídico penal de los hechos, (pudiendo en cuanto a los extremos

de la pena producirse acuerdo entre fiscal e imputado, según la adopción de este instituto por nuestros reformadores del Código Procesal Penal).

Cabe señalar que mientras la confesión del imputado constituye un medio de prueba especial; la conformidad supone la exclusión de toda posibilidad probatoria futura a partir de la aceptación de cargos, lo cual no enerva la necesidad actual de controlar por lo menos la razonabilidad (en términos de sustentabilidad probatoria) de los cargos aceptados, entendiéndose a partir de prueba preconstituida o de las actuaciones investigatorias²⁰; pues debe colegirse de la jurisprudencia vinculante citada que constituye un presupuesto para la procedencia de la conclusión anticipada del juzgamiento que en la etapa procesal de investigación se hubiere incorporado elementos que doten de razonabilidad a los cargos y por ende de sustentabilidad a la adhesión del encausado; situación que en la lógica del Código Procesal Penal de 2004, se sobreentiende verificada en razón que en el modelo procesal de la reforma se exige el control liminar de la sustentabilidad de los cargos contenidos en la acusación durante la etapa intermedia del proceso²¹ (artículo 352º, inciso 4 del Código Procesal Penal), pero que en atención a la imposibilidad de dicho control liminar en la legislación procesal penal vigente²² se hace necesario que al igual de lo que ocurre en el proceso de terminación anticipada²³ el juez tenga que avocarse al control de tal razonabilidad; siendo de precisar que el control judicial de dicha razonabilidad, no puede confundirse con el control de suficiencia de las pruebas de cargo o con la homologación probatoria de los cargos, las que no se corresponden con el especial carácter de esta institución. Ello en razón que la aceptación del acusado no puede suplir la ausencia de cargo probable, en cualquiera de los ámbitos que se requieren para establecer condena, pues el imputado al manifestar su conformidad dispone de su derecho a la presunción de inocencia y a la defensa, renunciando concreta y únicamente a ejercer controversia probatoria, esto es, a presentar obstáculos a futuro a la pretensión punitiva ejercitada en su contra.

Quede en claro que dentro del marco de garantías propio de un Estado democrático de derecho, no es posible pretender que el avenimiento dispositivo del acusado a la conformidad o a cualquier otra fórmula simplificatoria que permita sentencia anticipada, habilite su condena con prescindencia o abstracción de la prueba²⁴, sin que se verifique la existencia de recaudos investigatorios que aunados a la confesión del imputado acogido, permitan una estimación judicial de razonabilidad de los cargos y por ende de su condena penal; pues esta estimación, dada la naturaleza consensual de las fórmulas de simplificación procesal que conducen a la posibilidad de condenas anticipadas, sustituye la convicción judicial sustentada en prueba

como mecanismo mínimo para garantizar que la expedición de condena se condiga con una razonable impartición de justicia penal; debiendo considerarse que la inobservancia de tal mecanismo mínimo de control y garantía por parte del juez, acarrearía de nulidad la sentencia anticipada por grave infracción al debido proceso.

5.1. Ámbito del control judicial respecto a la regularidad de la conformidad

En atención a la naturaleza procesal de la conformidad (entiéndase conclusión anticipada del debate de juzgamiento en el modelo nacional), consideramos que el control jurisdiccional de su acogimiento y aplicación en cada caso concreto, necesariamente debe incidir en tres aspectos: a) la razonabilidad de los cargos formulados por el Ministerio Público, el que según lo explicado precedentemente carece de rigor probatorio en sentido estricto, limitándose a un juicio destinado a verificar solo la probabilidad de los cargos; lo que posibilita que el mismo órgano jurisdiccional, prosiga de modo libre e imparcial el juzgamiento de los no conformados, en aquellos procesos con pluralidad de imputados en los que se produjera el acogimiento de parte de ellos; b) la legalidad penal no solo en términos de la correcta adecuación típica de los hechos atribuidos, sino también de igualdad y proporcionalidad, por lo que el control puede extenderse, de ser el caso, a la verificación de la existencia en el caso concreto de circunstancias que pudieran determinar la exención o la atenuación de la responsabilidad penal; y c) de la voluntariedad de la conformidad del imputado para lo que se debe evaluar si el sometimiento del acogido fue voluntario, libre, informado y con el asesoramiento de su abogado defensor y que no hubiere producido mediando error, presión, desconocimiento de sus alcances jurídico procesales, o contando con un patrocinio inexistente o fraudulento.

Es menester precisar que, al igual que en la sentencia de terminación anticipada, el control de regularidad del juez respecto del acuerdo, bajo ningún punto de vista podría dar lugar a una sentencia que exceda los términos del acuerdo en contra del acusado, pudiendo sí variar tales términos en su favor, de mediar causa legal que lo amerite, por encontrarse facultado a efectuar un control directo pro reo, conforme lo precisado líneas arriba. Siendo que, en aquellos casos en que el acuerdo resulte manifiestamente carente de razonabilidad o que inmotivadamente arribe a una pena fuera de los extremos de la conminación legal, el control judicial solo podría dar lugar a la insubsistencia del trámite simplificado y la desaprobación del acuerdo, debiendo continuar el desarrollo de la audiencia, bajo su tramitación regular.

5.2. La “conformidad” del Código Procesal Penal de 2004

La fórmula de “conformidad” adoptada en el Código Procesal Penal²⁵ bajo la denominación de “conclusión del juicio” (entiéndase anticipada), se afilia parcialmente a las fuentes italiana y colombiana; pues manteniendo en lo sustancial la fórmula de fuente española adoptada por la Ley N° 28122, posibilita además una fórmula de conformidad consensuada, basada en el consenso o acuerdo, entre el acusado y el fiscal respecto de la pena a imponerse.

5.3. Apreciaciones críticas en torno a la incorporación de la “conformidad” y su tratamiento jurisprudencial

La incorporación de la conformidad a nuestro acervo procesal penal, bajo la denominación de “conclusión anticipada del juicio”, primero mediante una fórmula única, conservadora, sustentada en un consenso unilateral expresado en la adhesión del imputado a los cargos propuestos por la parte acusadora (Ley N° 28122); y luego proponiendo además una fórmula sustentada en un consenso real, que permite una negociación entre el fiscal, el imputado y su defensor a efectos de acordar la pena (Código Procesal Penal de 2004); así como el tratamiento jurisprudencial dado a dicha institución; en el contexto de nuestra especial coyuntura de transición y reforma en materia procesal penal; nos motiva una serie de reflexiones, especialmente vinculadas al primer modelo de conformidad adoptado.

- a) En tiempos de reforma, se torna indispensable, por razones de coherencia político criminal, que las modificaciones legislativas a implementarse de inmediato, tiendan a adelantar la vigencia de determinadas instituciones o prácticas del nuevo modelo, y en caso de no ser esto posible, se oriente a facilitar el tránsito hacia el nuevo modelo; y que la jurisprudencia así como los acuerdos plenarios de nuestra Corte Suprema de Justicia –en especial los de carácter vinculante– marquen una progresión ideológica hacia el nuevo modelo, de tal manera que se facilite su implementación y consolidación, dejando de lado criterios y prácticas incompatibles o contrarias con su lógica fundamental.
- b) La conformidad de la Ley N° 28122²⁶, conforme lo precisado líneas arriba, condiciona la conclusión anticipada del juzgamiento a la confesión del imputado –en términos de aceptación de los cargos contenidos en la acusación–, la que da lugar a su acogimiento voluntario para tal fin el que se perfecciona con la opinión favorable del defensor; sin establecer textual-

mente la exigencia de un control de sustentabilidad de los cargos a efectos de expedirse la sentencia conformada. En una línea interpretativa, sería de considerar innecesaria la inserción expresa de tal exigencia en la norma comentada, en razón que el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, tanto en su versión modificada por Ley N° 24388 (vigente a la fecha de su expedición), como en su modificatoria por Ley N° 28760 (de data posterior a la misma), condicionan los efectos de la confesión a su corroboración o comprobación; lo cual explicaría tal omisión. Debe precisarse que la corroboración, en atención a la naturaleza y efectos procesales de la fórmula simplificatoria analizada: a) estará orientada a verificar la razonabilidad — insisto en términos de sustentabilidad material — de los cargos, al ser estos materia de aceptación en la confesión; y b) deberá efectuarse a la luz de los elementos investigatorios aportados al proceso, pues el escenario de dicho control es previo a la actuación probatoria y su objetivo es justamente permitir la conclusión del proceso obviando tal actuación.

De otro lado, un análisis del tema desde la perspectiva de la trascendencia de los derechos materia de renuncia como consecuencia de la activación de la conformidad —presunción de inocencia y derecho a la contradicción de prueba, por parte del imputado; y a la prueba por parte del Ministerio Público—, de cara a la finalidad última del proceso y su legitimación constitucional, nos lleva a afincar la necesidad de un control básico de la sustentabilidad de los cargos objeto de conformidad, como una exigencia racional y jurídicamente validante de la sentencia conformada. Este criterio no coincidente con la postura que al respecto ha venido tomando la doctrina procesal penal acogida en el ámbito del derecho comparado por legislaciones modernas prestigiadas por sus resultados, como el Código Procesal Penal de Chile que condiciona la aceptación, por el juez, de la solicitud de procedimiento abreviado —denominación que toma la conformidad en dicha legislación— a que “los antecedentes de la investigación fueren suficientes”²⁷; y si ello no fuera suficiente, preceptúa que “la sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado”²⁸.

Connotados profesores europeos, han expresado su preocupación por los problemas que suscita la institución de la conformidad en el sistema europeo continental; cabe señalar al respecto la afirmación de Schünemann B., en el sentido “que las disfunciones que la introducción de la conformidad ha producido en Alemania podrían solventarse con las medidas cautelares necesarias, introduciendo la contradicción previa al acuerdo y remodelando el papel del juez, respecto a la comprobación de

la verdad, a la que lo acordado debe responder”²⁹; en el mismo sentido, Vives Antón en su informe respecto a la Reforma Procesal Penal Española de 1992 sostuvo que “sería conveniente reformar la regulación de la conformidad para permitir al juez o tribunal, acordar la continuación del juicio, si pese a las manifestaciones del imputado y de su letrado, no existen suficientes elementos de cargo, pues si bien ordinariamente la investigación practicada y la sucesiva conformidad serán bastante para destruir la presunción de inocencia, no puede excluirse que en algunos supuestos extraordinarios no lo sean”³⁰.

Es en atención a los peligros antes anotados, que la doctrina y la jurisprudencia europea, vienen estableciendo que si bien “la conformidad significa un allanamiento a las pretensiones de la acusación, no llega a sus estrictas consecuencias”, ello por no darse una equiparación exacta entre ambas modalidades de terminación del proceso —conformidad y allanamiento—, permitiéndose en el caso de la conformidad en el proceso penal, que no obstante ella, el juez dicte la sentencia que estime justa³¹. Abona en el mismo sentido la posición asumida por el profesor colombiano Leonel Calderón Calavid, quien sostiene que en los casos de terminación anticipada y de conformidad, le está vedado al juez absolver, ello en atención a la naturaleza de dichas instituciones y su finalidad, siendo la alternativa el condenar o anular lo actuado respecto a la terminación anticipada o conformidad³².

Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de la República, al respecto, ha establecido como precedente vinculante —en la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente recaída en el Recurso de Nulidad N° 1766-2004³³— que: “[...] en el caso de la conclusión anticipada del debate oral, se privilegia la aceptación de los cargos por parte del imputado y su defensa —ella es la titular de esta institución—, cuya seguridad —de cara al principio de presunción de inocencia— parte de una instrucción cumplidamente actuada con sólidos elementos de convicción y valorada, a los efectos de la pretensión acusadora, por el fiscal superior y luego por la defensa [...]”; y que “es de aclarar que cuando el artículo 5° hace mención a la confesión sincera, en rigor nos remite al numeral 1 de dicha norma que por tal expresión, a estos solos efectos —aunque dogmáticamente cuestionable—, entiende únicamente aceptar en ese trámite ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, de modo que en ese caso tampoco cabe concordarlo necesariamente con el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales o con el artículo 1°, numeral 3, de la citada Ley”³⁴; excluyendo bajo tales argumentos, la

necesidad de un básico control de razonabilidad de los cargos materia de conformidad a partir de los elementos recabados en la investigación.

Comentando el precedente jurisprudencial antes glosado, sentada líneas arriba nuestra posición por un control judicial de la sustentabilidad de los cargos, solo nos cabe precisar que nuestra realidad judicial exhibe como una constante, la presencia significativa de instrucciones incompletas o defectuosamente sustanciadas, así como de acusaciones fiscales que no responden a un adecuado juicio de probabilidad; las que, sin embargo, dan lugar a la apertura de juicios orales, al no permitir nuestra legislación vigente un control liminar sustancial de la acusación³⁵; por lo que hablar –en términos generales– de instrucciones “cumplidamente actuadas” y acusaciones en las que se “valoren sólidos elementos de convicción”, resulta ajeno a la realidad de nuestro procesamiento penal. Consideramos que la primacía de la realidad, motivó que la propia Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en un pronunciamiento jurisprudencial posterior al precedente en comentario, el recaído en el Recurso de Nulidad N° 1388-2005 procedente de La Libertad³⁶, tuviera que señalar contradictoriamente, que “[...] como la sentencia se emitió al amparo del artículo 5° de la Ley N° 28122, no es posible una absolución sustentada en la ausencia de un elemento de prueba –no en un presupuesto de atipicidad o de evidente exclusión del injusto penal–, pues la aceptación de cargos presupone que el juez valore si esta es procedente en función a la presencia de mínimos elementos de convicción suficientemente capaces de enervar la presunción constitucional de inocencia, y además por su propia naturaleza, importa una renuncia a la prueba plenaria que no es posible descartar si es que el tribunal estima que faltan elementos de convicción y ha de resolver contra la pretensión del Ministerio Público, que aceptó el imputado y su defensa, pues en ese caso coloca al fiscal en una situación de indefensión material; que siendo así, y en todo caso, debió desestimarse la terminación anticipada del juicio oral [...]”. Es de esperar que la expedición de la ejecutoria antes glosada motive la revisión³⁷ del precedente vinculante en comentario, ello en atención a la equiparidad –constitucional y operativa para efectos del mecanismo simplificador de la conformidad– de los derechos materia de renuncia por parte del imputado y el fiscal.

- c) Ante la omisión del legislador –en la Ley N° 28122– de fijar el límite de la pena a imponerse en la sentencia conformada, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la ejecutoria suprema antes citada –recaída en el Recurso de Nulidad N° 1766-2004– esta-

bleció, también como precedente vinculante, “[...] que el acto de disposición del imputado y su defensa se circunscribe al reconocimiento de la responsabilidad penal y civil atribuida, no es un allanamiento a la pena pedida y a la reparación civil solicitada, por lo que — como postula la doctrina procesalista — el tribunal está autorizado al reconocerse los hechos acusados, a recorrer la pena en toda su extensión, desde la mas alta prevista en el tipo penal hasta la mínima inferida, llegando incluso hasta la absolución si fuere el caso, esto es, si se toma en cuenta la fuente española parcialmente acogida [...]”.

A nuestro criterio, la autorización jurisprudencial a “recorrer la pena conminada en toda su extensión”, incluso más allá de la pena propuesta en la acusación, resulta rebatible a partir de las siguientes líneas de cuestionamiento:

- c.1. Que, no toma en cuenta el rol materialmente referencial —no solo en términos incriminatorios, sino también en términos punitivos— que cumple la acusación fiscal para determinar la conformidad del imputado; más allá que el acogimiento del imputado no conlleva necesariamente un avenimiento a la pena cuya imposición se requiere en la acusación; resulta innegable que incluso en los casos en que se cuestione dicho pedido de pena, el imputado decide conformarse bajo el entendimiento que este fija el límite de la punición en su contra, esto es el límite del riesgo procesal que asume.
- c.2. Que, la propia fuente española que invoca —la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 655º, segundo acápite— expresamente señala que en la sentencia conformada el tribunal “no puede imponer pena mayor que la solicitada”; prescripción que es adoptada por los demás códigos de la reforma procesal penal latinoamericana, como el Código Procesal Penal de Chile, que en su artículo 412º precisa que “en caso de ser condenatoria —la sentencia recaída en el procedimiento abreviado— el juez no podrá imponer una pena superior, ni mas desfavorable a la requerida por el fiscal o el querellante, en su caso”; y el Código Procesal Penal del Ecuador, que en el tercer acápite de su artículo 370º señala: “El juez puede absolver o condenar, según corresponda. Si condena, la pena impuesta no puede superar la requerida por el fiscal”.
- c.3. Que, nuestro propio Código Procesal Penal de 2004, en su artículo 397º inciso 3, establece como expresión de correlación entre la acusación y la sentencia, que “el juez penal no podrá aplicar pena más grave

que la requerida por el fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación”.

6. CONDICIONES DE VIABILIDAD CONSTITUCIONAL Y CONSECUENCIAS DE LAS FÓRMULAS SIMPLIFICATORIAS DEL PROCESAMIENTO PENAL

Nos permitimos proponer determinadas condiciones que, consideramos darían viabilidad constitucional a las fórmulas simplificadorias del procesamiento penal tratadas en el presente trabajo.

En primer término, el acogimiento del imputado a las fórmulas de simplificación procesal, trátase de procesos especiales simplificados propiamente dichos o de procedimientos de simplificación aplicables en el decurso del proceso común, debe darse de modo enteramente voluntario e informado, mediando necesariamente el asentimiento de la defensa, que opera como mecanismo de seguridad para efectos de garantizar tal voluntariedad informada.

En cuanto a los términos de referencia para el acogimiento, avenimiento o conformidad del imputado, estos deben ser claros y en su caso marcar el límite máximo de la posibilidad punitiva; resultando vedadas las emboscadas procesales posibilitadoras de una mayor punición del acogido.

En aquellas fórmulas simplificadorias, que a partir de la conformidad del imputado posibilitan su condena anticipada, debe ejercitarse un efectivo e ineludible control judicial de regularidad, que debe incidir necesariamente en: la razonabilidad (entiéndase probabilidad o sustentabilidad material) de los cargos aceptados, ello a partir de los elementos aportados a la investigación; la legalidad penal del título de incriminación; y la voluntariedad informada del acogimiento. Debiendo adicionalmente habilitarse el ejercicio jurisdiccional de un control pro reo, que excepcionalmente posibilite la absolución anticipada del acusado, frente a la evidencia de causas eximentes de responsabilidad penal o de la manifiesta concurrencia de supuestos que funden excepciones típicas. Este ámbito de control jurisdiccional de regularidad, permitiría garantizar se satisfagan las exigencias mínimas del debido proceso; sin desnaturalizar el carácter consensuado y la finalidad simplificatoria de las fórmulas anticipativas de la resolución del proceso penal.

Es de resaltar que el principio de consenso pleno que posibilita la negociación entre fiscal e imputado, respecto de los términos y condiciones de la punición; así como la asociación de mecanismos premiales que garanticen de modo

efectivo al imputado acogido la obtención de determinados beneficios que incidan de algún modo en la atenuación de la pena, se constituyen como los más eficaces elementos de validación constitucional y social de estas instituciones; por lo que debe propenderse al abandono de aquellas fórmulas que se sustentan únicamente en la adhesión unilateral del imputado.

En cuanto respecta a las consecuencias más saltantes de la adopción de los mecanismos simplificadorios consensuados del procesamiento penal, tenemos:

- Se acuerda al fiscal un poder dispositivo sobre el contenido esencial del proceso³⁸, facultándolo a efectuar concesiones en aras de consensuar los términos de la pena con el imputado y su defensa. Al respecto, cabe señalar que los mecanismos de consenso vienen siendo criticados por un sector de la doctrina, bajo la sindicación que estos han sido objeto de apropiación oficial, produciendo de este modo la consolidación de prácticas neo inquisitivas; postura que no compartimos, por considerar que contrariamente al sustento de tal posición crítica, las fórmulas simplificadorias sustentadas en el consenso, más allá de la reducción de los plazos del proceso, permite a través de sus mecanismos inclusivos una efectiva democratización de la decisión penal.
- Se otorga al abogado defensor un rol de garante procesal de la voluntariedad informada del imputado, para la disposición de sus derechos a la presunción de inocencia, a la no incriminación y a la contradicción de los cargos.
- Se acuerda al juez la función de propiciar (en sede de audiencia especial) el acuerdo entre el fiscal, el imputado y su defensa; ello en los procesos de terminación anticipada, así como en la fórmula de conformidad consensuada.
- Se limita la discrecionalidad del juez frente a los acuerdos consensuados, al ámbito de un control de la regularidad de los mismos, de tal manera que solo tiene la alternativa de aprobar o desaprobado el acuerdo; y excepcionalmente apartarse del acuerdo para disminuir la pena acordada o absolver al imputado, bajo reglas predeterminadas. No encontrándose facultado para exceder los términos punitivos del acuerdo.
- Se rompe el paradigma de la determinación exclusivamente judicial de la pena; pues el *quantum* de la pena es acordada entre el fiscal, el

imputado y su defensa (entiéndase dentro de un marco de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad), limitándose el juez a efectuar un control externo o periférico respecto de su regularidad. Por lo que se traslada al fiscal la obligación de sustentar dentro de los cánones exigidos para su determinación legal, tanto su propuesta inicial de pena, como la que se determine como consecuencia del acuerdo celebrado con el imputado, ello en términos de proporcionalidad y razonabilidad; de tal manera que se facilite el control judicial de la misma.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Más allá de cualquier otra consideración, debemos aceptar que la búsqueda de fórmulas para la simplificación del procesamiento penal, surge como la única opción político criminal frente a la imposibilidad material de tramitar bajo las pautas de un proceso común completo o lineal, la totalidad de los casos penales que ingresan al sistema de justicia penal; generadora de una insoportable sobrecarga tanto en el ámbito judicial como penitenciario. El reto que enfrenta dicha búsqueda es el dotar de legitimidad o viabilidad constitucional a las fórmulas simplificadas alternativas, lo que implica hacer que su diseño reúna las condiciones mínimas de un debido proceso, respetando en lo sustancial las garantías fundamentales del procesamiento penal; en unos casos³⁹, sustituyendo creativamente los mecanismos⁴⁰ legitimadores del juicio oral y el rigor de la prueba, por el consenso negociado sometido a control judicial; y en los otros, optando por llevar al imputado sin que medie acuerdo, a un procesamiento penal recortado en su etapa investigatoria –destinada funcionalmente al órgano de persecución–, y obviando la intermedia; mas no el juzgamiento, por tratarse de la etapa definitiva del proceso, cuyo rigor en torno a la probanza constituye siempre un derecho del imputado⁴¹ complementario de la presunción de inocencia.

Pero la legitimación de las fórmulas simplificatorias consensuadas que permiten la condena anticipada del imputado⁴², además de lo antes precisado, requiere: a) que, el acogimiento del imputado se produzca de modo libre, voluntario e informado, mediando necesariamente el acompañamiento (entiéndase asentimiento o conformidad) de su defensa técnica, que opera como mecanismo de garantía validante del proceso; b) que, los términos de referencia para el acogimiento y conformidad del imputado, deben ser claros y marcar el límite máximo de la posibilidad punitiva; puesto que en caso de posibilitarse que la punición exceda la del término de referencia (propuesta fiscal o acuerdo), se estaría promoviendo nulificantes emboscadas procesales contra el acogido; c) que, el control judicial de regularidad debe incidir en los

ámbitos: de la voluntariedad informada del acogimiento; de la razonabilidad de los cargos en términos de su sustentabilidad material —a partir de la evaluación de los elementos aportados por la investigación—; y de la legalidad del título de incriminación penal y de la pena, quedando habilitado el ejercicio jurisdiccional de un control pro reo, que excepcionalmente posibilite la reducción de la pena acordada o la absolución del imputado, solo cuando resulte manifiesta la concurrencia de causas de atenuación (no previstas al formularse el acuerdo), de causas de eximencia penal, o de presupuestos que conlleven la extinción de la acción penal ejercitada o el fenecimiento del proceso.

Desde otra perspectiva, podemos anotar que los mecanismos de simplificación consensuada que posibilitan la definición anticipada del proceso penal, por un lado requieren del juez una actitud propiciadora de acuerdos negociados; y de otro lado, limitan su discrecionalidad frente a tales acuerdos, circunscribiéndola al ámbito externo del control de su regularidad, de tal manera que solo tiene la alternativa de aprobar o desaprobar el acuerdo; y muy excepcionalmente apartarse del acuerdo para disminuir la pena acordada o absolver al imputado bajo reglas predeterminadas. Ello implica que se traslade al fiscal la obligación de fundamentar (dentro de los cánones exigidos para su graduación judicial) la pena que se arribe como consecuencia del acuerdo con el imputado, requiriéndose que en primer término se determine la pena concreta, para luego precisarse las atenuantes específicas y beneficios procesales que determinan su reducción hasta llegar al *quantum* de la pena acordada, de tal manera que se posibilite el adecuado control judicial de su regularidad.

En cuanto a su impacto social, más allá de la reducción de los tiempos del proceso y la racionalización de la carga procesal, las fórmulas de definición anticipada del proceso penal, permiten a través de sus mecanismos inclusivos: por un lado, mejores condiciones para la resocialización del sentenciado, pues su participación en la construcción consensuada de su condena, partiendo de su reconocimiento voluntario de culpabilidad, es favorable para la generación de una predisposición psicológica a su reinserción social⁴³; y de otro lado, una mejor respuesta del sistema de justicia penal en el control de la criminalidad, en la medida que eleva los niveles de eficiencia al posibilitar resolver con prontitud un mayor número de casos de mínima y mediana complejidad; y aplicar mayores recursos al procesamiento lineal de las causas complejas, lo que en ambos casos abona en la reducción de los niveles de impunidad generada dentro del sistema.

- ¹ Mediante Decreto Ley N° 17110 en el año 1968.
- ² Sino como puede calificarse una reforma que en los últimos dieciséis años ha dado a luz cuatro Códigos: el de 1991 promulgado por ley, con veinte artículos puestos en vigencia, para luego ser derogado; los de 1995 y 1997, en su momento aprobados por el Congreso de la República, pero observados por el Ejecutivo; y el de 2004, que fue promulgado por ley, rigiendo plenamente en los distritos judiciales de Huaura, La Libertad, Arequipa, Moquegua y Tacna, con un calendario de aplicación progresiva, que reserva para el final su entrada en vigencia en el distrito judicial de Lima (el principal de la República).
- ³ “Código Procesal Penal modelo para Latinoamérica”. Exposición de Motivos. I Introducción, punto 2, tercer acápite. Inserto como apéndice en: *Derecho procesal penal argentino*. T. 1-a. pp. 291-453.
- ⁴ Maier, Julio B. J. *Derecho procesal penal I*. 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 1999, pp. 449-450.
- ⁵ Talavera Elguera, Pablo. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Grijley, 2004, pp. 7-8.
- ⁶ Entiéndase procesos penales tipo en los cuales se cumplan todas las etapas del proceso común, así como el trámite impugnatorio.
- ⁷ Como la “confesión sincera” o la “conformidad” insertada en nuestro ordenamiento procesal penal por el artículo 5° de la Ley N° 28122, bajo la denominación de “conclusión anticipada del juzgamiento”.
- ⁸ Como el proceso de terminación anticipada, el proceso inmediato o el proceso por colaboración eficaz.
- ⁹ Encontrándose en vigencia a nivel nacional, entiéndase que en los distritos judiciales donde aún no rige el Nuevo Código Procesal Penal, su ámbito de aplicación es la instrucción.
- ¹⁰ Artículo 468°, inciso 5 del Código Procesal Penal.
- ¹¹ Artículo 468°, inciso 5 del Código Procesal Penal.
- ¹² Artículo 20°, inciso D y E de la Ley N° 28008.
- ¹³ Barona Vilar, Silvia. *La conformidad en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 222.
- ¹⁴ Como se infiere de uno de los fundamentos de la STS del 17 de junio de 1991 (RJ 1991, 4728), citado por Rives Seva, Antonio Pablo. *La prueba en el proceso penal*. 2ª Ed. Navarra: Aranzadi, 1996, p. 141.
- ¹⁵ STS de 08 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1912) citado Rives Seva, Antonio Pablo. *Ob. Cit.*, p. 140.
- ¹⁶ Rives Seva, Antonio Pablo. *Ob. Cit.*, p. 140.
- ¹⁷ Calderón Calavid, Leonel. *Suspensión y terminación del proceso penal*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1996, pp. 106-107.
- ¹⁸ Tanto en la fórmula de consenso limitado acogida en el artículo 5° de la Ley N° 28122, como en la fórmula de negociada por la que optó nuestro reformador en el artículo 372° inciso 2 del Código Procesal Penal de 2004.
- ¹⁹ En España solo es aplicable en procesos en que la pena solicitada en la acusación no supere los seis años de privación de libertad; en Chile en los procesos en que el requerimiento fiscal no supere los cinco años de privación de libertad; y en Ecuador en los procesos por delitos cuya pena conminada en su extremo máximo no supere los cinco años de privación de libertad.
- ²⁰ Brousset Salas, Ricardo Alberto y Bernal Loayza, Janet Luz. «La aplicación del beneficio procesal de reducción de pena por confesión sincera en los procesos por delito de terrorismo». *Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima*. Año 3. N° 4. Agosto. Lima: 2005. *Revista de investigación jurídica docentia et investigatio*. Vol. 7. N° 1. Noviembre. Unidad de investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 2005 y *Libro Homenaje al Profesor Raul Peña Cabrera*, T. II. Lima: Ara Editores, 2006, p. 119.
- ²¹ Artículo 352° inciso 4 del Código Procesal Penal de 2004.
- ²² En todo el país a excepción de los distritos judiciales de Huaura y La Libertad.
- ²³ Artículo 468°, inciso 6 del Código Procesal Penal de 2004.
- ²⁴ A decir del profesor Leonel Calderón Calavid. *Ob. Cit.*, p. 107.
- ²⁵ Promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957, en su artículo 372° incorpora la institución de la conformidad bajo la denominación de conclusión anticipada del juicio bajo el siguiente texto:
“1. El juez después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil.
2. Si el acusado previa consulta con su abogado defensor responde afirmativamente, el juez declarará la conclusión del juicio. Antes de responder, el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena, para cuyo efecto se suspenderá por breve término. La sentencia se dictará en la misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarentiocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio.
3. Si se aceptan los hechos objeto de acusación fiscal, pero se mantiene un cuestionamiento a la pena y/o la reparación civil, el juez previo traslado a todas las partes, siempre que en ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación del debate a la sola aplicación de la pena y/o a la fijación de la reparación civil, determinará los medios de prueba que deberán actuarse.”

4. Si son varios los acusados y solamente admiten los cargos una parte de ellos, con respecto a estos últimos se aplicará el trámite previsto en este artículo y se expedirá sentencia, continuando el proceso respecto a los no confesos.
5. La sentencia de conformidad, prevista en el numeral 2) de este artículo, se dictará aceptando los términos del acuerdo. No obstante, si a partir de la descripción del hecho aceptado, el juez estima que no constituye delito o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier causa que exima o atenúe la responsabilidad penal, dictará sentencia en los términos en que proceda. No vincula al juez penal la conformidad sobre el monto de la reparación civil, siempre que exista actor civil constituido en autos y hubiera observado expresamente la cuantía fijada por el fiscal o que ha sido objeto de conformidad. En este caso, el juez penal podrá fijar el monto que corresponde, si su imposición resultara posible o, en todo caso, diferir su determinación con la sentencia que ponga fin al juicio.”
- 26 Artículo 5°: “En los casos de confesión sincera, la sala o el juez actuarán conforme a las siguientes reglas:
1. La sala, después de instalada la audiencia, preguntará al acusado si acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil.
 2. Si se produce la confesión del acusado, el juzgador preguntará al defensor si está conforme con él. Si la respuesta es afirmativa se declara la conclusión anticipada del debate oral. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho (48) horas, bajo sanción de nulidad.
 3. Si el defensor expresa su conformidad, pero condicionándola a la oralización de algún medio probatorio, se atenderá el pedido así como se permitirá argumentaciones y refutaciones sobre la pena y reparación civil. Seguidamente, se suspenderá la sesión para expedir sentencia, la que se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho (48) horas, bajo sanción de nulidad.
 4. Si son varios los acusados y solamente confiesa una parte de ellos, con respecto a estos, se aplicará el trámite previsto y se expedirá sentencia, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos, salvo que la sala estime que se afectaría el resultado del debate oral.
- 27 Artículo 410° del Código Procesal Penal.
- 28 Artículo 412°, segundo acápite del Código Procesal Penal
- 29 Schünemann B. «¿Crisis del proceso penal?», p. 10, citado por Barona Vilar, Silvia. *Ob. Cit.*, p. 234.
- 30 Barona Vilar, Silvia. *Ob. Cit.*, pp. 234-235.
- 31 Brousset Salas, Ricardo Alberto y Bernal Loayza, Janet Luz. «La aplicación del beneficio procesal de reducción de pena por confesión sincera en los procesos por delito de terrorismo». *Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima*. Año 3. N° 4. Agosto. Lima, 2005, pp. 115-117.
- 32 Calderón Calavid, Leonel. *Ob. Cit.*, pp. 107-108.
- 33 Su fecha 21 de setiembre de 2004. San Martín Castro, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante – Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*. Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 159-162.
- 34 Entiéndase de la Ley N° 28122.
- 35 Mecanismo saneatorio que si contempla el Código Procesal Penal de 2004 en su artículo 352° inciso 4.
- 36 San Martín Castro, César. *Ob. Cit.*, pp. 829-830.
- 37 Entiéndase en un próximo Pleno Jurisdiccional Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- 38 A despecho de lo sostenido por Vélez Mariconde, Alfredo, en el *Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba*. 1968, p. 51; citado por Caferata Nores, José I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto SRL, 1998, p. 140.
- 39 En aquellos mecanismos que posibilitan anticipar la solución del conflicto penal.
- 40 Entiéndase principios o ideas fuerza.
- 41 Coincidiendo los profesores Baytelman A., Andrés y Duce, Mauricio. «El juicio oral». *Nuevo proceso penal*. AA.VV. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2000, p. 230.
- 42 Entiéndase en nuestro nuevo modelo procesal penal, el proceso de terminación anticipada y la conformidad o conclusión anticipada del juicio.
- 43 En esa misma línea se pronuncian los profesores Parma, Carlos y Mangiafico, David «Procedimientos abreviados. Análisis desde la perspectiva de los principios generales». *El nuevo proceso penal, estudios fundamentales*. Cubas Villanueva, Víctor y otros (coordinadores). Lima: Palestra Editores, 2005, p. 210.

**PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA
DESVINCULACIÓN PROCESAL. PRINCIPIO DE
DETERMINACIÓN ALTERNATIVA:
ALCANCES DEL ARTÍCULO 285-A
DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES**

CARLOS ESCOBAR ANTEZANO*

Resumen

La determinación del hecho punible se limita solo a la descripción fáctica, pues la acusación no tiene un poder de disposición sobre la calificación jurídica de la pretensión, es por ello que la subsunción del hecho en una figura típica realizada por el Ministerio Público en su denuncia o acusación, puede ser modificada en el momento de la emisión del auto de apertura de instrucción, del auto de enjuiciamiento y en una sentencia condenatoria en virtud de la tesis de la desvinculación, siempre que se respeten los requisitos de homogeneidad del bien jurídico tutelado, inmutabilidad de los hechos y de la prueba, preservación del derecho de defensa y la coherencia entre los elementos fácticos y normativos.

Palabras Clave: Calificación jurídica - Desvinculación procesal - Determinación alternativa.

Abstract

The determination of a punishable event is limited only to a factual description since an accusation has no power to determine the legal determination of a claim, that is why the inclusion of an event within a typical figure included in the complaint or indictment of the Government Attorney General's Office may be modified at the time of issuing an order to open an investigation, an order of prosecution and a convicting sentence by virtue of the dissociation thesis, provided that requirements of homogeneity of the protected legal right, immutability of the events and evidence, preservation of the right to defense and coherence between factual and regulatory elements are met.

Key words: Legal determination - Procedural dissociation - Alternative determination.

Sumario

1. Conceptos generales. 2. Las garantías procesales y desvinculación procesal. 3. Supuestos en los que opera la desvinculación procesal. 3.1. Cuándo se plantea la tesis de la desvinculación procesal. 3.2. Otro supuesto. 4. ¿En qué etapa se puede aplicar la determinación procesal, con tesis o sin tesis de desvinculación? 5. Solución de casos planteados.

* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Lima - Poder Judicial de Perú.

A fin de señalar qué problemas trae la desvinculación procesal, es importante empezar por definir qué abarca la desvinculación procesal y en qué casos se aplica.

Para ello es importante indicar que en nuestro país, con fecha 17 de agosto de 2004, se incorporó el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, donde se plantea la tesis de la determinación alternativa o desvinculación de la calificación jurídica, la misma que ha sido planteada en la Ejecutoria del 3 de julio de 2006, Recurso de Nulidad N° 2490-2006/La Libertad y en el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116. La mejor manera de entender cómo los jueces aplican la desvinculación, es referida casuísticamente.

Previamente, se debe establecer conceptos a fin de poder identificar el panorama en el que se plantea la figura de la desvinculación procesal penal.

1. CONCEPTOS GENERALES

La figura de la desvinculación procesal penal guarda relación con el objeto del proceso penal, la pretensión punitiva, el objeto de debate y la acusación fiscal. En ese sentido es importante denotar los conceptos y las diferencias, si existieran.

El objeto del proceso penal¹ está conformado solo por el hecho punible, que es el hecho afirmado por el acusador (el fiscal), primer elemento objetivo de la pretensión penal, que debe mantenerse en el proceso. La calificación jurídica es la subsunción en una figura típica que debe realizar el fiscal en su denuncia o acusación, la que no está sujeta a inmutabilidad, pudiendo variar en el proceso penal. En ese sentido el principio de congruencia penal obedece a que en la acusación y la sentencia se mantenga el mismo hecho, no pudiéndose salir el juzgador de la acusación punitiva, pues ello supone salirse de los términos del objeto del proceso.

En atención a ello, se entiende que el sujeto que determina el objeto del proceso (el hecho punible) es el fiscal, mientras que la calificación jurídica es exclusiva del juez.

Con relación a la pretensión punitiva, está conformada por la solicitud de condena e imposición de una pena, objeto que no es titular el acusador, pues no tiene un derecho subjetivo, sino que la delimitación viene impuesta por la ley, al tener que perseguir un hecho considerado delictivo, que expone en su acusación escrita, que debe ser de conocimiento del procesado a fin que no se genere indefensión.

Se entiende por objeto de debate lo que argumenta el acusado, explica en uso del derecho de defensa, el derecho a ser informado de la acusación y de los cargos, tanto de los hechos y la calificación jurídica, y la pena que solicita el fiscal. Por ello, la denuncia o acusación realizada por el fiscal debe contener dichos elementos.

Del estudio de la doctrina y de los instrumentos señalados, se ha fijado que el objeto del proceso (hecho punible) tiene como requisitos constitutivos:

1. Inmutable: se va limitando progresivamente, se va definiendo el hecho mediante el desarrollo de la instrucción.
2. Indivisible: el hecho debe conformar el objeto del proceso penal con todas las circunstancias y los actos que la componen.
3. Indisponibilidad: las partes no quedan a disposición de los sujetos del proceso, sino que se mantiene incólume.

2. GARANTÍAS PROCESALES Y DESVINCULACIÓN PROCESAL

Es importante resaltar que la problemática de la aplicación de la desvinculación penal se debe a que afecta el principio acusatorio, el principio de imparcialidad, el derecho de defensa y el principio de contradicción.

El hecho punible (objeto del proceso penal y concreta conducta o hecho histórico atribuido al imputado) es fijado por la fiscalía² en virtud de la titularidad de la acción penal que posee; sin embargo, la determinación del hecho punible, se limita solo a la descripción fáctica (proposición fáctica), pues la acusación no tiene un poder de disposición sobre la calificación jurídica de la pretensión (hecho punible), es vinculante la imputación jurídica del hecho³.

En atención al principio acusatorio, el titular es el fiscal, quien determina en acusar y postula el hecho punible mediante su escrito de acusación (artículo 225º del Código de Procedimientos Penales), el que implica que se determine la calificación jurídica (fundamentación jurídica) y solicita una pena. Observamos que la calificación jurídica realizada por el Ministerio Público puede ser modificada en el momento de la emisión del auto de apertura de instrucción, del auto de enjuiciamiento y en una sentencia condenatoria en virtud de la tesis de la desvinculación (siendo aplicable ello cuando no se modifique el hecho y cuando haya homogeneidad del bien jurídico).

La no vinculación de la calificación jurídica se fundamenta en el principio del *iura novit curia*, pues se viene admitiendo que la calificación jurídica que hagan

las partes respecto de los hechos no pueden vincular al juez, el cual tiene, por un lado, el deber de conocer el derecho y, por otro, el de calificar jurídicamente los hechos sin estar vinculados por las calificaciones de las partes⁴.

Se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en la sentencia Expediente N° 00031-2009-PHC/TC, Ayacucho, caso Jorge Luis Arellano Alania, realizando un análisis de los roles de los sujetos del proceso, siendo el rol del Ministerio Público sostener su tesis inculpativa hasta conseguir la concretización del *ius puniendi*, a no ser que antes del término del mismo solicite el sobreseimiento o retire su acusación, siendo el contenido de la formalización de denuncia que efectúa el representante del Ministerio Público posee una doble estructura, una fáctica y otra jurídica. La fáctica estaría representada por el conjunto de hechos acontecidos, los mismos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídico-penalmente relevantes. La otra estaría representada por la calificación jurídica que sobre los hechos efectúa el encargado de ejercitar la acción penal, consecuentemente el juez tiene constitucionalmente habilitada la facultad de variar la formulación jurídica hecha por el representante del Ministerio Público en su formalización de denuncia; más aún cuando al juez penal le corresponde efectuar el "juicio de tipicidad, que en rigor es la valoración que se hace con miras a determinar si la conducta objeto de examen coincide o no con la descripción típica contenida en la ley".

La desvinculación de la calificación jurídica permite a la sala o al juzgador penal apartarse de la calificación jurídica dada por el representante del Ministerio Público, mientras no se altere el hecho (punible) propuesto por este. Es importante determinar quien es el titular de la delimitación del hecho punible y de la calificación jurídica; el artículo 285-A recién se incorporó en el año 2004, ello no ha impedido desarrollar con anterioridad el ámbito dogmático y jurisprudencial.

Asimismo, nuestro ordenamiento dispone que se declare nulo cuando se condena por hecho que no ha sido materia de la acusación fiscal, es decir, no ha sido objeto de proceso, de conformidad con el artículo 298°. Por consiguiente, de la identificación de la fundamentación fáctica solo comprende el hecho natural. Este no viene dado por la calificación jurídica ni por la entidad o cuantía de la pena pedida por un acaecer histórico, individualizado en su unidad natural y no en la jurídico penal, de que se pretende sacar una consecuencia jurídica penal, cualquiera que ella sea⁵.

3. SUPUESTOS EN LOS QUE OPERA LA DESVINCULACIÓN PROCESAL

Para los supuestos en el que se aplica la desvinculación procesal es importante indicar los requisitos de la determinación alternativa o desvinculación que son: a) homogeneidad del bien jurídico⁶ tutelado; b) inmutabilidad de los hechos y de las pruebas; c) la preservación del derecho de defensa, y; d) la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal⁷.

Conforme regula el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales y el Acuerdo Plenario 4 - 2007/CJ-116, los supuestos son:

3.1. Cuándo se plantea la tesis de la desvinculación procesal

a) El tribunal advierte que concurre una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no incluida en la acusación que aumenta la punibilidad o que justifique la imposición de una medida de seguridad, en cuanto a la justificación jurídica del hecho objeto de imputación.

La tesis no es una circunstancia de atenuación; sin embargo, los bienes jurídicos deben ser homogéneos (entendidos como el mismo interés, modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal) y como concurre las denominadas circunstancias modificativas⁸ son como se sabe, elementos fácticos accidentales del delito, contingentes o no esenciales, que no pueden servir de fundamento al injusto o la culpabilidad como son por ejemplo de un delito de homicidio a un delito de asesinato se debe poner en conocimiento la circunstancia agravante.

Se puede plantear la tesis en aspectos de autoría y participación cuando tiene una condición de cómplice se adecua y se coloca en la situación de autor, al ser una circunstancia agravante, debe realizarse la tesis de la desvinculación conforme lo señala el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales.

b) Se aplica la desvinculación cuando existe una errónea tipificación en los requisitos establecidos, como pertenecer al mismo bien jurídico, inmutabilidad de hecho y de las pruebas del proceso. Esta desvinculación se puede dar en el juicio de tipificación en el auto de enjuiciamiento, en el auto de apertura de instrucción o en el desarrollo del juicio oral hasta antes de la acusación fiscal final o la requisitoria oral, siempre que el hecho fáctico ha sido mal tipificado, por ejemplo: un hecho "x" ha sido encuadrado erróneamente en el delito de

peculado cuando es un delito de malversación de fondos, el juez debe plantear la tesis de la desvinculación, pues existe inmutabilidad de los hechos y las pruebas, se garantiza la homogeneidad de los bienes.

Otro caso, es cuando en el proceso se establece que existe una calificación manifiesta errónea como ejemplo de una usurpación simple a una usurpación agravada o al revés.

Es decir, se puede plantear la tesis de la desvinculación cuando se dé una nueva tipificación o se incorporen circunstancias agravantes que tienen bienes jurídicos homólogos, dándose al acusado oportunidad de poder defenderse y presentar nuevas pruebas, tanto en el proceso sumario como en el proceso ordinario, siempre antes de la acusación fiscal.

Por ello, el procedimiento de la desvinculación penal (la determinación alternativa) contenida en el Código de Procedimientos Penales señala que cuando se realiza la tesis de la desvinculación, la Sala, de oficio, indica al acusado esta posibilidad y concede la oportunidad para defenderse (principio del contradictorio y conocimiento de los cargos), y siempre que la nueva calificación no exceda su competencia. Por ejemplo, de un delito de violación sexual a un delito de actos contra el pudor. En ese sentido tenemos que se otorga un plazo hasta de ocho días, en el juicio oral, a fin de organizar su defensa por la nueva calificación jurídica o cuando concurra una “circunstancia modificativa” de la responsabilidad, pudiendo presentarse nuevas pruebas en relación a esos cargos.

En el caso de un delito doloso a un delito culposo no se puede realizar la desvinculación al existir un hecho punible diferente, pues el dolo o culpa forman parte del título de imputación. En ese sentido, si aparece en un proceso un hecho nuevo que traduce culpa, entonces se debe dar una acusación complementaria o denuncia ampliatoria (proceso ordinario o sumario respectivamente), pues se está incluyendo un hecho nuevo que varía la calificación jurídica por más que se esté dentro de un mismo bien jurídico. Y que la pronunciación del juez a fin de adecuar producirá una afectación del principio de imparcialidad, pues asumiría el papel de acusador, calidad jurídica que solo recae en la autoridad fiscal. En ese lineamiento, si en un proceso el juez advierte un nuevo hecho que no es materia del proceso, solo el fiscal puede incorporar dicho hecho. Si lo advierte el juez debe inhibirse.

En un delito de apropiación ilícita se advierte que el sujeto activo es un funcionario público, el juez no podría desvincularse, pues el hecho punible

ha cambiado salvo que el fiscal pida ampliación de la denuncia o pida que se adecue al incorporar el nuevo hecho, así tampoco si fuera al revés pues la calidad jurídica implica un deber positivo y negativo diferentes que forman parte de la imputación, al ser diferentes bienes jurídicos; situación diferente es que exista una errónea tipificación, supeditado a que esté dentro del mismo bien jurídico.

3.2. Otro supuesto, (que ha sido desarrollado por el Acuerdo Plenario) indica que se puede dar la determinación procesal sin necesidad de plantear la tesis de la desvinculación procesal cuando:

- a) El acusado en la realización de su defensa ha reconocido una diversa calificación jurídica de los hechos acusados; por ejemplo, reconoce haberse apoderado del bien, pero no que se realizó en la noche, o señala que ha actuado solo. Debiendo ser evidente que incorporó esa circunstancia en su planteamiento de estrategia defensiva [alegatos finales de su abogado y defensa material]. Pues, no se afecta el principio acusatorio ni el derecho de defensa ni el principio de contradicción, por lo que en aplicación del principio del *iura novit curia* se puede aplicar la desvinculación.
- b) En un caso de error manifiesto en la tipificación, fácilmente constatable por la defensa, al no producirse un supuesto de indefensión, en tanto que todos y cada uno de los sujetos puede predecir, no es necesario la desvinculación, por ejemplo que se procesa a una persona por el delito de hurto agravado en vehículo motorizado, sin embargo los actos de investigación determinan que es un hurto simple.
- c) No se plantea la tesis de la desvinculación cuando se introduce una circunstancia de atenuación o varía el grado del delito o el título de participación. Por ejemplo, no era un asesinato sino un homicidio, de un hurto agravado a hurto simple, de la calidad de autor a cómplice, el hecho era considerado consumado pero se sentencia declarando en grado de tentativa, es decir, la desvinculación va de más a menos o viceversa.

En el juicio oral, si observamos que la descripción fáctica (el hecho punible) del Ministerio Público no ha sido corroborado con medios de prueba, la acción típica se delimita en virtud del mismo bien jurídico protegido y existe coherencia en el juicio de subsunción típica⁹, siendo por tanto viable a la adecuación del tipo penal imputado.

4. ¿EN QUÉ ETAPA SE PUEDE APLICAR LA DETERMINACIÓN PROCESAL, CON TESIS O SIN TESIS DE DESVINCULACIÓN?

El Código no señala la etapa exacta, en el caso de producirse, se plantea que la tesis de desvinculación debe ser invocada hasta antes de emitir sentencia en el juicio ordinario; es decir, terminada la etapa probatoria hasta antes que se emita la acusación final, o alegatos finales. Cuando en el debate se advierte la circunstancia agravante o la tipificación que no corresponde al hecho punible. Nuestro sistema jurídico comprende los procesos sumarios (la mayoría de los delitos), proceso que si bien no tiene una etapa de juicio oral, se puede plantear la tesis de la desvinculación hasta antes que se emita el dictamen final, puede también el juez plantearla en los supuestos de circunstancia agravante o si la tipificación no corresponde al hecho punible.

En ese orden de ideas, el juez penal, en los procesos sumarios, puede plantear la determinación penal, sin desvincularse en los supuestos que realizando la variación del grado de participación, la variación de circunstancias atenuantes, o cuando varía el grado del delito o cuando la defensa reconoce una calificación jurídica. En igual sentido, si un órgano en segunda instancia tiene una sentencia condenatoria puede desvincularse en los supuestos citados cuando no es necesario el planteamiento de la tesis, situación distinta, es cuando se impugna una sentencia que tiene una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no incluida en la acusación que aumente la punibilidad o que justifique la imposición de una medida de seguridad o cuando exista un error manifiesto en la tipificación se debe realizar la desvinculación penal y declarar nula la sentencia de primera instancia. Al ser la desvinculación procesal facultad de todos los juzgadores en todos los niveles, pudiendo aplicarlo en cualquier proceso siempre que se garantice los requisitos señalados.

5. SOLUCIÓN DE CASOS PLANTEADOS

En un caso, se imputa fácticamente a los procesados haber presentado a una licitación pública documentos falsificados, se les imputa la falsificación de los documentos en un inicio; sin embargo, en el proceso se prueba que se ha usado el documento. Se presenta las siguientes alternativas: si el defensor del procesado reconoce haber realizado la conducta de usar en sus alegatos, en base a las alegaciones del procesado, testigo y afectados, se mantiene la inmutabilidad del hecho, pues se puede realizar la adecuada tipificación sin plantear la tesis de desvinculación procesal penal, sin embargo, si la defensa no reconoce el uso del documento y el hecho punible es haber falsificado, entonces el usar

constituye un nuevo hecho que el *a quo* no puede desvincularse, si lo advierte el juez revisor debe inhibirse, a lo sumo podría declararla nula, debiendo inhibirse. Esto solo es en los casos que aún se mantenga dentro del mismo bien jurídico, circunstancia distinta es si el bien jurídico es diferente, no se podría realizar la desvinculación debiendo sufrir el Estado las consecuencias de dicha situación, pues se afectaría el derecho a defenderse del procesado.

Citando el caso del delito de estelionato que ha sido erróneamente tipificado, que debió ser encuadrado en el tipo penal de estafa (delito sometido a pena mayor); el juez *a quem* debe declarar nula y adecuar el delito.

En el caso de la calificación jurídica a la que ha sido encuadrado el hecho punible ha sido declarada prescrita se debe evaluar que los plazos de prescripción surgen a partir de la calificación jurídica asignada al delito, por lo que si esta es errónea no se puede contabilizar correctamente la prescripción de la acción penal, la misma que el fiscal inicia en base al hecho punible al ser postulada por el órgano perseguidor del delito.

Por ello, es importante que los juzgadores en todos los niveles al seguir un proceso ya sea en su actuación desde el auto de apertura de instrucción hasta ante de emitir sentencia planteen la tesis de la desvinculación realizando un juicio de subsunción penal: entendida como la operación mental (proceso de adecuación valorativa conducta - tipo) llevada a cabo por el interprete (juez) mediante la cual se constata o verifica la concordancia entre el comportamiento estudiado y la descripción típica consignada en el texto legal. La norma típica debe ser vigente, válida formal y material. Queda claro entonces que lo que puede ser objeto de variación es la calificación jurídica de los hechos, pues como se ha expresado líneas arriba, es el juez el llamado a ser el "responsable" del juicio de tipicidad. Teniendo como fuente el contenido de la formalización de denuncia es lo único que puede modificar, mas no el sustento fáctico pues es de exclusividad del representante del Ministerio Público¹⁰.

También en la sentencia se puede plantear si existe un concurso de delitos (real, ideal o aparente), debe realizar primero el juicio de tipicidad penal, exponer en la parte considerativa los fundamentos y solo en el fallo colocar el tipo penal adecuado que postula el fiscal, para después emitir un fallo sobre la responsabilidad.

En igual sentido, el juez cuando resuelve una excepción de naturaleza de acción planteada debe realizar el juicio de tipicidad por lo que si advierte que el hecho ha sido erróneamente tipificado no corresponde a la calificación

jurídica sino a otro, debe desvincularse o advertir al fiscal (cuando existe bienes jurídicos diferentes) que se dé la adecuación correcta debiendo en este último caso apartarse de la causa porque constituye un nuevo hecho.

El juez “decide el derecho”, no es un simple tramitador de la denuncia formulada por el representante del Ministerio Público, lo cual no condice con la naturaleza del Estado constitucional de derecho, tarea que debe ser realizada dentro del marco de los requisitos y supuestos expuestos para la institución de la desvinculación procesal penal.

¹ Montero Aroca, Juan. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 322-342.

² Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116.

³ San Martín Castro, César. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2003, p. 419.

⁴ Montero Aroca, Juan. *Principios del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 121.

⁵ Gómez Orbabeja, Emilio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. T. I. Barcelona: Bosch, 1947, p. 52.

⁶ Esta es relevante por lo que no podría darse la desvinculación en bienes jurídicos de diferentes tipos penales. Autores como Yaipén Zapata, Víctor. *Desvinculación procesal. Alcances del artículo 285° del Código Procesal Penal en jurisprudencia vinculante*; Castillo Alva, 2008, p. 1109 y siguientes, postulan que puede también aplicarse a bienes jurídicos diferentes, situación que no es compartida por el ponente de este artículo.

⁷ Sánchez Velarde, Pablo. *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Idemsa, 2004, p. 418. Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116. San Martín Castro, César. *Ob. Cit.*, p. 419.

⁸ Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116.

⁹ Acuerdo Plenario N.°1-2008/CJ-116.

¹⁰ Expediente N° 00031-2009-PHC/TC, Ayacucho, caso de Jorge Luis Arellano Alania.

UNA APROXIMACIÓN DE APLICACIÓN DE LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO EN EL PODER JUDICIAL

IRIS ESTELA PACHECO HUANCAS*

Resumen

La gestión del conocimiento constituye en los tiempos actuales una poderosa herramienta de cambio e innovación en cualquier tipo de organización, tanto privada como pública.

En el presente artículo la gestión del conocimiento plantea la creación, organización, renovación, transmisión y utilización del conocimiento adquirido durante años de impartición de justicia por magistrados y personal jurisdiccional del Poder Judicial, en función a sus necesidades específicas.

La implementación de tecnologías de la información y la gestión del conocimiento en el ámbito judicial facilitaría y promovería el permanente aprendizaje dentro de la institución para lograr prontitud, certeza, predictibilidad en la solución de conflictos jurídicos.

Palabras clave: Gestión del Conocimiento – Factores claves – Metodología.

Abstract

At present, knowledge management is a powerful tool for change and innovation in any type of organization, whether private or public.

In this article, knowledge management proposes the creation, organization, renewal, transmission and use of the knowledge gained along the years by the justices and jurisdictional personnel of the Judiciary who have imparted justice based on their specific needs.

The implementation of information technology and knowledge management in the judicial environment would facilitate and promote permanent learning within the institution to achieve promptness, certainty and predictability in the solution of legal conflicts.

Key words: Knowledge management- Key factors - Methodology.

Sumario

1. Gestión del conocimiento y su importancia. 2. Concepto de conocimiento. 3. ¿Qué se entiende por gestión de conocimiento? 4. Objetivos de la gestión del conocimiento. 5. Factores claves de la gestión del conocimiento. 6. Campo de aplicación de la gestión del conocimiento. 7. Metodología para la gestión del conocimiento. 8. Conclusiones.

* Miembro del Consejo Consultivo del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial de Perú y Jueza Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

1. GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO Y SU IMPORTANCIA

Las nuevas formas de economía en la aldea global han significado un quiebre respecto al cambio de paradigma del capitalismo industrial superado por la economía del conocimiento que tiene como base a los bienes intangibles que constituyen el capital intelectual, lo que en definitiva hoy en día permite un desarrollo sostenible de las organizaciones en el tiempo. Actualmente, los recursos intangibles son el eje central, factor de desarrollo de cualquier tipo de organización.

La densidad y atomización del conocimiento no le permite al ser humano manejarlo fácilmente y por ello requiere de un elemento clave para no ser “un sabio” sino saber ubicarlo cuando lo necesita, siendo el elemento clave la gestión del conocimiento en la llamada “sociedad del conocimiento”.

Algunos autores consideran a la gestión del conocimiento una disciplina emergente. Su definición no es tan fácil, sin embargo, de la literatura revisada, existen elementos comunes, como la tendencia que el conocimiento se ha convertido en uno de los factores determinantes en el crecimiento de cualquier tipo de organización, no existiendo duda que es uno de los bienes intangibles más poderosos con que cuenta el ser humano, dando un valor económico a toda organización.

El Poder Judicial no es ajeno ni puede estar al margen de esta concepción ni de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC) para su implementación. A diferencia de lo que sucede en el sector privado donde se busca el valor económico, en el ámbito público se genera un valor público. Hablando del órgano jurisdiccional, ese valor público se refiere al servicio de justicia que presta, en el que se busca generar eficacia, eficiencia y competitividad entre los integrantes de la organización.

El presente artículo tiene como objetivo plantear algunas pautas de aproximación de cómo puede ser aplicada la gestión del conocimiento en el Poder Judicial, que permita la creación, remoción, organización, compartición, uso y protección del conocimiento aprendido durante la impartición de justicia, de tal forma que genere su propia metodología de permanente aprendizaje entre los miembros de la organización, utilizando las herramientas tecnológicas para tener mayor certeza, facilidad y rapidez en la solución de conflictos jurídicos.

2. CONCEPTO DE CONOCIMIENTO

“El conocimiento es una mezcla fluida y flexible de la experiencia, de los valores, de la información contextual y de la comprensión experta que proporciona un marco de trabajo para evaluar e incorporar nuevas experiencias e información. En definitiva, la información se transforma en conocimiento a través de las comparaciones con otras situaciones o informaciones, de las hipotéticas implicaciones de la información, de las conexiones con otros conocimientos (o partes del conocimiento) y de las conversaciones. Esta definición implica que el conocimiento en las organizaciones no solo se encuentra en los documentos o depósitos de información, sino también en las rutinas de las organizaciones, en sus procesos, prácticas y normas”¹.

Muñoz y Seca (1997), citado por García Jiménez, afirma: “en una vertiente más ligada a la psicología y filosofía, se refieren al conocimiento como la capacidad de resolver un conjunto de problemas con una eficacia determinada. Al mismo tiempo, mencionan su volatilidad, ya que se ve modificado en función de los cambios que se producen en sus portadores a partir del aprendizaje, de la motivación y de la transferencia”².

3. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO?

Quienes definen a esta disciplina advierten cierta dificultad a la hora de dar una definición. La gestión del conocimiento es una disciplina emergente que se va afirmando con la aparición de nuevos paradigmas en los sistemas económicos nacionales e internacionales³.

Collison sostiene que la gestión del conocimiento versa sobre la captación, creación, depuración, uso compartido y puesta en práctica del *know-how*, “saber cómo”; en realidad una reducción de saber cómo, saber qué, saber quién, saber por qué y saber cuándo⁴.

Para Collison, la gestión del conocimiento no se refiere a la sabiduría de los libros ni a las mejores prácticas, sino a comunidades que mantienen vivo el *know-how* de una especialidad compartiendo lo que saben, construyendo a partir de ello y adaptándolo a sus necesidades. No es una instantánea de lo que se sabe en un momento determinado sino un conjunto de *know-how* que evoluciona y se pone al día gracias a la gente que lo utiliza regularmente⁵.

Francesc Solé y Martha Olea establecen una distinción sustancial entre recursos intangibles y tangibles. “Los recursos intangibles de una organización

crecen generalmente por flujos de información o de conocimiento y los recursos tangibles crecen por flujos de dinero. Así por ejemplo, para adquirir maquinaria basta con tener dinero o crédito, mientras que para añadir nuevas características a un producto que satisfagan a los eventuales clientes se precisa de información y conocimiento". "[...] parece razonable afirmar que por mucho dinero que tenga una organización, si no es capaz de gestionar sus flujos de información y de conocimiento adecuadamente, será incapaz de construir un stock suficiente de recursos intangibles como para mantenerse competitiva"⁶.

Solé y Olea vinculan información y conocimiento. Para ellos, la gestión del conocimiento es la manera como la información se procesa con el fin de que se convierta en conocimiento. Así, las organizaciones deben averiguar cómo, cuándo y por qué se produce ese cambio, y, así, establecer patrones de comportamiento o pautas que relacionen esa transformación de información en conocimiento de los recursos intangibles de la organización⁷.

Estos autores, tomando como fuente el I Congreso Internacional de Gestión del Conocimiento y Capital Intelectual, realizado en mayo de 2000 en Madrid, señalan que durante la última década de los noventa se ha ido desarrollando una teoría sobre el capital intelectual y la gestión del conocimiento y, sin embargo, es general que ambos conceptos, o bien no se definen o bien al hacerse ambiguamente resulta difícil reconocer las líneas de separación entre ambos, mas aún, si aparecen sinónimos como recursos intangibles, recursos invisibles, etc., lo que dificulta su delimitación. Tratando de aclarar sus fronteras, sostienen que el capital intelectual se define como el "conjunto de recursos intangibles de la organización que tienen la capacidad de generar valor ya sea en el presente, ya sea en el futuro"⁸.

Entre las formas de clasificación de intangibles Edvinsson y Malone (1999)⁹ distinguen las categorías de capital humano, capital estructural y capital relacional, las que desarrollando aplicamos al ámbito judicial:

- a) El capital humano está formado por los recursos intangibles capaces de generar valor que residen en las personas: sus habilidades, conocimientos y capacidades. Este es el dominio del conocimiento y del aprendizaje de la persona y consecuentemente de la formación.

En esta categoría, debemos afirmar que el Poder Judicial cuenta con una reserva de conocimientos, capacidades y experiencias de los magistrados y personal, en el aprendizaje diario de construcción de jurisprudencia al

resolver conflictos jurídicos comunes y complejos, siendo los primeros los que deben ser utilizados para elaborar una base de datos de casos tipo, utilizando para ello criterios propios de cada área del derecho y en cuya elaboración deben participar todos los magistrados puesto que ellos serán los primeros usuarios del sistema. Si bien ya se ha dado inicio a la sistematización de la jurisprudencia en la institución, sin embargo, esta aún no responde a un proyecto de gestión de conocimiento.

- b) El capital estructural está formado por los recursos intangibles capaces de generar valor que residen en la propia organización. Es aquel que se queda dentro de la organización cuando los empleados se marchan.

En cuanto a este punto, en el Poder Judicial se debe generar una cultura organizacional que permita que la propia institución se empodere de lo que significa compartir lo que conoce usando para ello la tecnología y aprovechar que mientras sus miembros permanezcan en la organización, su conocimiento y saberes previos puedan ser capturados para formar parte de los repositorios de información de la organización, de tal forma que con su salida no se pierda ese conocimiento implícito que tienen pero que carecen de una cultura de socialización y tampoco la organización tiene mecanismos para capturarlo.

- c) El capital relacional está formado por los recursos intangibles capaces de generar valor relacionándolos con el entorno de la empresa: sus clientes, proveedores, sociedad, etc. Son recursos que residen bien en los empleados (capital humano) bien en la propia organización (capital estructural), pero que a efectos conceptuales quedan separados de las dos categorías anteriores por cuanto hacen referencia a relaciones exteriores. El capital relacional es parte del capital intelectual que crea valor en relación con las relaciones exteriores de la empresa.

El Poder Judicial genera un valor público mediante el servicio de justicia que presta y su calidad genera un impacto en su entorno: partes procesales y abogados, colegios de abogados, colegios profesionales, Consejo Nacional de la Magistratura, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Sociedad Civil, etc., que tienen una serie de percepciones del valor público del servicio de justicia. Es aquí donde la gestión del conocimiento en función a sus necesidades debe servir para construir el valor público servicio de justicia, maximizando su resultado con la captura, organización y trasmisión del conocimiento generado en la organización, principalmente a través de la jurisprudencia, plenos jurisdiccionales, pasantías,

y toda forma de capacitación que se propicie en la institución, para la cual se debe usar las herramientas tecnológicas en el portal del Poder Judicial a efectos que los principales usuarios internos (magistrados) puedan utilizarla, adaptarla, crearla, en la solución de los casos jurídicos que se presentan en la práctica y compartirla, generando retroalimentación entre sus miembros.

Aún cuando se ha mejorado la parte informática con la implementación de nuevas computadoras, sin embargo, dentro de la gestión del conocimiento, la tecnología es un elemento transversal, siendo el eje central del desarrollo la persona, es decir, sus integrantes. Consideramos que un primer intento de gestionar el conocimiento dentro del Poder Judicial se dio por acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema con la Resolución Administrativa N° 062-2007-P-PJ, que aprobó la Directiva N° 001-2007-P-CS-PJ, de fecha 22 de febrero de 2007, de “formación de la base de datos, publicación en página web del Poder Judicial y registro estadístico de ejecutorias supremas”, cuyo objetivo es identificar los principales criterios establecidos por las salas de la Corte Suprema y orientar las actividades de las instancias de menor jerarquía evitando de esta forma decisiones contradictorias y lograr predictibilidad en las resoluciones judiciales. Se busca generar una línea base del tipo o clase, magnitud y frecuencia de los conflictos jurídicos sociales sometidos a conocimiento de los órganos jurisdiccionales y lograr mayor transparencia en el sistema, estableciéndose en dicha directiva los procedimientos de la constitución de archivo informático de sentencias y autos definitivos.

Igualmente, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió la Resolución Administrativa N° 121-2008-CE-PJ, de fecha 29 de abril que aprueba la Directiva N° 009-2008-CE-PJ sobre “Registro sistematizado de las resoluciones judiciales expedidas por los órganos jurisdiccionales de los distritos judiciales y su publicación en la página web del Poder Judicial”. Esta última directiva está en proceso de implementación a fin de difundir la jurisprudencia que es una tarea del Centro de Investigaciones Judiciales, para ello se está llevando a cabo un proceso de capacitación del personal responsable de la ejecución de dicha directiva en coordinación con la Gerencia General del Poder Judicial para que se implementen las herramientas tecnológicas para la publicación de las resoluciones judiciales que son construcción de conocimiento jurídico en diversas áreas en base a casos concretos, conocimiento, doctrina, derecho comparado, experiencia, etc. La jurisprudencia es una herramienta clave para que toda la judicatura pueda construir una forma de comunicación entre sus

integrantes, así como con los usuarios externos como parte del diseño de una política judicial, logrando de esta forma que todos conozcan el pensamiento jurisprudencial que se maneja tanto a nivel de la Corte Suprema como en las 29 Cortes Superiores, y de esta forma que el trabajo de los jueces a nivel nacional no solo sea predecible sino que sea una herramienta para aligerar la forma de resolver los casos sometidos a su competencia, permitiendo manejar la carga procesal existente y se pueda lograr a gran escala, utilizando herramientas tecnológicas (intranet, correo electrónico, groupwise, etc.), la interacción entre los jueces a nivel nacional, de tal manera que se pueda superar las distancias.

La gestión del conocimiento debe ser una herramienta aplicable no solo a nivel jurisprudencial sino también en los Plenos Jurisdiccionales donde deben participar la mayoría de Magistrados, independientemente de su especialidad, puesto que la sociedad actual requiere un magistrado preparado en forma integral, competitivo y eficiente para dar respuestas rápidas frente a las nuevas exigencias de un mundo cambiante. Los magistrados deberían tener acceso a los plenos jurisdiccionales a nivel nacional en tiempo real a través de las videoconferencias en simultáneo y puedan participar en forma activa y aprender a compartir el conocimiento implícito que poseen con el resto de la institución.

Otras formas de compartir el conocimiento podrían darse en las becas de estudios o viajes de capacitación al extranjero de sus miembros, cuyos gastos son asumidos por el Poder Judicial. En estos casos, debe ser política de la institución que los beneficiados deben replicar los conocimientos aprendidos a toda la organización mediante la entrega de una copia del material oficial entregado al Centro de Investigaciones Judiciales para que este lo difunda en un link del portal del Poder Judicial, conferencias, videoconferencias en vivo, a todas las 29 Cortes del país. Debemos considerar que el conocimiento adquirido por los integrantes de la organización es una inversión del Estado y por lo tanto debe socializarse, de esa forma los magistrados estarán en mejores condiciones de resolver los casos sometidos a su competencia mediante una constante actualización y acceso a la información.

Francesc Solé y Martha Olea afirman que la suma de los componentes de las tres categorías de capital intelectual es el capital intelectual de la organización. De la interacción de una categoría con las otras dos se obtiene el capital intelectual más valioso. Concluyen que la gestión del capital intelectual es un concepto más amplio que la gestión del conocimiento. La gestión del

conocimiento se lleva acabo con el objetivo de adquirir o aumentar el stock de recursos intangibles que crean valor en una organización y por tanto es una parte del concepto más global de gestión de los intangibles¹⁰.

La gestión de la información y la gestión del conocimiento no son procesos simultáneos. La gestión de la información es previa a la gestión del conocimiento. De hecho, la información se convierte en conocimiento cuando “alguien” la ha contextualizado, deliberadamente o no, de forma que gracias a este proceso de contextualización mejore su capacidad de actuar de forma inteligente (proceso cognitivo)¹¹.

Una de las características que presenta la información en el Poder Judicial es que es densa, no solo por el número de personas que demandan tutela jurisdiccional y que el juez debe resolver con conocimiento implícito y explícito, sino porque a su vez cada magistrado representa una fuente permanente de creatividad, y aún cuando la fuente directa es la ley, sin embargo, esta permite espacios de interpretación y creación de derecho. Comparativamente podemos afirmar que, si en el universo tenemos estrellas 10 a la 15 y el ser humano es capaz de establecer relaciones con otros objetos 10 a la 17, entonces podemos sostener que el ser humano tiene la capacidad de crear ideas como estrellas existen en el universo. En consecuencia, el Poder Judicial no debe soslayar la gestión del conocimiento como una herramienta eficaz para el manejo de la complejidad de información que fluye en sus despachos, por el contrario, sus órganos de gobierno deberían incorporarla como política institucional a fin de capturar, crear, innovar, utilizar y compartir todo el conocimiento diseminado en su interior, utilizando complementariamente como elemento transversal a la tecnología para dar respuestas a un mundo cada vez mas cambiante y competitivo, y convertirse en una institución pública inteligente.

4. OBJETIVOS DE LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO

Es importante destacar los objetivos de la gestión del conocimiento para comprender que estos tienen relación y tendrían impacto positivo en el valor público que presta el Poder Judicial. Estos buscan fortalecer para que los agentes obtengan mejores resultados. Se pueden mencionar:

- a) Poner en funcionamiento los medios necesarios para conseguir la información y el conocimiento.
- b) Administrar el conocimiento organizacional y el aprendizaje organizacional.

- c) Construir marcos integrados más eficientes.
- d) Crear una base tecnológica adecuada al contexto y espacio donde se va a aplicar¹².

En el caso del Poder Judicial, tendría que implementarse herramientas tecnológicas de acuerdo a los actores que participan en este proceso y a la naturaleza del servicio que presta.

5. FACTORES CLAVES DE LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO

La gestión del conocimiento se ve enfrentada a una serie de dificultades que provienen del mismo entorno, especialmente de los factores culturales (los individualismos, la falta de una cultura basada en el conocimiento, el aislamiento del entorno y de los integrantes de ese entorno, las orientaciones a corto plazo, etc.)¹³.

Para poner en práctica cualquier tipo de proyecto es necesario tener en cuenta las variables que son influyentes o determinantes en el resultado. Por lo tanto, hay que observar si existe en la organización:

- a) Una cultura orientada al conocimiento.
- b) Una infraestructura tecnológica de conocimiento.
- c) La relación directa entre la gestión del conocimiento y las estrategias de desarrollo.
- d) La armonización del lenguaje. Es fundamental, especialmente cuando existen dentro del mismo espacio, culturas, profesiones, ambientes, experiencias y diferentes.
- e) Los sistemas de recompensas y estímulos a compartir el conocimiento y a producirlo. Ello neutraliza las barreras que pueden dificultar la gestión del conocimiento.
- f) La estructura de conocimiento. Esta debe ser adecuada a los usuarios del sistema. Cada caso va a necesitar contar con un sistema que facilite la dinámica del mismo.
- g) Los diversos canales de comunicación del conocimiento. Todos aquellos que produzcan un sentido de confianza y acercamiento entre las personas involucradas.
- h) La visualización de las ventajas del sistema¹⁴.

No debemos olvidar que estamos gestionando personas, cultura y tecnologías.

Todos los factores mencionados no son ajenos al Poder Judicial, por lo tanto, la gestión del conocimiento no solo es aplicable a las empresas privadas, como algunos equivocadamente sostienen y restringen su campo de aplicación, sino también a las instituciones públicas, y así lo han empezado a entender algunas entidades públicas para incorporarla como política institucional y mejorar el servicio público que prestan.

6. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO

Siendo la naturaleza de la gestión del conocimiento de carácter interdisciplinario y la tecnología un elemento transversal, su campo de aplicación es para todo tipo de organización, sea pública o privada. Si bien es cierto en casi toda la literatura revisada la gestión del conocimiento está orientada a la empresa privada en donde el mercado es el equilibrio, a diferencia de la administración pública donde opera el mercado político que tiene poder para tomar decisiones, se institucionaliza a través de reglamentos y exige transparencia. Son esas prácticas privadas que han logrado resultados positivos las que deben ser recreadas para adaptarse y articularse en organizaciones complejas como las instituciones públicas, en este caso el Poder Judicial, donde el valor público impartición de justicia es un concepto bastante fuerte y un tema de política pública. En el órgano jurisdiccional la gestión del conocimiento debe aplicarse teniendo en cuenta a un país pluricultural y diverso, eliminando la brecha digital que puede existir entre los 29 distritos judiciales del país, a efectos de que todos tengan la oportunidad de acceder a la información a través de herramientas tecnológicas modernas.

Resulta entonces pertinente citar a J. L. Lara quien sostiene que “en una época caracterizada como la era de la información con una altísima tasa de crecimiento tanto en el ritmo como en la profundidad de los cambios, el imperativo es innovar o quedarse atrás. Esta versión *aggiornada* del “adáptate o muere” darwiniano exige a las organizaciones recrearse permanentemente generando nuevas significaciones en su interacción con el entorno, lo que a su vez recrea el entorno”¹⁵. Este mismo autor también nos da la respuesta que la gestión del conocimiento sí se puede aplicar a todo tipo de organizaciones, pero en particular las organizaciones del Estado disponen de una ventaja comparativa sustancial respecto a sus pares del ámbito privado: una estabilidad sensiblemente superior, que proporciona una base de conocimiento institucional sólida sobre la cual establecer las estrategias para elevar los niveles de aptitud recuperando la capacidad dialógica de sus miembros¹⁶.

7. METODOLOGÍA PARA LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO

En un proyecto de gestión del conocimiento, para que tenga éxito tanto en la actividad privada como pública, en este caso específicamente nos referimos al Poder Judicial, el primer referente es identificar a todos los actores involucrados con la iniciativa del proyecto, por ello es importante que el FODA se construya sobre la base de las percepciones de los actores de toda la organización para saber en qué contexto estamos operando. Definitivamente, quien tiene que llevar adelante el proyecto es quien lidera el mismo en la organización.

La metodología en definitiva será diseñada de acuerdo al tipo de organización en la que se quiera aplicar. Esta metodología deberá ser apropiada a la organización judicial con características peculiares. Si bien las tecnologías de la información son importantes como una forma de metodología para la gestión del conocimiento, sin embargo, siempre serán las personas generadoras del conocimiento el elemento central de toda organización.

Al respecto Mela Bosch Jover, citando a Leahy, T. *Extracting Diamonds in the Rough* dice: “Veamos entonces cuáles son las metodologías de apoyo que se están usando para los generadores de conocimiento. Se trata de lo que se denomina las buenas prácticas¹⁷. Bosch sostiene que este es un punto que requiere la formación de las personas que trabajan, la incentivación de su voluntad de intercambio y el establecimiento de hábitos de identificación de los materiales que producen¹⁸.

Muchas de estas metodologías son muy viejas y ahora cobran especial interés y características propias en el entorno digital de producción intelectual. Tenemos, en primer lugar, las metodologías de presentación de documentos: los informes técnicos, comerciales administrativos y científicos. Es importante que la organización establezca normas comunes para la presentación que contemplen datos en el cuerpo del documento: autoría o protagonistas, estructura de procedencia, datación; en cuanto al contenido: resumen, palabras clave, encabezamiento, así como normas para titulado específico y de citación de otros documentos. En segundo lugar, la identificación de los documentos digitales que tienen dos aspectos: el estado del documento y sus propiedades¹⁹.

En cuanto al estado o nivel de uso, se utiliza la metodología de organizar árboles de directorio que permitan agrupar los documentos activos con control de versiones, luego los documentos en archivos intermedios, que son de acceso esporádico y, finalmente, los archivos históricos²⁰.

Peluffo y Catalán definen seis etapas²¹ en el ciclo permanente que permite incorporar la gestión del conocimiento como práctica habitual en una organización que administra el conocimiento organizacional como su recurso estratégico más valioso. Estas etapas son:

A. Etapa 1: Diagnóstico inicial de la gestión del conocimiento

Determina el estado en que se encuentra el sistema de gestión de conocimiento al interior de la organización, con lo cual se van a definir las necesidades de conocimiento y su gestión (tecnología, procesos, personas y valores). Comprende la elaboración de:

a) Mapa de conocimiento organizacional

La pregunta que interesa responder en relación con el conocimiento organizacional es la siguiente ¿cuánto sabe de lo que sabe? Utilizando la metodología adecuada se configura un diagrama que permite identificar:

- Lo que sabe que sabe: El conocimiento que la organización sabe que conoce.
- Lo que sabe que no sabe: El conocimiento que la organización requiere pero que sabe que no posee.
- Lo que no sabe que sabe: El conocimiento que la organización posee y que no está siendo utilizado.
- Lo que no sabe que no sabe: El conocimiento que la organización ignora que no conoce (pérdida o carencia no visualizada).

a) Diagnóstico de prácticas habituales

Se investiga los flujos de conocimientos y los procesos que se han implantado para facilitar su administración, desde la fuente (productor o proveedor de conocimientos) hasta el destino (cliente o usuario de conocimientos), considerando especialmente los mecanismos de retroalimentación e intercambio que aseguren un aprendizaje permanente. Permitirá elaborar una matriz de relación que indique de qué manera están alineadas las necesidades reales de conocimientos para efectuar acciones concretas o las expectativas de contar con estos conocimientos, respecto de la utilidad de las fuentes que se están consultando.

c) Evaluación de las capacidades dinámicas de la organización

La capacidad de absorción del conocimiento y su relación con la innovación en la organización ha permitido a los investigadores desarrollar modelos

para evaluar estas capacidades dinámicas, en tanto estas permitan absorber e integrar a la organización, información y conocimiento disponible en las redes, permitiéndoles crear nuevas propuestas y soluciones que tienen un impacto en el rendimiento de la organización

B. Etapa 2: Definición de los objetivos del conocimiento

Todas las iniciativas asociadas a la gestión de conocimiento plantean ciertos objetivos a sus líderes y ciertos plazos de cumplimiento de tales objetivos. En la práctica, los proyectos de gestión de conocimiento se van implementando en etapas sucesivas en las cuales se pretende alcanzar los objetivos globales.

C. Etapa 3: Producción de conocimiento organizacional

La generación de conocimiento organizacional representa la base de sustentación de los procesos de aprendizaje organizacional que a su vez permite el desarrollo de las capacidades de adaptación que requieren las organizaciones frente a los cambios en los entornos en los cuales se desenvuelven.

D. Etapa 4: Almacenaje y actualización

Se caracteriza por el almacenamiento de los conocimientos previamente codificados, ubicándolos en repositorios desde los cuales los usuarios pueden acceder fácilmente a un conocimiento pertinente y en el momento que lo necesiten.

E. Etapa 5: Circulación y utilización de conocimientos: los usuarios

Tiene que ver con los espacios de conversación e intercambio adecuados para que se produzca la circulación del conocimiento tácito y explícito de la organización. En conjunto con los espacios de aprendizaje, estos ambientes son los propicios para que los conocimientos puedan fluir de manera ininterrumpida, de manera que se logre el objetivo de la distribución y el uso de tal conocimiento. Ambientes que generen redes de colaboración comunitaria que tiendan a dar respuestas a problemas comunes, la forma más conocida es los sistemas de correo.

F. Etapa 6: Medición de desempeño

Esta es una fase que está presente periódicamente y su objetivo es determinar en cada uno de los ciclos en que se produce la medición misma, la tendencia

en los indicadores que se han seleccionado para visualizar de qué forma la gestión de conocimiento está produciendo impactos en los resultados esperados de la organización, sea esta del ámbito privado o público.

En líneas generales, los indicadores deben apuntar a medir la eficiencia y efectividad que se logra en los procesos principales y presentes en la definición de gestión del conocimiento, esto es: generar, compartir y utilizar conocimiento. Estos indicadores se construyen en las siguientes preguntas: a) ¿qué capacidad de generación de conocimiento ha desarrollado la organización a partir de la instalación de las prácticas de gestión de conocimiento?; b) ¿cómo se están compartiendo los conocimientos tácitos y explícitos existentes?, y, c) ¿cuál es la tasa de utilización del conocimiento que está disponible en la organización?

8. CONCLUSIONES

- a) La mayoría de autores consultados sostienen que no existe duda que la gestión del conocimiento hoy resulta un elemento clave en cualquier tipo de organización que busca ser competitiva en un mundo globalizado. El Poder Judicial no es ajeno a esta realidad organizacional digital de compartición del conocimiento, es más, lo requiere para cambiar su forma de trabajo.
- b) Debe tenerse claro que la gestión del conocimiento si bien tiene un elemento transversal que es la tecnología, sin embargo, es la persona el elemento central en la organización, quien es la que genera el flujo de conocimiento que en el caso del Poder Judicial es mediante la jurisprudencia que construyen los jueces y otras formas de captura de conocimiento como plenos jurisdiccionales, pasantías, talleres, cursos de capacitación, congresos, etc., conocimiento que debe ser compartido utilizando la tecnología.
- c) La gestión del conocimiento es interdisciplinaria por cuanto no solo se limita a un área del conocimiento sino a toda esa complejidad tanto de las ciencias naturales como sociales y es aplicable a cualquier tipo de organización como sería el Poder judicial, de esta forma capturaría el conocimiento implícito que tienen sus integrantes para convertirlo en patrimonio de la institución, de tal forma que cuando un magistrado se retire de la Judicatura no se lo lleve consigo sin ser aprovechado por la institución.
- d) Los factores que influyen en cada organización son la cultura de sus integrantes, la tecnología y el liderazgo de quien conduce el proyecto de gestión de conocimiento, por ello es importante que cuando se asuma

incorporar a la gestión del conocimiento como eje temático de la reforma del Poder Judicial participen todos los actores involucrados, de tal forma que todos se identifiquen con el mismo y pueda tener éxito.

-
- ¹ García Jiménez, Antonio. *Organización y gestión del conocimiento en la comunicación*. España: Ediciones Trea S. L., 2002, p. 50.
- ² *Ibidem*, p. 51.
- ³ Peluffo A. Martha Beatriz y Catalán Contreras, Edith. *Introducción a la gestión del conocimiento y su aplicación al sector público*. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social – ILPES. Santiago de Chile. 2002, p. 7, Documento de internet.
- ⁴ Collison Chris y Parcell Geoff. *La gestión del conocimiento*. España: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2003, p. 25.
- ⁵ *Ibidem*, p. 25.
- ⁶ Asociación Universitaria Iberoamericana de Postgrado. *Ob. Cit.*, p. 30.
- ⁷ Asociación Universitaria Iberoamericana de Postgrado. *Gestión del conocimiento, pautas y lineamientos generales*. Seminarios y reuniones. Técnicas internacionales, programa de fomento de la formación avanzada. Ediciones AUIP, 2003, p. 31.
- ⁸ *Ibidem*, pp. 27-28.
- ⁹ *Ibidem*, pp. 28-29.
- ¹⁰ *Ibidem*, p. 31.
- ¹¹ *Ibidem*, p. 30.
- ¹² Peluffo A. Martha Beatriz y Catalán Contreras, Edith. *Ob. Cit.*, pp. 18-19.
- ¹³ *Ibidem*, pp. 18-19.
- ¹⁴ *Ibidem*, p. 19.
- ¹⁵ Hopkins, José Armando. *Gestión del conocimiento* (material de lectura). Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Graduados. Maestría en Educación. pp. 22-24.
- ¹⁶ *Ibidem*, p. 24.
- ¹⁷ Bosch Jover, Mela. *La gestión del conocimiento en el medio digital: viejos problemas de tratamiento de información y aspectos nuevos*. *Ciencias de la información*. Vol. 33. N° 1. Abril, 2002, p. 39. Documento de internet.
- ¹⁸ *Ibidem*, p. 39.
- ¹⁹ *Ibidem*.
- ²⁰ *Ibidem*, pp. 39-40.
- ²¹ Peluffo A. Martha Beatriz y Catalán Contreras, Edith. *Ob. Cit.*, pp. 58-69

ANÁLISIS DEL NUEVO TEXTO DEL ARTÍCULO 533° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y LA TERCERÍA DE PROPIEDAD CONTRA HIPOTECAS

HÉCTOR ENRIQUE LAMA MORE*

Resumen

Históricamente, la tercería excluyente de propiedad ha sido un medio de defensa de un tercero cuyos bienes han sido objeto de medidas de embargo o de secuestro dictadas por un juez en un proceso en el que dicha persona no es parte. Ello se encuentra en estricta coincidencia con una correcta interpretación del texto anterior del artículo 533° del C.P.C., sin embargo, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia durante los años que van del 2006 a 2007 y parte del 2008, sostuvo que cuando la referida norma señalaba que la tercería puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con medida cautelar o para su ejecución, se debía incluir también en dicho supuesto “la ejecución de garantías reales”. Esto motivó la modificación –introducida por Decreto Legislativo N° 1069– del texto del primer párrafo del artículo 533° del C.P.C., y se introdujo en dicha norma procesal la palabra “judicialmente” a efecto de quitar cualquier duda sobre la naturaleza de la afectación jurídica que recae sobre los bienes que según el tercerista serían de su propiedad.

Palabras clave: Tercería de propiedad – Garantías reales – Gravamen hipotecario.

Abstract

Historically, the intervention of a third party who takes a position contrary to the position of the litigants has constituted a means of defense of a third party, whose properties have been subject to attachment or seizure measures determined by a judge in a proceeding in which said person is not a party. The foregoing strictly coincides with a correct interpretation of the previous text of Article 533° of the Code of Civil Procedures, however, during the years 2006 to 2007 and part of 2008, the Standing Civil Division of the Supreme Court of Justice sustained that when the referred law stipulated that the third party claim could be grounded on the ownership of properties subject to injunction measures or to foreclosure thereof, “the foreclosure of collaterals” should also be included in the referred assumption. This motivated the amendment –introduced by Legislative Decree N°1069– of the text of the first paragraph of Article 533° of the Code of Civil Procedures, whereby the word “judicially” was included with the aim of leaving no doubt about the nature of the legal encumbrance of the properties which, according to the intervener, would be owned by him.

Key words: Third party or intervener – Collaterals – Mortgage lien.

* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima - Poder Judicial de Perú. Ha sido miembro del Consejo Consultivo del Centro de Investigaciones Judiciales.

Sumario

1. Antecedentes. 2. Nuevo texto normativo del artículo 533° del C.P.C. 3. Segundo párrafo del artículo 533° del C.P.C. 3.1. Duplicidad de partida registral. 3.2. Nulidad o ineficacia del acto jurídico de transferencia de propiedad a favor del que constituyó la hipoteca, y cancelación del asiento de propiedad de este. 4. Finalidad de la tercería de propiedad contra hipoteca. 5. Necesidad de cubrir el vacío normativo.

1. ANTECEDENTES

Los pronunciamientos expedidos en los últimos años por las salas civiles de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la admisión a trámite o del rechazo liminar de las demandas de tercerías de propiedad contra hipotecas fueron realmente contradictorios.

Ello se pudo apreciar en diversas resoluciones expedidas en Casación; solo a modo de ejemplo se pueden señalar dos de ellas. Es el caso de los pronunciamientos contradictorios que se presentaron entre la Casación N° 5329-2006-LIMA, de fecha 27 de marzo del 2007, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, y la Casación N° 2360-2006-LIMA, de fecha 21 de Marzo del 2007, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. En la primera de ellas se estableció –apartándose de criterios jurisprudenciales expedidos anteriormente– que cuando el artículo 533° del C.P.C.¹, en su texto vigente en ese momento, señalaba que la tercería puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con medida cautelar o para su ejecución, se incluye en dicho supuesto “la ejecución de garantías reales”; ordenando en tal caso la admisión a trámite de la demanda. Por su parte, la otra Ejecutoria señaló en su oportunidad que la pretensión contenida en una demanda de tercería excluyente de propiedad contra una hipoteca contenía un *petitorio que resulta jurídicamente imposible*, y que, como tal, debía ser rechazada liminarmente².

Tales pronunciamientos causaron gran preocupación entre jueces especializados y jueces superiores, dada la trascendencia del tema y el impacto de tales decisiones en nuestro medio. Ello originó que el tema sea llevado a diversos eventos organizados al interior del Poder Judicial con el objeto de unificar criterios jurisprudenciales. Tres eventos académicos y jurisprudenciales realizados entre jueces superiores durante el año 2008, incluyeron el tema en sus respectivas agendas.

Estos eventos fueron³:

a.- El Pleno Jurisdiccional Regional Civil realizado en la ciudad de Arequipa, los días 28 y 29 de marzo del 2008, al que concurrieron jueces superiores de los distritos judiciales ubicados en el Sur del país, como son los de Arequipa, Cuzco, Puno, Madre de Dios, Apurímac, Moquegua y Tacna.

En dicho Pleno se acordó por mayoría, es decir, por 29 contra 11 votos, que se debe rechazar liminarmente la demanda de tercería de propiedad contra derechos reales de garantía, en razón de que el petitorio constituye un imposible jurídico.

b.- El Pleno Jurisdiccional Regional Civil y Contencioso Administrativo, realizado en la ciudad de Trujillo, los días 18 y 19 de abril del 2008, al que concurrieron jueces superiores de los distritos judiciales del norte del país, como son los de La Libertad, Ancash, del Santa, Cajamarca, Lambayeque, Piura y Tumbes.

En el mencionado pleno jurisdiccional, el total de asistentes adoptaron una sola posición, es decir, por unanimidad se acordó que *“Es procedente el rechazo liminar de la demanda de tercería de propiedad interpuesta contra procesos de ejecución de garantías, por causal de imposibilidad jurídica del petitorio”*.

c.- El Pleno Jurisdiccional Nacional Civil, realizado en la ciudad de Lima los días 06 y 07 de junio del 2008, al que concurrieron jueces superiores de los distritos judiciales de todo el país.

En dicho evento, por 71 a 12 votos — con 03 abstenciones —, el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil adoptó, por mayoría, el siguiente acuerdo: *“se debe rechazar liminarmente la demanda de tercería de propiedad interpuesta contra la ejecución de garantías reales, porque el petitorio constituye un imposible jurídico”*

La controversia no era de reciente data, pues como se sabe el tema fue incluido como punto de agenda al IV Pleno Jurisdiccional Civil realizado en la ciudad de Tacna entre el 23 y el 26 de agosto del año 2000 a la que concurrieron más de medio centenar de jueces superiores de los 25 distritos judiciales de la República⁴. En dicho pleno jurisdiccional se acordó por mayoría (36 votos) que: no procede la tercería de propiedad contra gravamen que proviene de garantía real. Una minoría (14 votos) sostuvo que si resultaba procedente la tercería contra gravamen proveniente de garantía real, independientemente de que se declare fundada o infundada la pretensión contenida en la demanda⁵.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales especializados y superiores en lo Civil –incluida la sub-especialidad Comercial en Lima– adoptó mayoritariamente una posición distinta –y discrepante– con la línea jurisprudencial adoptada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia durante los años que van del 2006 a 2007 y parte del 2008.

2. NUEVO TEXTO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 533° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El 28 de junio del 2008, se publicó en el diario oficial “El Peruano” el Decreto Legislativo N° 1069. Dicha norma, recogiendo la inquietud mayoritaria de los magistrados reflejada en los plenos jurisdiccionales citados, incluye la modificación del artículo 533° del C.P.C.⁶, a efecto de dejar establecido, sin lugar a dudas, que la demanda de tercería de propiedad solo resultaba procedente cuando esta se sustenta en la propiedad de bienes afectados por mandato judicial y no como consecuencia de un acto jurídico originado o realizado por particulares, o por acuerdo privado, como es el caso de las hipotecas –unilaterales, voluntarias o legales.

En realidad, históricamente la tercería excluyente de propiedad ha sido un medio de defensa del tercero cuyos bienes han sido objeto de medidas de embargo o de secuestro dictadas por un juez en un proceso donde dicha persona no es parte. Si el juez advierte que el bien afectado con medida cautelar no pertenece al deudor demandado corresponde se disponga la inmediata desafectación.

Una correcta interpretación del texto anterior del artículo 533° del C.P.C., permitía apreciar que cuando en él se señalaba que la tercería puede sustentarse en la propiedad de bienes afectados con medida cautelar o para la ejecución, en este último supuesto debía entenderse, como así lo entendió la mayoría de los órganos jurisdiccionales del país, con excepción de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema como se ha indicado líneas arriba, que se trataba de la propia medida cautelar dictada por el juez, pero que se encontraba en la fase de ejecución forzada y no de una afectación jurídica de carácter extrajudicial, originada en un acto jurídico unilateral o bilateral, como son los gravámenes constituidos por garantías reales.

Pese a ello el nuevo texto –introducido por el Decreto Legislativo N° 1069– del primer párrafo del artículo 533° del C.P.C., ha permitido superar la confusión originada en pronunciamientos de una de las salas civiles del máximo

tribunal de la República, introduciendo en dicha norma procesal la palabra “judicialmente” a efecto de quitar cualquier duda sobre la naturaleza de la afectación jurídica que recae sobre los bienes que según el tercerista serían de su propiedad.

La precisión era urgente, dada la trascendencia de la decisión final que debía ser adoptada.

Así, por ejemplo, si en un proceso de ejecución de garantía hipotecaria, un tercero, invocando haber adquirido la propiedad del bien materia de ejecución, pero que no inscribió de modo oportuno su derecho de propiedad, permitiendo que el anterior propietario hipoteque el bien cuando ya no era de su propiedad, interponía tercería de propiedad con el objeto de que se deje sin efecto el gravamen hipotecario o que se priven los efectos del citado gravamen registral; el juez, al calificar la demanda podía optar entre admitir la demanda o rechazarla liminarmente, dependiendo ello de la interpretación que le daba al anterior texto del artículo 533° del C.P.C.; si el juez consideraba que en tal caso se encontraba frente a un bien afectado con una “medida” para la ejecución, y entendía que en ella se incluía la ejecución de garantías reales, admitía a trámite la demanda, suspendiendo con ello la ejecución hipotecaria hasta la conclusión de dicho proceso, lo que podía ocurrir transcurrido dos o tres años.

En tal caso, el resultado de dicho proceso no podía ser exitoso para el tercerista, pues el derecho real del acreedor hipotecario siempre prevalecerá frente al derecho real de propiedad del tercerista, teniendo en cuenta que el derecho del acreedor hipotecario se inscribió con anterioridad al derecho del tercerista – primer párrafo del artículo 2022° del C.C. En todo caso, la existencia de buena o mala fe del que tiene el derecho real primeramente inscrito no corresponde ventilarse en un proceso de tercería de propiedad. Por lo demás, solo podía jurídicamente privarse los efectos al gravamen hipotecario, dejando sin efecto el acto jurídico que le dio origen, en un proceso distinto al de tercería.

La otra opción que tenía el juez era la de rechazar *liminarmente* la demanda con el argumento de que la norma procesal –citada en el párrafo precedente– dispone que la tercería de propiedad solo procede cuando los bienes del tercerista han sido afectados por medida judicial, no resultando posible jurídicamente cuando la afectación se ha originado en gravamen extrajudicial, como la hipoteca –inciso 6° del artículo 427° del C.P.C. Esta fue la postura de la mayoría de los órganos jurisdiccionales, como se ha indicado líneas arriba.

En este último caso, no habiéndose admitido a trámite la demanda, el proceso de ejecución continuaba su trámite, ejecutándose la subasta, adjudicando el bien al mejor postor, disponiendo la transferencia de propiedad al adjudicatario e inscribiendo su derecho en el Registro de Propiedad Inmueble respectivo, cancelando todos los gravámenes y ordenando el lanzamiento del bien subastado. Sin embargo, al cabo de dos o tres años, cuando el proceso principal se encontraba concluido, una resolución de una de las salas civiles de la Corte Suprema de Justicia disponía que la demanda de tercería de propiedad debía ser admitida a trámite; tal decisión llegaba muchas veces cuando el bien se encontraba enajenado a terceros y la suma recaudada se había entregado al acreedor demandante. Tremendo problema para el juez de la causa, pues, ni el acreedor estaba dispuesto a devolver lo ya cobrado, ni el nuevo dueño estaba dispuesto a “devolver” el bien que adquirió del adjudicatario en virtud de la fe registral.

Con el nuevo texto del artículo 533º del C.P.C. – primer párrafo – se puso fin a dicha incertidumbre.

En todo caso, el derecho del tercero afectado con un ilegal gravamen hipotecario corresponde hacerse valer en un proceso especialmente dirigido a lograr la privación total de los efectos del acto jurídico que dio origen al citado gravamen, sea por nulidad, anulabilidad o ineficacia, pudiendo en dicho proceso asegurar su pretensión con una medida cautelar de anotación de demanda, medida cautelar, dígame de paso, que no se cancela por efecto de la adjudicación en subasta pública.

3. SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 533º DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El Decreto Legislativo N° 1069 introdujo una figura nueva –en nuestro medio– en el ámbito de las tercerías de propiedad, agregando un segundo párrafo a la citada norma procesal, cuyo texto es el siguiente:

“Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación.”

La citada norma procesal no es una “creación” o “invento” del legislador peruano, pues un texto parecido aparece en la legislación española⁷.

En materia de tercería de propiedad, la citada norma española establece, de modo excepcional, la procedencia de la tercería de propiedad contra hipotecas, imponiendo como requisito que el derecho de propiedad del tercerista se encuentre inscrito con anterioridad al gravamen hipotecario.

Es de suponer que el derecho del tercerista quedará a buen recaudo si su derecho de propiedad es anterior al del gravamen hipotecario; es aplicable en este caso el aforismo latino muy antiguo, de relevante vigencia en la actualidad —en especial en materia registral— e incorporado en las normas sustantivas civiles: *“prior tempore potior iure”*, es decir, primero en el tiempo mejor en el derecho.

La introducción de tal figura en nuestra norma procesal no constituye, en modo alguno, una regulación “inútil” y “carente de sentido”, y que podría quedar abrogado por el desuso; pues podría pensarse que resulta bastante difícil —por no decir imposible— que el derecho del tercerista se encuentre inscrito con anterioridad al del acreedor hipotecario, pues el registrador no podría haber inscrito la hipoteca si no se verifica que el constituyente aparezca como propietario registral.

Sin embargo, la experiencia judicial ha puesto sobre la mesa algunos casos que han tenido que ser enfrentados jurisdiccionalmente con bastante dificultad.

Expondremos a modo de ejemplo solo dos supuestos a los que podría aplicarse, de modo excepcional el actual texto contenido en el segundo párrafo del artículo 533° del C.P.C.

3.1. Duplicidad de partida registral

Es el caso de aquella persona propietaria registral de un inmueble, que toma conocimiento que dicho bien de su propiedad será sometido a subasta pública en ejecución de una hipoteca que él no ha constituido y que se encuentra inscrita con posterioridad a su derecho de propiedad, pero en una partida registral distinta a la suya, es decir, paralela, abierta en virtud a un título supletorio. En dicha partida registral paralela aparece como propietario el ejecutado en el proceso de ejecución de garantías, quien constituyó la hipoteca materia de ejecución.

El propietario registral en cuya partida, no aparece gravamen alguno, inscribió su derecho con anterioridad al derecho del constituyente de la hipoteca; el gravamen aparece en partida registral distinta. Dos partidas registrales abiertas y vigentes respecto de un mismo inmueble.

Por supuesto, estamos frente a un caso de excepción que merece tutela urgente, máxime cuando tal irregularidad registral no es poco común en nuestro país, pues se conoce que en muchos lugares del país, incluido Lima, se han llegado a presentar hasta tres o cuatro partidas registrales paralelas respecto de un mismo bien. Es evidente que en este caso el derecho del acreedor hipotecario – con derecho real inscrito – prevalecerá frente al derecho de propiedad no inscrito del tercero, en virtud de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 2022º del C.C., que se sustenta en el aforismo latino citado anteriormente. En este caso la excepción confirma la regla. En tal situación excepcional creo que corresponde admitir a trámite la demanda de tercería de propiedad en virtud a la norma procesal citada.

3.2. Nulidad o ineficacia del acto jurídico de transferencia de propiedad a favor del que constituyó la hipoteca, y cancelación del asiento de propiedad de este.

Otro supuesto es el que se presenta cuando, en una misma partida registral, una persona de nombre A logra, mediante sentencia firme, privar por completo la eficacia del acto jurídico de transferencia de propiedad a favor de otra persona de nombre B. En dicha transferencia A aparece como transferente. Como consecuencia se cancela el asiento registral que consignaba dicha transferencia.

Sin embargo, en el rubro gravámenes de la partida registral del mismo inmueble aparece un asiento en la que B ha constituido hipoteca a favor de C cuando aún tenía inscrito el bien a su nombre. Dicho gravamen mantiene su eficacia.

En este caso, A, quien es propietario registral con derecho vigente, no ha constituido la hipoteca inscrita y no es parte en el proceso de ejecución de citada garantía real que ha iniciado C frente al incumplimiento de la obligación garantizada con la hipoteca constituida por B.

Si A presenta demanda de tercería de propiedad a efecto de que se suspenda la subasta del bien de su propiedad, convocada en el proceso de ejecución iniciado por C, cumpliría los requisitos de admisibilidad previstos en el segundo párrafo del artículo 533º del C.P.C. Estaríamos frente a un tercerista cuyo derecho de propiedad se ha inscrito con anterioridad a la inscripción del gravamen hipotecario.

4. FINALIDAD DE LA TERCERÍA DE PROPIEDAD CONTRA HIPOTECA

Según se aprecia, la finalidad del segundo párrafo del artículo 533º del C.P.C., es proporcionar de modo urgente, una medida inmediata y eficaz al propietario registral que no constituyó la hipoteca.

Efectivamente, como se ha indicado, el único supuesto que nuestra norma procesal prevé para admitir a trámite una demanda de tercería de propiedad contra gravamen hipotecario es cuando el derecho de propiedad del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a la afectación. El efecto inmediato es la suspensión de la subasta.

Pues bien, en tal caso surgen de inmediato diversas interrogantes, como por ejemplo: ¿qué se busca con la referida tercería de propiedad?, ¿el objeto de esta demanda es levantar el gravamen o solo suspender la ejecución?

La norma procesal no establece de modo expreso alguna respuesta, por lo que frente al vacío normativo corresponde esbozar algunas ideas en relación a este asunto, por tratarse de un tema de relevante importancia.

Reflexionando sobre este tema con algunos colegas, conveníamos en que la tercería de propiedad prevista, en general, en las normas procesales, no está pensada para ser utilizada en los casos de afectaciones originadas en cautelas extrajudiciales, como es el caso de las hipotecas, sino para aquellas afectaciones originadas en un mandato judicial, pues siendo el juez de la medida el competente para conocer este proceso, solo él puede dejar sin efecto una afectación ordenada por su propio despacho, al verificar que el bien no pertenece al deudor sino a un tercero.

Sin embargo, habiendo el legislador incluido en la norma procesal la posibilidad jurídica de utilizar el proceso de tercería para detener la ejecución de un gravamen hipotecario – o de garantía real en general –, resulta necesario comentar sobre los alcances y efectos de este proceso, en caso la pretensión del tercerista sea estimada.

En principio creo que el proceso de tercería de propiedad no resultaría ser la vía idónea para disponer el levantamiento del gravamen hipotecario, pues este se ha originado en un acto jurídico – constitución de garantías reales – cuya validez no ha sido objeto de debate en el proceso de tercería, y no resultaría válido jurídicamente privar los efectos de un asiento registral, manteniendo

vigente el acto jurídico contenido en el título registral que le dio origen; el asiendo registral es el efecto y el acto jurídico es la causa.

La suspensión de la ejecución hipotecaria dispuesta en el admisorio de la demanda, constituye, en mi opinión, en estricto una medida provisoria, similar a una medida cautelar de no innovar, con la característica especial de que su dictado es efecto inmediato y obligatorio de la admisión de la demanda; es decir, se trata de un mandato judicial mediante el cual se dispone, de modo temporal, la no ejecución de la subasta o remate público hasta que se defina, en sentencia firme, si la pretensión del tercerista corresponde ser o no atendida. Si se ampara la demanda del tercerista mediante sentencia firme, esta deberá —en mi opinión— disponer se mantenga en suspensión, hasta que en un proceso en forma —ordinario o de amplia cognición—, se dilucide y defina en sentencia la validez —o invalidez— del acto jurídico de constitución de la garantía real.

¿Quién deberá iniciar ese otro proceso —ordinario o de amplia cognición—?
¿El tercerista o el acreedor hipotecario? Creo que cualquiera de ellos. Si la inicia el tercerista, resulta obvio que su pretensión será la de invalidez del acto jurídico de constitución de la garantía real; y si la inicia el acreedor hipotecario, su pretensión podría ser la de confirmar la validez del citado acto jurídico; en este último caso, en razón de que los efectos de dicho acto jurídico quedaron cuestionados al tener el tercerista su derecho inscrito con anterioridad al gravamen hipotecario.

5. NECESIDAD DE CUBRIR EL VACÍO NORMATIVO

Lo expuesto líneas arriba —la necesidad de recurrir a otro proceso—, podría evitarse, si se establece normativamente que en el caso previsto en el segundo párrafo del artículo 533º del C.P.C., por excepción, la tercería de propiedad puede acumularse con la pretensión de invalidez o ineficacia del acto jurídico de constitución de la garantía real, de tal manera que en un solo proceso se pueda definir no solo la eficacia del asiendo registral que contiene el gravamen hipotecario, sino además la validez —o invalidez— del acto jurídico contenido en título registral que dio origen a la afectación del bien.

Con ello, de ampararse la pretensión del tercerista en todos sus extremos, se declararía la invalidez de la hipoteca o garantía real, y además, la cancelación del gravamen. Por el contrario, si se desestima la demanda del tercerista, se continuará con la ejecución de la garantía real que había quedado en suspenso con la admisión a trámite de la demanda.

Héctor Enrique Lama More - Tercería de propiedad contra hipotecas
en el Código Procesal Civil

-
- ¹ Artículo 533° del C.P.C. (texto vigente hasta el 28 de junio del 2008): “La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes”.
- ² Lama More, Héctor Enrique. “Comentarios y reflexiones acerca de las tercerías de propiedad contra hipotecas y garantías reales”. *Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República*. 2007, N° 2, Lima: Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial y Proyecto de apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú – JUSPER, p. 118.
- ³ Disponible en internet: <http://www.pj.gob.pe>
- ⁴ Durante la segunda mitad de la década de los noventa se realizaron en el Poder Judicial plenos jurisdiccionales en todas las especialidades –civil, penal, laboral, familia. Eran eventos de discusión y debate, y fueron convocados por la entonces Comisión Ejecutiva del Poder Judicial. A ellos concurren jueces superiores de todos los distritos judiciales de la República, con el objeto de uniformizar criterios, respecto de aquellos casos que conocían los órganos jurisdiccionales, en donde se hayan dado respuestas diversas o contradictorias. El Primer Pleno Jurisdiccional Civil se realizó en la ciudad de Trujillo en 1997, el Segundo se llevó adelante en la ciudad Piura, en agosto de 1998, el Tercero se realizó en la ciudad de Cusco, en septiembre de 1999 y el último se llevó adelante en la ciudad de Tacna, en agosto del 2000.
- ⁵ En el citado pleno jurisdiccional, los magistrados esbozaron diversos argumentos, cada uno defendiendo sus respectivos puntos de vista. El autor de estas líneas participó en el citado evento adhiriéndose a la posición mayoritaria. No existe publicación oficial del Poder Judicial sobre los acuerdos adoptados en dicha reunión, sin embargo, se conocen sus resultados y han sido objeto de diversas publicaciones, así por ejemplo, la “Guía Rápida de Jurisprudencia Vinculante y Acuerdos de Plenos Jurisdiccionales”, publicada por Gaceta Jurídica Sociedad Anónima, en Octubre del año 2002, incluye información sobre dichos acuerdos.
- ⁶ Artículo 533° del C.P.C. (modificado por el D. Leg. 1069, publicado el 28 de Junio del 2008).- “La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados **judicialmente** por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes.
Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación.” (resaltado nuestro)
- ⁷ Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) 1/2000 – España – Artículo 696° (tercerías de dominio).
1. Para que pueda admitirse la tercería de dominio en los procedimientos a que se refiere este capítulo, deberá acompañarse a la demanda título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la de constitución de la garantía. Si se tratare de bienes cuyo dominio fuere susceptible de inscripción en algún registro, dicho título habrá de estar inscrito a favor del tercerista o de su causante con fecha anterior a la de inscripción de la garantía, lo que se acreditará mediante certificación registral expresiva de la inscripción del título del tercerista o de su causante y certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el registro el asiento de dominio correspondiente.
 2. La admisión de la demanda de tercería suspenderá la ejecución respecto de los bienes a los que se refiera y, si estos fueren solo parte de los comprendidos en la garantía, podrá seguir el procedimiento respecto de los demás, si así lo solicitare el acreedor.

EL EJERCICIO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LOS JUECES PERUANOS

IVÁN SEQUEIROS VARGAS*

Resumen

El juez tiene el poder y debe inaplicar una norma legal contraria a la Constitución a fin de contribuir con la preservación de la supremacía constitucional, como referente del buen gobierno y desarrollo del Estado; no obstante, en algo más de veintisiete años el Poder Judicial en poquísimas ocasiones declaró inaplicable una norma legal, lo que demuestra la renuencia en el ejercicio de esta atribución. El control constitucional constituye una tarea compleja y es evitada por los jueces en razón de las implicancias de toda naturaleza que pueden derivarse de su decisión, siendo además que el presupuesto señalado por el Tribunal Constitucional relativo a la “evidente incompatibilidad” sea probablemente uno de los factores que influyen en la escasa ejecutoria de control, pues ninguna norma resulta evidentemente no constitucional o viceversa a la vista del buen evaluador, constituyéndose en un concepto incierto, inviable y subjetivo que no delimita ni sirve de referencia para que el juez efectúe el control que le atribuye la Constitución y la ley.

Palabras clave: Control de constitucionalidad - Control difuso.

Abstract

Judges have the authority and must not apply a statutory law contrary to the Constitution in order to contribute to preserve constitutional supremacy, as an example of the good governance and government development; notwithstanding, in over twenty seven years, the Judiciary, on very few occasions, has declared a statutory law not applicable, which proves the reluctance to exercise this authority. Constitutional control is a complex task and judges avoid it due to all different implications that could result from their decisions. Additionally, the assumption indicated by the Constitutional Court regarding “clear incompatibility” would probably be one of the reasons influencing limited control enforcement, because no regulation turns out to be clearly non constitutional or vice versa at the sight of a good assessor. It results in an uncertain, unfeasible, and subjective concept, which does not limit or serve as reference for a judge to perform the control conferred on him by the Constitution and the Law.

Key words: Constitutionality Control - Diffused control.

Sumario

El ejercicio del control de constitucionalidad por los jueces peruanos.

* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima - Poder Judicial de Perú. Profesor de la Universidad Particular San Martín de Porres y la Academia de la Magistratura.

Un Estado con vigencia plena de la teoría de supremacía constitucional sería un Estado ideal, no tendría problemas constitucionales, judiciales y sociales, sin embargo, aún cuando dicha teoría es universalmente aceptada y unánimemente respaldada, su realización vivida resulta deficiente, razón por la que los mecanismos de control de constitucionalidad adquieren singular importancia ya que contribuyen directamente en el soporte efectivo de la mencionada teoría, de manera tal que en la medida que los controles de constitucionalidad funcionen, los estados serán más viables, probablemente mejor desarrollados y la vigencia de los derechos tiene mayor equilibrio. No es nuestro propósito evaluar la supremacía constitucional ni los mecanismos de control de constitucionalidad, sería mucha pretensión, sino únicamente referirnos al ejercicio disminuido de esta atribución por parte de los jueces peruanos.

Los sistemas de control de constitucionalidad, pueden abarcarse desde dos perspectivas diferentes, pero coherentes y complementarias, una vertiente política¹ (desarrollado por entidades políticas y sobre argumentos esencialmente políticos) y otra jurídica, (en manos de órganos jurídicos fundamentalmente y sobre razones jurídicas esencialmente), igualmente importantes las dos, inescindibles, necesarias, complejas, lo que nos determina, en este caso, referirnos al ejercicio de esta potestad por parte de la función judicial del Estado, atribución al parecer venida a menos por factores diversos.

Kelsen cuando desarrolla la teoría para justificar la existencia de las Cortes Constitucionales², señala que los jueces resultan ineficaces en el control de constitucionalidad³, ya sea por excesiva carga procesal, por falta de interés en esta atribución, o simplemente por desidia e inclusive por incapacidad y falta de tradición. Ha transcurrido casi un siglo y el control de constitucionalidad por parte de los jueces no ha cambiado sustancialmente y es probable que se haya estancado o tal vez retrocedido en vista del desarrollo que han tenido algunas cortes constitucionales, como en nuestro caso, aspectos que evaluaremos dentro de las limitaciones de espacio que circunscriben artículos en una revista de esta naturaleza. En el sistema anglosajón, donde no han tenido cabida las cortes constitucionales, la función judicial del Estado sigue ejerciendo hegemonía en el control de constitucionalidad.

Si preguntamos cuántas veces en el Perú, los jueces han inaplicado una norma legal por inconstitucional, la respuesta es obvia⁴, pues en algo más de veintisiete años el Poder Judicial en poquísimas ocasiones declaró inaplicable una norma legal⁵, lo que demuestra de manera palmaria la renuencia al ejercicio de esta atribución, salvo que admitan que todas las demás normas resultan constitucionales, lo que resulta cuando menos discutible, más aún

si tenemos en cuenta que el Tribunal Constitucional (en adelante TC), ha declarado muchas normas inconstitucionales.

Evidentemente no es cuestión cuantitativa la materia, a mayor número de inaplicaciones normativas el ejercicio de la atribución es bueno y viceversa, no discurrimos por ese facilismo, aun cuando esta perspectiva, en un país como el nuestro, donde los que tienen potestad normativa y detentan poderes dentro de la administración pública, tienen la tendencia de invadir fueros constitucionales directa o subrepticamente y peor aún si nos damos cuenta que el desarrollo de los derechos fundamentales ha puesto en tela de juicio muchas normas legales de carácter sustantivo y procesal que en ocasiones resultan abiertamente no constitucionales⁶. Pretendemos más bien determinar lo sustancial de la atribución, las razones de tan escasa ejecutoria y de manera irreverente sugerir cuáles son las perspectivas en esta materia trascendental para la función judicial del Estado.

El artículo 138° de la vigente Carta Fundamental reitera a los jueces que deben aplicar la Constitución si una norma es incompatible con ella, es reiteración de lo que establecía el texto constitucional de 1979 y encontramos como antecedente constitucional remoto de la supremacía constitucional el artículo 10° de la Constitución de 1856⁷. Es verdad que esta norma ya no se repite hasta el Código Civil de 1936⁸, debido a que la Constitución de 1870 (la de mayor duración), elimina la primera parte del artículo citado, la de 1920 no reitera el texto de 1856, pero además se incluye en la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 14605, cuyo artículo 8° reitera el concepto.

La Constitución de 1979, con claridad semántica, pero esencialmente con conocimiento trascendental de la materia, después de un debate esclarecedor incluye el control de constitucionalidad judicial a través de la inaplicación normativa⁹. El texto constitucional vigente de 1993 reitera el concepto y adicionalmente la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) (artículo 14°), que siguiendo la noción de no reiterar lo que dice la Constitución la desarrolla, como ocurre con otros artículos, precisando el procedimiento y esencialmente protegiendo el propósito de dicha función de control y el novísimo Código Procesal Constitucional también reitera el concepto a través de su artículo VI del Título Preliminar.

Teniendo en cuenta, la teoría de la dispersión del poder¹⁰, el propósito fundamental que sustenta el ejercicio equilibrado del poder político, la Supremacía de la Constitución y las normas legales descritas, resulta incuestionable que el juez, tiene el poder y debe inaplicar una norma legal contraria a la Consti-

tución, atribución que más allá de la trascendencia jurídica involucra evidentemente un ejercicio de poder real, que contribuye en el control de los excesos de quien detenta el poder y sus decisiones (contenidas en normas legales) resulten conformes con la Constitución, pues finalmente lo que se busca es que también los jueces contribuyan en la preservación de la supremacía constitucional, como referente sustancial del buen gobierno y desarrollo del Estado.

Evidentemente este control implica una tarea compleja, ya que no se refiere a una mera comparación entre lo que dice la norma y lo que fluye de la Constitución, sino que necesariamente requiere de una exhaustiva y cuidadosa evaluación de los propósitos constitucionales con referencia de toda la teoría de la interpretación constitucional y legal y adicionalmente se debe tener como referencia esencial la solución del caso específico y no perder de vista los efectos de la resolución, ya no solo circunscrito al caso específico, sino a la sociedad en su conjunto, de ahí que uno de los factores que influye en la escasísima ejecutoria de control difuso, resulta explicada. Los jueces evitan el control, en razón de las implicancias de toda naturaleza que pueden derivarse de su decisión, por tanto, requiere ponderación, medida, extremo cuidado, información suficiente, tanto doctrinaria, constitucional, como legal y ejecutoria referida al caso, sin dejar de lado las consecuencias de su decisión.

Al puntualizar estos criterios, tengo la sensación que estamos únicamente destacando la labor de los jueces en todas sus decisiones, significa esto que al resolver cualquier asunto sometido a su competencia tienen que hacerlo con todos estos rigores, pero con mayor prestancia y dedicación cuando se trata de un tema de control de constitucionalidad, entonces volvemos a lo que Kelsen señalaba en términos concretos, los jueces no pueden dedicar un tiempo especial para involucrarse en un análisis trascendental de control de constitucionalidad, lo que no justifica su ineficiencia en esta materia, sino que la explica.

Es cierto que el control de constitucionalidad que deben realizar los jueces, tienen determinadas condiciones para su desenvolvimiento, en efecto se exige que la norma en cuestión de constitucionalidad sea fundamental para resolver el caso, pues de otro modo cualquier norma accesoria de aplicación inclusive referencial, podría originar vocación de control y por tanto convertir, eventualmente a un juez, en contralor excesivo de constitucionalidad, con lo que incurre en el mismo o peor defecto de exceso de poder, del que quiere controlar.

Se requiere, por otro lado, que la inconstitucionalidad de la norma sea manifiesta, requerimiento extremadamente subjetivo, que nos obliga a un intenso debate de difícil solución. Los criterios más exigentes dicen que esta inconsti-

tucionalidad manifiesta debe traer como consecuencia que la norma en cuestión, no tiene interpretación constitucional válida, se sustenta este criterio en la presunción de constitucionalidad con la que nacen todas las normas legales y por su puesto en la supremacía constitucional¹¹. Significa que inaplicar una ley, solo será posible si la Constitución dice blanco y la norma dice negro, creo que estos no son los extremos que se pretende, pues resulta más que evidente que las normas legales no pueden tener esa catadura de contravenir abierta y francamente lo que dice la Constitución, por el contrario, muchas normas se “disfrazan” de constitucionalidad y no son “evidentemente” inconstitucionales, que es lo que usualmente origina que su aplicación no solo aparenta resolver el caso dentro de un manto de constitucionalidad, sino que además origina injusticias monstruosas.

Por esa razón es que la evidencia de la inconstitucionalidad, no está referida al lego que discrimine el blanco del negro o el día de la noche, sino que se somete a la capacidad de evaluación del juez, quien con su carga informativa en asuntos jurídicos, su versación doctrinaria, su experiencia, el contexto social, político, económico y en torno del caso específico, descubre aquello que no resulta evidente y plantea la inconveniencia de aplicar la norma en razón de la preferencia constitucional, solo de esa manera cumple razonablemente su rol de juez.

Circunscribir su potestad de control a la mera comparación semántica de la norma y la Constitución o a la simple constatación del texto de ambas normas, no responde a un racional criterio de constitucionalidad o no, sino que siguiendo la teoría de la interpretación normativa y con referencia de la teoría de la interpretación constitucional que en su acepción primaria por ser norma también se somete a las reglas de la interpretación en general, tiene que hacer un esfuerzo hermenéutico y un análisis trascendental, para que la aplicación de la Constitución resulte importante para el caso y resuelva con justicia y equidad.

Estos criterios limitativos, fueron deducidos por el TC¹². después que entró en vigencia la Ley Procesal Constitucional, en efecto cita el TC que el “ejercicio [de control de constitucionalidad] no es un acto simple [nadie sostiene lo contrario] y para que el sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes presupuestos” [agregado nuestro]:

1. Que en el proceso constitucional, el objeto de la impugnación sea un acto que constituya la inaplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3º de la Ley N° 23506);

2. Que la norma a inaplicarse tenga una relevancia directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia; y,
3. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del TC¹³.

Sin lugar a ninguna duda, constituyen estas limitaciones una suerte de advertencia, que al parecer pretenden restringir la potestad judicial del control de constitucionalidad, entendemos que este propósito tiene la finalidad de otorgarle estabilidad al sistema normativo, lo que resulta necesario y correcto, sin embargo, al ya restringido ánimo de los jueces de contribuir en el control de constitucionalidad, se incluye anotaciones que virtualmente descartan en la vocación de los jueces la posibilidad de control pero debemos “interpretar” adecuadamente estos conceptos.

¿Están prohibidos los jueces de interpretar la Constitución?, definitivamente no; por el contrario, para aplicar en la solución de los conflictos sometidos a su competencia, tienen facultad plena de interpretar la Constitución, actividad que se advierte en muchas resoluciones judiciales, donde la aplicación de la norma sustantiva no es meramente semántica, por el contrario es producto de una interpretación suficientemente racional, correcta y adecuada, entonces tenemos un primer elemento de referencia que nos permite aseverar que la interpretación constitucional no es asunto exclusivo del TC o del Congreso, los jueces tienen obligación de interpretar y aplicar la Constitución, tan cierto y evidente es este concepto que antes de la vigencia de las Cortes Constitucionales eran los jueces quienes tenían preponderancia en la interpretación constitucional y en el sistema anglosajón, aún prevalece esta forma de decidir lo que significa la Constitución, con carácter definitivo.

¿Cuando resulta “evidentemente incompatible” una norma con la Constitución?, o ¿qué debemos entender en esos términos? es una cuestión que ciertamente origina un debate extremadamente subjetivo, sutil y de contornos imprecisos, porque en ocasiones lo obvio no resulta tan sencillo de entender¹⁴. En la práctica encontraremos muchas normas “evidentemente incompatibles” a “simple vista” pero analizadas debidamente no tienen esa condición, lo que origina que ese requisito para inaplicar una ley resulta cuando menos cuestionable, sino impracticable y por cierto carente de trascendencia para resolver un conflicto normativo. La teoría de las traslaciones y mutaciones constitucionales en ocasiones nos remiten a la necesidad de interpretar la Constitución

en función de determinada ley que por su trascendencia llena o reemplaza algún vacío o deficiencia de la Constitución, de ahí que no toda norma de apariencia constitucional lo es y viceversa.

Muchas normas a “ojo de buen cubero”, resultan por su textura, por razones semánticas, por apariencia, constitucionales, teniendo como referencia la constitución en una versión también, textual, semántica o simplista y viceversa. Dependerá del “intérprete”, para considerar con seriedad e importancia si la calificación de una norma sobre su constitucionalidad adquiere prestancia y trascendencia o no y los jueces, debo entender, están calificados para hacer ese ejercicio complejo de cuestionar la constitucionalidad de una norma cuando así consideren y fundamenten. Evidentemente lo trascendental del tema no radica en la comparación normativa, sino en la actividad mental que tiene que realizar un ciudadano para concluir si es constitucional o no la norma; entonces hay una diferencia marcada entre lo obvio, lo evidente y aquello que requiere ser analizado y decidir si es o no inconstitucional y según los criterios antes indicados lo evidentemente incompatible, resulta discutible en materia de control de constitucionalidad de normas legales, de ahí la intrascendencia del criterio, porque en materia normativa nada es evidentemente inconstitucional ni evidentemente constitucional, siempre se requerirá un análisis mesurado, ponderado y con elementales criterios informativos y que necesariamente debe contar el intérprete, de este modo lo evidentemente incompatible es indeterminado, indefinido, abstracto, inconsistente y por tanto impracticable.

Tenemos que concluir que no podría cuestionarse a un juez cuando inaplica una ley por no haberlo hecho cuando la norma resulte “evidentemente incompatible” pues la argumentación por su contundencia, por su solidez, por su razonabilidad y por su profundo conocimiento de la materia puede concluir sobre la inconstitucionalidad de una norma que literalmente dice casi lo mismo que la Constitución pero que una sutil diferencia origina ese cuestionamiento de constitucionalidad, que en opinión del juez que aplica dicha norma es evidente, tanto así que lo explica con soltura, con trascendencia, con solidez y descubre ante los demás eso que no es evidente pero que está escondido en un manto de constitucionalidad y sobre todo resuelve de manera ideal el caso concreto en torno del cual se ha analizado la constitucionalidad de la norma con rango de ley.

Debemos reforzar esta idea, afirmando que las normas nunca o rara vez, son “evidentemente incompatibles” con la Constitución, pues normalmente no serían promulgadas, entonces, establecer esta condición normativa para declarar

su inaplicación es virtualmente inviable, ya que las inconstitucionalidades normalmente son sutiles, subrepticias, escondidas, disfrazadas, camufladas, por tanto, requieren debida agudeza del juez para preferir la aplicación de la Constitución en vez de la norma que la contraviene, lo que requiere lógicamente un ejercicio interpretativo cuidadoso y bastante profesional.

Si el juez estuviera limitado solamente a destapar lo que resulta manifiesto, *contrario sensu*, tendría que dejar pasar lo que no es evidente ni manifiesto y limitarse a aplicar la ley aun sabiendo que dicha norma no es constitucional, pero como no es evidente, hacer la “vista gorda” y permitir que se incurra en una injusticia con esa aplicación normativa, claro que no, es su obligación hacer evidente aquello que no lo es o no lo parece, solo de esa manera está ejerciendo plenamente su potestad de control de constitucionalidad.

Probablemente este sea uno de los factores que influyen en la escasa ejecutoria de control que ejercen los jueces y es necesario vencer estas reticencias y hacer justicia aplicando la Constitución, contribuye ello a la respetabilidad de la función judicial del Estado y revalora una potestad trascendental en la actividad judicial que no solo contribuye en el buen ejercicio de la función jurisdiccional propiamente dicha, sino en el racional equilibrio de las funciones del poder.

Reforzamos este criterio con evidencia incuestionable, puesto que si la norma legal fuera “evidentemente incompatible” con la Constitución, los criterios judiciales tendrían que ser los mismos, pues lo evidente no es solo para uno, sino para todos, entonces, podría resultar inclusive innecesaria la consulta a la que se refiere el artículo 14º de la LOPJ¹⁵ para revisar y evaluar si la inaplicación resuelta por un juez es correcta o no, lo que indudablemente se plantea precisamente en razón del margen de debate que puede originar dicha decisión, por su naturaleza, su trascendencia y su complejidad, de manera tal que, reiteramos, ninguna norma resulta evidentemente no constitucional o viceversa a la vista del buen evaluador.

Para mayor solidez, tenemos que indicar que el mismo TC ha dejado abierta la posibilidad para que una norma discutida en su constitucionalidad ante el TC y declarada constitucional por este órgano máximo de control constitucional, puede ser inaplicado por un juez en un caso específico¹⁶, lo que nos remite a considerar que esta norma siendo evidentemente constitucional en abstracto, por que así lo ha considerado el TC puede ser sometido a análisis en torno al caso concreto y pueda ser inaplicado por un juez en torno de un caso específico, puesto que la norma declarada constitucional, no tiene carácter

“más” constitucional que el resto de las normas, esto es, su constitucionalidad no ha sido reforzada, sino que sencillamente tiene la misma trascendencia que cualquier otra norma que viene premunido de la presunción de constitucionalidad y por tanto el margen de discusión de su constitucionalidad se mantiene incólume y por tanto discutible planteado en el caso concreto¹⁷. Se puede derivar de esta evaluación que para inaplicar una norma en las condiciones descritas el juez no tiene evidencia de la incompatibilidad de la norma, por el contrario, tendría evidencia de compatibilidad, pero aun así puede discutir esa “evidencia” y opinar lo contrario, no estando prohibido igualmente de discutir la constitucionalidad de una norma que no resulta “evidentemente incompatible” con la Constitución, es una cuestión meramente relativa, sujeta a control y decisión en función de la atribución constitucional que tiene la función judicial¹⁸.

Decir que solo puede inaplicar cuando hay evidente incompatibilidad, en suma no significa nada, no constituye limitación ninguna a la potestad de control del juez, en realidad es un concepto y contexto incierto, invariable y absolutamente subjetivo que no delimita ni sirve de referencia para que el juez efectúe el control que le atribuye la Constitución y la ley¹⁹.

Por otro lado, ¿resulta válido que el TC, en el conocimiento de un caso de su competencia²⁰, disminuya o restrinja las atribuciones que la Constitución otorga?, literalmente sí, pero teórica y racionalmente no, veamos el por qué. El texto constitucional reiterativo es claro: “Juez si encuentras incompatibilidad entre la norma y la Constitución, aplica la Constitución”, ese es el criterio básico, de ahí se deriva que al no aplicar la ley, está controlando la constitucionalidad de dicha norma, es una atribución y potestad que tiene la tendencia de favorecer la vigencia de la supremacía constitucional, propicia que los jueces no permitan vulneraciones a los derechos constitucionales y por cierto con mayor razón, que ellos no violen ningún derecho fundamental, entonces esa tendencia puede ser restringida y disponerse que el juez solo haga este ejercicio funcional cuando la incompatibilidad es evidente, creemos que no, tiene que hacerlo cuando las circunstancias del caso así lo requieren, siempre estando de por medio una cuestión de constitucionalidad, entonces la atribución de control judicial que señala el Código Político no puede ser violentado por un órgano constituido limitando esa atribución al mínimo inservible de manera tal que resulte virtualmente impracticable, inútil.

Es verdad que los derechos y las atribuciones no son absolutos, pero los límites que se establece tienen que ser de tal calidad que no impida el ejercicio de la atribución y en este caso, al indicar que la inaplicación solo será cuando

haya “evidente incompatibilidad” se pretende cercenar la atribución de control de los jueces y aparentemente habría surtido efecto esa disminución casi nulificante de una esencial función jurisdiccional, al extremo de hacerla estéril, pues la inactividad en materia de control por parte de los jueces no solo se debe a su falta de tiempo y retractación voluntaria, sino también a limitaciones de este orden que hacen difícil el cumplimiento de esta obligación judicial, dispuesta por la Constitución.

¿Cuál es, finalmente, la importancia de ejercer debidamente esta atribución y por qué tratamos de aclarar los márgenes dentro de los cuales se debe asumir esta prerrogativa? Indicamos anteriormente que el control de constitucionalidad, tiene el propósito último de la prevalencia de la supremacía de la Constitución, que resulta fundamental para el mantenimiento del Estado de derecho y la vigencia plena del constitucionalismo, por tanto, es de singular importancia que los jueces en el ejercicio de su atribución contribuyan a este propósito. Por otro lado, constituye un eficaz mecanismo de equilibrar las funciones del poder estatal, en la medida que contribuye a poner coto a normas legales que contravienen a la Constitución y que al ser aplicados en casos concretos, se hacen evidentes esas incompatibilidades normativas, entonces sirve de advertencia para frenar algunas tendencias excesivas (por encima de la Constitución) en el ejercicio del poder.

También contribuye a hacer plenamente vigente el texto constitucional y encontrar solución a muchos conflictos que no tienen tratamiento específico en las normas legales, estas soluciones resultan acordes con elementales principios que necesariamente están contenidos en la norma fundamental, facilitando de esta manera un ejercicio judicial mas ecuánime y ceñido a condiciones trascendentales de convivencia social que es lo que finalmente previene la Constitución.

Adicionalmente solventa la ejecutoria de los jueces debido a que la argumentación para el caso, desde la perspectiva constitucional siempre trasciende a la argumentación legal, es de mayor jerarquía y otorga mayor amplitud al juzgador para resolver el caso, lo que permite decisiones mas ecuánimes y los efectos son socialmente mejor asimilados, además que contribuyen en la conciencia constitucional.

Por último, utilizar la Constitución por los jueces, constituye un ejercicio necesario que amplía los extremos de la administración de justicia y excluye errores normativos que en ocasiones conducen a “injusticias legales” que contravienen manifiestamente con la labor trascendental del juez.

Debe quedar claro y definido que no estamos propiciando abuso de la potestad de control, pues ese extremo puede resultar igual o más pernicioso que no utilizar esa función, debido a que puede derivar en arbitrariedades judiciales y el efecto más perjudicial es que el sistema normativo del Estado se tornaría inestable y extremadamente inseguro, entonces lo racional es que el uso de esta atribución sea cuando las circunstancias, el caso, y el criterio bien fundamentado lo justifican, pues tampoco se trata de ir utilizando la Constitución cuando no es necesario, en desmedro de la aplicación de normas legales que perfectamente solucionan el conflicto sin colisión constitucional alguna, en esa ponderación y medida radica el buen uso de esta potestad y la solvencia del mismo, ya que puede ocurrir lo que regularmente ocurre con el uso desmesurado e irracional de cualquier institución, que de tanto ser mencionada pierde su importancia y propósitos, en este caso debemos ser especialmente cuidadosos y cautos en precisar que la inaplicación normativa, debe apuntar a solucionar el caso en justicia y descubrir un manifiesto despropósito normativo desde la aplicación concreta, frente a la voluntad constitucional, que no solo está contenida en la textura de la norma, sino en la exposición de motivos, en el carácter sistemático del código integrado, en la tradición, la historia constitucional, la ponderación de derechos, la necesidad de fortalecer los criterios constitucionales ya esclarecidos y sobre todo vigilar el buen y natural sentido de la Constitución que siempre apunta al desarrollo integral del Estado y el bienestar común.

No es bueno caer en la inactividad en materia de control como ha sido manifestado por la Suprema Corte de la República, por ejemplo, cuando elude dicha función, ceñido a la literalidad “absurda” del artículo 14º de la LOPJ²¹ que utiliza el término “sentencias” en vez de “resoluciones” y que cuando se trata de inaplicación en un “auto” no debe ser materia de consulta y por tanto materia de evaluación, pero tampoco es bueno ir al otro extremo que es un activismo innecesario en materia de inaplicación normativa; resulta idóneo solucionar el caso aplicando la Constitución y también la norma porque probablemente hay compatibilidad, pero excepcionalmente descubriremos alguna incompatibilidad que también es obligación mencionarla, aun cuando no haya evidente incompatibilidad.

¹ Todo lo que está contenido en el Código político tiene trascendencia política.

² Entiéndase Tribunal Constitucional.

³ Tenemos que recordar que antes que se “inventaran” las Cortes Constitucionales (Constitución austriaca de 1920) los únicos mecanismos de control de constitucionalidad eran el “político” y el “judicial” y, excepcionalmente un control previo, que se ejercitaba por un Consejo en el caso francés. De estos mecanismos de control, el que más desarrolló y tenía real presencia, era el control judicial que se ejercía en el sistema

Iván Sequeiros Vargas - Ejercicio de control de constitucionalidad
por los jueces peruanos

- norteamericano (judicial review), con creciente éxito pero que en otros países no había adquirido la misma trascendencia, por el contrario, al parecer el sistema solo funcionaba para los norteamericanos, como ocurre hasta la actualidad.
- ⁴ Durante la corta vigencia de la Constitución de 1979 (doce años) y el documento del año 1993 —como lo llama Borea Odría— (15 años), la información documentada que se tiene abarca tres casos.
- ⁵ Inaplicable el artículo 51° del Código Penal (concurso real retrospectivo). Consulta N° 3166-2002 y Consulta N° 3476-2002.
- ⁶ Solo para dar una idea, el proceso penal sumario es un despropósito constitucional; el artículo 257° del Código de Procedimientos Penales es inconstitucional, etc.
- ⁷ Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los que usurpan funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes.
- ⁸ Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá la primera.
- ⁹ Es preciso informar que el texto inicial de dicha norma solo pretendía la opción de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC por parte del juez que encuentre incompatibilidad entre una norma y la Constitución.
- ¹⁰ Teoría de separación de poderes (artículo 43° último párrafo)
- ¹¹ Se ha normativizado este concepto en la segunda disposición final de la Ley Orgánica del TC que señala que la inaplicación de las normas por parte de los jueces, solo es viable, cuando por vía interpretativa es imposible una adecuación de la norma al orden constitucional.
- ¹² Casos números: 145-99-AA/TC; 1109-2002-AA/TC; 410-2002-AA/TC, entre otros.
- ¹³ Los jueces y tribunales solo inaplican disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional, segunda disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- ¹⁴ Buscamos explicaciones prácticas que nos aclaren el panorama. Artículo 26°: Principios que regulan la relación laboral:
En la relación laboral se respetan los siguientes principios:
Igualdad de oportunidades sin discriminación. Las normas militares y policiales dicen que para ingresar a dichas fuerzas se requiere medir más de un metro setenta. Comparando las normas podemos concluir fácilmente que hay incompatibilidad evidente, pues cómo una norma puede preferir solo a los que tienen determinada estatura, cuando la Constitución dice que no se debe discriminar. Cualquier persona racionalmente explicará y fundamentará el por qué dicha norma puede no ser incompatible con la Constitución, pero una mera comparación bajo el rubro de la incompatibilidad resulta más que evidente, entonces llegamos al mismo punto, afirmar si una norma es o no incompatible requiere necesariamente un ejercicio mental complejo que en nuestros términos se denomina interpretación, que es la única forma de establecer si una norma es o no constitucional.
- ¹⁵ Debemos destacar que el propósito de la consulta en esta materia, al igual que la consulta cuando se declara fundada una acción popular, aun cuando no se haya impugnado, tiene el especial énfasis de destacar que no se trata solo de una actividad jurisdiccional, sino que trasciende esa función e ingresa en el complejo ámbito de evaluar si las normas (en esencia decisiones de quienes detentan márgenes de poder importantes en el Estado) son válidas o no desde la perspectiva constitucional y el pronunciamiento de la máxima instancia del Poder Judicial, precisamente otorgará solvencia a esa apreciación, indicando que ya no es la opinión de un juez o una sala en el caso concreto y que se han enterado además del juez, las partes, sino de un acto judicial de ejercicio de poder de gobierno a través del control de una norma legal, o visto al revés, a través de la prevalencia de la Constitución. Allí radica la importancia de la consulta.
- ¹⁶ Acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 25202, Ley de la Bolsa de Trabajo, de fecha 13 de agosto de 1990, interpuesta por el Ministerio Público, el mismo que fue declarado constitucional.
- ¹⁷ La demanda de amparo presentada por CAPECO casi simultáneamente a la inconstitucionalidad de la norma, pedía la inaplicación de la citada Ley N° 25202. La Corte Superior de Lima, en marzo de 1991, declaró inaplicable la citada norma legal bajo el argumento que dicha norma es inconstitucional.
- ¹⁸ Admito que el asunto tiene varias vertientes y el debate es rico y muy interesante; para mayor ilustración revisar “relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, artículo publicado en la revista *Gaceta del Tribunal Constitucional*. N° 2. Abril-junio. Lima: Gaceta Jurídica, 2006.
- ¹⁹ Revisar a Carpio Marcos, Edgar. *Control difuso e interpretación constitucional*. Módulo 4 del curso de formación Código Procesal Constitucional – Academia de la Magistratura. Lima, 2004.
- ²⁰ Control de constitucionalidad abstracto en base a una acción de inconstitucionalidad.
- ²¹ El citado artículo tiene tres partes, en el primer párrafo se indica “[...] de conformidad con el artículo 236° (se refiere a la Constitución de 1979), cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión

Iván Sequeiros Vargas - Ejercicio de control de constitucionalidad por los jueces peruanos

de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad entre su interpretación de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelve la causa con arreglo a la primera". Destacamos fallar el fondo de la cuestión, no se refiere necesariamente a sentencias, sino a resolver el fondo bajo cualquier forma resolutive. Y la segunda parte de la norma dice: "[...] las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias de segunda instancia en las que se aplique el mismo precepto, aun cuando contra estas no quepa recurso de casación". De esta literalidad "sentencia" es que se basó la Suprema Corte para no evaluar la inaplicación normativa, porque la consulta se trataba de un "auto". Esta manera de evaluar no toma en cuenta la importancia del rol judicial en el control de constitucionalidad, debido a que reduce esta actividad a una intrascendencia espantosa, al no percatarse que inaplicar una norma por colisión con la Constitución no tiene que ver con sentencias o no sentencias, sino que va mucho mas allá, se trata, conforme queda claro, de evaluar si los órganos legislativos, han expedido una norma con rango de ley, dentro del marco constitucional o no y la consulta a la Suprema Corte tiene la importancia de convalidar esa decisión judicial (o descartarla) a fin de advertir al órgano legislativo que en opinión ya no solo del juez, sino del Poder Judicial, hay una norma que resulta incompatible con la Constitución, de esta manera se propicia todos los fines que tiene el trascendental asunto del control de constitucionalidad.

INFORMÁTICA Y JUSTICIA EN EL PERÚ

EDGARDO TORRES LÓPEZ*

Resumen

El desarrollo de la tecnología informática, alcanza todos los ámbitos del conocimiento y la acción humana, la justicia no es la excepción; la informática judicial posibilita que juzgados de determinadas especialidades abarrotados con expedientes físicos, se conviertan en juzgados modernos que imparten justicia con el sustento de expedientes virtuales, en los que predomina, la oralidad, la calidad y el tiempo oportuno.

El Poder Judicial de Perú, así como otros países latinoamericanos, progresivamente se encamina a ese objetivo, con los avances realizados en notificaciones electrónicas y video audiencias.

Palabras clave: Informática judicial - Informática de gestión - Video audiencia.

Abstract

Information technology development extends over all knowledge areas and human action. Justice is not an exception. Legal information technology facilitates specific court areas packed with physical files to become modern courts, administering justice using virtual files, where orality, quality and proper time stand out.

The Peruvian Judiciary, as well as that of other Latin American countries, is heading towards this goal progressively, by the progress made in electronic service of process and video hearings.

Key words: Judicial information technology - Management information - Video hearing.

Sumario

1. Antecedentes. 2. Informática judicial. 3. Video audiencias. 4. Video audiencias en el Perú. 5. Base legal. 6. Resolución de video audiencia judicial. 7. Otras video audiencias realizadas.

* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte - Poder Judicial de Perú.

1. ANTECEDENTES

La tecnología es el conjunto de conocimientos técnicos, sistemáticamente organizados, que se acrecientan con la inteligencia y esfuerzo humano y se perfeccionan constantemente con el desarrollo de la sociedad.

Uno de los sorprendentes avances de la tecnología es la video conferencia, que permite la comunicación a cualquier parte del mundo en forma inmediata, viendo y oyendo al interlocutor.

Actualmente es posible efectuar por internet¹ transferencias de datos, imágenes, sonidos, vídeos, así como su reproducción y almacenamiento, en forma automática.

Asimismo, continúa desarrollando la transmisión a distancia de imágenes en tercera dimensión como si fueran reales.

Adicionalmente es común el uso de teléfonos celulares, para la comunicación con cualquier lugar del mundo; todos estos avances se relacionan con la informática.

2. INFORMÁTICA JUDICIAL

La informática judicial es la aplicación de los sistemas electrónicos y telemáticos que posibilitan la información automática, en las actividades judiciales.

La informática judicial, constituye parte del proceso de modernización de la justicia; usando medios tecnológicos que generan nuevos sistemas de administración, gestión y decisión; redes de interconexión nacional e internacional; bases de datos; expedientes electrónicos; reconstrucción virtual de casos, control biométrico de firmas de sentenciados y procesados; digitalización de archivos; video audiencias y otros.

La informática judicial consiste en el aprovechamiento pleno de los recursos electrónicos y telemáticos, mediante el uso de redes (internet, extranet, intranet) para la solución de procesos, en la comunicación, la información, organización y decisión respectiva.

El conocido empresario Bill Gates en el libro "Los negocios en la era digital", expresa: "en el Poder Judicial, los sistemas de control de flujos de trabajo basados en PC han hecho posible que los tribunales de Estados Unidos y Canadá pasen los sumarios al procedimiento electrónico. Por ejemplo en el Condado

de León (Florida) existe un sistema por el cual las partes pueden iniciar causas directamente vía e-mail, transfiriendo todos los escritos al sistema de gestión electrónico y recibiendo a vuelta de e-mail el número de sumario. Atendiendo además que muchas actas judiciales son documentos públicos, el Condado quiere situarlos en la red para información de las partes y del público”.

Asimismo en Panamá, la justicia comercial usa el expediente electrónico; igual ocurre en algunos estados de Brasil.

En el Poder Judicial de Perú, progresivamente se ha empezado a usar la informática de gestión, en el desarrollo de la justicia, en lo que se refiere a notificaciones electrónicas, video audiencias, firmas biométricas; en un futuro próximo se logrará como meta el expediente virtual, en procesos no contenciosos, caso de reconocimiento de sentencias expedidas en el extranjero (*exequatur*), que podrán ser planteados directamente por internet.

3. VIDEO AUDIENCIAS

La video audiencia como sistema de comunicación interactivo, permite la transmisión simultánea de imagen, sonido y datos, posibilitando una comunicación bidireccional plena en tiempo real. Es decir, hace realidad la reunión de diferentes personas ubicadas geográficamente en lugares diferentes y distantes entre sí. En otros términos, la video audiencia es un instrumento técnico que permite, lo que la doctrina italiana denomina “proceso a distancia”, en el que la práctica de la prueba (testifical, pericial, etc.) se realiza sin la presencia física del testigo, perito, acusado ante la sede del juzgado instructor o tribunal; pero sí con su imagen y voz desde la distancia en tiempo real, cumpliendo los principios de inmediación, eficacia, economía, celeridad y justicia oportuna.

De otro lado, las video audiencias posibilitan una actuación directa, sin necesidad de mandatos y poderes por escrituras públicas o consulares; genera la integración judicial entre autoridades y ciudadanos peruanos residentes en diversos países del mundo; finalmente, contribuye a lograr celeridad procesal, eficacia, justicia y principalmente un notable ahorro de costos económicos, de esfuerzos y de tiempo.

4. VIDEO AUDIENCIAS EN EL PERÚ

La Corte Superior de Lima Norte fue la primera en el Perú que utilizó internet en el desarrollo de video audiencias en procesos judiciales; posteriormente han seguido con éxito, las Corte Superior de Justicia de Huaura. Un breve recuento histórico es el siguiente:

El Sexto Juzgado de Familia de Lima Norte, que dirigía el doctor Luis Alberto Salinas Bernal, el día 15 de diciembre de 2006, en el Expediente N° 2311-2005, efectuó la primera video audiencia, con la intervención virtual de una demandada, residente en los Estados Unidos de Norteamérica, en un caso de adopción de un menor. Dicho acto fue un hecho histórico sin precedentes en la administración de justicia y abrió el camino para el uso regular del video en las audiencias judiciales en asuntos de derecho de familia, para evitar el desplazamiento nacional e internacional de numerosos justiciables en casos vinculados a dicha materia.

5. BASE LEGAL

- Ley N° 27419, del 25 de enero de 2001, Ley sobre Notificación por Correo Electrónico. Modifica los artículos 163° y 164° del Código Procesal Civil, notificación de los procesos judiciales por correo electrónico.
- Ley N° 27444, del 10 de abril de 2001, Ley de Procedimientos Administrativos Generales, artículo 20°, autoriza el uso de correo electrónico.
- Ley N° 27291, del 23 de junio de 2002. Modifica los artículos 141° y 1374° del Código Civil; así mismo, añade el artículo 141-A, permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica.
- D.S. N° 060-2001-PCM (01 de junio de 2001). Dispone que es necesario el uso de nuevas tecnologías con la finalidad de modernizar la administración pública para brindar a la ciudadanía mejores servicios y una mejor imagen del Estado.
- Carta de derechos de las personas ante la justicia en el ámbito judicial iberoamericano:

Artículo 22°: todas las personas tienen derecho a comunicarse con los órganos jurisdiccionales a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos con arreglo a lo dispuesto en las leyes procesales.

- a) Los poderes públicos impulsarán el empleo y aplicación de estos medios en el desarrollo de la actividad de los órganos jurisdiccionales así como en las relaciones de esta con todas las personas.

- b) Los documentos emitidos por los órganos jurisdiccionales y por los particulares mediante medios electrónicos y telemáticos, en soportes de cualquier naturaleza, tendrán plena validez y eficacia siempre que quede acreditada su integridad y autenticidad de conformidad con los requisitos exigidos en las leyes.
- Resolución de Presidencia N° 252-2005-CSJCNL/PJ; Corte Superior de Justicia de Lima Norte. Inicio del plan piloto de notificaciones electrónicas en las salas civiles de esta sede.

6. RESOLUCIÓN DE LA VIDEO AUDIENCIA JUDICIAL, SEXTO JUZGADO DE FAMILIA

RESOLUCIÓN NUMERO ONCE

Independencia, diecinueve de enero del año dos mil siete.

Expediente N° 506-2005

Los artículos 163° y 164° del Código Procesal Civil, autorizan el uso de las notificaciones electrónicas y otros medios tecnológicos; ello concordado con el artículo V del Título Preliminar del Código acotado, que a la letra dice: Las audiencias y medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad, debiendo actuar con celeridad procesal. Así mismo debe tenerse presente lo prescrito en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil que indica “[...] el juez adecuará la exigencia de las formas, al logro de los fines del proceso; también debe tenerse presente lo establecido en el artículo 22° de la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, (México 2002) que establece: Todas las personas tienen derecho a comunicarse con los órganos jurisdiccionales a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medio telemáticos con arreglo a lo dispuesto en las leyes procesales. Por tanto estando a lo solicitado y al amparo de las normas citadas. **SE RESUELVE: AUTORIZAR LA VIDEO AUDIENCIA** solicitada por la apoderada de los adoptantes, debiendo cumplirse con notificarlos a su correo electrónico para que participen por dicho medio en la fecha fijada para la audiencia, debiendo comunicarse a la Oficina de Administración para que brinde el apoyo logístico necesario. Notifíquese”.

7. OTRAS VIDEO AUDIENCIAS REALIZADAS

En agosto y noviembre de 2008, la Segunda Sala Civil de Lima Norte, que integraron en ese año los magistrados Edgardo Torres López, Hilda Huerta Ríos, y José Aliaga Rengifo, con el apoyo de la relatora Vilma Orozco Cruz y el asistente Javier Cadillo, realizaron dos video audiencias, en procesos de reconocimiento judicial de sentencia extranjeras *exequatur* (sentencias de divorcio expedidas, en Japón y Venezuela).



LUIS ALBERTO SALINAS BERNAL
JUEZ (S)
SEXTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL
CONO NORTE DE LIMA

Robinson Falcón
Secretario

En diciembre de 2008, María Zapata Jaén, Juez del Segundo Juzgado de Familia de Lima Norte, efectuó una video audiencia en un proceso de familia para recibir la declaración de un testigo.

Asimismo, en marzo de 2009, Jessica Campos Martínez, Jueza del Segundo Juzgado Penal de Lima Norte, mediante videoconferencia tomó la declaración de un testigo que se encuentra en la ciudad de Madrid, España, como parte de un proceso judicial por delito contra el pudor.

En junio de 2009, Carlos Humala Trigoso, Juez de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Huaura, sentenció por video audiencia, a Milagros Rosalina Pablo Olórtegui ciudadana peruana residente en Milán, Italia; por los delitos de estafa y asociación ilícita para delinquir en agravio de la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

La condena que impuso fue 3 años de pena privativa de la libertad suspendida; con un periodo de prueba de dos años; se fijaron reglas de conducta. Asimismo impuso cinco mil soles (S/. 5,000.00) de reparación civil; el incumplimiento de la sentencia puede dar lugar a pena privativa de la libertad efectiva.

La sentenciada Milagros Rosalina Pablo Olórtegui manifestó su conformidad con la resolución judicial; el asesor legal de la ONP, apeló el monto de la reparación civil fijada. La video audiencia duró 40 minutos. El fallo fue dictado en virtud de la Resolución N° 25 de la Corte Superior de Justicia de

Huaura que aprobó el acuerdo de Terminación Anticipada suscrito entre la Fiscal Janine Roxana Salazar Cotrina, la procesada Milagros Rosalina Pablo Olórtegui y su abogado Manuel Villacorta Pérez.

Esa fue la primera video audiencia penal realizada en la Corte Superior de Justicia de Huaura, en la que rige el nuevo Código Procesal Penal desde el 1 julio de 2006, que propugna un sistema acusatorio oral.

Como se aprecia, los jueces del Perú, están usando con mayor frecuencia, la tecnología informática y las video audiencias para agilizar y hacer viables los procesos judiciales, lo que constituye una esperanza para el desarrollo, celeridad y eficacia de la administración de justicia.

¹ Internet es un concepto que proviene del idioma inglés *interconnected*, interconectados, y net de network, red. Es una gran red de ordenadores de alcance mundial; sirve para las comunicaciones, negocios, disciplinas y en general para toda actividad del quehacer humano.

ACCESO A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

MARIANELLA LEDESMA NARVAEZ*

Resumen

Desde una visión clásica de la jurisdicción contencioso administrativa, ésta se halla orientada a conocer todas aquellas pretensiones deducidas por los administrados contra los actos de la administración pública sujetos al derecho administrativo; sin embargo, esta tradicional concepción se ha venido superando a favor de concebirla como vía para una verdadera y adecuada tutela jurisdiccional efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a cualquier acto ilícito de la administración pública, lo que ha generado el incremento del traslado de la discusión de sede administrativa a sede judicial, en atención a que las pretensiones contenciosas no están en función del acto administrativo ni tampoco están condicionadas al contenido de dicho acto, y por tanto, el centro de gravedad en el contencioso administrativo ya no es el acto administrativo en sí, sino los intereses subjetivos de los ciudadanos que se enfrentan a la administración pública.

Palabras clave: Jurisdicción contencioso administrativa – Tutela jurisdiccional efectiva – Silencio administrativo.

Abstract

In classical terms, the administrative-adversary jurisdiction is aimed at hearing all claims filed by claimants against acts of the government administration subject to Administrative Law. However, this traditional concept has been superseded in favor of conceiving it as a channel for a true and suitable effective jurisdictional protection of the legitimate rights and interests of citizens facing any unlawful act committed by the government administration. This fact has produced an increase in the transfer of discussion from the administrative venue to the judicial venue, since adversary proceedings do not refer to administrative acts nor are they conditioned to the contents of said acts and consequently, the center of gravity in the administrative adversary dispute is no longer the administrative act itself but the subjective interests of the citizens that confront the government administration.

Key words: Administrative-adversary jurisdiction – Effective jurisdictional protection – Administrative silence.

Sumario

1. Introducción. 2. Naturaleza y características del proceso contencioso administrativo. 3. El silencio administrativo administrativo y la potestad jurisdiccional. 4. La tutela jurisdiccional efectiva de los derechos de los administrados – Tendencias actuales en el distrito judicial de Lima. 5. Conclusiones.

* Juez Civil Supernumerario de Lima – Poder Judicial de Perú. Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha sostenido que la jurisdicción contencioso administrativa conoce de las pretensiones que se deduzcan en relación a los actos de la administración pública sujetos al derecho administrativo y las disposiciones reglamentarias. Esto llevaba a destacar el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, se afirmaba que, la jurisdicción debía ceñirse a las cuestiones resueltas por el acto previo de la administración, sin que sea posible variar las pretensiones formuladas en vía administrativa, toda vez que la jurisdicción debe examinar el acto previo, para analizarlo a la luz del ordenamiento jurídico.

Bajo ese marco se entendía el carácter revisor del contencioso que suponía que los jueces tenían que limitarse a enjuiciar la validez del acto impugnado y debían hacerlo, además, bajo la pausa previamente establecida en la fase administrativa, como si se tratase de un recurso de impugnación contra una sentencia. Esto implicaba que no se podían pronunciar sobre cuestiones no planteadas formalmente en la vía administrativa o respecto de las que la administración no se hubiese pronunciado expresamente, ni se podía practicar prueba salvo para revisar la practicada en el expediente administrativo. El carácter revisorio estaba limitado al contenido del acto administrativo impugnado, caso contrario, suponía una invasión de la competencia de la actividad administrativa. Había un privilegio en la administración que le permitía exigir que cualquier discrepancia con sus decisiones se ventile en sede administrativa ante sus propios órganos jerárquicos superiores, como condición previa a la interposición de la demanda judicial. Esta especial condición se distorsionaba por una práctica orientada a dilatar el agotamiento de la vía administrativa, de tal manera que se evitaba que la decisión cause estado, limitando así el derecho a hacer valer la tutela judicial efectiva. En otras palabras, bastaba que la actividad administrativa no sea diligente en su pronunciamiento para que toda la secuencia del procedimiento se paralizara y con mayor razón el control jurisdiccional no prospere.

La tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, ha sido superada –pero no abandonada– para abrir definitivamente las puertas a cualquier comportamiento ilícito de la administración. Ahora bien, no es que se haya desterrado la revisión por completo de la esfera de la actividad jurisdiccional, sino que se admite la posibilidad de que también se brinde tutela al particular de situaciones jurídicas del cual es titular. Esto evidentemente ha tenido una repercusión sobre el proceso contencioso administrativo, que como señala

Priori¹ “ha sufrido un importantísimo desarrollo en su concepción, pues, se ha pasado de un proceso en el cuál solo era posible que el órgano jurisdiccional realice una revisión de legalidad del acto, como expresión del sistema francés de “exceso de poder”, a un proceso contencioso administrativo que brinda una tutela efectiva a situaciones jurídicas de los justiciables, es decir, una real y efectiva tutela, la misma que va más allá del solo control de legalidad del acto administrativo”.

La necesidad de que antes de acudir a dicha jurisdicción exista un acto administrativo, no significa que se haya querido concebir a la jurisdicción contencioso administrativa como una segunda instancia; por el contrario, se sigue un auténtico proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la parte actora por razón de un acto administrativo, la misma que no puede quedar condicionada por el contenido del acto objeto de impugnación, porque de lo contrario, la administración podría limitar u obstaculizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y en consecuencia, basta el hecho que la administración haya tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del tema discutido para que se estime cumplido el principio de contradicción y, en consecuencia, debe el juez en lo contencioso resolver el fondo del asunto, siempre que existan elementos de juicio suficientes para ello. En otras palabras, la intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, supone ofrecer a la administración la posibilidad de pronunciarse sobre las cuestiones planteadas, y nada más. Si la administración no se pronuncia, o no lo hace sobre todas las cuestiones, ello no debe limitar el debate procesal en vía jurisdiccional. Lo único que se exige, es que a la administración, previamente a lo jurisdiccional, se le haya dado la oportunidad de resolver las mencionadas pretensiones en sede administrativa. Ante ello, en el proceso contencioso administrativo se pueden plantear dos tipos de pretensiones, la de anulación o de nulidad y la plena jurisdicción.

En conclusión, la visión clásica de la jurisdicción contencioso administrativa se orientaba a conocer de las pretensiones que se deducían en relación a los actos de la administración pública sujetos al derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias. De ahí que el carácter revisor del contencioso-administrativo, asume como regla general, ceñirse a las cuestiones resueltas por el acto previo de la administración, sin que sea posible variar las pretensiones formuladas en vía administrativa, toda vez que –como se ha dicho– la jurisdicción debe examinar el acto previo, para analizarlo a la luz del ordenamiento jurídico²; sin embargo, esta tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo –entendido como una revisión judicial de actos administrativos previos– se ha superado para abrir

las puertas del contencioso administrativo frente a cualquier comportamiento ilícito de la administración.

2. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El proceso contencioso administrativo tiene una base constitucional en el artículo 148° de la Constitución del Estado, que reproduce la vieja regulación del artículo 240° de la Constitución de 1979. Textualmente dice el artículo 1481° de la Constitución: “Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”.

De su redacción se puede colegir el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, emitiendo el aparente mensaje de que dichos procesos deberían limitarse únicamente a la revisión judicial de los actos administrativos; sin embargo, no se debe olvidar que el proceso contencioso administrativo expresa la función jurisdiccional del Estado y como tal viabiliza el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 139.3 de la Constitución; no obstante, todavía se encuentran algunos pronunciamientos judiciales que sostienen que para que pueda prosperar una pretensión siempre es necesaria la existencia previa del acto administrativo y que aquella se deduzca precisamente en relación al mismo, pues, la lectura literal del artículo 148° de la Constitución así lo establece.

En contraposición a ello, Huayapa³ afirma que el proceso contencioso administrativo es un medio jurisdiccional destinado a brindar tutela a los derechos subjetivos del ciudadano y de su posición central en el ordenamiento jurídico; este proceso es parte de los postulados del Estado de derecho, en la medida que constituye un instrumento destinado a efectivizar el control interorgánico de la administración pública; y es un medio que permite garantizar la tutela judicial efectiva frente a todo acto del poder administrativo que vulnere o dañe un derecho subjetivo o un interés legítimo de un sujeto de derecho. En esa misma línea aparece la opinión de Priori⁴ “si la Constitución de 1993 consagraba el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el proceso contencioso administrativo no solo debía procurar el control del acto administrativo, sino que debía brindar una efectiva tutela a las situaciones jurídicas de los particulares”.

Por nuestra parte sostenemos que la constitucionalidad del contencioso administrativo no se satisface en la mera lectura del artículo 148° de la Cons-

titución, que afirma el carácter revisorio —a través de la impugnación— de la jurisdicción contencioso administrativa, sino en una apreciación de otros referentes como el derecho a la tutela judicial efectiva, la misma que no puede ser comprometida y obstaculizada mediante la imposición de formalismos enervantes o acudiendo a interpretaciones de las normas que regulan las exigencias formales del proceso claramente desviadas del sentido propio de la tutela judicial; además, las normas reguladoras de los requisitos procesales deben interpretarse siempre en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones, pues, el acceso a la jurisdicción no debe limitarse por formalidades procesales, ellas han de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo pretendido y no han de afectar al contenido esencial del derecho.

Hay que afirmar el carácter accesorio o instrumental del acto previo en el proceso contencioso administrativo frente al carácter principal y determinante de la pretensión procesal. En opinión de García⁵, “el proceso contencioso administrativo ya no puede ser concebido como un cauce jurisdiccional para la protección de la sola legalidad objetiva o, si se prefiere, como un proceso al acto, sino, fundamentalmente, como una vía jurisdiccional para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de la administración y de los administrados; no tiene por qué tener siempre un carácter exclusivamente revisor”⁶.

Para Priori⁷, la nueva visión del contencioso administrativo tiene cuatro notas caracterizadoras: “i) tiene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como el eje central de su contenido; ii) propicia un proceso contencioso administrativo tuitivo a favor de los particulares; iii) establece un proceso contencioso administrativo de “plena jurisdicción” o “subjetivo”; pues, predica un control jurisdiccional pleno de los actos administrativos que no se restringe a su solo control de legalidad, sino un control que supone brindar una efectiva tutela a los derechos e intereses de los administrados; iv) concibe al proceso contencioso administrativo como un proceso distinto y autónomo respecto del proceso civil, pues, la naturaleza de los conflictos que está llamado a resolver es absolutamente distinta a la naturaleza de los conflictos que está llamado a resolver el proceso civil”.

Aun más, los detractores de esta visión del contencioso administrativo afirman que la falta de un previo planteamiento en la vía administrativa provoca indefensión de la administración, sin embargo, la indefensión se afirma cuando se priva al interesado de la posibilidad de impetrar la protección jurisdiccional de sus derechos o intereses mediante la apertura del adecuado proceso o de realizar dentro de dicho proceso las adecuadas alegaciones y

pruebas o, finalmente, cuando se crea un obstáculo que dificulta gravemente las actividades antedichas. No hay indefensión para quien voluntariamente, por sus propios actos, se coloca en dicha posición, como normalmente hace la administración al incumplir el ordenamiento jurídico infringiendo los deberes legalmente establecidos, cual es el de resolver las peticiones que le dirijan los administrados o comunicar los recursos que contra sus resoluciones puedan darse.

En conclusión, sostenemos que el ciudadano ya no tiene que limitarse a reaccionar frente a la actuación administrativa, ni el contencioso administrativo tiene por qué concebirse como un medio de estricto control de la legalidad de aquella actuación. El sistema procesal administrativo debe cambiar su centro de gravedad, hasta ahora determinado por referencia a los actos de la administración y debe configurarse en torno a los intereses subjetivos de los ciudadanos, para lo cual, se pasa por concebir un sistema plural o abierto de pretensiones procesales, que permita afirmar distintas vías aptas para el resarcimiento de las diferentes necesidades de protección jurídica. De forma que, surgido el conflicto, los jueces se limiten a determinar cuál es la concreta necesidad del litigante, cuál su reclamación, cuál en definitiva su pretensión.

La jurisprudencia ha previsto mecanismos para superar los obstáculos que el mantenimiento de esta regla pudiera suponer al pleno ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, como la que aparece en el siguiente caso de remisión de lo actuado a la vía contencioso administrativa, frente a la omisión de la administración en expedir la licencia de funcionamiento solicitada. El Tribunal Constitucional ha dicho:

“Teniendo en cuenta que la recurrente alega haber cumplido con todos los requisitos para obtener la licencia de funcionamiento solicitada, y que, pese a ello, la administración edil de manera arbitraria no expide dicho documento, este Colegiado considera, de conformidad con el criterio vertido en el fundamento N° 7, supra, que la presente demanda debe ser encausada a la vía contencioso-administrativa, la cual, para dirimir la controversia, cuenta con una adecuada estación para actuar los elementos probatorios presentados por las partes”⁸.

Aun más, el Tribunal Constitucional ha establecido que tomando en consideración que la demanda debe derivarse a la vía contencioso administrativa, son aplicables al presente caso, *mutatis mutandis*, las reglas procesales establecidas en los fundamentos N° 53 a 58 de la STC N° 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 12 de julio de 2005⁹.

Estos pronunciamientos nos inducen a reconsiderar la funcionalidad de la vía previa como requisito de procedibilidad. Todas ellas pasan por centrar el objeto del contencioso no en el acto, sino en las pretensiones que se deduzcan en relación con dicho acto, criterio éste mucho más amplio; por lo que se debe colegir que el proceso contencioso administrativo, tiene como razón de ser, garantizar la tutela judicial efectiva a derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, y eso es precisamente lo que da a esta jurisdicción su esencial carácter subjetivo, eliminando de raíz la vieja idea en torno a su naturaleza meramente revisora, pese a que tenga una referencia constitucional al respecto.

3. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LA POTESTAD JURISDICCIONAL

El contenido del acto administrativo no puede condicionar el ámbito de la potestad judicial, por ello una vez que se ha producido en la realidad o en la ficción (a través del silencio administrativo) y cualquiera que fuesen los pronunciamientos de la administración, los jueces tienen vía libre y jurisdicción plena para juzgar todas las cuestiones planteadas.

La práctica habitual de la administración de abstenerse de pronunciarse o de no actuar expresamente, pese a la obligación de resolver, encontró su contrapeso en la ficción jurídica del silencio administrativo, tal y como aparecía regulado en la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) N° 27444 y la Ley de Silencio Administrativo N° 29060.

La ley sustituye por sí misma la voluntad inexistente de la administración, presumiendo que para determinados efectos, dicha voluntad se ha producido y tiene un determinado contenido positivo o negativo. Conforme sostiene el Tribunal Constitucional, el silencio administrativo constituye un privilegio del administrado frente a la administración para protegerlo ante la eventual mora de esta en resolver su petición, pues quien incumple el deber de resolver no debe beneficiarse de su propio incumplimiento¹⁰. Para García¹¹, “a fin que los particulares no resultasen perjudicados por el incumplimiento de la administración de su obligación de resolver, topándose con el acceso a la jurisdicción vedado por faltar el requisito del acto previo, el ordenamiento jurídico articuló un sistema que generalizaba el control jurisdiccional de toda la actividad administrativa expresa o presunta, que consistía, respecto de esta última, en entender desestimadas las peticiones no resueltas o los recursos no contestados en cierto plazo, al efecto de deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso, administrativo o jurisdiccional, según proceda¹².”

Precisamente, uno de los problemas hasta ahora no superados en la administración pública de nuestro país, es la demora para obtener un pronunciamiento de ellos; y en tanto no se logre ese pronunciamiento, la ejecución de la actividad para la cual solicitaba la autorización tendrá que esperar la buena voluntad de la administración con la consecuente afectación económica para quien requiere de ese pronunciamiento previo, como parte del control previo estatal. Frente a ello, la técnica del silencio administrativo, ya consagrada en la LPAG, se presenta como una de las formas para enfrentar la lentitud de la administración pública¹³.

Morón¹⁴ considera que en el ámbito de las relaciones entre el administrado y las entidades públicas, la no manifestación oportuna de voluntad de la entidad (silencio) es considerado un hecho administrativo al cual le sigue un tratamiento de declaración ficta. Así, la discusión no se centra respecto a si la omisión de declaración conduce o no a una declaración de voluntad, como sucede en el derecho privado, sino respecto al sentido de esta declaración de voluntad aparentemente dispuesta por la ley, y respecto a cuáles son los presupuestos básicos para su acogimiento.

En nuestro país, la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, regula esta posibilidad a través del silencio positivo y negativo. El negativo, genera una situación jurídica a favor del peticionante; mientras el positivo, da lugar al nacimiento de un acto administrativo. La ley otorga al silencio administrativo negativo el carácter de un instrumento procesal y al silencio administrativo positivo los efectos de una declaración con el sentido que la ley le atribuye ante el silencio¹⁵.

El silencio negativo consiste en que transcurrido el plazo establecido en la ley para que la administración se pronuncie, el afectado pueda considerar denegado su pedido y acudir a la instancia superior hasta agotar la vía administrativa. Incluso por este mecanismo se le permite satisfacer la exigencia de agotar la vía administrativa y puede validamente acceder al control judicial de los actos de la administración pública, mediante la demanda contencioso administrativa.

El Tribunal Constitucional así lo ratifica en el pronunciamiento emitido en la STC N° 1003-98-AA/TC (caso Alarcón Menéndez) “habiendo transcurrido, el plazo en exceso sin que la administración se haya pronunciado por la solicitud del demandante, ha operado el silencio administrativo negativo, por lo que el recurrente de acuerdo al artículo 188º, numeral 188º.3 de la Ley N° 27444, se encuentra habilitado para interponer los recursos administrativos y las actuaciones judiciales pertinentes...”¹⁶

Es importante precisar que este silencio opera, luego de vencido el tiempo concedido a la administración pública para que se pronuncie en cada caso concreto, esto es, abre un nuevo espacio de tiempo en el cual el peticionante puede, en cualquier momento y a su sola voluntad, decidir acudir a la instancia superior correspondiente. Mientras el particular no ejerza la facultad, la administración pública sigue obligada a la emisión del pronunciamiento e incluso puede ser objeto de una queja para establecer su nivel de responsabilidad disciplinaria y ser obligada a efectuar el pronunciamiento. La administración mantiene la obligación de resolver hasta que se le notifique que el asunto se ha sometido al conocimiento de la autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos respectivos. La ventaja de esta técnica se aprecia en que el peticionante queda facultado a decidir si hace valer la técnica del silencio administrativo negativo o espera la emisión del acto, pudiendo incluso forzar dicha emisión a través de la queja.

El silencio administrativo está limitado en su aplicación a determinados casos, como lo señala la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 29060¹⁷. El informe de la Defensoría del Pueblo N° 145¹⁸ sobre el particular expresa que cuando el procedimiento importe una afectación significativa al interés público, las autoridades deben tener mucho cuidado en la calificación, a fin de aplicarlo a aquellos casos que sí expongan significativamente el interés público, debiendo entenderse por interés público aquello que trasciende el estricto ámbito de los intereses de los particulares destinatarios del acto. “Así por ejemplo, si ante un requerimiento efectuado ante Sedapal por las filtraciones de aguas externas hacia el predio, cabría aplicar el SAP, lo mismo sucedería en un procedimiento de recepción, evaluación y custodia de medicamentos sujetos a fiscalización sanitaria por cierre o clausura de laboratorio, o en un procedimiento medio ambiental, relacionado con el procedimiento de inscripción de consultoras para Evaluación de Impacto Ambiental (EIA). También se encuentran en este rubro aquellos procedimientos en los que por tratarse de bienes o recursos escasos no resulta aplicable el SAP, como son los procedimientos en los que se transfieren facultades a la administración pública (concesiones, delegación de atribuciones) o en los que generan una obligación de hacer o dar del Estado (el pago de acreencias, compensaciones de deudas, indemnizaciones, etc). Asimismo, se aplica el SAN en aquellos procedimientos trilaterales en los que, debido a la inercia de la autoridad, no se puede beneficiar a una de las partes en perjuicio de la otra y en los procedimientos en los que por seguridad jurídica, deben concluir con una inscripción o con una declaración desestimatoria (tacha, observación, etc.)”¹⁹.

El silencio positivo administrativo opera luego de vencido el tiempo concedido a la administración pública para que se pronuncie en cada caso concreto, da lugar al nacimiento de un acto administrativo. La plenitud del acto administrativo que nace del silencio administrativo está fuera de toda discusión y, precisamente por ello, pone fin al procedimiento administrativo, no siendo necesario que la administración pública emita el pronunciamiento expreso. Aquí, el peticionante no tiene opción alguna de esperar el pronunciamiento expreso, pues, una vez vencido el plazo, solo le resta hacer valer el acto administrativo generado mediante este mecanismo legal.

El silencio positivo, es una técnica más reciente y es apreciado como una especie de sanción a la administración pública cuando incurre en retardo en el cumplimiento de sus funciones y como remedio para el solicitante que no obtiene un pronunciamiento de aprobación de su pedido.

Véase –a manera de ilustración de cómo opera este silencio– el siguiente caso que acoge el Informe Defensorial N° 145: “La Asociación cuestionó que la municipalidad habría desconocido la licencia de funcionamiento que la denunciante obtuvo por aplicación del SAP. La municipalidad declaró improcedente su solicitud de licencia, motivo por el cual el denunciante interpuso un recurso de reconsideración contra dicha resolución. Sin embargo, dicho recurso no fue resuelto dentro de los (30) treinta días que establece el artículo 207° de la LPAG, por lo que el denunciante se acogió al SAP. La Comisión constató que el recurso de reconsideración interpuesto por el denunciante no fue resuelto por la municipalidad dentro de los (30) días que establece la Ley, por lo que se consideró que se debía entender como revocada la resolución que declaró improcedente su solicitud de licencia y, por tanto, entenderse como otorgada. Sin embargo, precisó que ello no desconoce las atribuciones de control posterior que posee la municipalidad para verificar la autenticidad de las declaraciones y documentos proporcionados por el administrado en su solicitud, pudiendo, de ser el caso, solicitar la revocación del acto y demás consecuencias establecidas en la LPAG”²⁰.

Esta técnica no deja de tener algunas debilidades para su cuestionamiento, como la vinculada con la prueba del acto en el mundo jurídico. Para Rojas²¹, “en un país donde la cultura del papel escrito es todavía predominante y donde la acreditación pasa por un alto contenido en la veracidad de los hechos afirmados por el declarante, la prueba es fácilmente descartada por cualquier inspector o funcionario público; otra debilidad la ubicamos en los alcances del silencio frente a terceros y en el hecho de que el silencio positivo requiere de conocimientos jurídicos del solicitante, pues, a este le corresponderá eva-

luar la legalidad de lo pedido y de lo autorizado por el silencio, pues, podría existir el riesgo de que el pedido sea contrario al ordenamiento jurídico, y por tanto, nula dicha decisión. Es el propio peticionante quien tendrá que evaluar la legalidad del acto obtenido por silencio administrativo positivo y asumir las consecuencias de ejecutar o no la supuesta facultad o derecho que lo habrían beneficiado mediante la aplicación de esta técnica. Como dice Rojas²², “Por la vía del silencio administrativo positivo, no se podría generar un acto administrativo válido si lo que fue objeto del pedido no guarda correspondencia con el ordenamiento jurídico. Un pedido ilegal no da lugar a un acto administrativo válido, ya sea que dicho acto tenga la condición de expreso o haya sido obtenido por la vía del silencio administrativo positivo”²³.

4. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS - TENDENCIAS ACTUALES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA

Hasta hace poco, la administración gozaba del privilegio de exigir que cualquier discrepancia con sus decisiones se ventile en sede administrativa ante sus propios órganos jerárquicos superiores, como condición previa a la interposición de la demanda judicial. Esta especial condición se veía distorsionada por una anquilosada práctica orientada a dilatar el agotamiento de la vía administrativa, de tal manera, que se evitaba deliberadamente que la decisión cause estado, limitando así el derecho a hacer valer la tutela judicial efectiva. En otras palabras, bastaba que la actividad administrativa no sea diligente en su pronunciamiento, para que toda la secuencia del procedimiento, se paralizara y con mayor razón el control jurisdiccional no prospere.

Ante las vicisitudes de la administración estatal, se hace necesario replantearse el contencioso como cauce de solución a conflictos jurídicos que surgen en relación con un asunto jurídico público. El contencioso administrativo se configura como una manifestación más de la genérica función jurisdiccional que tiene como fin primordial tutelar situaciones jurídicas intersubjetivas, reestablecimiento de la integridad de los derechos e intereses de los ciudadanos. La conexión entre el titular de uno de esos derechos e intereses y el proceso subsiguiente es la pretensión.

Ella desplaza al acto administrativo como elemento determinante de la legitimación: legitimado no está el destinatario de la actuación administrativa, ni siquiera el afectado por dicha actuación; legitimado está quien ha sufrido o teme sufrir una lesión de cualquier derecho o interés protegible y pretende el auxilio de los jueces.

Bajo esa perspectiva, apreciamos un nuevo comportamiento de los peticionantes en sede administrativa cuando trasladan sus conflictos a sede judicial. Hay un incremento vertiginoso en estos últimos años de las pretensiones contencioso administrativas, a tal punto que en los juzgados del distrito judicial de Lima encontramos que la carga procesal ha crecido aceleradamente, como se muestra en el cuadro 01 y 02 que se presentan a continuación.

De los 2 juzgados contenciosos que albergaban una carga procesal de 5,042 expedientes en el año 2003; a mayo del 2009, dicha carga se ha incrementado a 45, 881 expedientes con el aumento a 27 juzgados especializados en el conocimiento de materias contenciosas. Esto que no es una novedad, porque también ello se viene apreciando en experiencias foráneas, como la que cita González Pérez²⁴, no significa que “se haya mejorado tanto la imagen de la justicia que los miles de ciudadanos acudan a los órganos judiciales en demanda de justicia”; considero que ello no es así, sino que es tan descomunal la confrontación en sede administrativa entre el administrado y la administración, que se busca aceleradamente desequilibrar ese poder y los efectos generados por éste, a través de sus actos administrativos, ante la justicia ordinaria.

Un elemento que contribuye a ese traslado de la discusión de sede administrativa a sede judicial es la búsqueda de la tutela de la jurisdicción, en atención a que las pretensiones contenciosas no están en función del acto administrativo ni tampoco están condicionadas al contenido de dicho acto. La intervención judicial no puede verse obstaculizada ni limitada por la administración. A ella se le brinda la oportunidad de pronunciarse previamente a que la jurisdicción haga su obra, ya sea para declarar la nulidad del acto o dar plena tutela cuando se vulnere o dañe intereses legítimos de los administrados.

Como se podrá apreciar, el centro de gravedad en el contencioso administrativo, ya no es el acto administrativo en sí, sino los intereses subjetivos de los ciudadanos que se enfrentan a la administración pública, para lo cual, nuestro sistema jurídico contempla diversas vías para resarcir necesidades y brindar protección judicial. En ese camino, la Ley del Silencio Administrativo, es un excelente instrumento que privilegia la posición del administrado frente a la administración para protegerlo frente a la mora. Con esto se busca crear situaciones jurídicas a favor del peticionante en caso la administración no actúe pronto o haga omisión de ella. La ley sustituye la voluntad administrativa inexistente para presumir determinados efectos, como el nacimiento de un acto administrativo o la situación jurídica a favor del peticionante.

Como se dice, la no manifestación de voluntad crea un hecho administrativo a través de la declaración ficta. En ese marco, resulta interesante apreciar los criterios esbozados por los jueces de las diversas instancias del contencioso administrativo en el Pleno Jurisdiccional Regional de Setiembre del 2009. En él se plantearon algunas ponencias vinculadas con la posibilidad de que el juez supere el principio de congruencia procesal y otorgue en la sentencia mayor derecho o cosa distinta a la peticionada²⁵. Frente a ello, el Pleno adoptó -por mayoría- la posición de que “el juez del proceso contencioso administrativo, dentro de la concepción del proceso como de tutela subjetiva plenaria, y en observancia a la finalidad del PCA prevista en el artículo 1º del TUO de la Ley N° 27584, puede disponer o adoptar, en la sentencia, o con posterioridad a su emisión, las medidas que sean necesarias para que la sentencia estimatoria sea eficaz para el administrado”²⁶. Como se puede inferir, la tutela va más allá del acto administrativo, supera el concepto clásico de revisión vía recurso, para ingresar a un conocimiento pleno, sin estar condicionado por el acto administrativo impugnado.

Cuadro N° 01
Comportamiento Acumulado
Juzgados contencioso administrativos - Distrito Judicial de Lima

Año	Ingresos	Egresos	Carga Pendiente
2003	3716	938	5042
2004	9056	6920	8646
2005	12534	11590	11730
2006	47696	32220	28928
2007	18518	9426	32920
2008	27002	29357	28777
2009**	7759	6952	29584
Sub-Total	126281	97403	29584
2008*	20626	3230	18716
2009*	215	2630	16297
Total	147122	103263	45881

* Juzgados Transitorios.

** Hasta mayo del 2009.

Fuente: Oficina de Apoyo a la Presidencia Corte de Lima

Elaboración propia

Cuadro N° 02
Comportamiento Acumulado por Número de Dependencias
Juzgados contencioso administrativos
Distrito Judicial de Lima

N.º Dependencias	Ingresos	Egresos	Egresos/ Ingresos*100
2	7033	4358	61.97
4	23045	18061	78.37
8	40626	28564	70.31
10	14443	5764	39.91
15	35901	35356	98.48
17**	5233	5300	101.28
Sub-Total	126281	97403	77.13
10*	20841	5860	28.12
Total	147122	103263	70.19

* Juzgados Transitorios

** Hasta mayo del 2009

Fuente: Oficina de Apoyo a la Presidencia Corte de Lima

Elaboración propia

5. CONCLUSIONES

5.1. La función jurisdiccional contencioso administrativa se concibe como una función judicial resolutoria de conflictos y no necesariamente revisora de actos administrativos.

5.2. La presencia de un acto administrativo no es consustancial a la existencia del proceso, simplemente debe ser un punto de referencia para definir el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa.

5.3. El proceso contencioso administrativo encierra una función jurisdiccional, para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de la administración y de los administrados, en él se ventilan situaciones conflictivas entre partes en igualdad procesal. Esa es la gran fortaleza que se esgrime en este tipo de pretensiones, donde se busca atenuar o contrarrestar, en un escenario imparcial, el desequilibrio entre la fuerza y el poder de la administración frente a los administrados.

- ¹ Priori Posada, Giovanni. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. 3° ed. Lima: Ara editores, 2006, p.122.
- ² Esta posición era recogida en nuestra legislación en el Código Procesal Civil, cuando regulaba el procedimiento a seguir en el contencioso-administrativo. Decía el artículo 540° C.P.C. “la demanda contencioso administrativa se interpone contra el acto o resolución de la administración a fin que se declare su invalidez o ineficacia. Se excluyen aquellos casos en que la Ley, expresamente, declara inimpugnable lo resuelto por la autoridad administrativa”. Esta regulación evidentemente determinó que se asumiera la posición de que el objeto del contencioso administrativo era el control de legalidad del acto y que la labor del Poder Judicial se veía restringida a ello, sin que pudiera pronunciarse sobre el fondo de la decisión administrativa.
- ³ Huapaya Tapia, Ramón. *Tratado del proceso contencioso administrativo*. Lima: Jurista, 2006, p. 67.
- ⁴ Priori Posada, Giovanni, *Ob. Cit.*, p. 55.
- ⁵ García Pérez, María. *El objeto del proceso contencioso-administrativo*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 55.
- ⁶ Ante ello, la doctrina procesal administrativa afirma la concurrencia de dos tipos de pretensiones en el contencioso administrativo, la pretensión de anulación o de nulidad y la pretensión de plena jurisdicción. En el primer caso, dice Priori “el particular acude al órgano jurisdiccional con la finalidad de que este realice un control de legalidad de una actuación administrativa, con la particularidad que la competencia del órgano jurisdiccional se limitará a realizar una declaración de nulidad de la actuación administrativa impugnada. Es por ello que en este caso nos encontramos ante una pretensión meramente declarativa. En el caso de la pretensión de plena jurisdicción es un reconocimiento, a nivel del proceso contencioso administrativo, del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues, a través de ella, el particular puede obtener un pronunciamiento jurisdiccional que de manera real y eficaz le proporcione una tutela a las situaciones jurídicas de las cuales es titular. De esta forma, se solicita al órgano jurisdiccional no solo la anulación del acto, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas, la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda”. *Ob. Cit.*, pp. 122-123.
- ⁷ Priori Posada, Giovanni, *Ob. Cit.*, p. 56.
- ⁸ Sentencia N° 2802-2005-AA/TC. Caso Julia Mabel Benavides García. Fecha de publicación 12/12/2005. Fundamento 16. Disponible en internet: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02802-2005-AA.html>.
- ⁹ Precedentes Constitucionales. Sentencia N° 1417-2005-PA/TC. Caso Manuel Anicama Hernández. Fecha de publicación 11/07/2005
- ¹⁰ STC No 815-2004-AA/TC del 25 de junio del 2004. Caso Paulino Núñez Cabrerías; STC No 4077-2004-AA/TC del 21 de junio del 2005, Caso María del Pilar Gularte Unyén.
- ¹¹ García Pérez, María, *Ob. Cit.*, p. 58.
- ¹² Es en esa misma línea, léase: “Es importante precisar que el sentido del silencio administrativo es el de servir de garantía al administrado en los procedimientos de evaluación previa, de modo que ante una inacción de la administración, aquel tenga la posibilidad de accionar los medios impugnatorios correspondientes, impulsando el procedimiento, o poder entender otorgado el derecho o concedido el pedido, según se trate de silencio administrativo negativo o positivo, respectivamente”. Pando Vilchez, Jorge. *El doble silencio administrativo ¿puede ser negativo?* Disponible en internet: http://www.congreso.gob.pe/juridica/documentos/DOBLE_SILENCIO_ADMINISTRATIVO_NEGATIVO.PDF. Setiembre. 2009.
- ¹³ Los antecedentes de esta técnica lo ubicamos en la experiencia francesa de principios del siglo XX. Dice Rojas Leo, Juan Francisco “Los franceses se encontraban preocupados porque los funcionarios de la administración pública utilizaban el retardo en la expedición del pronunciamiento, o incluso omitían pronunciarse sobre los recursos impugnativos planteados a sus decisiones, de manera tal, que no fuera posible agotar la vía administrativa y, consiguientemente, la controversia no pudiera ser llevada a la vía judicial” “El silencio administrativo positivo y las debilidades de una ilusión, a propósito de la promulgación de la Ley N° 29060”. En: *JUS, doctrina & práctica*. N° 7, 2007, julio, Grijley, p. 28; en esa misma línea de referencia, léase el Informe de la Defensoría del Pueblo, N° 145, 2009, p. 25.
- ¹⁴ Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 7° ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, pp. 843-844.
- ¹⁵ La distinción ha sido objeto de tratamiento normativo en el artículo 188° LPAG: 188.1. - Los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo la entidad no hubiera comunicado al administrado el pronunciamiento (positivo); 188.2 El silencio administrativo tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio, prevista en el artículo 202° de la presente Ley; 188.3. - El silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes; 188.4. - Aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos.

- ¹⁶ Caso citado por el Informe de la Defensoría del Pueblo N° 145, *Aplicación del silencio administrativo: retos y tareas pendientes*. Lima, 2009, p. 8.
- ¹⁷ 1° Disposición T, C y F - Silencio Administrativo Negativo Excepcionalmente: el silencio administrativo negativo será aplicable en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación; en aquellos procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado; y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas. Asimismo, será de aplicación para aquellos procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la administración pública, y en aquellos procedimientos de inscripción registral.
- ¹⁸ Informe Defensorial, *Ob. Cit.*, pp. 88-89
- ¹⁹ Informe Defensorial, *Ob. Cit.*, pp. 89
- ²⁰ Caso: Asociación Club Tenis San Miguel contra la Municipalidad Distrital de San Miguel. Resolución No 0220-2008/CEB-INDECOPI del 14 de noviembre del 2008, citado por la Defensoría de Pueblo, Informe Defensorial N° 145, *Ob. Cit.*, p. 135
- ²¹ Rojas, *Ob. Cit.*, p. 30.
- ²² Rojas, *Ob. Cit.*, p.29.
- ²³ Esta situación ha sido recogida en el inciso 3 del artículo 10° de la LPAG que dice: “son vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: (...) 3° Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición”. Con este enunciado se busca eliminar la posibilidad de osados peticionantes de la administración pública, que esperan con mucha expectativa la demora en el pronunciamiento, para convertir un pedido ilegal en un acto legal por obra del silencio administrativo positivo. Jamás la inacción de la administración pública podrá transformar un acto de por sí ilícito como un acto válido.
- ²⁴ Cuando al comenzar el siglo XXI contemplamos el fenómeno del impresionante auge de la litigiosidad, con el consiguiente aumento del trabajo que padecen los tribunales, que deriva en verdaderas situaciones de colapso de la Administración de justicia, podría pensarse, ¿ha mejorado tanto la imagen de la Justicia que puede deslumbrar de tal modo a tantos y tantos miles de ciudadanos que acuden a los órganos judiciales en demanda de justicia? ¿Es tanta la confianza en ellos que no dudan en incoar los procesos aun a conciencia de que no obtendrán sentencia firme sino después de muchos años de litigio? Las estadísticas demuestran justamente lo contrario. Reflejan no solamente que la administración de justicia ocupa uno de los lugares más bajos de la escala de “confianzas populares”, sino que muy alto porcentaje de ciudadanos dudan de su independencia y tienen sensación de desigualdad de trato. González Pérez, Jesús. «El acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa». En: *Ponencia presentada en el Seminario Internacional de Derecho Procesal, Proceso y Constitución*. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú. 22 al 25 de setiembre. Lima, 2009 (en prensa).
- ²⁵ Las peticiones que se presentaron al respecto fueron las siguientes: Primera ponencia: El juez del PCA debe sujetarse, al sentenciar, a lo estrictamente formulado en el petitorio de la demanda, independientemente de la pretensión que se haya postulado. En consecuencia, no puede otorgar mayor derecho o cosa distinta a la peticionada. Segunda ponencia: El juez del PCA, dentro de la concepción del proceso como de tutela subjetiva plenaria, y en observancia a la finalidad del PCA prevista en el artículo 1° del T.U.O. de la Ley N° 27584, puede disponer o adoptar, en la sentencia, o con posterioridad a su emisión, las medidas que sean necesarias para que la sentencia estimatoria sea eficaz para el administrado.
- ²⁶ El fundamento de esta conclusión, es tanto porque la misma ley lo establece, como por tutela jurisdiccional efectiva; debiendo tenerse presente la circunstancia de la controversia de un particular (parte débil) frente al Estado. Se trata de armonizar la tutela jurisdiccional efectiva del particular con el derecho de defensa de la entidad estatal, por consiguiente, un criterio de armonización y optimización de ambos principios, consiste en que el operador jurisdiccional puede eventualmente apartarse de lo estrictamente peticionado en los casos accesorios. Sobre este tema, el grupo de trabajo advierte la necesidad que en posteriores reuniones o plenos jurisdiccionales se trabaje específicamente sobre los criterios que se debe tener presente para determinar en qué casos es atendible la flexibilización del principio de congruencia. Así por ejemplo, en el caso de una demanda que solo contiene una pretensión de nulidad de resolución de multa es claro que una sentencia que se limita a declarar la nulidad de una resolución administrativa carece de total utilidad atentando contra la tutela jurisdiccional efectiva, advirtiéndose la necesidad de que la sentencia incluya, al menos, la orden a la entidad, de expedir nueva resolución con arreglo a los considerandos precedentes, siendo discutible (sugerimos que ello sea tratado en posterior reunión) que el operador jurisdiccional pueda sustituirse a la administración ordenando la devolución de la multa pagada.

LOS PROCESOS DE FAMILIA DESDE LA ÓPTICA DEL ACCESO A LA JUSTICIA: HACIA LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

MARCO ANTONIO CELIS VÁSQUEZ*

Resumen

El Derecho Procesal de Familia se ha consolidado en la última década, al reconocérsele doctrinariamente características y peculiaridades propias y la existencia de principios autónomos, así como la exigencia de contar con un juez capacitado de manera especial en este tipo de procesos, con una formación técnico - jurídica, en asuntos de índole familiar y una visión, completamente distinta a los demás procesos civiles. Es importante recalcar la visión que con respecto al juez posee el doctor Rogelio Llerena Quevedo, quien señala que: “el juez interprete y administrador ecuaníme de la justicia, solo puede ser comprendido como uno entre los mejores seres humanos. Esto implica que aún siendo el mejor, sigue siendo humano y, por lo tanto susceptible de error. Por tales razones, debe siempre tener como guía un Código de ética que sirva de guía para un buen juez” (Llerena Quevedo, Rogelio).

Palabras Clave: Derecho procesal de familia - Interés superior del niño - Modelo de interpretación dinámica - Catálogo mínimo de derechos - Convención sobre los derechos del niño - Objetividad - Estado de justicia.

Abstract

Family Procedural Law has been consolidated in the last decade as scholar doctrinary opinions have acknowledged its own characteristics and peculiarities, and the existence of self-governing principles, as well the requirement to have a judge specialized in this kind of proceedings, with a legal-technical training in family matters, and with a perspective different from the other civil actions. It is important to point out Rogelio Llerena Quevedo's view as to the role of a judge. He states that: “an unbiased judge interpreting and administering justice could only be taken as one of the best human being. This implies that even if he is the best, he is still human, and therefore, capable of making mistakes. Based on those reasons, there should always be a Code of Ethics as a guide for a good judge”.

Key words: Family Procedural Law - Superior interest of children - Dynamic interpretation model - Minimum rights table - Convention on the Rights of the Child - Objectivity - Rule of justice.

Sumario

1. Introducción. 2. Características peculiares de los procesos de familia. a) Peculiaridades de los litigios. b) Audiencias especiales. c) Presencia necesaria de órganos de apoyo. d) Integración multidisciplinaria. e) Una permeable tarea hermenéutica finalista y previsor de lo que eventualmente pueda suceder.

* Juez Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad - Poder Judicial de Perú.

f) La presencia de la prueba científica. 3. Principios del proceso de familia. a) Gratuidad y acceso a la justicia. b) Publicidad de los procedimientos. c) Inmediación, oralidad, privacidad y acentuación de la función conciliadora. d) Aplicación del principio del *favor probationis*. e) Oponibilidad *erga omnes* de la sentencia. f) Cooperación interdisciplinaria. g) Simplificación de los procesos cautelares. h) Principio de la *perpetuatio jurisdictionis*. i) El interés superior del niño. 4. Consideraciones procesales sobre derecho de familia. a) El modelo de interpretación estática. b) El modelo de interpretación dinámica. 5. Consideraciones procesales en materia de derecho de familia aplicando el modelo de interpretación dinámica. 6. El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional. a) El interés superior del niño y el derecho a vivir en familia; b) El interés superior del niño y el derecho a la educación; y, c) El interés superior del niño y el derecho a la libertad personal. 7. Determinación del interés superior del niño para el Tribunal Constitucional. 8. El interés superior del niño en el proceso civil, tutelar y de familia. 9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Los años setenta, tanto España como Italia mostraron la apertura a las interesantes transformaciones de los procesos laborales y de familia, pues se empezó a privilegiar el debate y el contradictorio, privilegiando el principio de intermediación, efectivizando la bilateralidad e igualdad de trato. Desde tal perspectiva configuran las garantías nacionales e internacionales del proceso justo.

“El compromiso del derecho procesal moderno es con la persona, con el hombre consumidor de la justicia, el incapaz y el desprotegido. En la dimensión de estas controversias todas ellas se visten con una llamativa luminosidad que permite registrar a los procesos familiares en lo avanzado del renovado derecho procesal que va tomando cabal posición al confirmar el tránsito manifiesto del Estado de derecho al Estado de justicia”¹.

Un análisis moderno de los contenidos de los temas más frecuentes en la esfera del derecho de familia, constituye su espesor, versatilidad y transmutación.

El derecho procesal se halla ante dos retos cada vez más sofisticados, la sociedad sumida en riesgos más agobiantes y de otra escala (internet, comunicación global, delincuencia, corrupción generalizada, pornografía, etc.), que excluye de las teorías y operadores de cualquier actitud quietista y evasiva, desoyendo el torrente de críticas y el clamor que nos insta a no demorarnos, a superar el inmovilismo de la justicia y a su mala receptividad en el seno de la comunidad, que pareciera, solo sabe hacer camino como un andar divorciado de la aceleración del contexto.

Se viene marcando con insistencia los profundos cambios ya acaecidos en la alborada de una nueva cultura jurídica que coloca a los fenómenos jurídicos familiares en el objeto de un estudio dinámico de tales hechos familiares, los mismos que deben ser analizados, tratados con una metodología propia y pautas hermenéuticas de otra altura y en otro contexto y en muy diferente estima, por el privilegio de los valores y principios.

2. CARACTERÍSTICAS PECULIARES DE LOS PROCESOS DE FAMILIA

“Se puede afirmar que los procesos de índole familiar tienen especialísimas características que no albergan otros procesos y los cuales se detalla”²:

- a) Peculiaridades de los litigios: que genera el uso marcado de la técnica de la conciliación y de la mediación, como etapa previa necesaria y de logros autocompositivos llamativos, pues se privilegia la sensatez y se deben apagar las pasiones.
- b) Audiencias especiales: que permitan tener un contacto directo con las partes involucradas, necesitando además de conocimientos jurídicos, de conocimientos de psicología y pedagogía.
- c) Presencia necesaria de órganos de apoyo: asistentes sociales, analistas del campo social, psicólogos, etc.
- d) Integración multidisciplinaria: que se arroja en conocimientos de diversos orígenes que operan y reactivan de manera acumulativa, pues no es solo el derecho el que abastece la razonabilidad a la función jurisdiccional.
- e) Una permeable tarea hermenéutica finalista y revisora de lo que eventualmente pueda suceder: todo ello a fin de impedir que se agudicen los conflictos anteriores, pues deben ser resueltos de manera oportuna.
- f) La presencia de la prueba científica: que cada día se hace más gravitante.

3. PRINCIPIOS DEL PROCESO DE FAMILIA

El derecho de familia en su tramitación cuenta con principios propios y además principios comunes al derecho procesal, y que concurren para darle una particular fisonomía, no tanto por las formas que lo revisten, como por la intensidad, la extensión y la generalización con que aparecen reunidos y aplicados, todo lo cual contribuye a conformar un proceso singular que goza, además, de una incipiente autonomía científica e incluso legislativa. Además, resulta gravitante la labor de un juez especializado en temas de familia y especialmente en temas de niños y niñas, “[...] pues su intervención en torno al uso de los instrumentos lógicos, resulta de la distinción entre razonamiento decisorio y razonamiento justificativo”³.

Según Jorge Kielmanovich, son inherentes al proceso de familia los siguientes principios:

a) Gratuidad y acceso a la justicia

Los procesos de familia por regla general están exentos del pago de tasas judiciales y otros derechos. Por otra parte y en cuanto al régimen de las costas, se afirma que una tendencia a prescindir para su imposición, del “principio de la derrota”, pues la intervención del juez es para solucionar un problema de orden familiar y en donde inclusive existan involucrados menores de edad.

b) Publicidad de los procedimientos

La acentuación del carácter público de los procedimientos, con las excepciones reguladas expresamente cuando se afecten derechos a la intimidad o derecho de menores.

c) Inmediación, oralidad, privacidad y acentuación de la función conciliadora

“Los intereses comprometidos en el litigio de familia torna imperioso, conveniente y necesario, el contacto directo del juez con las personas que intervienen en el proceso, de modo de procurar y alcanzar, así un conocimiento de primera mano de los hechos debatidos y de los sujetos involucrados en el proceso, contacto que se propone en líneas generales a partir del sistema de las audiencias preliminares y conciliatorias”⁴. Así tenemos, por ejemplo, en los procesos de tenencia de menores, régimen de visitas, autorización para contraer matrimonio, etc.

d) Aplicación del principio del *favor probationis*

El principio del *favor probationis* de escaso desarrollo doctrinario y jurisprudencial explícito, pero de inocultable aplicación en nuestro medio, supone que en caso de objetivas dudas y especialmente de dificultades probatorias (como sucede en los procesos de familia) habrá de estarse por un criterio amplio a favor de la producción, admisión y eficacia de las pruebas, teniendo en consideración que los hechos llamados a constituirse en objeto de las mismas, normalmente ocurren en la intimidad del hogar, y en su caso, en presencia de testigos comprendidos dentro de la generales de la ley, extremo que obliga a valorar el comportamiento omisivo en tal contexto como prueba en contra.

e) Oponibilidad *erga omnes* de la sentencia

Con relación a las sentencias que se refieren al Estado y capacidad de las personas se predica su eficacia *erga omnes*, en base a la indivisibilidad del estado de familia y orden público.

Sobre el particular, entiende Zannoni que, el problema de la oponibilidad del estado de familia no contrapone los efectos relativos de la cosa juzgada, porque el título que la sentencia constituye o modifica siendo oponible *erga omnes*, puede nuevamente ser impugnado por quienes no intervinieron en el proceso y a los cuales no alcanza la cosa juzgada.

f) Cooperación interdisciplinaria

El conflicto de familia normalmente involucra no solo a sus protagonistas, sino a los integrantes del grupo familiar conviviente, razón por la cual se establece la cooperación interdisciplinaria para solucionar o prevenir el agravamiento o extensión del problema, mediante la intervención de asistentes sociales, psicólogos, etc., adscritos al tribunal o juzgado o designados de oficio o a petición de parte.

g) Simplificación de los procesos cautelares

En los procesos de familia, las medidas cautelares adquieren un peculiar contorno, verificándose profundas modificaciones dado su carácter instrumental; a su proveimiento *inaudita parte*; a los presupuestos que hacen su admisibilidad y ejecutabilidad; a la facultad del órgano para ordenarlas de oficio; a la disponibilidad inmediata de su objeto; y, por fin, a su no sujeción normativa a términos de caducidad. Ejemplo: la asignación anticipada de alimentos, la internación preventiva de menores en algún establecimiento designado por el juez.

Conviene recordar que la concreta conceptualización de una medida como “cautelar”, no es una cuestión académica dentro del procedimiento general, pues constituye una medida anticipada que sin lugar a dudas traerá beneficios para el sujeto o sujetos protegidos y que tratándose de menores, resulta de prioritaria atención.

h) Principio de la *perpetuatio jurisdictionis*

Por este principio deben promoverse así ante el juez que entiende o entendió el juicio de divorcio o separación personal, las cuestiones conexas o procesos cautelares e incidentales.

i) El interés superior del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, sienta el principio de que en toda actuación judicial debe velarse por el interés superior del niño, fórmula que opera en causas, “tanto concernientes al derecho de familia como ajenas a dicha materia”, sea que aquel intervenga en calidad de parte procesal (por ejemplo en la reclamación de filiación) o ya sea como simple tercero, más allá de que el mismo pueda verse, no obstante, alcanzado por el referido conflicto (proceso de divorcio separación, nulidad de matrimonio, etc.).

El interés superior del niño, se constituye de tal suerte en una valiosa y esencial herramienta para la resolución de los conflictos judiciales que pudiese comprometer o afectar a las personas, derechos e intereses de los menores, con una virtualidad y extensión que, a la par de encontrarse en permanente evolución, se vislumbra de una riqueza inconmensurable, sin perder de vista su incidencia en nuestro ordenamiento sustantivo.

4. CONSIDERACIONES PROCESALES SOBRE DERECHO DE FAMILIA

En la interpretación de asuntos de índole familiar, resulta de vital importancia, tener en cuenta los modelos de interpretación jurídica que al respecto nos informa la Casación N° 2414-2006-CALLAO (relativa a un caso sobre divorcio por causa de separación de hecho) que detalla los diferentes modelos de interpretación jurídica, pues superada satisfactoriamente la etapa del saneamiento procesal, el juez vuelca todo su conocimiento jurídico a la solución del conflicto, y en el caso concreto, la separación de hecho motiva que el juez utilice toda su apreciación razonada sobre el caso concreto, sin perder de vista los precedentes jurisprudenciales sobre casos similares, pero, además, no puede perderse de vista los modelos de interpretación jurídica, que en el caso de la separación de hecho, deberá tener siempre presente, al ser una causal muy amplia y compleja:

Los modelos de interpretación jurídica reconocidos preponderantemente son dos:

a) El modelo de interpretación estática

Según el cual el modelo de interpretación jurídica persigue indagar lo realmente querido por el legislador, esto es determinar la voluntad del legislador.

b) Modelo de interpretación dinámica

Según el cual el objetivo de la interpretación no es la voluntad del legislador sino la voluntad de la ley⁵.

En un Estado democrático y social de derecho, aún la actividad hermenéutica de las normas debe sujetarse al principio de separación de poderes; en consecuencia, el juez no puede sujetarse a la voluntad del legislador, es decir, el juez no puede actuar como “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, como antiguamente se postulaba; por el contrario, está llamado a aplicar y a interpretar la norma jurídica en un contexto social determinado, en un tiempo y lugar en donde operan los factores sociales, económicos, políticos, culturales, entre otros, pues el derecho vigente regula las relaciones jurídicas emergentes en dicho contexto. Por ello considero que los magistrados, en la actividad interpretativa, debemos seguir principalmente el modelo dinámico, y en forma secundaria, el modelo estático, para efectos de conducir eficazmente, no solo a determinar la voluntad objetiva de las normas, sino además, concretar los valores, fines y principios vigentes en un sistema jurídico determinado: principalmente el sistema material de valores que reconoce y consagra la Constitución Política del Estado y de la concreción del valor justicia en el caso concreto.

5. CONSIDERACIONES PROCESALES EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA APLICANDO EL MODELO DE INTERPRETACIÓN DINÁMICA

A continuación se enumera algunos casos en las que el juzgador debe aplicar el modelo de interpretación dinámica, a partir de las siguientes normas:

- a) El artículo 88° del Código de Niños y Adolescentes: los padres que no ejerzan la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria.
- b) El artículo 345-A del Código Civil: para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333° del Código Civil, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.
- c) El artículo 137° del Código de Niños y Adolescentes: el juez está facultado para fijar la pensión de alimentos dentro del mismo proceso en los casos de litigios de patria potestad, tenencia, régimen de visitas, etc.
- d) El artículo 370° del Código Procesal Civil: que, consagra el principio de la *reformatio in peius* o de prohibición de reforma en peor; por el cual si

- una parte recurre en apelación de una resolución, el superior solo puede reformar la resolución a su favor, jamás en su contra. En materia de protección de niños no resulta aplicable (Casación N° 756-2005-Puno).
- e) El artículo 84° inciso c) del Código de Niños y Adolescentes: prevé que para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o niña, deberá señalarse un régimen de visitas. Esta norma es imperativa o facultativa. Qué sucede si en un proceso de tenencia no se demandó el régimen de visitas: Casación N° 3172-2005-Lima.
 - f) El artículo 85° del Código de Niños y Adolescentes: el señor Juez debe escuchar la opinión del niño y tener en cuenta la del adolescente.
 - g) Resolución Legislativa N° 28246 que aprueba la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, suscrita en la ciudad de Montevideo - Uruguay, el 15 de julio de 1989, de conformidad con los artículos 56° y 102°, inciso 3, de la Constitución Política del Perú. Convención ratificada por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 058-2004-RE, publicado el 10 de septiembre de 2004. La presente Convención entró en vigencia para el Perú el 1 de abril de 2005.

En todos los casos enumerados, el Juez Especializado de Familia debe aplicar el modelo de interpretación dinámica, es decir, no aplicando restrictivamente lo descrito por el legislador y plasmado a través de dichas normas, sino por el contrario, confrontar todo su conocimiento especializado en la solución de la controversia de índole familiar, y en el caso de intervenir menores de edad, privilegiando la correcta aplicación del principio del interés superior del niño.

6. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El interés superior del niño, constituye un concepto jurídico indeterminado. En efecto, en el artículo 3°, primer párrafo, de la Convención, “el interés superior del niño”, aparece tipificado, expresado legalmente como concepto jurídico indeterminado, por medio de una cláusula general con la que se le establece como principio y también como mandato o expresión concreta para supuestos de hecho específicos.

Coincidentemente, el Tribunal Constitucional ha precisado que el interés se expresa concluyentemente como valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil.

En primer término, se debe partir de la idea matriz de que “el interés superior”, a efectos jurídicos, está inicialmente en la protección de sus derechos fundamentales, y al individualizarlo habrá de garantizársele, a través de las opciones y decisiones que se adopten, los bienes y valores en que se encarnan esos derechos fundamentales.

“El interés superior del niño y del adolescente debe ser concebido como una exigencia para que las autoridades no solo se queden en dictar normas o políticas gubernamentales en abstracto, sino que deben velar por que la estricta observancia de ellas redunde en los niños y adolescentes, responsabilidad también aplicable a la comunidad”⁶.

Ante ello, dicho Tribunal ha aplicado el interés superior del niño en distintas situaciones:

a) El interés superior del niño y el derecho a vivir en familia

El Tribunal Constitucional resolvió un caso en el que, sin mencionar expresamente la norma citada, se refirió a los alcances de su contenido⁷.

Se trata de un proceso de hábeas corpus que siguiera doña Lady Rodríguez Panderero contra la Ministra del Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano y el Jefe de la Oficina de Adopciones, con el objeto de que le sea entregada la menor L.E.P.D.L.R, de 3 años y 6 meses de edad, quien se encuentra internada en la Aldea Infantil “Virgen del Pilar”, de la ciudad de Tarapoto.

Dicha menor, a los pocos días de nacida fue entregada por su madre biológica a la demandante para que la críe como su hija, la misma que la registró como tal ante la Municipalidad de Mariscal Cáceres. Después de dos años, la madre biológica reclamó a su hija y la denunció por raptó de menor. La demandante, al haber sido condenada en primera instancia en el proceso que se menciona, procedió a entregar a la madre biológica, con intervención del fiscal provincial. Sin embargo, ninguno de los padres biológicos cumplió sus obligaciones y posteriormente, entregaron a dicha niña a sus abuelos paternos, quienes tampoco asumieron responsabilidad alguna, teniéndola en completo estado de abandono.

Ante tales hechos, el Tribunal Constitucional aprecia la demostración de solidaridad de la demandante para con una recién nacida, en delicado estado de salud y abandonada por su madre biológica, mientras que la demandante le brindó amor, cuidados y protección.

Al respecto el Tribunal, teniendo en consideración que la Constitución establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, y que tanto la comunidad como el Estado protegen especialmente al niño en situación de abandono; y asimismo, que el Código de los Niños y Adolescentes prescribe que en toda medida que adopte el Estado concerniente al niño, se considerará el interés superior de este y el respeto a sus derechos, y que todo menor tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia, declarando, por ende, fundada la demanda y ordenó que la niña debe ser entregada a la demandante.

Se advierte que, el Tribunal ha concebido al interés superior del niño como un interés autónomo, como el único relevante en este contexto social y normativo, de forma que debe sobreponerse a cualquier otro.

b) El interés superior del niño y el derecho a la educación

Aquí los problemas se han presentado en los casos en que los directores de los centros educativos (estatales y particulares), han impedido (negando o cancelando la matrícula), que niños sigan estudios escolares, afectando el derecho a la educación de estos últimos.

Al respecto, el artículo 28° de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala expresamente que: “Los Estados partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos [...], d) hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas, e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar”.

Es así que el Tribunal, en la Sentencia N° 052-2004-AA/TC, la cual se trata de la acción de amparo que interpone doña Martha Elena Cueva Morales a favor de su menor hijo J.J.C.C. de siete años de edad, y la dirige contra Richard Astiquilca Mayhuire, Director de la Escuela Primaria de Menores N° 5006, alegando que se le ha lesionado el derecho a la educación del favorecido, pues el demandado se ha negado a ratificar su matrícula en el referido Centro Educativo.

Previamente el Tribunal precisa que, resulta indiscutible que, si efectivamente el demandado hubiera impedido que el beneficiario se matriculara para seguir en el siguiente año escolar, se habría afectado el derecho a la educación del

favorecido; siendo que no solo se trata de un deber de los padres para con sus hijos, sino también un derecho (el de la educación) que cabe oponer y exigir al Estado.

“Si la Constitución ha establecido que los padres tienen el deber de brindar educación a sus hijos, respecto al Estado ha declarado que este está en la obligación de proteger especialmente al niño y al adolescente. Naturalmente esta protección especial implica primeramente la obligación de permitirle ingresar a un centro educativo, así como que se adopten todas las medidas necesarias y oportunas destinadas a impedir que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas”. Evidentemente, se incumple ese deber especial, por ejemplo, cuando el Estado, a través de sus órganos y funcionarios competentes, niega a un menor la posibilidad de continuar sus estudios, sin existir motivos razonables para ello.

En esta resolución, el Tribunal resalta el valor instrumental del artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, a tenor del cual: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será: el interés superior del niño”.

c) El interés superior del niño y el derecho a la libertad personal

Se trata de un proceso de hábeas corpus interpuesto por don Donato Villacorta Sánchez a favor de su hijo Alex Evert Villacorta Oviedo, contra la titular del Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Cusco, solicitando se disponga la inmediata libertad del beneficiario, quien se encuentra internado en un centro de rehabilitación de menores, desde el 04 de noviembre del año 2002 hasta la fecha de la interposición de la demanda, sin que se haya resuelto su situación jurídica.

El demandante refiere que su hijo fue injustamente comprendido en la investigación por el presunto delito contra la libertad sexual en agravio de una menor, en la cual, la demandada dispuso su internamiento en un centro de menores, lugar donde se encuentra detenido más de ocho meses, lo que contraviene el artículo 221^o del Código de los Niños y Adolescentes.

El Tribunal señala que, en general, el hábeas corpus es un mecanismo procesal específico de tutela de la libertad y seguridad personal y derechos conexos;

siendo que, en el presente caso, se está ante un hábeas corpus traslativo, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona, o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal del detenido. En tal sentido, son materia de análisis los plazos en los que se ha llevado a cabo la investigación a que se encontraba sujeto el beneficiario. De dicho análisis se desprende, que han transcurrido más de siete meses desde el internamiento del menor sin que hubiera concluido el procedimiento; en consecuencia, el plazo máximo de cincuenta días se encontraba vencido en exceso. Por tales consideraciones e invocando al artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el Tribunal declaró fundada la demanda, es decir, recoge el artículo 37º de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual reconoce el derecho del niño a ser protegido contra la privación ilegal o arbitraria a su libertad, pudiendo impugnar la legalidad de tal medida ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial. Así se señala que los Estados partes velarán porque: b) ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante un periodo más breve que proceda.

7. DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO PARA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“Finalmente luego de la revisión de las sentencias del Tribunal Constitucional, aunque puede ser poco arriesgado hacerlo, permite realizar el planteamiento de indicaciones concretas que se detallan a continuación”⁸:

- a) El interés superior del niño, exigirá proveer en primer lugar a sus problemas inmediatos y más graves (salud, educación, libertad personal, etc.)
- b) En la concreción de ese interés y con la pretensión de garantizarle sus derechos fundamentales, habrá de conjugarse, por principio e inicialmente, las necesidades presentes con las futuras que quepa razonablemente proveer.
- c) Es preciso incentivar la autonomía personal y funcional en la definición de su interés, por ello la alternativa que se elija, debe ser aquella que haga efectivo el ejercicio de sus derechos fundamentales.
- d) La objetividad que se demanda al momento de apreciar el interés superior del niño, es un requisito consustancial para determinar lo más favorable, lo mejor al resolver el caso (el criterio de objetividad está referido a tomar conocimiento de la opinión del niño, a conocer qué trato le brindan las

personas de su entorno, familiares, conocidos, a la empatía con estas personas para con él, a las condiciones económicas y sociales que le rodean, al grado de desarrollo educativo alcanzado, etc.) entre otros aspectos.

8. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PROCESO CIVIL, TUTELAR Y DE FAMILIA

Ahora bien, luego de haber analizado, el principio del interés superior del niño desde una perspectiva formal, amplia, legislativa-jurisdiccional y de implicancia general, debe abordarse la intervención de tal principio en el contexto del proceso civil peruano y su comprensión por parte de los operadores jurisdiccionales.

Sin lugar a dudas, el proceso civil peruano, es eminentemente formal, debiéndose cumplir con todos los requisitos de procedibilidad y admisibilidad que exige nuestra norma procesal civil, teniendo como sustento para el planteamiento de diversas acciones, el sustento normativo, que para tal efecto, otorga, tanto el Código Civil, como el Código de los Niños y Adolescentes.

Es allí que todo proceso civil, debe en primer término cumplir con garantizar el derecho de las partes intervinientes, y en el marco de la observancia de un debido proceso.

Sin embargo, y contando para ello con la experiencia profesional, así como la experiencia procesal de la comunidad jurídica, se puede advertir que en los procesos civiles y en los cuales se encuentran inmersos menores de edad, efectivamente se garantiza el irrestricto derecho de defensa de los involucrados (partes procesales), se garantiza el cumplimiento irrestricto del debido proceso y además se cumple a cabalidad con los requerimientos tanto procesales como sustantivos; sin embargo, se deja de lado al verdadero autor del proceso, como es el menor de edad, siendo en muchos casos, el verdadero perjudicado; es decir, en tal situación, no se toma en cuenta el principio del interés superior del niño; o se tiene una distorsión del significado de dicho principio.

Ello ocurre muy a menudo en la etapa de conciliación, en donde el juez en ejercicio de sus atribuciones, trata de solucionar el conflicto suscitado (tenencia de un menor, alimentos, régimen de visitas, etc.), proponiendo una fórmula de conciliación que resuelva en definitiva la controversia, sin tener una visión clara y amplia de los hechos controversiales, escuchando únicamente a las partes involucradas, sin siquiera escuchar la opinión del menor. En otras

situaciones, el juez adelanta opinión, al proponer una fórmula de conciliación, la cual no resulta beneficiosa para el menor; y, finalmente en otras, se advierte con suma claridad que, la fórmula de solución propuesta por el juez, no armoniza con lo resuelto en definitiva por el magistrado.

En un análisis exhaustivo del actuar del juez en el proceso civil de familia, se puede apreciar que, su actuación en tal etapa resulta importantísima y a la vez complicada, por cuanto debe valorar anticipadamente el caso concreto.

Sin embargo, resulta necesario una comprensión cabal a cargo del juez, del significado integral del principio del interés superior del niño; asimismo, resulta de suma importancia, comprender lo trascendente de su actuación en tal etapa procesal, pues el principio del interés superior del niño, no es un mero principio enunciativo que debe ser invocado por doquier, o cuando haya dificultad de escoger un presupuesto normativo que encuadre en tal o cual situación, ni tampoco debe utilizarse de manera equívoca. Por el contrario, dicho principio debe ser conocido y comprendido a cabalidad, en su verdadera dimensión y de contenido suprallegal, debe además comprenderse con ello, las garantías y resultados que emanan de un debido proceso judicial, el respeto de todos los principios que inspiran la función jurisdiccional, teniendo siempre como visión orientadora al menor de edad, pues recién allí, se podrá hablar de un debido proceso con el respeto de todas las garantías y principios que consagra nuestra Constitución Política.

“Al Poder Judicial y en su caso al Tribunal Constitucional, normalmente le cabe un papel subsidiario: le corresponde actuar cuando los demás poderes incumplan con las obligaciones a su cargo, sea por su propia acción, por no poder evitar que otros particulares afecten el bien que constituye el objeto del derecho, o por incumplir con las acciones positivas debidas. Pero en el caso concreto de los niños y adolescentes es imprescindible que se ponga a trabajar activamente desde ahora mismo. No se necesita un juez “boca de ley” sino un activista judicial, que dé sentido a todos y cada uno de los derechos fundamentales, entendiendo el significado de la Constitución”⁹.

9. CONCLUSIONES FINALES

- a) El derecho procesal de familia se ha consolidado en la última década como ente protector de la familia, niño, niña y adolescente.
- b) El derecho procesal es la base de la consolidación de esta rama del derecho, pero no debe perderse de vista que esta última cuenta con características y elementos propios y cuyo sustento son valores y principios éticos.

- c) El modelo de interpretación jurídica dinámica es el modelo a seguir por un Juez Especializado de Familia, si desea administrar justicia en materia familiar tutelando el derecho de niños, niñas y adolescentes.
- d) El principio del interés superior del niño debe ser conocido y comprendido a cabalidad, en su verdadera dimensión y de contenido supralegal, y al momento de su apreciación debe primar la objetividad, como un requisito consustancial para determinar lo más favorable para un menor al resolver un caso determinado.

¹ Palacio, Lino y Roland Arazi. *Derecho procesal de familia*. T. I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2002, pp. 16-17.

² Morillo, Augusto. *La influencia de los procesos de familia sobre la litigación civil*, citado por Palacio, Lino y Roland Arazi. *Ob. Cit.*, p. 17.

³ Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Mexico: Editorial del Tribunal del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 124.

⁴ Kemelmajer De Carlucci, Aida. *Principios procesales y tribunales de familia*, citado por Palacio, Lino y Roland Arazi. *Ob. Cit.*, p. 32.

⁵ Plácido Vilcachagua, Alex. *Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, pp. 213-216.

⁶ Montoya Chávez, Víctor Hugo. *Derechos fundamentales de los niños y adolescentes. El interés superior del niño y adolescente y la situación de abandono en el artículo 4° de la Constitución*. Lima: Grijley, 2007, pp. 50-53.

⁷ Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2165-2005-HC/TC, de fecha 14 de octubre de 2002.

⁸ Plácido Vilcachagua, Alex. *Temas de derecho de familia y del niño*. Elaborado en el XIII Convocatoria de cursos a distancia para magistrados – Academia de la Magistratura, 2007, p. 160.

⁹ Montoya Chávez, Víctor Hugo. *Ob. Cit.*, pp. 288-289.

LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA DENUNCIA PENAL: PROBLEMAS Y ALTERNATIVAS*

ANA MARÍA REVILLA PALACIOS*

Resumen

Las deficiencias en la formulación de la denuncia penal, avaladas por el auto de apertura de instrucción, terminan por conducir a una posterior declaración de nulidad luego de un prolongado proceso, por lo que se hace imperativo que el operador jurisdiccional justifique debidamente su examen y calificación, pues, sin que ello signifique negar la titularidad de la acción penal al Ministerio Público, le compete al juez realizar el control de legalidad, y en tal sentido, evaluar si en el escrito de promoción de la acción penal se ha realizado una adecuada subsunción de los hechos que identifican al injusto penal imputado, y en su caso, señalar la fundamentación jurídica pertinente, con la limitación de que al hacerlo se evite variar los hechos. Esto contribuirá a eliminar los excesivos costos y la sensación de impunidad generados por las referidas deficiencias técnicas.

Palabras clave: Acción penal - Denuncia penal - Apertura de instrucción - Modelo acusatorio - Calificación jurídica de los hechos - Control de legalidad - *iura novit curia*.

Abstract

The deficiencies in filing a criminal complaint, supported by the order to open investigation, lead to the subsequent annulment of the case after a lengthy process. Therefore, it becomes urgent that the competent authority duly justifies his examination and determinations, which although the Government Attorney General's Office is responsible for criminal prosecution, it is the judge's responsibility to control legality, and in this sense, assessing if the facts identifying the criminal actions are contained in the document containing criminal prosecutions. If so, the pertinent legal grounds should be indicated without changing the facts. This will contribute to eliminate excessive costs and the sensation of unpunishment derived from such technical deficiency flaws.

Key words: Criminal action - Criminal complaint - Order to open investigation - Accusatory model - Legal determination of facts - Control of legality - *iura novit curia*.

Sumario

1. Antecedentes y planteamiento del problema. 2. Algunos datos empíricos: de los operadores judiciales en el distrito judicial de Lima Norte. 3. De la casuística recogida. 4. El enfoque de la doctrina. A. Sobre el principio acusatorio y el proceso penal. B. Sobre el principio *iura novit curia*. 5. A manera de conclusión.

* Juez de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte - Poder Judicial de Perú.

* Artículo reelaborado en base a la ponencia presentada en el Pleno Jurisdiccional en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, 2007.

1. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Un problema recurrente en el diario quehacer jurisdiccional está vinculado a la calificación jurídica de la denuncia penal. El espacio donde se proyecta esta situación controvertida es múltiple y comprende tanto al momento de resolver una causa, como al momento de ser vista en la instancia superior o incluso durante la etapa del juicio oral.

Ahora bien, son muchas las interrogantes que podemos plantearnos para describir sus características y trascendencia. Por ejemplo: ¿Qué actitud corresponde asumir a un juez penal cuando el fiscal provincial no ha efectuado una calificación típica adecuada de los hechos denunciados?

Al respecto es posible encontrar hasta tres opciones jurisdiccionales: a) el juez devuelve la denuncia al fiscal sin mayor especificación de causa; b) el juez emite directamente un no ha lugar a la apertura de instrucción por incoherencia interna; y, c) el juez no advierte el error de tipificación y procede a abrir instrucción.

También cabría discutir si el juez penal puede modificar la tipificación fiscal incorporando la que estima correcta; o si es lo procesal declarar no ha lugar por el delito erróneamente denunciado y luego abrir instrucción por aquel delito que se estima realizado; y si cabe aperturar por un delito distinto del propuesto por el Ministerio Público pero que corresponde al mismo sistema de delitos.

Una tercera línea de problematización surgirá en torno a los casos de devolución de denuncias y a la reacción que frente a ello puede desarrollar el fiscal. La experiencia nos muestra también en estas circunstancias un abanico de posibilidades como las que a continuación se enuncian: a) el fiscal subsana el error u omisión y emite una nueva y adecuada calificación jurídica; b) el fiscal se mantiene en su posición y devuelve su denuncia sin modificaciones al juez penal; y, c) el fiscal apela de la devolución judicial argumentando su independencia funcional como titular de la acción penal y de la forma de su ejercicio.

Por último, es igualmente factible indagar por los efectos inmediatos y mediatos que derivaran de cualquiera de las opciones que hemos descrito. En tal sentido, conviene esclarecer qué sucederá cuando el juez penal declare no ha lugar a la apertura de instrucción. O cuando el fiscal apela o se muestra de acuerdo con la calificación sustitutiva hecha por el juez y rubrica el auto apertorio de instrucción.

En definitiva, las implicancias que traerá al desarrollo del proceso una inadecuada calificación de la tipicidad sugerida en la denuncia, al dictarse el auto apertorio de instrucción son igualmente varias y sucesivas. Lo disfuncional puede producirse también en los procesos ordinarios. Al respecto, es de señalar que la praxis nos ha demostrado que una consecuencia de las imprecisiones y defectos que se dan en la denuncia y que son, luego, repetidos o avalados por el auto apertorio, es que con ellos se propicia que tales errores se arrastren durante toda la instrucción y el juzgamiento.

Es así que será probable que la causa se declare posteriormente nula luego de un prolongado proceso. Que tal situación ocasione, fácilmente, la prescripción de la acción penal. Y que este último efecto genere o potencie ante la ciudadanía una grave sensación de impunidad, con el consiguiente desprestigio del Poder Judicial y de sus operadores. Algo similar ocurrirá en los casos donde se aprecie una clara incongruencia entre el auto apertorio y la acusación fiscal, generando con ello un riesgo considerable de que los procesos sean finalmente declarados nulos por la instancia superior o suprema. La misma percepción negativa se dará si la calificación defectuosa provoca la necesidad imperiosa de decidir ampliaciones con posterioridad a la conclusión de la instrucción.

Estas y muchas más son las manifestaciones de la problemática que ahora nos ocupa. Por consiguiente, surge la necesidad de un debate técnico y jurisprudencial que partiendo de los propios jueces penales, convoque también el interés de los académicos y especialistas. Lo que ofrecemos, pues, con estos comentarios, se constituye, a la vez, en una advertencia y una alternativa frente a tan preocupante situación.

2. ALGUNOS DATOS EMPÍRICOS: DE LOS OPERADORES JUDICIALES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA NORTE

Para abordar de forma seria y gráfica el tema que nos ocupa nos remitimos a una encuesta aplicada en trece juzgados penales de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte¹ (delimitación territorial). Se aplicó un cuestionario breve con preguntas concretas, referidas principalmente al tipo de reacción procesal ante una inadecuada calificación jurídica de los hechos denunciados por parte del Ministerio Público. Los resultados obtenidos se expresan en las siguientes tendencias:

- a. El total de denuncias que son devueltas mensualmente al Ministerio Público para subsanación por la totalidad de jueces es aproximadamente de sesenta y siete.

- b. El volumen total mensual de autos que declaran mensualmente no ha lugar a apertura de instrucción es de aproximadamente treinta y cinco.
- c. El promedio mensual de casos donde el juez califica por un delito distinto al denunciado, pero del mismo sistema de delitos es de seis.
- d. El total mensual de denuncias devueltas que retornan subsanadas por el Ministerio Público es de cincuenta y siete.

Otros datos psicosociales extraídos de la misma fuente nos muestran interesantes actitudes de los operadores jurisdiccionales. De ellos cabe mencionar los siguientes:

- a. El 70% de los jueces penales de Lima Norte devuelve para su subsanación al Ministerio Público las denuncias que ingresan mensualmente, cuando se advierte algún error en la fundamentación jurídica o fáctica, lo que evidencia una preocupación de los magistrados porque el proceso penal se lleve a cabo a partir de una adecuada calificación jurídica.
- b. Un 20% de los jueces penales procede a declarar no ha lugar a la apertura de instrucción, cuando advierte una inadecuada calificación, discrepando de esta manera con la posición postulada por el Ministerio Público. En estos casos en mayor frecuencia corresponde al supuesto donde los hechos no cuentan con los presupuestos objetivos del tipo por lo que no constituyen delito o son de naturaleza eminentemente civil, lo que amerita su irrelevancia penal o que sean discutidos una vía distinta a la penal. Son estos supuestos los que habilitan al Ministerio Público para apelar dicha resolución, o rubricar el auto en señal de conformidad con los fundamentos del juez penal.
- c. Sólo un 10% de los jueces encuestados procede de oficio a una recalificación de los hechos denunciados, al entender que los mismos no se subsumen en el tipo penal invocado por el fiscal. En esta variante el juez realiza un nuevo juicio de tipicidad formal completamente alejado del propuesto por el titular de la acción penal. Por ejemplo, el fiscal denuncia por robo agravado y el juzgado considera que se trata de hurto agravado.
- d. Por último, y con respecto a las devolución de denuncias, se detecta un 10% de las denuncias devueltas retornan sin ser subsanadas por el Ministerio Público. La mayoría de veces esto obedece a que el fiscal mantiene y ratifica su posición, respecto a los fundamentos fácticos o jurídicos que cimentaron su tesis inculpativa; o amparándose en otros casos en la preeminencia y exclusividad del principio acusatorio frente a la facultad discrecional y decisoria de la autoridad judicial.

3. DE LA CASUÍSTICA RECOGIDA

A continuación presentamos cinco variantes de lo que sucede en la práctica diaria, vinculadas a la calificación de las denuncias y que reflejan –a manera de trabajo de muestra– el frecuente proceder de los operadores jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

a. CASO N° 1: Expediente N° 683-07, Décimo Tercer Juzgado Penal de Lima Norte

Devolución de denuncia por no especificar correctamente el párrafo del tipo penal: El Ministerio Público denuncia por el delito de usurpación, previsto en el inciso tercero del artículo 202° del Código Penal. El juzgado penal devuelve la denuncia indicando que la conducta se adecua al inciso segundo del artículo 202° del Código Penal. En tal sentido el Ministerio Público a fojas cuarenta y seis subsana el error aclarando que el inciso correcto es el segundo del artículo 202° del Código Penal, por lo que el juzgado abre instrucción.

b. CASO N° 2: Expediente N° 313-2007, Primer Juzgado Penal de Los Olivos

Devolución de denuncia por error en la calificación del tipo penal: la fiscalía de Los Olivos formaliza denuncia por el delito de robo agravado, sancionado por el artículo 188° (tipo base) con las agravantes contenidas en los incisos 2 y 4 primera parte del artículo 189° del Código Penal. La jueza penal devuelve la denuncia indicando que no se cumple con el presupuesto de violencia y amenaza contemplado en el tipo penal de robo agravado, ante lo cual el Ministerio Público subsana el error, y formaliza la denuncia por el delito de hurto agravado, fundamentos por los cuales el juzgado penal apertura instrucción por este último delito.

c. CASO N° 3: Expediente N° 3040-2006, Décimo Tercer Juzgado Penal de Lima Norte

Recalificación por parte del juez penal: El Ministerio Público formula denuncia por el delito de robo agravado. El juzgado resuelve declarar ‘no ha lugar’ por el delito de robo agravado al considerar que no se ha utilizado la violencia para la sustracción del bien, elemento esencial para la configuración de este delito y abre instrucción por el delito de hurto agravado. El fiscal rubrica el auto en señal de conformidad.

d. CASO N° 4: Expediente N° 4232-06, Sexto Juzgado Penal

El fiscal no acepta la devolución de la denuncia invocando el principio acusatorio. El Ministerio Público formula denuncia penal por el delito contra la libertad sexual en su figura de violación sexual tipificado en el inciso 3 del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704. El juzgado dispone devolver los autos al Ministerio Público al considerar que al momento de los hechos la ley vigente era distinta a la invocada por la fiscalía, y que se había producido una modificación. El fiscal de la Séptima Fiscalía Provincial apela la devolución al considerar que existe un conflicto de leyes en el tiempo. El juzgado resuelve abrir instrucción por el delito denunciado teniendo en consideración la Ley N° 28704 y la fiscalía rubrica en señal de conformidad

e. CASO N° 5: Expediente N° 1723-2004, Primera Sala Superior Penal de Reos Libres

Nulidad de sentencia por inadecuada calificación del tipo penal: La Primera Sala Superior Penal de Reos Libres declaró 'nula' la sentencia condenatoria por el delito de homicidio culposo por cuanto no se había considerado en la calificación del tipo legal que el ilícito se generó por la inobservancia de las reglas de profesión, habiéndose aperturado instrucción con la fundamentación jurídica del artículo 111°, primer párrafo, debiendo ser lo correcto el considerar la parte *in fine* del citado artículo.

4. EL ENFOQUE DE LA DOCTRINA

Como bien lo señala la doctrina más caracterizada, el auto apertorio de instrucción constituye la primera resolución judicial en un proceso penal. Con ella se admite a trámite la denuncia del fiscal y se da inicio a la investigación del delito por la autoridad jurisdiccional². Para ello, sin embargo, es menester observar presupuestos y requisitos que consigna expresamente el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales. Entre ellos destaca la exigencia y garantía de que el "juez solo abrirá instrucción si considera que [...] aparecen indicios suficientes o elementos reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor, que la acción penal no haya prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal".

Al respecto, Azabache Caracciolo señala "[...] que corresponde al auto apertorio calificar la denuncia formulada por el fiscal, estimando si ella refleja o no una causa probable [...] entiéndase como tal aquella que es susceptible

de fundar una condena si el hecho denunciado es probado. A diferencia del juicio contenido en la sentencia del caso, el de la calificación de denuncia se caracteriza por circunscribirse a la admisión o no de la denuncia, que depende en buena cuenta del juicio sobre causa probable”³.

Por consiguiente, debe entenderse que la determinación de causa probable partiendo de indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de un delito demandaran siempre de un análisis y de una evaluación exhaustiva y técnica del juez penal. En ese contexto constituye un lineamiento esencial, que permitirá luego ponderar la coherencia y acierto de la decisión judicial, el que el operador justifique debidamente su examen y calificación. Es más, a partir de ello se logrará fijar la ruta para una óptima investigación y sanción de los delitos. Lo que, en definitiva, garantizará la seguridad jurídica de la sociedad y el respeto material de derechos fundamentales como el honor y la libertad personal.

En coherencia con lo expuesto, el connotado procesalista César San Martín Castro, preocupado en el tema, sostiene enfáticamente que “El juez penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, por lo que el procesamiento de quien resulta emplazado por el fiscal, requiere autorización o decisión judicial, sin embargo, esa autorización o resolución judicial no es automática, el juez no actúa como simple receptor del procesamiento dispuesto por el Ministerio Público. En su misión de garante de los derechos individuales de las personas, especialmente de quienes están sujetas a una persecución penal, el juez debe evaluar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal, es decir, le corresponde el papel de defensor del ordenamiento jurídico [...] lo que implica que el juez debe tener un marco de referencia suficiente para decidir de un modo o de otro, esto es, de aceptar o no las pretensiones de las partes [...]”⁴.

4.1. Sobre el principio acusatorio y el proceso penal

El modelo procesal penal denominado acusatorio se fundamenta en principios trascendentes como el de legalidad y de oficialidad. Según los expertos esta variante procesal rige en nuestra legislación a partir de la promulgación del Decreto Legislativo N° 638. Esta disposición legal reconoce al Ministerio Público la condición de titular excluyente del ejercicio público de la acción penal. Además, le impone la carga de la prueba y le otorga, para ejercitar ambos aspectos, total independencia funcional y exclusiva sujeción a la ley. De allí que sea correcto entender que en nuestro sistema procesal el Ministerio Público ostenta el monopolio de la persecución penal.

Ahora bien, el nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004, también ha recogido dicho modelo como su rasgo característico principal. En ese ámbito, pues, la vigencia del principio acusatorio exige que la acusación sea ejercitada y mantenida durante todo el proceso por un órgano distinto del juez: el fiscal.

De esa manera, el representante del Ministerio Público se convierte en el centro neurálgico del proceso, pues dirige y coordina toda actividad procesal que no esté directamente ligada al hecho de dictar sentencia o al cumplimiento formal y material de los derechos y garantías fundamentales que puedan verse afectados en dicho contexto. Empero, el que el juez haya de emitir el fallo sobre la base de los hechos que le fueron dados por el titular de la acción penal, no debe entenderse al extremo que si considera que no está debidamente formulada o no resulta adecuada a lo previsto en el ordenamiento legal, deba mantenerse indiferente ante una situación que podría devenir en injusta o arbitraria.

En la legislación española, que también adopta un modelo acusatorio, resulta interesante advertir que el monopolio de la acción penal, no recae exclusivamente en el Ministerio Fiscal. Según la normativa hispánica, ella puede ser ejercida por el propio ofendido, e incluso por cualquier ciudadano en el caso de la denominada acción popular.

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional, en el caso Umbert Sandoval (Expediente N° 2005-2006-HC/TC) ha sido enfático al precisar que el ejercicio de la acción penal recae en el Ministerio Público, y que ello además de estar enunciado en la Ley Orgánica de su creación (Decreto Legislativo N° 052), ha sido reafirmado por la Constitución Política del Estado.

Pese a lo expuesto, somos de la opinión que el rol persecutor del Ministerio Público, debe evaluarse también en función de otras variables particulares de nuestro entorno. Por ejemplo, debe tenerse en cuenta que en gran parte del país, el modelo procesal todavía vigente en función al Código de Procedimientos Penales, es fruto de una mixtura que comprende en parte al modelo inquisitivo (instrucción) y en parte al acusatorio garantista (juzgamiento). En tal sentido, las facultades inherentes de persecución del Ministerio Público, así como su condición de titular de la acción penal, no contradicen necesariamente, ni menos excluyen, las funciones de juzgamiento y control de legalidad que también tiene y debe ejercitar el órgano jurisdiccional. Sin embargo, si debe quedar en claro que el juez no persigue, solo juzga.

4.2. Sobre el principio *iura novit curia*

Este principio, tantas veces invocado en la formación y praxis del derecho, se remonta al derecho romano e implica la presunción lógica del conocimiento del derecho por parte del juez. Es decir, que este por su formación y cultura profesional y funcional tiene sólidos conocimientos del derecho aplicable al caso. En tal sentido, no es necesario que las partes en un litigio prueben ante la autoridad judicial lo que dicen las normas.

Ahora bien, la operación procesal y decisional en la que más claramente se pone de manifiesto el sentido de dicho principio es la subsunción. Esto es, la interrelación que debe hacer el órgano jurisdiccional entre los hechos del caso y el supuesto de hecho normativo. En términos más concretos, la subsunción de hechos en el precepto de una norma es lo que conocemos como su calificación jurídica.

Sobre el particular, la doctrina española ha señalado correctamente “[...] que una vez establecido que los hechos que fueron objeto de la acusación se dieron en el pasado, el órgano judicial pasará a realizar el juicio jurídico, es decir, a determinar si los hechos probados tienen o no calificación posible desde el punto de vista penal. En esa operación el juzgador no tiene ninguna limitación, pudiendo calificar de modo distinto a como se hizo en la acusación, siempre que lo haga exclusivamente sobre los hechos objeto de la acusación y no se vulnere el derecho a la defensa; o incluso considerar que no constituye delito”⁵.

Entonces, bajo la premisa que hemos sostenido de que el juez juzga y no persigue, corresponde a él efectuar la adecuada calificación jurídica de los hechos. En consecuencia, si los hechos han sido calificados jurídicamente en la denuncia de manera defectuosa, no consideramos que lo procedente sea devolver esta al fiscal, menos aún, si la posibilidad de devolución a que se refiere la norma pertinente solo se circunscribe al hecho de que no se haya cumplido con un requisito de procedibilidad. En ese sentido, coincidimos plenamente con lo sostenido por el procesalista español Montero Aroca quien sostiene que el sentido que el derecho es de dominio judicial, por lo que le corresponde al juez señalar la fundamentación jurídica pertinente –claro está– con la limitación de que no varíen los hechos.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta que al juez le corresponde el control de la legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, será él quien en definitiva deberá evaluar si en el escrito de promoción de la acción penal se ha realizado una adecuada subsunción sobre los hechos que identifican al injusto penal imputado. Ello, por lo demás, tiene amparo legal suficiente en la exigencia que al respecto plantea al juez penal el artículo 77º del Código de Procedimientos Penales. Y esto último también comprende los casos donde la calificación jurídica que realice la autoridad judicial resulte ser distinta de la propuesta por el Ministerio Público, aunque sí corresponda a la misma familia de delitos (hurto por robo).

También debe tenerse en cuenta que, al margen de lo dispuesto y autorizado en la norma procesal, el principio general del *iura novit curia* faculta igualmente, a que el juez aplique la norma legal pertinente aún cuando ella sea distinta a la invocada por las partes, en el caso que nos ocupa por el Ministerio Público. Lo importante en consecuencia es incidir en que el derecho es de dominio jurisdiccional.

De otro lado, por lo expuesto, resulta evidente que la praxis de la devolución de denuncias deviene en un mecanismo jurídicamente inaceptable, salvo que se trate del incumplimiento de un requisito de procedibilidad conforme lo establece el antes citado 77º del Código de Procedimientos Penales. La información empírica obtenida da cuenta que el 80% de los jueces devuelven las denuncias al Ministerio Público cuando se ha producido una inadecuada calificación, o por falta de especificación del tipo, sin embargo, debe entenderse como una preocupación por parte de los magistrados para que el proceso se conduzca debidamente desde un inicio.

Es también pertinente señalar que el auto apertorio de instrucción aún se rige por el viejo modelo inquisitivo que caracterizaba la instrucción en el Código de Procedimientos Penales de 1940. De allí que se sostenga que la imputación debe estar formalizada judicialmente en dicha resolución, contando, fundamentalmente, con una debida motivación.

Como ya hemos demostrado, la realidad presente nos muestra que la casuística vinculada a la errónea calificación jurídica y a sus opciones procesales se ha incrementado notablemente de un tiempo a esta parte. Por consiguiente, urge encontrar una alternativa inmediata y coherente. Más aún, si el número de procesos declarados nulos por las instancias superiores ante una inadecuada

calificación jurídica del tipo penal también ha aumentado. En estos casos suele ocurrir que las imprecisiones de las denuncias son, luego, repetidas en los autos de apertura de instrucción.

La relevancia de ello ha trascendido el plano de la justicia penal al extremo que el propio Tribunal Constitucional lo ha advertido en el caso Margarita Toledo, en el que se declaró fundado un hábeas corpus y nulo el auto apertorio de instrucción, justamente, ante la imprecisión de la fundamentación jurídica, lo que por consiguiente recortaba gravemente el derecho de defensa.

Fallas técnicas de esta naturaleza generan y asientan una sensación de impunidad. Además implica un costo excesivo para el sistema judicial, pues luego de un largo y tortuoso proceso se frustran pretensiones y expectativas de justiciables y de la propia sociedad. Todo ello, finalmente, repercute y potencia el desprestigio del Poder Judicial y de sus órganos, agravando el endémico concepto negativo que la sociedad peruana tiene de nuestra institución.

Consideramos, finalmente, que el debate sobre la problemática de la calificación jurídica defectuosa no está del todo zanjado. Solo hemos querido motivar el interés por el tema con nuestras breves reflexiones e inquietudes, que esperamos reviertan en mejorar nuestro diario quehacer jurisdiccional.

¹ Encuesta Sondeo realizada a los Juzgados Penales de la sede de la Corte de Lima Norte. Agosto, 2007.

² Sánchez Velarde, Pablo. *Manual de derecho procesal penal*. Lima: IDEMSA, 2006.

³ *Revista peruana de derecho procesal*. Sobre el auto de inicio de instrucción. N° 111. Abril, 1999.

⁴ San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. Lima: Grijley, 2000.

⁵ Esquiaga Ganuzas, Francisco. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000.

LA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL A NO SIGNATARIOS. REFLEXIONES CON MOTIVO DEL TRATAMIENTO QUE LA NUEVA LEY PERUANA DE ARBITRAJE EFECTÚA A DICHA FIGURA

NATALE AMPRIMO PLÁ*

Resumen

El convenio arbitral constituye la piedra angular de todo arbitraje; y, a efecto de demostrar su existencia, las diferentes normas que regulan el arbitraje en el mundo exigen, en su mayoría, que dicho acuerdo conste por escrito; pero las modalidades de cumplimiento del requisito de la forma escrita se han ido ampliando, al punto que hoy no se discute que cualquier medio que permita generar una "constancia de acuerdo" es suficiente para que se considere cumplido el mismo.

Ahora bien, independientemente de esas modalidades, hay casos en los que, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, se admite que sujetos que no han sido parte *stricto sensu* del acuerdo arbitral, sean obligados a participar del proceso arbitral. El legislador peruano recoge una opción novedosa de esta posibilidad en la Ley Peruana de Arbitraje (artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071).

Palabras clave: Arbitraje - Convenio arbitral - Constancia de acuerdo - Buena fe.

Abstract

The arbitration agreement is the cornerstone of any and all arbitration proceedings; and, with the aim of proving its existence, the majority of the different rules that regulate arbitration proceedings in the world require that the referred agreement be in writing. However, the modalities for the fulfillment of this requirement have been gradually extended, to such a point that presently, there is no discussion about the fact that any means that produces a "testimony of the agreement" is enough for it to be considered fulfilled.

Independently from these modalities, there are cases in which, both the doctrine and case law admit that those individuals who are not a party, in the strict sense, to the arbitration agreement, are obliged to participate in the arbitration proceeding. The Peruvian legislator adopts an innovative option of this possibility in the Peruvian Arbitration Law (Article 14° of Legislative Decree N° 1071).

* Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Key words: Arbitration - Arbitration Agreement - Testimony of Agreement - Good faith.

Sumario

1. Introducción. 2. Constancia del contenido del convenio arbitral. 3. Consentimiento en el convenio arbitral. 4. Extensión del convenio arbitral en el Perú.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje, como mecanismo de solución de controversias eminentemente privado, encuentra su origen y razón de ser en la voluntad de las partes, las que libérrimamente renuncian al mecanismo natural de solución de conflictos que les provee el Estado y le confieren autoridad al árbitro designado, para que sea este último quien resuelva el desacuerdo o conflicto.

Esa voluntad de las partes, expresada en lo que se conoce como “convenio arbitral”, no puede tener eficacia ni producir efectos respecto de quienes no han prestado su consentimiento, pues como se sabe, por ser un principio universalmente conocido, “[los] contratos sólo producen efectos entre las partes que las otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles”¹. Como indica Caivano, este principio, aplicado al caso del convenio arbitral en particular, “[...] tiene como propósito evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a dirimir determinadas controversias por arbitraje, siendo paralelamente obligado a resignar la competencia de los tribunales judiciales”².

2. CONSTANCIA DEL CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL

Así, el convenio arbitral constituye la piedra angular de todo arbitraje³; y, a efectos de demostrar su existencia, las diferentes normas que regulan el arbitraje en el mundo exigen, en su mayoría, que el acuerdo arbitral conste por escrito, aún cuando, acto seguido, contemplan diversas modalidades de constancia escrita, llegándose incluso a flexibilizar el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia no necesariamente escrita de su contenido, pero que sean accesibles para su ulterior consulta⁴.

De esta forma, la mayoría de la legislación comparada sigue la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (conocida como Ley Modelo CNUDMI o UNCITRAL) que,

en la Opción I de su artículo 7º, señala que “Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio” (apartado 3), y que “El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumple con la comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por ‘comunicación electrónica’ se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por ‘mensaje de datos’ se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax” (apartado 4)⁵.

En ese sentido, como consecuencia de la evolución del tráfico comercial y del avance de la tecnología, que en materia de comunicaciones ha generado una auténtica revolución, impactando sin lugar a dudas en el derecho de los contratos, se han ido ampliando las modalidades de cumplimiento del requisito de la forma escrita del convenio arbitral, al punto que hoy no se discute que cualquier medio que permita generar una “constancia de acuerdo” es suficiente para que se considere cumplido el requisito de la constancia por escrito⁶⁷. Como expresa Caivano, “[el] documento electrónico consiste, fundamentalmente, en la fijación de información en un soporte electrónico (u óptico), que queda registrada en la memoria auxiliar del computador. En sentido estricto, es el documento que aparece instrumentado sobre la base de impulsos electrónicos y no sobre un papel, y conservado en forma digital en la memoria del ordenador a través de sus propios órganos de salida, que es perceptible por el hombre sin intervención de máquinas traductoras. El documento electrónico es reconocido, mayoritariamente, como perteneciente al género más amplio de ‘documento’, concebido como ‘toda representación objetiva de un pensamiento’, como todo objeto que pueda informar sobre un hecho o un acto con consecuencias jurídicas, sin ceñirse a la escritura (grafía) ni a la naturaleza del soporte (papel). El documento electrónico, en suma, supone la ruptura de la clásica trilogía ‘papel-escrito-firma’, que ha sido cimiento de la cultura jurídica de la antigüedad”⁸.

3. CONSENTIMIENTO EN EL CONVENIO ARBITRAL

Ahora bien, independientemente de las modalidades que hoy la legislación reconoce como demostrativas de la existencia de un convenio arbitral, hay casos en los que, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, se admite que sujetos que no han sido parte *stricto sensu* del acuerdo arbitral, sean obligados

a participar en el proceso arbitral⁹. Es decir, casos en los que se produce la extensión de la cláusula arbitral a no signatarios de esta última.

Sobre esto último, hay que precisar que en la práctica del arbitraje internacional no es extraño, por ejemplo, que el tribunal arbitral deba analizar si un acuerdo arbitral celebrado por una sociedad pueda obligar al grupo de sociedades vinculadas con ella, debido a que en el mundo moderno se presenta cada vez más el caso de relaciones económicas en las que las partes están constituidas a su vez por redes de relaciones¹⁰. Como explica De Trazegnies:

“Tanto en el ámbito internacional como en el nacional pueden encontrarse situaciones tales como que un grupo económico extranjero obtiene la buena pro para desarrollar una obra dentro de las fronteras de un determinado Estado y, para este efecto, utiliza una u otra de las compañías que integran el grupo, según criterios de especialidad o de oportunidad; y sucede que el dueño de la obra puede intentar reclamar por defectos en ella contra no necesariamente aquella empresa que la ejecutó directamente y que tiene un patrimonio reducido sino sobre la más importante de las compañías de ese grupo empresarial aunque no haya participado o haya tenido una participación sólo incidental en la obra. Las relaciones financieras asumen también en algunos casos formas muy complejas en las que intervienen muchas personas jurídicas de una y otra parte; y puede suceder que los accionistas de una sociedad invoquen el convenio arbitral estatutario para demandar a otras compañías del grupo mayoritario y reclamar sobre el patrimonio que, a través de una red de subsidiarias, pretenden que les habría sido escamoteado.

[...]

Es así como, desde hace algún tiempo, la doctrina y la jurisprudencia de algunos países y tribunales arbitrales internacionales ha tentado, cautelosa pero valerosamente, el camino espinoso de ver más allá de las formas jurídicas para resolver los conflictos de manera más conforme con la realidad. El descorrimiento del velo societario es una institución nueva, destinada a evitar que, detrás de un formalismo jurídico que cumple un papel de escudo, se desarrollen actividades que perjudican a ciertos accionistas de la sociedad o a terceros vinculados con algún tipo de contrato. Para llegar a este punto, se ha creado la teoría del “grupo de sociedades” – también llamada del

alter ego o del rasgado o descorrimiento del velo societario (*piercing the corporate veil*) o, por último, como la teoría del *disregard*— que permite ver el conjunto de los intereses y relaciones económicas reales que existen detrás de la forma societaria”¹¹.

4. EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL PERÚ

En ese sentido, es de suma importancia para la comunidad jurídica vinculada al arbitraje, la forma como la novísima Ley peruana de Arbitraje¹² aborda, en su artículo 14°, lo relativo a la extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios.

Así, el referido artículo 14°, titulado “Extensión del convenio arbitral”, preceptúa que “El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

Creemos que la opción elegida por el legislador peruano resulta novedosa, pues contempla la posibilidad, de manera expresa, que el convenio se extienda a quienes no lo han suscrito, si es que de su conducta se puede derivar, de buena fe, su intención de someterse al arbitraje.

En buena cuenta, el artículo 14° de la Ley Peruana de Arbitraje reconoce la existencia de una manifestación de voluntad tácita de someterse al arbitraje, según el principio de buena fe, lo que resulta acorde con el artículo 1362° del Código Civil peruano de 1984, que dispone que “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”, lo que, como comentó en su oportunidad Arias Schreiber, se basa en el concepto “[...] de que la ley no debe tener rigor formalista, sino un alto contenido moral. De allí las referencias al hecho de que su negociación, celebración y ejecución están sujetas a las reglas de la buena fe y común intención de las partes, que son las que inspiran la relación obligacional”¹³.

Por tanto, el legislador peruano ha considerado que si de la conducta de las partes se infiere una declaración tácita de voluntad, no sería acorde al principio de buena fe subordinar los efectos de la referida manifestación de voluntad tácita, a la exigencia de una formalidad escrita. Es evidente que el legislador ha tenido que incorporar una disposición específica en la Ley de

Arbitraje respecto de los efectos de la manifestación de voluntad tácita al convenio arbitral, habida cuenta que el artículo 141° del Código Civil peruano preceptúa:

“Artículo 141°.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario”.

Respecto a la buena fe, habría que decir, siguiendo a Campagnucci De Caso, que ésta “[...] tiene un contenido preceptivo que muestra su propia exorbitancia sobre la voluntad de los contratantes, y se sitúa por encima de ellos. Son estos quienes en sus comportamientos y conductas deben adecuarse a la regla, y de ninguna manera se puede dar el sentido inverso. Significa, ni más ni menos, obligarse a la fidelidad a la palabra empeñada, y no abusar ni defraudar la confianza en que se basó la relación”¹⁴.

En ese sentido, coincidiendo con lo señalado por Cantuarias Salaverry y Caivano, creemos que el artículo 14° de la Ley peruana de Arbitraje no rompe con el principio básico conforme al cual el arbitraje es estrictamente privado, pues ello no es contradictorio con admitir que, dadas ciertas circunstancias de hecho particulares, es posible considerar que alguien ha expresado su conformidad a someterse a arbitraje, aún en ausencia de una expresa y formal aceptación. Así, la Ley peruana de Arbitraje, priorizando “[...] la realidad por sobre la forma o mera apariencia, [...] reconoce – en sintonía con la ampliación del concepto convenio arbitral escrito que hemos comentado – que la firma puesta en el instrumento no es la única forma de prestar el consentimiento para someterse a arbitraje. Dicho de otra manera: el solo hecho de que alguien no haya sido firmante directo del convenio arbitral no impide que, con base en la buena fe y tomando en cuenta la participación que – de hecho – hubiese tenido en el contrato o su pretensión de invocar derechos o beneficios derivados del mismo, pueda verse obligado por sus efectos. La norma en comentario, con una lógica impecable, sólo predica que la mera circunstancia de no haber sido – en sentido formal – parte en el acuerdo arbitral no significa – necesariamente – un impedimento para invocar el convenio arbitral o para

que éste sea oponible. Aunque, claro está, ello requerirá la demostración de ciertos presupuestos de hecho que la misma norma señala¹⁵.

De esta forma, no es que a la luz del artículo 14° de la Ley peruana de Arbitraje, el tribunal arbitral va a inventar un convenio arbitral entre quienes no lo han celebrado. Se trata de que, en palabras de De Trazegnies, el tribunal no cierre los ojos “[...] frente a los casos en que ese acuerdo se hubiera consumado si el asunto no hubiera sido tan complejo y las posibilidades de creación e intervención de subsidiarias no hubiere pasado desapercibida para alguna de las partes, en contra de lo que representaba la verdadera intención de éstas: el negocio en el cual querían intervenir comprendía más aspectos y más personas jurídicas de los que les fueron presentados al momento de ingresar al negocio sometido a un convenio arbitral”¹⁶.

En consecuencia, extender el convenio arbitral a no signatarios vinculados al grupo económico celebrante del contrato, que participaron activa y de manera preponderante, en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado, o a quienes pretendan derivar derechos o beneficios de aquel, se ajusta a la verdadera intención de las partes, por lo que mal se podría, respetando el principio de buena fe, asumir un criterio restrictivo que incluso, en algunos casos, podría implicar además la consumación de un abuso de derecho.

Sin lugar a dudas, pronto veremos como el artículo 14° de la Ley peruana de Arbitraje es recogido por la legislación de otros países, muchos de los que, incluso, tienen una mayor tradición arbitral. El legislador peruano ha dado un paso más en la línea correcta del desarrollo del arbitraje en los inicios del siglo XXI.

¹ Artículo 1363° del Código Civil peruano de 1984.

² Caivano, Roque J. «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». *Revista Lima Arbitration*. Editada por el Círculo Peruano de Arbitraje. N° 1. Disponible en internet: <http://www.limaarbitration.net/>; Lima, 2006, p. 122.

³ Gonzáles De Cossio, Francisco. *Arbitraje*. Segunda edición. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 55.

⁴ Con lo que el medio para probar la existencia del convenio arbitral dejó de ser un requisito *ad solemnitatem* y pasa a ser uno *ad probationem*.

⁵ Véase el artículo 13° de la Ley peruana de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071.

⁶ Redfern, Alan; Hunter, Martin; Blackaby, Nigel; y Partasides, Constantine; *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2006, p. 224.

⁷ Además, no debe olvidarse que el apartado 5 de la Opción I del artículo 7° de la Ley Modelo UNCITRAL considera que se entiende que el arbitraje es escrito “[...] cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra”. Texto similar asume el apartado 5 del artículo 13° de la Ley peruana de Arbitraje.

-
- ⁸ Caivano, Roque J. *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008, pp. 328 - 329.
- ⁹ Caivano, Roque J. *Arbitraje y grupos...*, p. 123.
- ¹⁰ El caso "Dow Chemical c. Isover Saint Gobain" constituye la doctrina principal en lo que se refiere a la teoría del "grupo empresario". En este caso, tramitado ante un tribunal CCI, se planteó un reclamo no solo por las empresas que habían celebrado los acuerdos correspondientes sino también por la sociedad matriz estadounidense y una sociedad controlada francesa integrante del mismo grupo. Cuando el tribunal arbitral, presidido por el profesor Sanders, hizo el análisis de las circunstancias en las que se había celebrado en contrato principal, determinó que Dow Chemical Company (USA), que era la sociedad matriz, era la que ejercía "el control societario absoluto sobre las sociedades controladas que habían suscrito los contratos pertinentes o que, como en Dow Chemical France, había participado efectiva e individualmente de su celebración, cumplimiento y extinción". Incluso se determinó que había una cláusula por la que las entregas podría realizarlas cualquier sociedad controlada o de propiedad de Dow Chemical Company (USA), demostrándose, de esta forma, que esta última era el eje central de la relación contractual finalmente establecida entre ciertas entidades del grupo y los distribuidores. Léase Redfern, Alan; Hunter, Martin; Blackaby, Nigel; y Partasides, Constantine. *Op. Cit.*, pp. 241 y 242.
- ¹¹ De Trazegnies Granda, Fernando. «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». *Revista Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XIV. N° 29. Lima, 2004, p. 12.
- ¹² El Decreto Legislativo N° 1071 entró en plena vigencia recién el 1° de setiembre de 2008.
- ¹³ Arias Schreiber, Max; «Exposición de motivos y comentarios. Contratos en general». En: en *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil", cuya compiladora fue la doctora Delia Revoredo Marsano. Tomo VI. Okura Ediciones S.A. Lima, 1985, p. 25.
- ¹⁴ Campagnucci De Caso, Rubén H.; «El principio de la buena fe en las relaciones jurídicos de derecho privado». En: *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*. Bajo la dirección de Marcos M. Córdoba. Tomo I. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2005, p. 174.
- ¹⁵ Cantuarias Salaverry, Fernando y Caivano, Roque J. «La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad». *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 7/2008. Lima: MAGNA ediciones, 2008, pp. 60-61.
- ¹⁶ De Trazegnies Granda, Fernando. *Ob. Cit.*, p. 19.

LA ÉTICA EN SITUACIONES DE CRISIS

CÉSAR FERNÁNDEZ ARCE*

Resumen

El Perú, como muchos otros países, atraviesa una grave crisis de valores morales, pues estos han sido trastocados por otros de signo material, estimados en términos de utilidad, conveniencia o provecho personal; ni siquiera los derechos humanos prevalentes han sido un obstáculo para ello. Se hace imperativo, por ello, revalorar esos derechos, ya que constituyen exigencias indispensables de la dignidad humana. Se hace necesario, igualmente, tener en cuenta que el crecimiento económico es fundamental pero no basta; es menester, además, el crecimiento ético de las personas y el fortalecimiento de las instituciones en este ámbito, pues, de otro modo, no tendrá sentido afirmar que la persona humana es un fin en sí misma.

Palabras Clave: Crisis moral - Derechos humanos - Bienestar material - Pobreza - Dignidad - Ética .

Abstract

Peru, as many other countries, goes through a crisis of moral values which have been disrupted by material ones estimated in terms of utility, convenience or personal benefit; not even those prevalent human rights have prevented such disruption. Thus, it is urgent to revalue those rights since they are an essential requirement for human dignity. Likewise, it is necessary to take into account that economic growth is vital but not sufficient. Besides, it is necessary to count with the people's ethical growth and the institutions' strengthening on this regard; otherwise, it will be senseless to state that a human being is an end for himself.

Key words: Moral crisis - Human rights - Material well-being - Poverty - Dignity - Ethics

Sumario

1. Cuestiones generales. 2. Fundamentación de la ética. 3. Distribución de la riqueza en el mundo. 4. Una ética para tiempos difíciles.

1. CUESTIONES GENERALES

Después de cavilar un poco, consideré que el tema materia de este artículo debería ser de permanente actualidad y que moviese a hondas reflexiones por su especial trascendencia. Es así que finalmente decidí abordar el tema

* Ex Presidente del Poder Judicial y de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.

relacionado con la ética en tiempos de crisis, porque está relacionado con la razón y la fe, la búsqueda de la verdad, la libertad y del bien, y porque hay un renovado interés de la sociedad y del Estado por la persona humana y su desarrollo.

La ética no se alcanza con recetas sino formando conciencia a través de sólidos fundamentos con criterios morales en un medio donde los valores ya no son humanistas y la confusión sobre la naturaleza de los valores espirituales resulta preocupante.

Comencemos por el principio. ¿Qué es una crisis? Es una situación de cambio existencial para una persona o una institución. Puede ser bien una crisis de desarrollo o crisis de conocimiento, o por el contrario, puede tratarse de una crisis negativa que puede llevar a la destrucción de quienes la soportan.

Resulta indudable que el Perú, al igual que muchos países del mundo entero, vienen atravesando un período de crisis moral con ciertos indicadores que nos mueven a una honda reflexión y preocupación.

Estos indicadores múltiples y variados, son los siguientes:

- a) Incremento de la violencia, de la corrupción, del narcotráfico y el chantaje. La violencia, es verdad, no es de ahora, ha sido de siempre. La violencia ha acompañado la historia. En el Perú, los años transcurridos desde el Tahuantinsuyo hasta ahora no han sido capaces de construir la paz que brota de la justicia. La injusticia es también una forma de violencia que lamentablemente es fuente de cultivo de más violencia. La injusticia tiene diversas formas de aparición, unas más sutiles que otras pero con un denominador común: terminan por generar más violencia y por destruir.
- b) Existencia y proliferación del odio, la envidia y la venganza. Precisamente en el último número del semanario "Edu", editado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, se informa sobre la publicación de una obra titulada: "El odio y el poder en el Perú", escrito por la doctora Claudia Rosas, profesora del Departamento de Humanidades de nuestra Universidad. Se destaca cómo a lo largo de nuestra historia ha sido una constante, lo cual como nosotros advertimos, constituye un factor que no contribuye a nuestra formación integral como persona humana ni al desarrollo del país, porque es más bien un factor de retraso como característica del hombre primitivo y que tiene en el fondo una característica digna de ser estudiada en el campo de la psicología.

Muchas veces, la envidia se transforma en odio, el odio en venganza y violencia, que nunca conducen a la paz.

Para vencer los odios tenemos que reconocer que no somos un país con una identidad nacional (Moisés Lemlij; Profesor de Maestría en Estudios Teóricos en Psicoanálisis de la Universidad Católica).

Este autor afirma que el odio no es solo de los peruanos, sino un sentimiento básico y fundamental de nuestra especie en contraposición del amor, y que el odio no viene naturalmente sino que es una respuesta vinculada a la envidia cuando el hombre considera detestable que haya otros que tienen cosas que uno no tiene y si no llegamos a superarla se produce una frustración y con ella el odio y la destrucción del objeto envidiado o de la persona que lo posee.

La solución es la socialización que debe ser dada por el amor, la vida familiar y la sociedad. El egoísmo no sirve para el bien común.

- c) Afectación de los núcleos sociales básicos de formación de las personas (familia, colegios, universidades, etc.)
- d) Deterioro de la situación familiar en todas las urbes y particularmente en los barrios marginales donde se concentran el hambre y la miseria, el alcoholismo, la drogadicción y la promiscuidad y toda clase de corrupción de costumbres, aún cuando esos fenómenos no están ausentes en otros lugares del país.
- e) Resquebrajamiento de los valores y costumbres tradicionales a cambio de la búsqueda del bienestar simplemente material y egoísta.
- f) Grave estado de pobreza, mendicidad y abandono de la niñez.

Hay una crisis de valores que se extiende en todo el mundo. Se necesita volver a la ética. La ética humanista se alcanza formando conciencia a través de sólidos principios y criterios morales en un medio donde la ignorancia sobre los valores es grave, o cuando estos han sido trastocados por otros de signo material.

Actualmente percibimos ausencia de una correcta comprensión del significado de la libertad como atributo de la persona humana. Apenas la ha tenido para sectores restringidos de la comunidad.

En el campo de la ciencia y de la tecnología, la humanidad ha alcanzado logros importantes, dando lugar a que la condición humana se haya visto beneficiada, pero con todos estos avances ¿ha encontrado la felicidad que todos aspiramos? La respuesta es negativa, la ha alejado, porque ha perdido la brújula que oriente su destino. El hombre parece ser que hubiera mutilado la imagen que antes se forjaba de sí mismo como imagen de Dios, dotado de razón y de libertad y con vocación de trascendencia.

Pero además, resulta oportuno señalar que tenemos la impresión de que en el hombre moderno existen ideales distintos a los ideales humanistas a los que desnaturalizan.

La felicidad a que el hombre aspira no se agota en el bienestar material que ahora se preconiza.

Las nociones de bien o mal, sobre las que se mueve el comportamiento humano, han sido reemplazadas por los conceptos de utilidad, conveniencia, provecho personal o la obtención de lo que queremos, aún incluso por la violencia. Si el fin perseguido en un caso concreto se logra violando derechos humanos prevalentes, Maquiavelo sigue entronizado con la máxima: “el fin justifica los medios”.

¿Acaso innumerables guerras a la que los Estados han llevado a sus pueblos han tenido justificación? Muchas son las vidas humanas sacrificadas a cambio de obtener poder económico o político. Antes que a las personas, se destruye la verdad, por medio de la mentira para justificar las guerras. Hegel al ocuparse de este tema afirma que “la historia es el intento constante de justificar muchas cosas injustificables”.

“El fin justifica los medios” sigue presente en el quehacer de la humanidad. No importa que con las guerras en muchas ocasiones se instrumentalice a la persona humana, se la destruya o se la esclavice. No importa que para fines de lucro o de poder o por venganza se pisotee a las personas.

El siglo XX, ha sido considerado como el más sangriento en la historia de la humanidad. Fue entronizado como una cultura de muerte, frente a una cultura de paz que los pueblos claman. La segunda guerra mundial costó la vida aproximadamente de 60 millones de personas.

Nos preguntamos si la Carta de las Naciones Unidas o Declaración de los Derechos Humanos vigente desde el 10 de diciembre de 1948, suscrita y

ratificada por el Perú entre múltiples Estados del mundo, ha puesto fin al periodo de vergüenza, oprobio, miseria, corrupción y violencia vivida por la humanidad. Siguen las guerras, sigue la fabricación de armas mortíferas, la provocación para que los Estados continúen peleando y empobreciendo a los pueblos.

¿Acaso no es verdad que la libertad, la justicia, la paz y el desarrollo de los pueblos tienen por fundamento universal el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana? La humanidad misma es una dignidad porque ninguno de sus miembros puede ser tratado como un instrumento sino siempre como un fin en sí mismo (Kant).

La ignorancia y el menosprecio de los derechos humanos siguen originando en el mundo, la barbarie y ultraje que violentan la conciencia de la humanidad.

¡Qué paradójico resulta comprobar el contraste entre los grandes avances humanos en los campos de la ciencia y de la tecnología y la violencia desatada en el mundo en todos los tiempos! El instinto bestial de destrucción propio del animal prevaleció sobre la razón, quedando la moral olvidada y, la dignidad del hombre, pisoteada.

Finalizada la segunda guerra mundial, muchos Estados soberanos, aprobaron y ratificaron múltiples tratados sobre derechos humanos. Su regulación nació, obviamente, de la necesidad impostergable de dar protección a la persona humana no solamente por parte del Estado a nivel individual sino a través de la Comunidad Internacional.

A partir del 10 de diciembre de 1948, fecha de la Declaración de los Derechos Humanos, la persona, independientemente de su origen, condición, raza o creencia, será titular de derechos subjetivos. Es un instrumento trascendental para la historia de la humanidad.

Afirma que la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos ha originado actos de barbarie y ultraje para la conciencia de la humanidad. Que la aspiración más elevada del hombre es el advenimiento de un mundo en que los seres humanos liberados del terror y de la miseria disfruten de la libertad de palabra y de creencias, resultando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen

de derecho a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

Finalmente, declara la firme resolución de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad.

Esta hermosa e histórica declaración de principios se fundamenta en la dignidad de la persona humana, de la cual derivan sus principales derechos. El fundamento de esta categoría no es el hombre mismo, sino un ser supremo, absoluto y anterior a todo lo creado, capaz de infundir razón y libertad en la materia de la que estamos hechos. Se vive, sin embargo, una especie de “dictadura del relativismo”, como afirma Benedicto XVI, porque prioriza esta corriente del postmodernismo, lamentablemente, que el ser humano no puede conocer con seguridad más allá del campo científico.

La declaración contenida en la aludida carta al reconocer la dignidad y respeto de todos los derechos fundamentales, es importante porque constituye base y sustento del ordenamiento jurídico, generando múltiples obligaciones para todos los Estados participantes, debiendo intervenir la comunidad internacional en caso de violaciones.

2. FUNDAMENTACIÓN DE LA ÉTICA

El origen y el fundamento de los derechos humanos nunca puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico. Los derechos humanos pertenecen al mundo de la ética, no al mundo del derecho. El derecho positivo no crea los derechos humanos, su labor consiste en reconocerlos y convertirlos en normas jurídicas, dándoles plena efectividad y garantizándoles jurídicamente. La ética nos dice cómo debemos actuar. El poder político podrá acomodar o no su acción política a los postulados éticos.

Para la fundamentación ética, los derechos humanos aparecen como exigencias indispensables para una vida digna, son imperativos éticos que debemos trasladar convirtiéndolos en normas jurídicas.

Los valores que han de fundamentar los derechos humanos se derivan de la idea de dignidad humana y estos valores son la seguridad, la autonomía, la libertad y la igualdad.

Este año 2009 demuestra que, pese a las buenas intenciones, la violación de los derechos humanos no ha cesado, sobre todo en aquellos Estados denominados

“del primer mundo”, donde podría suponerse la existencia de una cultura de vida y civilización más avanzados.

Se creyó que la caída del muro de Berlín, durante la segunda mitad del siglo pasado, simbolizaría la victoria del humanismo sobre la instrumentalización inaceptable de la persona humana. Lamentablemente, poco tiempo después, hemos descubierto que la corrupción, la violencia, el terrorismo y el crecimiento del grado de pobreza aún continúan en gran escala.

3. DISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA EN EL MUNDO

El World Institute for Development Economics Research (Wider) de la Universidad de las Naciones Unidas de Helsinki, ha publicado un nuevo estudio en el que por primera vez se investiga de manera detallada la distribución del ingreso de la riqueza y su evolución hasta el año 2000, tomando en cuenta el 94% de la población mundial. Dice en uno de sus acápites introductorios lo siguiente:

“Ya hace algo más de 250 años que la Academia de Gijón (1754) lanzó una pregunta y ofreció un premio para quien lograra responderla de manera adecuada: ¿Cuál es el origen de la desigualdad entre los hombres? ¿Es acaso la consecuencia de una ley natural? Rousseau se interesó por la cuestión y en respuesta escribió una obra sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. Dijo, que la referida desigualdad social y política no es natural, no deriva de la voluntad divina, ni tampoco es consecuencia de una desigualdad natural. Por el contrario, su origen es el resultado de la propiedad privada, de la apropiación privada de la riqueza del mundo entero y de los beneficios privados derivados de esa apropiación.

Una cuestión central para las ciencias sociales es tratar de explicar el origen de la desigualdad social. Se señala también como causa la falta de libertad, íntimamente conectada con la desigualdad de una inmensa mayoría de personas en todo el mundo.

Actualmente, 1,200 millones de personas de todo el mundo viven con menos de un dólar por día, mientras que casi 850 millones de personas pasan hambre. La desigualdad mundial sigue aumentando y crece entre pobres y ricos en el interior de los países. La población mundial llega hoy a 6,500.000.000 habitantes.

El Instituto de Estadística e Informática INEI presentó con fecha 22 de mayo de 2009 las “Cifras de Pobreza en el Perú 2008”. De acuerdo a esta medición,

la pobreza disminuyó a 36.2%, experimentando una reducción de 3.1% con respecto al año anterior. Se consideran pobres a aquellas personas cuyo gasto per cápita, valorizado monetariamente, no supera el costo de la canasta alimentaria expresado como el umbral o línea de pobreza. El Perú actualmente tiene una población que llega a 28'220.764 habitantes.

Renán Quispe, Jefe del INEL, indicó que la mayor disminución de la pobreza se registró en el área rural que pasó de 64.6% en el año 2007 a 59.8% en el año 2008, es decir, 4.8% menos, mientras que en el área urbana se redujo en 2.2%.

Mencionó que esas cifras de pobreza fueron elaboradas en el marco de un trabajo interinstitucional con organismos técnicos internacionales como el Banco Mundial (BM), Instituto de Investigación para el Desarrollo (IRD) de Francia, Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), organismos gubernamentales nacionales como el Banco Central de Reserva, Ministerio de Economía y Finanzas, así como la comunidad académica y los centros de investigación del país.

La pobreza extrema en el año 2008 afectó al 12.6% de la población, disminuyendo en 1.2% con respecto al año 2007, precisándose que están consideradas en pobreza extrema aquellas personas cuyo gasto per cápita no cubre el costo de la canasta de alimentos.

En el área rural la pobreza extrema se redujo en 3.2% y en 0.1% en el área urbana.

El derecho a la vida como derecho fundamental de la persona humana conlleva deberes para toda la sociedad. El derecho a la vida supone también la obligación de dar a los que no tienen medios de subsistencia lo necesario para asegurar su supervivencia, su vida. El derecho a la vida conlleva una solidaridad que se convierte no solo en deber moral sino en una obligación natural.

La pobreza no se limita solo a la escasez de bienes materiales sino también se da por la falta de acceso a los recursos esenciales que trasciende la penuria financiera y afecta la salud, la educación, la seguridad y las oportunidades de participación política de las personas.

Aunque el crecimiento económico es fundamental para sacar a las personas de la pobreza, ello no basta. Es menester el crecimiento ético de las personas y el fortalecimiento de las instituciones.

La creciente desigualdad económica entre las distintas regiones del mundo y dentro de los mismos países es una causa decisiva de la violencia y del peligro de guerra civil. La injusticia es una forma de violencia.

Nos encontramos en la era de la globalización, pero una globalización sin solidaridad, sin humanismo, afecta negativamente a los sectores más pobres, han afirmado los obispos católicos reunidos en Aparecida, Brasil. Han dicho que no se trata simplemente de la explotación y opresión, sino de algo nuevo: la exclusión social. Con ello queda afectada en su misma raíz la pertenencia a la sociedad en que se vive, pues no se está abajo, en la periferia o sin poder, sino que se está afuera. Los excluidos no son solamente “explotados” sino “sobrantes” y desechables. (cfr. Documento Aparecida N° 65, mayo 2007).

Jan Tinbergen, laureado con el Premio Nóbel de Economía en 1969, afirma que los problemas de la humanidad ya no pueden ser resueltos por los gobiernos nacionales. Lo que se necesita es un gobierno mundial. La corriente impulsa al mundo en este sentido.

Estamos, pues, frente al desafío de la pobreza y la miseria. Por tanto, resulta inevitable hablar del problema de las estructuras, sobre todo, de las que crean injusticias. El Papa Benedicto XVI, en el discurso inaugural del mismo encuentro de Aparecida ha afirmado enfáticamente que:

“Las estructuras justas deben brotar de un consenso moral de la sociedad sobre los valores fundamentales y sobre la necesidad de vivir estos valores con las necesarias renunciaciones, inclusive contra el interés personal”.

La globalización solo cobra sentido cuando está al servicio de la persona humana. La persona humana es un fin en sí misma. El artículo 1° de nuestra Constitución Política expresa que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

La dignidad del hombre es intangible, corresponde al poder público y a la sociedad respetarla y protegerla.

La inviolabilidad y la inalienabilidad de los derechos del hombre son el fundamento de toda comunidad humana, así como de la paz y de la justicia en el mundo.

La proclamación de la dignidad intrínseca de todo ser humano en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos es

principio constitucional contemporáneo de orden internacional, que se debe traducir en una obligación *erga omnes* del respeto de todos esos derechos.

En el libro “Primero la gente”, escrito por el Nóbel de Economía Amartya Sen, nacido en la India y el economista argentino Bernarde Kliksberg ambos académicos y humanistas, cuestionan desde la ética del desarrollo, la falta de equidad en la distribución de la riqueza planetaria. Afirman que si la ética y la economía se articularan, podrían surgir alternativas de solución en el mejoramiento de la vida de tantas personas que hoy día sufren. Hay pues una tarea ética que cumplir y que corresponde a todos: humanizar el mundo.

La globalización con todos los indudables logros positivos alcanzados, no avanza plenamente por el camino de la humanización como fuera de esperar, porque no se conoce adecuadamente el verdadero valor de los sufrimientos de la pobreza. Falta más justicia, más solidaridad y más compasión. La ambición desmedida de riqueza, o de poder, cualquiera fuere su naturaleza, llevan a la corrupción.

4. UNA ÉTICA PARA TIEMPOS DIFÍCILES

El sacerdote jesuita Ricardo Antoncich en el libro “Una ética para tiempos difíciles”, Centro de Espiritualidad Ignaciana, reflexiona precisamente sobre la urgente necesidad por parte de la sociedad de actualizar los valores éticos que se vienen perdiendo y cómo se siente cada vez más la urgencia de volver a recuperarlos porque existe la sensación de que se van abandonando en la vida de los hombres. El dirá: “Nos acordamos del aire que respiramos cuando el ambiente se torna irrespirable”.

La realidad de nuestro medio, punto de partida para el inicio del proceso de conocimiento, nos descubre precisamente un ambiente enrarecido por el fenómeno de la corrupción en todas sus formas, abiertas o solapadas, que corroe y destruye al hombre, a la familia y a la sociedad, trayendo como resultado el malestar que el mundo soporta.

No sería correcto afirmar que el problema es de hoy. Quizás ahora lo percibimos con mayor claridad, pero siempre ha existido, aunque ahora es más fácil descubrirlo por los avances de la ciencia, la tecnología y los medios de comunicación y difusión.

Esta percepción nos lleva a descubrir la necesidad antropológica de una toma de conciencia moral, y asimismo, una sincera disposición para asumir respon-

sablemente el rol que nos corresponde vivir como personas humanas que buscan su realización plena en la felicidad como legítima aspiración humana.

Santo Tomás de Aquino, entre muchísimos teólogos importantes, señala puntualmente que el fundamento de la moral descansa en la propia naturaleza humana. Como dice Lorda en su obra "El arte de vivir" (Lorda Irraña, Juan Luis, "Moral, el arte de vivir", Madrid, España, 1994), la moral consiste en el arte de vivir dignamente como persona humana. Es el arte de saber usar bien la libertad con que ha sido creado el hombre por Dios. Es un arte que cada quien necesita aprender para vivir dignamente en la búsqueda del propio destino, que es alcanzar la felicidad plena. La libertad, sin embargo, no es un valor absoluto, sino más bien, un medio al servicio del hombre en el camino de su perfección. Está en función del bien como valor.

En la moral influyen dos valores muy importantes: el bien y la verdad. Por eso Platón llegó a afirmar que "no es posible conocer la conducta a seguir que haga bueno al hombre si desconocemos la verdad".

La bondad busca el bien de uno y del otro, es un valor ético, y esta es la cualidad inherente a determinados comportamientos auténticamente humanos que responden al sentido más profundo dado a la existencia y dignidad humana, nos dirá Lorda en su obra ya citada.

La moral no esclaviza, antes bien, hace libres a los hombres, porque enseña a hacer buen uso de la libertad mediante la adquisición de conocimientos necesarios y de costumbres y hábitos que permitan vivir dignamente.

La verdad es la luz de la inteligencia que permite distinguir el bien del mal. La verdad es el único camino que conduce a la libertad. La verdad nos hará libres. Lorda dirá que la ignorancia, el error y la debilidad de carácter, son los tres obstáculos de la libertad. Los dos primeros apagan la voz de la conciencia y la tercera hace al hombre incapaz de seguirla. El criterio de verdad no se determina por la opinión mayoritaria sobre algo determinado.

La persona tiene, además, libertad para elegir entre alternativas diferentes, aquella que es buena para nuestra naturaleza como persona humana. Esta traduce la esencia de nuestro ser.

La conciencia se forma con la educación pero sus raíces son innatas a cada cual. La conciencia no viene por reflexión racional, es la regla inmediata de moralidad, porque en ella reside la ley natural y, asimismo, la capacidad de poder discernir el propio comportamiento.

La conciencia humana es libertad (Karl Jaspers). La conciencia es libre mas no infalible, por eso es necesaria una educación integral porque reduce la posibilidad de errar.

La formación humana en valores espirituales constituye uno de los fines esenciales de la educación.

Somos obra de nosotros mismos. El deber moral es una autoexigencia de la razón. Se alcanza el bien cuando se conoce y se respeta la verdad.

Para vivir moralmente, es menester además de desearlo, tener en claro en qué consiste vivir bien y después, adquirir libremente los hábitos para llevar a la práctica ese conocimiento. Kant en "Fundamentos de la metafísica de las costumbres" remite la dignidad de la persona a la autonomía de su voluntad y a la libertad. Dignidad y libertad van juntos.

Nuestra sociedad actual vive en crisis, bien porque desconoce la naturaleza e importancia de los valores morales en la vida, o porque prefiere vivir de espaldas a ellos. La alternativa es, entonces, vivir como persona humana con fe, razón y libertad o como animal guiado solo por el instinto.

El Padre Mac Gregor, sobre este tema nos ha dejado muy importantes reflexiones:

- a) Cuando la educación de un país se desvincula del sustento cultural del que debe nutrirse, significa que se está construyendo un edificio sobre un lecho de arena.
- b) La cultura de paz se orienta a conseguir que el imperativo moral de una persona lo lleve a la firme decisión de no usar la violencia para resolver un conflicto.
- c) En el imperativo moral hay necesariamente un componente heterónomo, pero es imprescindible sobre todo, la decisión de no usar la violencia para resolver un conflicto. Es la moral autónoma, la que de hecho dirige a una persona en las opciones de vida. Toda la simbología de la paz tiene lugar tanto en la cultura objetiva como en la cultura subjetiva. La persona que ha aceptado el imperativo moral de no usar la violencia para resolver un conflicto, "posee una cultura de paz".
- d) La economía no es solo producción de bienes y servicios convertidos en ganancia, es uso de las capacidades de la persona humana dignificándola y haciéndola constructora de un mundo mejor para todos.
- e) Uno de los ideales más difíciles es alcanzar un régimen de producción de pleno empleo. Juan Pablo II ha llamado al trabajo: "La llave del arco de la construcción social".

EN TORNO A LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ*

Resumen

El decurso del tiempo como fenómeno jurídico y, más concretamente, como hecho jurídico, tiene especial relevancia en cuanto que puede ser extintivo de una relación jurídica, ya porque dé lugar a la constitución de una nueva, como en la prescripción usucupativa; ya porque también puede extinguir la pretensión que deriva del derecho integrado a ella, como en la prescripción extintiva; o porque puede extinguir el derecho mismo, como en la caducidad.

Palabras clave: Usucapio - Prescripción usucupativa - Prescripción extintiva - Caducidad

Abstract

The course of time as a legal phenomenon and, more concretely, as a legal event, has special importance as it can extinguish a legal relationship either because it originates a new one, as in the case of usucapio or adverse possession; or it can also extinguish the claim deriving from the right inherent to it, as it is the case of negative prescription (lashes), or because it can extinguish the right itself, as it is the case of lapsing.

Key words: Usucapio - Adverse possession - Negative prescription (lashes) - Lapsing.

Sumario

1. Noción genérica de la prescripción. 2. Antecedentes históricos. 3. La prescripción en la codificación civil moderna. 4. La prescripción en la codificación civil peruana. 5. Prescripción usucupativa y prescripción extintiva. 6. Prescripción extintiva y caducidad.

1. NOCIÓN GENÉRICA DE LA PRESCRIPCIÓN

En una noción genérica, la prescripción se puede entender como un medio o modo por el cual, en ciertas condiciones, el decurso del tiempo modifica sustancialmente una relación jurídica.

* Miembro del Consejo Consultivo del Poder Judicial y Miembro de la Comisión Revisora del Código Civil.

La prescripción, en esta noción genérica según la explica Ennecerus¹, es el nacimiento y la terminación o desvirtuación de derechos en virtud de su ejercicio continuado o de su no ejercicio continuado y, en consecuencia, distingue la prescripción adquisitiva —que nosotros preferimos llamar usucupativa o simplemente usucapión— de la prescripción extintiva. Advierte el tratadista alemán que la prescripción no se configura de un modo uniforme para todas las relaciones jurídicas y que, por tanto, hay que prescindir de una doctrina general de la prescripción, aunque algunas de sus manifestaciones concretas se repitan en las distintas clases de prescripción.

La opinión de Ennecerus, que resume la de la doctrina alemana, representa una corriente doctrinal muy acentuada en cuanto a un desarrollo dual de la prescripción: de un lado, la adquisitiva o usucupativa y, de otro, la extintiva o liberatoria. Así, dentro de esta corriente doctrinal ambas clases de prescripción tienen en común que se fundan en el transcurso del tiempo, pese al razonamiento atribuido a Giorgi en el sentido de que nadie puede conquistar un derecho si no es a expensas de quien lo pierde, por lo que la prescripción sería adquisitiva y extintiva al mismo tiempo.

Así planteado el dilema frente a la prescripción, legislación y doctrina peruanas han optado por la diferenciación de las dos clases de prescripción, desde que cada una constituye un instituto jurídico distinto, con sus propias características, aun cuando puedan tener como sustento común el transcurso del tiempo y que ambas sean instituciones jurídicas que se fundamentan en consideraciones de orden público.

El decurso del tiempo es, pues, el que produce los efectos jurídicos necesarios para que operen tanto la prescripción adquisitiva como la prescripción extintiva. Por la primera, el simple poseedor de un bien puede devenir en propietario y, por la segunda, el titular de un derecho no podrá ejercitar útilmente la acción que le es correlativa para hacer efectiva su pretensión.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los antecedentes históricos de la prescripción se remontan al derecho romano, que le dio el perfil de institución jurídica, habiendo, en el tiempo, precedido la prescripción usucupativa a la prescripción extintiva.

La usucapio (de usu capear: adquirir por el uso), según Petit², apareció en Roma como un modo de adquirir la propiedad de las cosas por una posesión suficientemente prolongada, siendo necesario para usucapir, apoderarse de una

cosa y hacer uso de ella. La inacción prolongada del propietario equivalía al abandono tácito de su derecho y, al cabo de un tiempo, la adquisición quedaba consumada en beneficio del poseedor. El peligro que significaba ese modo de adquirir lo limitó la Ley de las XII Tablas, que prohibió la usucapión de las cosas robadas, introduciendo la idea del justo título y de la buena fe en la posesión. Mucho tiempo después, según el propio Petit, luego de haberse fijado por los jurisconsultos romanos las condiciones necesarias para la usucapión, apareció otra institución destinada a proteger a los poseedores de fundos, para los cuales no se aplicaba la usucapión, y que era la *praescriptio longi temporis*.

La gran obra de Justiniano, que resumió las instituciones jurídicas romanas en el *Corpus Iuris Civilis*, fusionó la *praescriptio longi temporis* con la usucapio, siendo así receptada por la codificación civil moderna.

3. LA PRESCRIPCIÓN EN LA CODIFICACIÓN CIVIL MODERNA

Con los remotos antecedentes que han quedado expuestos, la prescripción fue receptada, básica y fundamentalmente, por la codificación civil. Así, en 1804 el Código francés la legisló en sus dos modalidades, como usucapión y como prescripción extintiva, estableciendo que “la prescripción es un modo de adquirir o de liberarse por transcurrir un espacio de tiempo en las condiciones determinadas por la ley” (artículo 2219^o), para luego desarrollar un tratamiento unitario, tanto en lo atinente a la prescripción adquisitiva como en lo correspondiente a la prescripción extintiva.

El tratamiento que el Código de Napoleón dispensó a la prescripción influyó en los Códigos del siglo XIX y es así como, entre otros, los Códigos chileno, colombiano, argentino, de Costa Rica y de España, aún vigentes, por ejemplo, regularon la prescripción adquisitiva y la prescripción extintiva como si fueran los aspectos de una sola institución jurídica. El Código Civil de 1852, también bajo la influencia del Code Civil, le dio este tratamiento.

Considerando inconveniente el tratamiento legislativo unitario, la doctrina comenzó a formular el planteamiento dual impulsado por la doctrina alemana y que ha sido seguido por la codificación civil a partir de 1900, fundándose en que, aparte del elemento fáctico del transcurso del tiempo, los requisitos exigibles para una y otra prescripción son distintos. Según anota De Gasperi³, razón tuvo Savigny al impugnar por falsas las expresiones adquisitiva y extintiva, pues, en su opinión, no había una prescripción construida con reglas sencillas, por lo que propugnó la doctrina que concluye en que no puede haber una teoría general de la prescripción aplicable a todas las

relaciones jurídicas y a los derechos que emergen de ellas, fueran absolutos o relativos.

Acogiendo las ideas de Savigny, el Código alemán, vigente desde 1900, legisló por separado la usucapión, como un modo de adquisición de la propiedad de las cosas, y, la prescripción, como un modo de extinción de las pretensiones. Similar tratamiento le dieron a la prescripción el Código brasileño de 1917 –de gran influencia en el Código Civil peruano de 1936–, el Código italiano, el Código boliviano y el Código paraguayo, así como el vigente Código Civil peruano, al legislar sobre la usucapión como un modo de adquirir la propiedad o como un efecto de la posesión, y, separadamente, sobre la prescripción extintiva, siendo éste el tratamiento que recibe en la codificación contemporánea, pese a que Códigos del siglo XX como el mexicano para el Distrito Federal y el venezolano han mantenido el tratamiento unitario. El Código brasileño que ha venido a derogar al de 1917 mantiene el tratamiento dual de la prescripción.

Paralelamente a la codificación civil, la codificación mercantil comenzó también a legislar sobre la prescripción, aunque, obviamente, sólo sobre la extintiva y sin introducir una normatividad sistemática y completa mas allá de precisar características muy propias, pero dejando su tratamiento y desarrollo, básicamente, a la codificación civil, por lo que nunca se ha desarrollado una doctrina de la prescripción distinta a la desarrollada por la doctrina civilista. La desmembración de la codificación mercantil ha traído como consecuencia que las leyes especiales en las que se ha ido desmembrando legislen sobre la prescripción extintiva.

4. LA PRESCRIPCIÓN EN LA CODIFICACIÓN CIVIL PERUANA

El Código Civil de 1852, como los demás Códigos del siglo XIX, como ya hemos advertido, no pudo sustraerse a la influencia del Código napoleónico y dio a la prescripción el mismo tratamiento al desarrollar de manera unitaria tanto la que denominó de dominio (usucupativa) como la de acciones (extintiva).

El Código de Comercio de 1902, que adaptó a nuestro medio el Código de Comercio Español de 1885, obviamente legisló sólo sobre la prescripción extintiva.

El Código Civil de 1936 acogió criterio distinto al de 1852 y, siguiendo la corriente doctrinal impuesta por los pandectistas alemanes que trazaron la distinción que se adoptó en el BGB y que se reflejó en el Código brasileño

de 1917, legisló por separado la prescripción adquisitiva o usucupativa y la prescripción extintiva. De este modo, llevó la prescripción adquisitiva al Libro Cuarto dedicado a los Derechos Reales, legislando separadamente la usucapión inmobiliaria de la mobiliaria, y, la prescripción extintiva al Libro Quinto dedicado al Derecho de las Obligaciones, aunque sin hacer una radical desvinculación, ya que, según su artículo 876º, “rigen en esta prescripción (la adquisitiva), las reglas establecidas para la extintiva en cuanto sean aplicables”. Esta disposición fue calificada por Jorge Eugenio Castañeda⁴ como “ilógica e incongruente, si se acepta que la prescripción adquisitiva y la extintiva son instituciones disímiles, pues así parece haberlo entendido el legislador cuando las instaló en diferentes Libros”.

Planteada la reforma del Código Civil de 1936, como ponentes que fuimos ante la Comisión Reformadora, propugnamos el mantenimiento del tratamiento dual de la prescripción a fin de que la prescripción adquisitiva continuara tratada en el Libro de los Derechos Reales, por ser este instituto un modo de adquirir la propiedad de los bienes y constitutivo de derechos reales, y que la prescripción extintiva se llevara a un Libro especial y no se le mantuviera ligada al Libro de las Obligaciones. Indicamos que el transcurso del tiempo, que es el sustento de ambas clases de prescripción, en la usucupativa produce un efecto *erga omnes* en favor del prescribiente, lo que no ocurre en la extintiva, que libera al prescribiente únicamente respecto del sujeto con quien tenía entablada una relación jurídica particular, a lo que debemos precisar ahora, atendiendo a la posición asumida por el Código Civil, que no se trata de liberarlo del cumplimiento de una prestación sino de reconocerle la posibilidad de oponer la prescripción frente a la pretensión que contra él se quisiera hacer valer. Concluimos en que tan sustancial diferencia eximía de mayor abundamiento para justificar el mantenimiento del trato legislativo del Código Civil de 1936, aunque, como hemos indicado, no solo sustrayendo la prescripción extintiva del Libro de las Obligaciones, sino instalándola en un Libro especial⁵.

El Código Civil vigente desde el 14 de noviembre de 1984 llevó, pues, a la prescripción extintiva a un Libro especial —el Libro VIII— que legisla también sobre la caducidad. A la prescripción adquisitiva, tanto mobiliaria como inmobiliaria, la legisla al hacerlo sobre los modos de adquisición de la propiedad (artículos 950º y 953º) y sin reproducir la norma del artículo 876º del Código anterior. Según el artículo 950º, la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años y, a los cinco años, cuando median justo título y buena fe. Por el artículo 951º, la adquisición por prescripción de un bien

mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay. El artículo 952° faculta al prescribiente a entablar juicio para que se le declare propietario, indicando que la sentencia es título para la inscripción de la propiedad en el Registro de la Propiedad Inmueble y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño. Por último, el artículo 953° –reiterando el texto del artículo 875° del derogado Código de 1936– mantiene como causal de interrupción del decurso prescriptorio la pérdida o la privación de la posesión, salvo que se recupere antes de un año o si por sentencia se restituye.

Como excepción al principio que regula las normas que hemos dejado expuestas y a la doctrina que las informa, el Código Civil legisla también sobre la pérdida de derechos reales por el no uso. Se trata de la extinción del usufructo por el no uso del usufructuario durante cinco años, conforme al inciso 2 del artículo 1021°, y de la extinción de las servidumbres, también por el no uso durante cinco años, conforme al artículo 1050°. En ambos casos, la prescripción es usucupativa y no extintiva porque no es una *praescriptium actionem*, pues opera en favor del titular del derecho sobre la cosa fructífera y del titular del derecho sobre el predio sirviente, respectivamente.

Por último, la regulación del arbitraje, materia desprendida del Código Civil vigente, en la actualidad sometida a la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, ha introducido también normas sobre prescripción extintiva, que se suman a las de otras leyes especiales.

5. PRESCRIPCIÓN USUCUPATIVA Y PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

Considerando el tratamiento dual que a partir de 1936 la codificación civil peruana viene dando a la prescripción, es conveniente establecer el fundamento doctrinal de la separación de la prescripción usucupativa de la prescripción extintiva.

Contra la posición sostenida por la doctrina unitarista, que estima a la prescripción como la transformación reconocida por la ley de una situación de hecho en una situación de derecho por el transcurso del tiempo, la doctrina dualista sostiene que si bien tal transformación se produce en la prescripción adquisitiva, salvo el caso que opere por el no uso, no ocurre lo mismo con la prescripción extintiva, porque en esta lo que se desvanece es la situación jurídica como consecuencia del no ejercicio de la correspondiente acción protectora del derecho.

El transcurso del tiempo, según escribió León Barandiarán⁶ en sus comentarios al Código Civil peruano de 1936, puede tener un efecto decisivo en cuanto a las recíprocas situaciones del titular de un derecho frente al sujeto pasivo del mismo dentro de la órbita de la prescripción extintiva, puesto que el resultado que sobreviene es la modificación de la situación entre los dos sujetos, en razón de que uno de ellos puede liberarse ante el accionar del otro oponiéndole, precisamente, la prescripción extintiva. En la prescripción usucupativa, por el contrario, se crea una modificación en la posición jurídica del usucapiente que no solo atañe al anterior propietario, contra el cual la prescripción adquisitiva se produce, sino *erga omnes*, porque se ha constituido un derecho real en favor del prescribiente.

La doctrina que distingue la usucapación de la prescripción, encuentra, pues, fundamentos de diversa índole para justificar y explicar el tratamiento diferenciado. Así, atendiéndose a los requisitos para prescribir, en la adquisitiva se requiere, como factor determinante, de la posesión del usucapiente, que es un hecho positivo; mientras que en la prescripción extintiva se requiere, también como factor determinante, de la inacción del titular del derecho que está en la posibilidad de accionar, que es un hecho negativo. Por el ámbito de aplicabilidad de la prescripción, la adquisitiva solo es susceptible de aplicarse a los derechos reales que pueden ser materia de posesión, mientras que la extintiva se aplica no solo a los derechos reales, sino también a los creditorios, y en general, a los de naturaleza patrimonial. Por los efectos de la prescripción, en la usucupativa los efectos son adquisitivos y extintivos, pues los derechos los adquiere el usucapiente y los pierde el anterior titular del derecho; mientras que en la extintiva, los efectos son meramente extintivos, porque solo liberan al deudor de la acción del acreedor para hacer efectiva su pretensión y le dan un medio de defensa que oponerle.

Por último, es del caso destacar que el tratamiento dual de la prescripción no permite determinar una sola naturaleza jurídica, como tampoco, es obvio, un concepto único de ella. Siendo un vocablo anfibológico, solo la dualidad permite su explicación: de un lado, como prescripción adquisitiva y, de otro, como prescripción extintiva.

7. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y CADUCIDAD

El decurso del tiempo dota de afinidad a la prescripción extintiva y a la caducidad, lo que determina una relativa confusión. Sin embargo, la doctrina ha establecido la diferenciación que ha sido acogida por el Código Civil peruano.

En efecto, el Código Civil las diferencia con nitidez, pese a las confusiones que ofrecen, pues para la prescripción extintiva se extingue la acción, que debe interpretarse como la pretensión, mas no el derecho (artículo 1989º), mientras que para la caducidad se extingue el derecho y la acción correspondiente (artículo 2003º), ya no entendida como pretensión sino como el derecho de acción, esto es, como derecho a la jurisdicción.

¹ Ennecerus. *Tratado de Derecho Civil*. T. I. Parte General III. Vol. 2, pp. 1009-1010.

² Petit. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. p. 206.

³ De Gasperi. *Tratado de Derecho Civil*. III, p. 382.

⁴ Castañeda, Jorge E. *Instituciones de Derecho Civil. Los Derechos Reales*. T.I, p. 242.

⁵ Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. T.II, pp. 695-696.

⁶ León Barandiarán, J. *Tratado de Derecho Civil*. T. VIII, pp. 80-81.

ARBITRAJE OBLIGATORIO Y DE DERECHO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

MARIO CASTILLO FREYRE*

RITA SABROSO MINAYA*

Resumen

La cláusula obligatoria de arbitraje, frente a las discrepancias que surjan en la ejecución o interpretación de los contratos de adquisiciones y contrataciones del Estado, ha significado un cambio trascendental para la administración pública, no solo peruana, sino de toda América Latina. Esto demuestra y destaca la eficacia de la vía arbitral como medio alternativo de solución de conflictos, disminuyendo tiempo, costos y riesgos en las relaciones contractuales entre Estado y los particulares, asegurando de este modo la inversión nacional y extranjera.

En esta línea de ideas, si bien el arbitraje es de aplicación obligatoria e irrenunciable, ello no significa negar la naturaleza consensual del mismo, lo que además marca una diferencia sustancial con la Ley General de Arbitraje, en la cual sí es posible que a pesar del convenio arbitral, las partes acuerden recurrir al Poder Judicial, por lo que nos encontraremos frente a un arbitraje de pleno derecho en la contratación pública.

Palabras clave: Arbitraje – Contrataciones del Estado.

Abstract

Application of a mandatory arbitration clause, when differences arise as to the performance or construction of government acquisition and procurement agreements, has represented a momentous change for the public administration, not only in Peru, but in Latin America as a whole. This evidences and emphasizes the efficiency of the arbitrary channel as an alternative conflict solving mean, reducing time, costs and risks in contract relationships between the Government and individuals, thus guaranteeing national and foreign investment.

In this order of ideas, although arbitration is applied mandatorily and compulsorily, it does not deny its consensual nature. It also establishes a considerable difference with the General Arbitration Act, which, despite the existence of an arbitration agreement, enables the parties to agree to resort to the Judiciary. So, we have an ipso jure arbitration in public procurement.

Key words: Arbitration – Government Procurement.

* Profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

* Adjunta de Docencia de Derecho de las Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sumario

1. Introducción. 2. ¿Arbitraje obligatorio? 3. Arbitraje de derecho en la contratación pública.

1. INTRODUCCIÓN

El tercer párrafo del artículo 63° de la Constitución Política del Perú establece que “el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual (sic) [...] a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”. Esta referencia constitucional a una ley, nos lleva a la nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje), cuyo artículo 4°, inciso 2, establece que “las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional”, mientras que el inciso 3 señala claramente que “el Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país”.

Como se puede apreciar, en la Ley de Arbitraje, el Estado y sus entidades están considerados en un plano de igualdad con las partes en virtud de un convenio arbitral.

Cabe recordar que uno de los aspectos que revolucionó la administración de justicia en el país fue la disposición contenida en el artículo 41° de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850 del año 1998¹, que estableció —por primera vez— como una de las cláusulas obligatorias en los contratos de adquisiciones y contrataciones, la de solución de controversias, estableciendo que “cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, esta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes”².

Las posteriores leyes y reglamentos (Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Decreto Legislativo N° 1017 y Decreto Supremo N° 184-2008-EF) han mantenido la regla de incluir la cláusula obligatoria de solución de controversias.

En efecto, como hemos venido sosteniendo a lo largo de los últimos años, estas disposiciones transformaron radicalmente la administración de justicia

en el Perú, en la medida en que introdujeron a la conciliación y al arbitraje obligatorios como mecanismos de solución de controversias en todos los conflictos suscitados en los contratos que el Estado celebra con particulares, ya sea con respecto a la adquisición de bienes y servicios o con respecto a la ejecución de obras y a su supervisión.

Se trata de una situación especial en el contexto de América Latina, porque no solo se implantó el arbitraje obligatorio, sino que, además, ello significó que el Estado peruano era consciente de que no necesariamente el propio Estado resultaba ser el más indicado para administrar justicia en sus propios conflictos.

Esto implica, evidentemente, que se asumió que la vía arbitral era más adecuada que la propia justicia ordinaria para solucionar estas diferencias, dada la duración excesiva de los procesos judiciales relativos a este tema³.

Como bien señala Bullard⁴, las características de nuestro Poder Judicial condujeron a la creación de una serie de “sustitutos” confiables. Dado que la reforma del Poder Judicial parece tan difícil y toma tanto tiempo, las privatizaciones parecen no poder esperar. Había que crear mecanismos alternativos para generar confianza. Así, se renuncia o se difieren las reformas judiciales, y se pone énfasis en la creación de diversos mecanismos destinados a limitar las prestaciones del sistema político sobre los agentes económicos.

El esquema que se implantó con la Ley N° 26850 ha tenido éxito en la medida en que ha sido mantenido con las mismas características en los últimos gobiernos que han regido en el Perú. No olvidemos que esta norma es del penúltimo gobierno de Fujimori y se mantuvo en su último gobierno, durante el gobierno del Presidente Paniagua, en el gobierno del Presidente Toledo y en el actual gobierno.

Ello ha dado muy buenos resultados en la medida en que la solución de estas controversias ha demostrado a la sociedad que el medio arbitral es –por lo general– más eficiente que la justicia ordinaria, disminuyendo tiempo y costos en la administración de justicia. Así, tanto las entidades públicas como las empresas contratistas se encuentran satisfechas con la implantación de este mecanismo de solución de controversias.

Cantuarias⁵ señala que si el Estado peruano no arbitrara las controversias generadas en el campo comercial, lo más probable es que tendría pocos

oferiantes de los bienes y servicios que consume (solo participarían aquellos que tienen menos aversión al riesgo de someterse al Poder Judicial peruano) y a mayores precios (ya que el riesgo de someterse a una instancia poco neutral como es el Poder Judicial del Estado interviniente en la operación, necesariamente afectará las condiciones del intercambio).

Tal consideración podría tener algo de verdad; sin embargo, dudamos mucho de que la mayor o menor participación de empresas interesadas en contratar con el Estado obedezca al arbitraje como medio de solución de controversias. No hay mucho que escoger cuando el mayor adquirente de bienes y servicios, el propio Estado, quiere contratar con uno.

Además, hay que señalar que a través de esta vía se ha producido una verdadera transformación en la administración de justicia, en la medida en que, como todos sabemos, es muy grande la cantidad de procesos arbitrales que se derivan de los conflictos relacionados con contratos que celebran los particulares con el Estado y sus entidades. Asimismo, los montos en controversia son bastante altos. Los arbitrajes en donde —por lo menos— una de las partes es el Estado, representan alrededor del 70% del total de procesos arbitrales que están en curso en nuestro país.

Y, por otro lado, estas cláusulas obligatorias han contribuido a que las controversias sobre cuantías muy altas, hoy estén sustraídas del Poder Judicial. Ello, aunado al hecho de que en la mayoría de contratos entre particulares (en donde se comprometen montos patrimoniales importantes), se incluye una cláusula arbitral y, por lo tanto, también se sustraen las partes de los tribunales ordinarios.

Si bien el Estado tiene que generar confianza en aquellos que vayan a contratar con él, asegurándoles que de surgir algún conflicto, este se solucionará de manera imparcial, pronta y adecuada, hay quienes afirman⁶ que ello no implicaba inexorablemente que el conflicto no sea resuelto por el Poder Judicial, sino que el Estado debía proveer de un Poder Judicial autónomo e independiente, de jueces capacitados, a quienes se les respete la especialización en determinadas materias, y se les otorgue una carga procesal razonable que les permita resolver de manera pronta. En síntesis, es imprescindible realizar una verdadera y comprometida reforma, lo que indudablemente tiene un costo importante en tiempo, esfuerzo y dinero. Sin embargo, el Estado ha optado por lo urgente y lo inmediato, admitiendo que el arbitraje constituye, decididamente, un mecanismo más confiable que el jurisdiccional.

En efecto, dadas las especiales características del arbitraje y sobre todo su celeridad, no cabe duda de que se ha convertido en el mecanismo que —actualmente— brinda mayores ventajas a los particulares e, incluso, al propio Estado.

2. ¿ARBITRAJE OBLIGATORIO?

Como sabemos, el artículo 40° del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado)⁷, establece que los contratos regulados por dicha norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad, cláusulas referidas, entre otras, a la solución de controversias. En efecto, el referido artículo 40° establece lo siguiente:

“Artículo 40°.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

[...]

c) Solución de Controversias: toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.

[...]”.

En ese sentido, el primer rasgo característico importante a resaltar en esta materia, es que se trataría de un arbitraje obligatorio⁸, cuya cláusula arbitral no es negociable por las partes.

En efecto, debemos recordar que una posible clasificación del arbitraje es por su fuente; a saber: arbitraje voluntario y arbitraje forzoso u obligatorio.

Es voluntario cuando son las partes en conflicto —actual o potencial— las que deciden someter la decisión a un tercero neutral. Esto hace la esencia del arbitraje, ya que parte de una manifestación de confianza y de un reconocimiento tanto de la capacidad y pericia del árbitro, cuanto de su sentido de equidad. Por su parte, el arbitraje es forzoso cuando viene impuesto por voluntad del legislador, quien manda que determinados conflictos sean resueltos mediante arbitraje⁹.

Ahora bien, la figura tradicional del arbitraje o del convenio arbitral implica que este sea pactado voluntariamente por las partes, ya que la autonomía de la

voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral.

En efecto, el ingreso a la jurisdicción arbitral requiere de la aceptación expresa de las partes. Ello no implica que el convenio arbitral contenga todos los aspectos que regirán el arbitraje, puesto que, en defecto de mayor detalle, se aplicarán las reglas establecidas en la Ley de Arbitraje. En ese sentido, una cláusula arbitral simple que contenga el acuerdo de las partes de recurrir al arbitraje, bastará para habilitar la vía arbitral, porque las partes así lo han querido.

Como bien señala García-Calderón¹⁰, esta autonomía de la voluntad está mencionada en la Ley General de Arbitraje¹¹ y lo estuvo también en el Código Civil de 1984, y fue así históricamente desde sus orígenes en el Perú, es decir, desde el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851, siendo esta la primera norma peruana que precisaba la consensualidad para someter la controversia a una solución privada o alternativa al Poder Judicial.

A entender de Baca¹², el carácter voluntario del arbitraje parece excluir, por definición, la posibilidad de que este sea impuesto obligatoriamente. Es decir, una ley no podría establecer como obligatorio el sometimiento a arbitraje de determinados conflictos, excluyendo así su control judicial (salvo los tasados supuestos del recurso de anulación contra los laudos), pues esto sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva¹³.

Por el contrario, en el caso de las contrataciones públicas, el arbitraje es una imposición de la propia ley y su inclusión en todo contrato que celebre el Estado para proveerse de bienes, servicios, obras o supervisión de las mismas, es obligatoria¹⁴.

Sobre este tema, Kundmüller¹⁵ nos dice que en el caso de las contrataciones y adquisiciones del Estado, las vías de arbitraje y conciliación han quedado establecidas legalmente como necesarias para la solución de controversias sobrevinientes en la etapa de ejecución de los contratos, sustituyendo o excluyendo a las vías administrativa y judicial.

Al respecto, Arrarte y Paniagua¹⁶, se cuestionan por qué en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido con carácter obligatorio que las controversias derivadas de la ejecución de contratos con el Estado sean resueltas a través de un arbitraje, sin que quepa la posibilidad de que esta función pueda ser realizada por los órganos jurisdiccionales, vía originaria prevista en la Constitución Política del Perú.

A entender de los citados autores, lo indicado tiene mayor sentido, si consideramos que detrás de la solución de conflictos derivados de la ejecución de un contrato con el Estado, se encuentra la realización de un interés eminentemente público, mientras que en el arbitraje, el carácter privado y particular constituye su esencia, su razón de ser.

Por su parte, Trayter¹⁷ afirma que no estamos en presencia de auténticos arbitrajes cuando la única vía, impuesta legalmente, es la del sometimiento a la decisión de unas personas denominadas árbitros.

Así, para Arrarte y Paniagua¹⁸, lo previsto en nuestra legislación, es un mandato imperativo e irrenunciable, en donde no existe la posibilidad de utilizar la vía judicial, en tanto expresamente se ha excluido esta posibilidad, lo cual implica que, contrariamente a lo que ocurre en cualquier convenio arbitral, si alguna de las partes, sea el Estado o un particular, recurre a un órgano jurisdiccional, este debe declararse incompetente –incluso de oficio– para conocer cualquier controversia derivada de un contrato celebrado por el Estado, sin que quepa la posibilidad de que como producto de un acuerdo entre las partes, le otorguen competencia para emitir un pronunciamiento válido.

Para salvar esta severa incompatibilidad, tal como la catalogan Arrarte y Paniagua, hay quienes sostienen que el mandato de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es una autoexigencia para el Estado, el mismo que debe incorporar la cláusula arbitral en sus contratos, sin que ello implique afectación a la voluntariedad del arbitraje.

En efecto, a entender de Cuevas¹⁹, si bien se establece que el arbitraje es de aplicación obligatoria, ello no significa negar el carácter consensual del arbitraje. Lo que ocurre es que una de las partes, en este caso la entidad correspondiente del Estado, incluye –o, mejor dicho, debe incluir– un convenio arbitral dentro de los contratos que celebre con sus proveedores, el mismo que es aceptado por estos al participar en la respectiva convocatoria pública. Es más, dicho convenio es expresamente aceptado por el proveedor al suscribir el contrato con el Estado. En consecuencia, la obligatoriedad a la que alude la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado está referida a la obligación que tiene el Estado de incorporar en sus contratos el arbitraje, como la forma de resolver sus controversias con sus proveedores.

Sobre el particular, Santistevan de Noriega²⁰ se resiste al concepto de arbitraje obligatorio y prefiere admitir la doctrina de las condiciones generales de contratación, bajo la fórmula de que el Estado lo que hace, en la contratación

regida por los términos de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es extender una oferta general de arbitraje, que el contratante acoge al celebrar el contrato o a la que se adhiere.

Asimismo, el citado autor sostiene que se puede admitir que el Estado (que no obliga a nadie a contratar con sus dependencias) lo que hace es adelantar por ley su voluntad de arbitrar, es decir, incluirla como una oferta incorporada en una cláusula general a la que debe someterse todo aquel particular que quiera contratar bajo este régimen. Dicho autor prefiere asimilar este caso a una modalidad de contratación por adhesión.

Al respecto, Kundmüller²¹ señala que es de público conocimiento para los futuros contratantes con el Estado, la existencia de esta cláusula obligatoria. De ahí que todo aquel que contrate o que tenga intención de contratar con el Estado y sea un mínimo diligente, sabe de la preexistencia de dicha cláusula obligatoria y está en libertad de participar o no en los procedimientos de contratación.

El referido autor concluye en que hay innegables similitudes entre la figura del derecho privado de los convenios arbitrales estándares, previstos en la Ley General de Arbitraje y las estipulaciones obligatorias contenidas en los contratos regulados en la legislación de contrataciones y adquisiciones del Estado, en el marco del derecho público.

A entender nuestro, existe una diferencia importante entre lo previsto en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y lo regulado en la Ley de Arbitraje en relación a las cláusulas generales estándares, ya que en este último caso, es posible que a pesar del convenio arbitral contemplado en las cláusulas generales las partes acuerden recurrir al Poder Judicial, lo que obviamente no puede suceder en la contratación pública.

Por otro lado, encontramos a Cantuarias²², quien nos dice que el arbitraje regulado por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado²³ no tiene nada de obligatorio, ya que el Estado al momento de ofertar las adquisiciones de bienes y servicios está en plena libertad de proponer el acceso al arbitraje como parte de sus condiciones. Si algún particular libremente desea contratar con el Estado, pues tendrá que someterse a las condiciones de la oferta, una de las cuales será el acceso al arbitraje.

Si bien para el citado autor no estamos frente a un arbitraje obligatorio, pone de manifiesto que sí es inconveniente que el Estado no pueda ofertar a los particulares otras vías adicionales de solución de conflictos.

Finalmente, García-Calderón²⁴ sostiene que esta obligatoriedad del arbitraje es una figura atípica, ya que se trata de una obligación para el Estado (empresas del Estado de derecho público o privado, sean gobiernos locales, gobiernos regionales o gobierno central), quien debe, obligatoriamente, al convocar a una licitación pública, establecer que en el contrato futuro se consignará una cláusula arbitral, por lo que todo aquel que contrate con el Estado debe aceptar dicha condición, en la medida en que quiera celebrar un contrato con el gobierno central, gobierno regional o gobiernos locales.

A entender del citado autor, es una obligación que, sin duda, respeta la naturaleza jurídica del arbitraje, ya que se trata de una autoimposición para las empresas estatales; estamos en presencia de una exigencia interna, tal como lo señala el artículo 41º de la Ley al incluir cláusulas obligatorias en los contratos, bajo responsabilidad del titular del pliego o de los responsables. Esta exigencia no atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes.

Así, García-Calderón señala que esta sutil diferencia jurídica es de suma importancia, ya que la ley no obliga a un tercero a someterse al arbitraje cuando este no lo desea. Si la ley dijese, por ejemplo, que en todos los casos en materia de arrendamiento se deberá acudir al arbitraje y no al Poder Judicial, entonces sí se trataría de una imposición forzosa o legal (no voluntaria), y vulneraría la esencia de la naturaleza jurídica del arbitraje, pero en el artículo bajo comentario nadie está obligado a contratar con el Estado.

Coincidimos con el citado autor en que es evidente que cualquiera que desee contratar con el Estado se verá afectado y deberá someterse a esta obligatoriedad, en la medida en que se desee contratar, dado que se trata de una exigencia interna de este, tal como puede ocurrir con cualquier empresa privada que exige requisitos mínimos para poder contratar con terceros. El Estado plasma sus políticas a través de normas jurídicas, y en este caso no atenta contra el derecho de terceros.

Otro aspecto importante a destacar es la inclusión de pleno derecho de un modelo de cláusula arbitral, en caso las partes no la hayan establecido.

Así, el artículo 216º del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, el Reglamento), establece que si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), cuya cláusula arbitral tipo es la siguiente:

“Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento”.

Al respecto, García-Calderón²⁵ tiene una posición muy interesante sobre la incorporación de pleno derecho de la cláusula arbitral, considerándola ilegal. Así, sostiene que si el convenio arbitral no consta en el contrato que han suscrito la dependencia u organismo estatal y el particular, no podrá invocarse el arbitraje, a pesar de que el reglamento contemple su incorporación de pleno derecho.

El citado autor discute sobre la obligatoriedad de la norma para aquellos particulares que contraten con el Estado y que no hayan suscrito el convenio arbitral, toda vez que la doctrina y la ley de arbitraje recogen el carácter voluntario (consensual) del arbitraje. Quiere decir entonces que si por un error administrativo no se incluyó el convenio arbitral en el contrato, no se puede incorporar el arbitraje sin el consentimiento de la otra parte, tal como equivocadamente lo señala el reglamento.

En tal sentido, para García-Calderón, la obligatoriedad del arbitraje de pleno derecho atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes, contra los principios de legalidad y contra el debido proceso. De esta manera, el citado profesor entiende esta incorporación como una limitación ilegal por parte del Estado a la jurisdicción ordinaria, que no debe ser aceptada en caso se presente alguna controversia si no se ha suscrito el convenio arbitral.

Al respecto, debemos señalar que no compartimos esta posición en torno a la ilegalidad de la incorporación de pleno derecho del arbitraje, ya que aquí también debe tenerse en cuenta que la ley no obliga a contratar con el Estado y que, por ello, el particular que desea contratar con el Estado sabe que si no pacta cláusula arbitral alguna con la entidad, se entenderá incluida la cláusula arbitral tipo.

Como bien señala Kundmüller²⁶, la obligatoriedad del arbitraje en la contratación pública podría estar justificada por una serie de circunstancias y razones basadas en nuestra realidad. Sin embargo, es necesario que las partes involucradas conozcan a cabalidad que dicha “obligatoriedad” existe y cuáles

son sus consecuencias respecto del arbitraje, especialmente en lo relativo a las atribuciones del organismo supervisor de las contrataciones del Estado, en caso no se hayan sometido a las reglas de una institución administradora y en caso el contrato no incorporase un convenio arbitral.

A nuestro entender, el considerar incorporado –de pleno derecho– dicho convenio arbitral, permitirá garantizar la plena vigencia del arbitraje en las contrataciones con el Estado, aunque las partes no lo hubieran pactado formalmente en el contrato. Es decir, nos encontramos ante una cláusula arbitral que podríamos denominar como:

3. ARBITRAJE DE DERECHO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el arbitraje de derecho los árbitros deben resolver las controversias aplicando el ordenamiento jurídico, al igual que un juez. Por el contrario, en el arbitraje de conciencia, los árbitros no están sometidos a reglas en particular, ya que fallan de acuerdo a su leal saber y entender.

Si bien existen varias razones por las cuales las partes pueden preferir un arbitraje de conciencia a uno de derecho²⁷, también existe el temor de que este tipo de arbitraje sea arbitrario, caprichoso o, cuando menos, demasiado subjetivo.

En efecto, existe el temor de que mediante un arbitraje de conciencia se pueda contravenir lo establecido por la ley.

Ciertamente no resulta lógico ni deseable socialmente que los particulares resuelvan sus problemas contra la ley. Por ello, toda vez que el arbitraje es un medio de solución de conflictos, dicha solución no debería pasar por pisotear la ley.

Algunos podrían argumentar con una interpretación extrema, que ello es posible si la misma ley así lo permite en el caso específico del arbitraje de conciencia. Esta parece ser la posición del profesor Álvaro Aliaga²⁸, para quien los árbitros de conciencia se encargan de resolver la controversia obedeciendo a lo que su prudencia y equidad les dicten, por lo que no están obligados en sus procedimientos ni en sus laudos a lo establecido en otras reglas, sino únicamente a lo que las partes hayan determinado en el acuerdo arbitral.

No compartimos dicha posición, ya que –a entender nuestro– no resulta coherente que el ordenamiento jurídico dé carta blanca para su eventual violación a través del arbitraje de conciencia.

Fernando De Trazegnies²⁹ advirtió sobre la presencia del círculo vicioso en que incurre generalmente la doctrina. En efecto, el referido autor sostiene que caemos ante un perfecto razonamiento circular cuando se dice que el arbitraje de conciencia funciona conforme al leal saber y entender del árbitro, y, a su vez, el leal saber y entender es guiado por la equidad; pero cuando preguntamos sobre lo que es la equidad, nos encontramos con la extraña respuesta de que es lo que según el leal saber y entender de los árbitros, estos consideran equitativo.

Una posición interesante es la de Guillermo Lohmann³⁰, quien sostiene que los árbitros de conciencia se pronuncian según criterios extra-jurídicos, ya que el ordenamiento legal es dejado de lado por completo. Y, por tanto, es perfectamente posible que el laudo de conciencia sea contrario a ley. Sin embargo, dicho autor precisa que a través del arbitraje de conciencia se puede resolver dejando de lado las normas legales dispositivas aplicables al caso y, asimismo, se pueden dejar de aplicar disposiciones contractuales que se consideren injustas, pero nunca dejar de lado las normas imperativas.

Recordemos que el inciso 3 del artículo 57º de la Ley de Arbitraje contempla la posibilidad de que las partes pacten arbitraje de conciencia, al establecer que “en cualquiera de los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, solo si las partes le han autorizado expresamente para ello”.

Con esta modificación se está regresando a lo establecido en la primera Ley General de Arbitraje, en donde el arbitraje de derecho era la regla, mientras que el arbitraje de conciencia era la excepción. En efecto, el último párrafo del artículo 3º del Decreto Ley N° 25935³¹, establecía que a falta de pacto expreso, se presume que las partes optan por un arbitraje de derecho.

En su momento Cantuarias y Aramburú³² manifestaron su disconformidad con la antigua Ley General de Arbitraje, que consideraba como regla al arbitraje de derecho y solo como excepción al arbitraje de conciencia. La razón tenía que ver con el hecho de que el arbitraje de derecho constituye una función monopólica en manos de los abogados, a diferencia del arbitraje de equidad, donde sí pueden participar el resto de ciudadanos. Existiendo dicha situación, lo razonable —a entender de los citados autores— era que la actividad monopólica sea la excepción y no la regla.

En cambio, con la siguiente Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, se invirtió la relación entre el arbitraje de derecho y el de conciencia, siguiendo —de alguna manera— la observación anotada.

Sin embargo, el inciso 4 del artículo 57º de la actual Ley de Arbitraje tiene como objetivo no solo seguir la tendencia internacional, sino sobre todo la experiencia observada, que muestra que lo que se suele pactar es el arbitraje de derecho, es decir, que lo común es un pacto en contrario de la norma.

Al respecto, Zegarra Pinto³³ señala que a partir de la legislación comparada, la tendencia actual es considerar al arbitraje de derecho como la regla³⁴.

Ahora bien, en materia de contratación pública, todas las legislaciones de nuestro país han contemplado al arbitraje de derecho como aquel que se aplicará para la solución de controversias. Ello, de seguro, porque el legislador ha querido y quiere evitar que – precisamente – el arbitraje sobre esta materia sea arbitrario o subjetivo.

Así, por ejemplo, si bien la Ley N° 26850, antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no establecía expresamente que se trataba de un arbitraje de derecho, su Reglamento, el Decreto Supremo N° 13-2001-PCM, sí lo hacía, al señalar lo siguiente:

“Artículo 186º.- Aplicación del Arbitraje.-

El arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos derivados de los procesos de selección hasta el consentimiento de su liquidación. [...]

[...]

El arbitraje regulado en el presente Subcapítulo, en todos los casos, será de derecho”. (El subrayado es nuestro).

Por su parte, la siguiente Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, establecía:

“Artículo 53.- Solución de controversias.-

[...]

Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje

[...]

El arbitraje será de derecho [...]”. (El subrayado es nuestro).

Por último, el segundo párrafo del artículo 52º de la actual Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece lo siguiente:

“Artículo 52.- Solución de controversias

[...]

El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho”. (El subrayado es nuestro).

A entender de Kundmüller³⁵, el hecho de exigir que el arbitraje sea de derecho constituye una grave limitación a la libertad de las partes para determinar el tipo de arbitraje que convenga a sus intereses, significando también una gravísima limitación para la libre determinación de las partes respecto del modo apropiado de gestión de sus conflictos en sede arbitral.

Según el citado autor, en el caso de los temas regulados por el Reglamento y la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado esto cobra especial relevancia, ya que básicamente estamos hablando de asuntos que se refieren a temas de ingeniería o concernientes a otras especialidades no necesariamente del campo del derecho.

Dicha opinión no es compartida por García-Calderón³⁶, quien considera que tratándose de los intereses del Estado, representados sea por una persona jurídica de derecho público o privado, no se debe dejar al libre albedrío o al criterio subjetivo de los árbitros de equidad la resolución del conflicto, sino que debe basarse en una interpretación jurídica y al amparo de una ley determinada y tomando en cuenta en su decisión la prueba que respalda el derecho invocado.

Ahora bien, el segundo párrafo del citado artículo 52º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no deja opción a elegir y dispone que en todos los casos el arbitraje sobre controversias relativas a la contratación pública será de derecho.

Conforme a lo establecido por el inciso 1 del artículo 22º de la Ley de Arbitraje, “en el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario”, con lo cual solo los abogados podrían arbitrar las referidas controversias. La salvedad establecida por el citado inciso 1 no estaría pactada por las partes, sino por la propia Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuyo artículo 52º contempla la posibilidad de que los árbitros designados por las partes (en un tribunal colegiado) puedan ser de otras profesiones distintas a la abogacía.

- ¹ Vigente desde el día siguiente de la publicación de su Reglamento, Decreto Supremo N° 039-98-PCM, es decir, desde el 29 de septiembre de 1998, de conformidad con lo establecido por la Primera Disposición Final de la Ley.
- Antes de dicha ley, teníamos el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas – RULCOP y el Reglamento Único de Adquisiciones – RUA, los cuales disponían procedimientos administrativos y de impugnación judicial (proceso contencioso administrativo). Dichas normas no contemplaban de forma alguna al arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Incluso, se hablaba de una dicotomía entre los contratos privados y los contratos administrativos en relación al arbitraje, ya que solo los primeros podían ser sometidos a arbitraje (al respecto, ver Cantuarias Salaverry, Fernando. «Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales». *Advocatus*. N° 7. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2002, pp. 180-181).
- ² Cabe recordar que el artículo 63° de la Constitución Política del Estado contemplaba la posibilidad de que el Estado y las demás personas de derecho público sometieran a arbitraje las controversias derivadas de una relación contractual. Sin embargo, no se establecía la obligatoriedad, como sí lo han hecho y lo hacen las leyes y reglamentos sobre contratación pública.
- ³ En efecto, entre las ventajas operativas que la doctrina suele destacar en el arbitraje figuran la rapidez y la especialización. En cuanto a la rapidez, pocas dudas puede plantear si se compara hoy en día la duración de un arbitraje con la duración promedio de un proceso judicial. En lo que a la especialización se refiere, hay que tener en cuenta que ello dependerá de que se haya elegido muy bien a los árbitros.
- ⁴ Bullard González, Alfredo. «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos». *Revista peruana de arbitraje*. N° 2. Lima: Grijley, 2006, p. 166.
- ⁵ Cantuarias Salaverry, Fernando. *Ob. Cit.*, p. 192.
- ⁶ Arrarte Arisnabarreta, Ana María y Paniagua Guevara, Carlos. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». *Advocatus*. N° 16. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2007, p. 182.
- ⁷ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano”, con fecha 4 de junio de 2008 y entró en vigencia a partir del 1 de febrero de 2009, de conformidad con el artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 014-2009, publicado el 31 de enero de 2009. Dicho artículo establecía lo siguiente: «El Decreto Legislativo N° 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, cuyo texto fue aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2009-EF, entrarán en vigencia a partir del 1 de febrero de 2009 [...]».
- ⁸ Cabe señalar que el Decreto Ley N° 25935, antigua Ley de Arbitraje, establecía la posibilidad de obligar a la otra parte a arbitrar, cursándole previamente una carta notarial, en caso de falta de respuesta de la otra parte y sin necesidad de contar con un convenio arbitral. Sin embargo, la anterior Ley de Arbitraje, Ley N° 26572, no dio continuidad a las disposiciones sobre arbitraje obligatorio contenidas en el decreto derogado. (Kundmüller Caminiti, Franz. «Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento». *Themis*. N° 39. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 217).
- ⁹ Paredes Carbajal, Gustavo y Gray Chicchón, Jaime. «Mecanismos alternativos de resolución de disputas en construcción». *Revista de Derecho Administrativo*. N° 4. Lima, Círculo de Derecho Administrativo, 2008, p. 205.
- ¹⁰ García-Calderón Moreyra, Gonzalo. «Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». *Ius et praxis*. N° 32. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 2001, p. 143.
- ¹¹ García-Calderón hace referencia a la Ley N° 26572, ley vigente al momento de la redacción del referido artículo. Sin embargo, cabe precisar que la autonomía de la voluntad de las partes también se encuentra recogida en la actual Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071.
- ¹² Baca Oneto, Víctor Sebastián. Los medios “alternativos” de solución de conflictos en el derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)». *Lima Arbitration*. N° 1. 2006, p. 232. Disponible en internet: http://www.limaarbitration.net/victor_sebastian_baca_oneto.pdf
- ¹³ El citado autor hace la precisión de que la situación es distinta respecto al establecimiento de mecanismos obligatorios de conciliación, pues nada obliga a llegar a un acuerdo y a excluir así el control judicial.
- ¹⁴ Sobre el particular, Donayre se cuestiona por qué el arbitraje es obligatorio en el Perú, si en el resto de países de América Latina es facultativo. Así, cita textualmente las cláusulas arbitrales de las leyes de contrataciones de Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Argentina, Bolivia y Nicaragua, en donde el arbitraje sobre temas de contratación pública es potestativo o voluntario, como propone el referido autor para el caso del Perú.

- A entender de Donayre, nada pasa si el arbitraje en obras públicas es optativo y voluntario, como es la filosofía de un mecanismo alternativo de solución de conflictos. No se va a caer el sistema jurídico peruano si es que la Ley de Contrataciones opta por el arbitraje “no obligatorio”, por voluntad de las partes (cada Entidad, cada contratista, cada contrato). Donayre Ordinola, Jorge Luis. «Administración, gestión y contratos en obras viales. Riesgos y beneficios de la legislación actual de contrataciones públicas». *ADR Resources. Arbitraje y mediación*. 2006, p. 9. Disponible en internet: http://www.aryme.com/getdoc.php?section=2&page=4&doc_id=32.
- ¹⁵ Kundmüller Caminiti, Franz. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». *Ius et Praxis*. N° 34. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 2003, p. 72.
- ¹⁶ Arrarte Arisnabarreta, Ana María y Paniagua Guevara, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 181.
- ¹⁷ Citado por Arrarte Arisnabarreta, Ana María y Paniagua Guevara, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 185.
- ¹⁸ Arrarte Arisnabarreta, Ana María y Paniagua Guevara, Carlos. *Ob. Cit.*, pp. 185-186.
- ¹⁹ Cuevas Morales, Carlos. «El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». *Cathedra*. N° 8. Lima: Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p. 203.
- ²⁰ Santistevan De Noriega, Jorge. «El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado». *Actualidad Jurídica*. N° 177. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 27.
- ²¹ Kundmüller Caminiti, Franz. *Ob. Cit.*, p. 74.
- ²² Cantuarias Salaverry, Fernando. *Ob. Cit.*, p. 182.
- ²³ Cabe precisar que el autor hace referencia al Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, vigente al momento de la elaboración de su artículo. Sin embargo, sus apreciaciones son plenamente aplicables con la normativa hoy vigente.
- ²⁴ García-Calderón Moreyra, Gonzalo. *Ob. Cit.*, pp. 144.
- ²⁵ *Ibidem*.
- ²⁶ Kundmüller Caminiti, Franz. «Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento». *Ius Et Praxis*. N° 34. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 2003, pp. 217-218.
- ²⁷ Fernando de Trazegnies menciona que el arbitraje de conciencia goza —muchas veces— del favor de los hombres de negocios porque estos desconfían del formalismo frecuentemente excesivo del derecho oficial. Acostumbrados a cerrar contratos fundamentalmente sobre la base de la buena fe, quieren que la solución de los conflictos que se originan de ellos, se encuentre basada también en la buena fe antes que en una interpretación literal de un texto normativo.
- Otras veces, se escoge el arbitraje de conciencia porque el problema excede el ámbito de las leyes nacionales. En estas condiciones, para evitar tener que fijar una ley nacional que gobierna el contrato entre las varias posibles, se opta por un arbitraje de conciencia que permite al árbitro usar varias leyes nacionales a la vez desde la perspectiva de lo que fue la común intención de las partes.
- También se opta por un arbitraje de conciencia cuando la controversia tiene aspectos técnicos tan complejos que las normas generales del derecho de obligaciones no aportan todos los elementos necesarios para comprender cabalmente la discusión. (De Trazegnies Granda, Fernando. «Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia». *Ius et Veritas*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, N° 12, p. 116).
- ²⁸ Aliaga Grez, Álvaro. *Los recursos procesales en el juicio arbitraje*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985, pp. 17-21.
- ²⁹ De Trazegnies Granda, Fernando. *Ob. Cit.*, p. 116.
- ³⁰ Citado por Cantuarias Salaverry, Fernando y Aramburú Yzaga, Manuel Diego. *El Arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas de futuro*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 1994, p. 365.
- ³¹ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 10 de diciembre de 1992. Cabe señalar que dicha ley fue la primera norma especial sobre la materia en el Perú, la misma que estuvo inspirada en la Ley Española de Arbitraje de 1988.
- ³² Cantuarias Salaverry, Fernando y Aramburú Yzaga, Manuel Diego. *Ob. Cit.*, p. 262.
- ³³ Zegarra Pinto, José. «Arbitraje de conciencia: ¿Género del arbitraje de derecho?». *Arbitraje on Line*. Lima: Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, 2005, Año III, N° 5, p. 2.
- ³⁴ El autor señala que, en el caso de Latinoamérica, dicha opción legislativa es compartida por países como Colombia, Costa Rica, México y Venezuela, entre otros.
- ³⁵ Kundmüller Caminiti, Franz. «Obligatoriedad del arbitraje y ...», p. 218.
- ³⁶ García-Calderón Moreyra, Gonzalo. *Ob. Cit.*, p. 148.

EXÉGESIS DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

RAÚL CHANAMÉ ORBE*

Resumen

La Constitución económica es una creación del siglo XX y tenemos a la Constitución de Weimar como pionera y base de este pensamiento, radicando su principal aporte en un reconocimiento expreso al contenido de la economía dentro de una Constitución. En el caso particular de las Constituciones del Perú, si bien casi siempre existieron referencias económicas y financieras en ellas, esto no siempre puede ser entendido en términos de una Constitución económica como concepto orgánico. Si bien un punto de quiebre importante del paradigma constitucional se da con la Constitución promulgada en 1920, la primera del siglo XX, que señala el inicio del constitucionalismo social en el Perú e impacta indirectamente sobre la economía y el capital; es fundamentalmente en los últimos 30 años que en el Perú se fueron procesando y actualizando los principios que rigen el régimen económico de su Constitución: economía social de mercado, libertad de contratar, libre competencia, pluralismo económico, igualdad de tratamiento capital y derecho del consumidor, entre otros.

Palabras Clave.- Constitución económica - Economía social de mercado - Pluralismo económico.

Abstract

The economic constitution is a creation of the 20th Century and we have the Weimar Constitution as the pioneer and basis of this thought, its main contribution being the express acknowledgement of the content of the economy in a Constitution. In the particular case of the Peruvian Constitutions, although there were always economic and financial references in them, this can not always be understood in terms of an economic Constitution as an organic concept. While an important breaking point of the constitutional paradigm occurs in the Constitution enacted in 1920, the first of the 20th Century, that establishes the beginning of social constitutionalism in Peru and which has an indirect impact on the economy and the capital; in essence, it is over the past 30 years that the principles that govern the economic system of the Peruvian constitution such as social market economy, the liberty to enter into contracts, free competition, economic pluralism, equal capital treatment and consumer rights, among others, have been processed and updated.

Key words: Economic constitution - Social market economy- Economic pluralism.

Sumario

1. Introducción. 2. La Constitución de Weimar. 3. Derecho constitucional comparado. 3.1. Constitución económica argentina. 3.2. Constitución económica

* Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Academia de la Magistratura.

boliviana. 3.3. Constitución económica brasileña. 3.4. Constitución económica chilena. 3.5. Constitución económica venezolana. 3.6. Constitución económica mexicana. 4. Antecedentes constitucionales peruanos. 4.1. Constitución de 1812. 4.2. Constitución de 1823. 4.3. Constitución de 1828. 4.4. Constitución de 1834. 4.5. Constitución de 1839. 4.6. Constitución de 1856. 4.7. Constitución de 1860. 4.8. Constitución de 1867. 5. Las constituciones del siglo XX. 5.1. Constitución de 1920. 5.2. Constitución de 1933. 5.3. Constitución de 1979. 5.3.1. El pensamiento de Ernesto Alayza Grundi. a) Pluralismo económico. b) Planificación democrática. c) Libre iniciativa. d) Rol promotor del Estado. 5.3.2. El pensamiento de Luis Rodríguez Vildosola. 5.4. La Constitución de 1993. 6. Características de la Constitución económica peruana.

1. INTRODUCCIÓN

La economía, como materia académica, ha cobrado relevancia en el último siglo, en tanto el derecho constitucional en los dos últimos siglos. La exigencia de nuevos derechos encontró en la economía y sus diversas manifestaciones un campo a ser regulado por el orden constitucional, que nos ha llevado a teorizar sobre la relación, a veces conflictiva, entre la Constitución y la economía, de esta interacción ha nacido el concepto constitución económica.

Para Domingo García Belaúnde, la Constitución económica se origina “[...] en el periodo de entreguerras, y más en concreto, en la segunda postguerra”¹, información que a nuestro entender descubre con claridad cuándo surge necesariamente el constitucionalismo económico como tal, es decir, en la primera mitad del siglo XX, en la Europa entre las guerras mundiales y que toma una amplitud posteriormente durante el desarrollo de los Estados constitucionales de la postguerra.

Es de señalar que no se ha llegado a esta Constitución económica de manera inmediata sino que ha existido una lenta evolución, tal como la que nos describe Omar Cairo Roldán² quien se refiere incluso a los precedentes de las modernas constituciones, los que se encontrarían en la edad media, en los pactos entre el monarca y los estamentos sociales, para obtener privilegios y derechos patrimoniales, uno de ellos en la Carta Magna (1215), la cual, por las características particulares del movimiento que la originó en Inglaterra, y por su contenido fue muy importante en la limitación al poder absoluto.

Asimismo, señala que con relación al *Bill of Rights* de 1689 originado luego de la Revolución de 1688 contiene un claro cambio en la perspectiva de la

economía en la Constitución en la cual ya no contenía “privilegios” con valor económico sino “derechos con relevancia económica”.

Alberto Dalia Vía sostiene que: “El concepto de Constitución económica”, utilizado durante mucho tiempo en la literatura comparada por los economistas como sinónimo de “orden económico”, “sistema económico” o “modelo económico”, sin connotaciones jurídicas, fue acuñado para el derecho como “decisión global sobre el orden de la vida económica de una comunidad”, siendo utilizado después de la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn para sostener que esta había constitucionalizado un determinado sistema económico, que coincidía con la economía de mercado, aunque con algunas correcciones sociales”³, es decir, también se acoge la posición que toda la corriente de la Constitución económica tiene su origen en la Alemania de la post guerra.

La Constitución económica es una creación del Siglo XX⁴ y tenemos a la Constitución de Weimar⁵ como pionera y base de este pensamiento que cobró amplios seguidores por su carácter decisivo en el desarrollo del Estado. La Constitución de Weimar garantiza el derecho de propiedad, pero como la propiedad entraña obligaciones es posible establecer límites o restricciones legales cuando lo requiera el bien general o la función social.

Desde la primera guerra mundial, la realidad económica experimentó profundas transformaciones, caracterizada por una mayor intervención del Estado y por mayores reglamentaciones jurídicas que limitaron la autonomía privada de los individuos. Este período de guerras y cambios sociales tuvo claras implicancias para el derecho, naciendo una nueva disciplina jurídica, como lo es el derecho económico⁶, y nuevos conceptos como los de orden público económico y el de Constitución económica. La explicación a este fenómeno, es producto de la evolución, las consecuencias de la revolución industrial habían dado lugar a nuevas condiciones de trabajo, muchas veces infrahumanas que ponen de manifiesto la insuficiencia de los derechos individuales.

Hechos como la promulgación de la Constitución de Querétaro de 1917, la Revolución Rusa, la Constitución de Weimar de 1919, la Constitución Austriaca de 1920, la crisis económica de los años treinta, la aparición de Keynes en la teoría económica, los movimientos sociales y sindicales, el éxito inicial de la planificación soviética, por mencionar algunos hechos, son el sustrato subyacente al nacimiento del derecho económico y a los conceptos que hemos apuntado, y que de algún modo, debido a su novedad temática, todavía nos entregan problemas importantes por resolver.

Un documento histórico relevante en la evolución de los derechos económicos, sociales y culturales lo constituye la Constitución de México de 1917⁷, que es el primer intento constitucional de conciliar los derechos civiles y políticos con la nueva concepción de los derechos sociales.

La Constitución mexicana de 1917 reconoce la obligación del Estado de impartir educación gratuita, de facilitar protección a la niñez, se establecieron normas relativas al trabajo y a la previsión social y se encuentra reconocido el derecho a la huelga.

Es más el mismo Dalia Vía afirma que: “La consecuencia de tal constitucionalización era obvia: tal modelo se convertía en parámetro desde el que valorar la legitimidad jurídico constitucional de las intervenciones públicas en la economía”⁸.

2. LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR

El término Constitución económica aparece con la República de Weimar y su uso se generaliza en 1925, sería Carl Schmitt quien lo incorpora a la literatura jurídica, con la aparición de su obra “La defensa de la Constitución” en 1931, en la cual se menciona el término mostrando su preocupación por la adopción de un régimen político que posea una fundamentación económica.

El principal aporte de la Constitución de Weimar (1919) radica en un reconocimiento expreso al contenido de la economía dentro de una Constitución, no como un modelo de acciones en la utilización de recursos por parte del Estado para su sostenimiento en tanto aparato de gobierno, sino en un enfoque dirigido a la protección del individuo en tanto sujeto de derechos económicos. Es decir, le da un sentido a la economía como ciencia social que se vincula directamente al bienestar de los ciudadanos.

Es así que incluye el término expreso de “la vida económica” en su Sección V, y desarrolla un considerable articulado dirigido a la vinculación entre economía y derecho, entre dinámica material y norma estable.

El propio preámbulo de la Constitución brinda una invocación novedosa: “El pueblo alemán formando una unidad moral superior por encima de la variedad de sus grupos aborígenes y, por tanto, de la voluntad de renovar y consolidar su imperio, en la libertad y la justicia, servir la paz interior y exterior y fomentar el progreso social se ha dado asimismo la siguiente Constitución.” Es decir, asume la cuestión social como uno de los principales motivos de la acción gubernamental y de la comunidad.

Así su artículo 151º señala: “La organización de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre. Dentro de estos límites, se reconoce al individuo la libertad económica”.

No obstante Vicente Iparraguirre Acosta realiza una observación importante: “no siempre se aceptó y, que aún es tema de debate, la inclusión y tratamiento de aspectos económicos en una Constitución del Estado, el mismo García Belaúnde nos recuerda que la materia económica estuvo ausente en Constituciones tan importantes como la de Estados Unidos de 1787 o la Carta francesa de 1791, en las cuales solo se trataban los derechos de la persona y la delimitación del ejercicio del poder, criterio que prevaleció – salvo algunas excepciones – a través del siglo XIX. Ello ocurrió no por descuido, sino porque se consideró innecesario hacerlo. En efecto, de acuerdo a las tendencias fisiocráticas y liberales de la época, se tenía la absoluta certeza de que el mundo de la economía se movía con sus propias leyes naturales [...] de cumplimiento ineluctable [...] se consideraba que existiendo leyes naturales de la economía, establecer leyes artificiales para gobernar ese mundo era tarea no solo inútil sino innecesaria y superflua’ (citado por el autor)⁹.

Con estos antecedentes, podemos afirmar que la vida del Estado en base al actual modelo de economía social de mercado de la Constitución peruana se ha forjado de una combinación adecuada que proviene de la búsqueda de un modelo concreto que pueda ser aplicado directamente en la dinámica práctica y que otorgue garantías tanto a la empresa privada como a la sociedad en sí.

Iparraguirre Acosta concluye: “En síntesis, se puede establecer que el término Constitución económica, en su desarrollo ha tenido varios significados. Constitución económica puede ser entendida como sistema económico subyacente a un ordenamiento jurídico. También como orientación general de un texto constitucional en el cual se da un lugar prevalente al accionar económico del Estado y de los agentes económicos. Y, por último, como el sistema económico que es regulado expresamente en un determinado texto constitucional o como también señala Lojendio, de ser la Constitución económica, el establecimiento jurídico de una ordenación económica determinada”¹⁰.

3. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

3.1. Constitución económica argentina

- No posee una parte especial destinada a tratar sistemáticamente los aspectos económicos.

- Se declara el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, de navegar y comerciar (artículo 14°).
- Señala que la propiedad es inviolable, asimismo, ningún habitante puede ser privado de ella, la expropiación por utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.
- En su artículo 42° establece la protección a los derechos del consumidor, la libre competencia, así como la defensa de la misma contra toda distorsión de los mercados, también establece el control de los monopolios naturales y legales.

3.2. Constitución económica boliviana

- También contempla una parte especial señalando “régimen económico y financiero”.
- En las disposiciones generales, artículo 132° y 133°, se establecen los principios básicos del ordenamiento económico boliviano.
- Justicia social, independencia nacional, desarrollo y bienestar del pueblo son los objetivos.
- No se permite la acumulación privada del poder económico en grado tal que ponga en peligro la independencia económica del Estado.
- Sometimiento de las empresas extranjeras a las leyes bolivianas (artículo 135°) “[...] estarán sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades de la República”.
- Intervencionismo del Estado boliviano en la economía y el establecimiento del monopolio fiscal de determinadas exportaciones por necesidad nacional.
- En cuanto a la propiedad señala que toda persona tiene derecho a la propiedad privada, individual y colectivamente siempre que cumpla una función social, así como en la contribución en proporción a su capacidad económica para el sostenimiento de los servicios públicos.

3.3. Constitución económica brasileña

- Dispone de un título especial que denomina “del orden económico y financiero”.
- Sus principios son la valoración del trabajo humano en la libre iniciativa y aseguramiento de una existencia digna con justicia social.
- Principios: soberanía nacional, propiedad privada, función social de la propiedad, libre concurrencia, defensa del consumidor, defensa del medio ambiente, reducción de las desigualdades regionales y sociales, busca del pleno empleo.

- La explotación directa de actividades económicas por el Estado solo será permitida cuando sea necesaria por imperativo de seguridad nacional o de interés colectivo relevante conforme a la definición de la ley.
- En cuanto a la intervención del Estado en la economía se establece en el artículo 174º lo siguiente: el Estado ejercerá en la forma de la ley las funciones de fiscalización, incentivación y planificación, siendo ésta determinante para el poder público e indicativa para el privado.
- En cuanto al sistema financiero permite la participación de capitales extranjeros teniendo en cuenta especialmente dos puntos: los intereses nacionales y los acuerdos internacionales

3.4. Constitución económica chilena

- Establece el principio de subsidiaridad reconociendo y amparando a los grupos intermedios de la sociedad y garantizándoles una adecuada economía (artículo 1.3).
- Garantiza a las personas naturales y jurídicas el desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o la seguridad nacional.
- Señala que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común.
- Tiene una concepción neoliberal limitando severamente la intervención del Estado como actor empresarial.
- La expropiación solo es autorizada por causa de utilidad pública o de interés nacional, junto el expropiado tiene derecho a la indemnización el mismo que será pagado en dinero efectivo al contado.

3.5 Constitución económica venezolana

- Contiene un título especial dedicado a los aspectos económicos.
- En su artículo 112º se declara que toda persona puede dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia sin más limitaciones que las previstas en la Constitución.
- El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza.
- Se garantiza la libertad de trabajo, empresa, comercio industria sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar.
- Se prohíbe los monopolios y se protege la libre competencia.
- Se garantiza el derecho de propiedad, por lo que la expropiación solo procederá cuando lo establezca la ley por causa de utilidad pública o interés social.

- Se reconoce el derecho de los trabajadores y de la comunidad para desarrollar asociaciones de carácter social y participativo como las cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas.
- El régimen socioeconómico de la república bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, así mismo el Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional.
- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 302º mediante Ley orgánica respectiva y por razones de conveniencia nacional el Estado se reserva la actividad petrolera, explotaciones, servicios, bienes de interés público y de carácter estratégico, así mismo el Estado conservará la totalidad de las acciones de petróleos de Venezuela por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional.
- Se señala que el régimen latifundista es contrario al interés social.

15. Constitución económica mexicana

- La Constitución de 1917 inauguró la fase del constitucionalismo social.
- El artículo 27º establece un régimen triangular de la propiedad: privada, pública y social.
- La propiedad privada se sujeta a las modalidades que dicte el interés público.
- La intervención del Estado en la economía se incrementó en las últimas tres décadas y era necesario reorganizarlo.
- La economía mixta de México se caracteriza por el siguiente principio: al desarrollo económico nacional concurrirán con responsabilidad social el sector público de acuerdo con la ley para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.
- En cuanto a la denominada planeación democrática se establece en el segundo párrafo del artículo 25º lo siguiente: "El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades".

4. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES PERUANOS

¿Cómo ha evolucionado el concepto Constitución económica en nuestro ordenamiento? Si bien casi siempre existieron referencias económicas o financieras, ello no constituye una Constitución económica como concepto orgánico. Las Cartas de 1812, 1823, 1826, 1828 y 1834 hacen referencias a la hacienda,

contribuciones y presupuestos; la Constitución de 1839, conservadora en muchos aspectos, pone de relieve el derecho a la propiedad (artículo 39º) y la libertad de trabajo (artículo 169º), he allí su mérito.

La Constitución de 1856 fija una posición contributiva universal, para eliminar al discriminador tributo indígena. La Constitución de 1860 y 1867 desarrollan el concepto de contribución.

4.1. Constitución de 1812

En la Constitución de 1812 (Cádiz), considerándola aquí como peruana no por su vigencia efectiva, que no la tuvo, sino por su influencia ideológica en todas las Constituciones posteriores a la independencia, entre ellas, las correspondientes al siglo XIX, así como en la participación de representantes emanados del territorio nacional –se estableció en el Título VII, “De las Contribuciones” (Capítulo Único), aspectos de orden económico, específicamente de orden tributario y presupuestal.

4.2. Constitución de 1823

De igual manera en la Constitución de 1823, en su Sección Tercera, “De los Medios de Conservar el Gobierno”, en el Capítulo 1, “Hacienda Pública”, se señala en el artículo 148º lo siguiente: “Constituye la Hacienda Pública todas las rentas y productos que conforme a la Constitución y a las leyes deban corresponder al Estado”.

Seguidamente en el artículo 149º de la misma Constitución, se señala en cuanto al presupuesto: “El Presupuesto de los gastos públicos fijarán las contribuciones ordinarias, mientras se establece la única contribución. Adoptándose por regla constante el acrecer la Hacienda por el fomento de ramos productivos a fin de disminuir las imposiciones en cuanto sea posible”.

4.3. La Constitución de 1828

La Constitución de 1828 señala, en la parte dedicada al Título Quinto, en “Ministros de Estado”, lo siguiente en el artículo 990º “el Ministro de Hacienda presentará anualmente a la Cámara de Diputados un estado general de los ingresos y egresos del Tesoro Nacional, y asimismo el Presupuesto General de todos los gastos públicos del año entrante con el monto de las contribuciones y rentas nacionales”.

Asimismo, tiene un artículo dedicado a la deuda pública, en el artículo 170º señalando: “La Constitución garantiza la deuda pública interna y externa: su consolidación y amortización merece con preferencia la consideración del Congreso”.

4.4. La Constitución de 1834

Por otro lado, en la Constitución de 1834 se señala en el Título Quinto, en la parte correspondiente a Ministros de Estado en el artículo 90º lo siguiente: “El Ministro de Hacienda presentará al Consejo de Estado, tres meses antes de abrirse la sesión anual del Congreso, la cuenta de la inversión de las sumas decretadas para los gastos del año anterior; y asimismo el presupuesto general de todos los gastos y entradas del año siguiente”.

4.5. La Constitución de 1839

Posteriormente, en la Constitución de 1839, se establece en cuanto a la propiedad: “Es inviolable el derecho de propiedad: si el bien público legalmente reconocido exigiere la propiedad de un ciudadano, será previamente indemnizado de su valor”.

En cuanto al trabajo, el artículo 169º señala: “Es libre todo género de trabajo, industria o comercio a no ser que se oponga a las costumbres públicas o a la seguridad o salubridad de los ciudadanos”.

Finalmente, en lo que respecta a la deuda pública se prescribe en el artículo 173º: “La Constitución garantiza la deuda pública interna y externa: su consolidación y amortización merecen con preferencia la consideración del Congreso”.

4.6. La Constitución de 1856

Esta misma Carta Política, señala aspectos muy interesantes en lo que respecta a lo que denomina “garantías nacionales” ya que se incluyen cuestiones económicas. Así, entre las garantías nacionales se establece en cuanto a los bienes de propiedad nacional, en el artículo 7º: “Los bienes de propiedad nacional solo podrán enajenarse para los objetos y en los casos y formas que expresa la ley”.

En cuanto a las contribuciones el artículo 8º prescribe: “No puede imponerse contribuciones sino en virtud de una ley en servicio público y en proporción

a los medios del contribuyente. Las contribuciones directas no podrán imponerse sino por un año”, en cuanto a los ingresos y egresos de la nación, se establece en el artículo 9º: “La ley fija los ingresos y egresos de la nación y cualquiera cantidad exigida o invertida contra su tenor expreso, será de la responsabilidad solidaria del que lo ordena, del que lo ejecuta, y del que lo recibe, sino prueba su inculpabilidad”.

4.7. La Constitución de 1860

Ahora bien, en la Constitución de 1860 establece de manera muy similar a la Constitución de 1856 los aspectos económicos.

Así, en cuanto a las contribuciones, se establece en el artículo 8º lo siguiente: “No puede imponerse contribuciones sino en virtud de una ley, en proporción a las facultades del contribuyente y para el servicio público”.

Asimismo, en cuanto a los ingresos y egresos de la nación, en el artículo 9º se señala: “La ley, las entradas y los gastos de la nación, De cualquier cantidad exigida o invertida contra el tenor expreso de ella, será responsable el que ordena la exacción o el gasto indebido; también lo será el ejecutor, sino prueba su inculpabilidad”.

4.8. La Constitución de 1867

En lo que concierne a la Constitución de 1867 se seguiría lo dispuesto en las Constituciones precedentes.

Así, en lo que respecta a las contribuciones en el artículo 7º se prescribe: “Solo el Congreso puede imponer contribuciones si se estableciesen contribuciones personales, no podrán imponerse sino por determinado tiempo.

De la misma manera, en cuanto a los ingresos y egresos de la nación, en el artículo 8º se señala: “La ley fija los ingresos y egresos de la nación, y cualquiera cantidad exigida o invertida contra el tenor de ella, será de la responsabilidad solidaria del que ordene la exacción o gasto indebido, del que ejecute la orden y del que reciba el dinero, probada la culpabilidad de este”.

5. LAS CONSTITUCIONES DEL SIGLO XX

La Constitución de 1920 es un salto en los contenidos y sistematización de los denominados derechos sociales.

La Carta de 1933 hace innovaciones como: “la propiedad debe usarse en armonía con el interés social” (artículo 34°).

La Carta de 1979 fija ya una posición de modelo económico con la introducción del concepto economía social de mercado y se reconoce que una de las partes más novedosa (aún siendo discutible) es su capítulo económico¹¹.

5.1. Constitución de 1920

Una ruptura de paradigma constitucional se da con la Constitución promulgada el 18 de enero de 1920, la primera del siglo XX que señala numerosos temas como los derechos sociales, iniciando el constitucionalismo social en el Perú e impactando sobre el trabajo e indirectamente sobre la economía y el capital.

Al respecto se incluyó, efectivamente un apartado especial, el Título IV denominado “garantías sociales”, en el cual se contempló instituciones que se encuentran actualmente en nuestro régimen económico tales como el artículo 38°: “La propiedad es inviolable bien sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada. La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan. No pueden ser materia de propiedad privada las cosas públicas cuyo uso es de todos, como los ríos y caminos públicos. Se prohíbe las vinculaciones, y de toda propiedad es enajenable en la forma que determinen las leyes”.

Se incluyó otros temas como las limitaciones a la propiedad de los extranjeros (artículo 39°), restricciones y prohibiciones a la adquisición y transferencia de la propiedad (artículo 40°).

Un aspecto nuevo resultó lo contemplado en el artículo 42° por cuanto revela la importancia que tomaba en la vida política la minería, y la necesidad de regularlo, y ratificar la posición que tenía el Estado con relación a la titularidad de los bienes, es así que se incluyó la siguiente norma: “La propiedad minera en toda su amplitud pertenece al Estado. Solo concederse la posesión o el usufructo en la forma y bajo las condiciones que las leyes dispongan”.

Otro aspecto que revela el desarrollo del actuar del Estado y que le da una situación especial de poder de control a la vida económica se revela en el artículo 44°: “El Estado podrá por ley tomar a su cargo o nacionalizar trans-

portes terrestres, marítimos, aéreos u otros servicios públicos de propiedad particular, previo pago de la indemnización correspondiente”, así como el artículo 45º: “La nación reconoce la libertad de comercio e industria sometida a los requisitos y a las garantías que para su ejercicio prescriban las leyes. Estas podrán establecer o autorizar al gobierno para que fije limitaciones y reservas en el ejercicio de las industrias, cuando así lo imponga la seguridad o necesidad pública, sin que en ningún caso esas restricciones tengan carácter personal ni de confiscación”; el artículo 50º: “Se prohíben los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. Las leyes fijarán las penas para los contraventores. Solo el Estado puede establecer por ley monopolios y estancos en exclusivo interés nacional”.

Sin embargo, el régimen económico y el reconocimiento de nuevas instituciones no quedó ajeno a la vida social, en tanto que a continuación de estos temas se empezó con un profuso desarrollo de derechos sociales y de protección al trabajador, al ciudadano. El artículo 46º prescribe: “La nación garantiza la libertad de trabajo pudiendo ejercer libremente todo oficio, industria o profesión que no se oponga a la moral, a la salud ni a la seguridad pública. La ley determinará las profesiones liberales que requieran título para su ejercicio, las condiciones para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo” y continúa afirmando que el artículo 47º: “El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene; la ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país.

Es obligatoria la indemnización de los accidentes del trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen”.

Surge como novedad la existencia de derechos netamente de protección al trabajador en materia de seguridad social (artículo 56º).

5.2. Constitución de 1933

La Constitución de 1933 resulta mucho más característica al modelo actual en tanto que prescribe y reafirma el pensamiento del constitucionalismo social.

Así vemos en su artículo 34º: “La propiedad debe usarse en armonía con el interés social. La ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad”. Esta es la primera vez que se puede apreciar un cambio radical en la concepción de propiedad, en tanto que no solo se mantienen las restricciones

y prohibiciones (artículo 35º), sino que se usa el término interés social y límites y modalidades. Es por ello que consideramos que el modelo social empieza a resultar predominante a fin de poder combatir los excesos del mercado y la dirección del mismo en un Estado de bienestar.

Conforme el Estado aumenta, se amplía el modelo de propiedad estatal, señalando en su artículo 37º: “Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares” asimismo prescribe en su artículo 41º: “El Estado percibirá parte de las utilidades de las empresas mineras, en el monto y la proporción que determinará necesariamente la ley”.

Finalmente, encontramos un interesante artículo 69º que señala que: “Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de hábeas corpus un aspecto sumamente positivo para la efectivización como garantía —acción en ese entonces—, de la protección de un derecho de naturaleza constitucional en caso de una violación o amenaza”.

5.3. Constitución de 1979

La Asamblea Constituyente de 1978, estuvo compuesta de tres fuerzas programáticas preponderantes, el APRA, el PPC y la izquierda, representada en un amplio fraccionamiento de grupos menores. Cada una representaba un tercio de la Asamblea, se selló un acuerdo entre el PAP y el PPC que permitió dirigir la Comisión del régimen económico y financiero que estuvo representado por Ernesto Alayza Grundy (Presidente) miembro del PPC y Luis Felipe Rodríguez Vildoso miembro del PAP (Vice-Presidente), además integraron la comisión Jorge Torres Vallejo (PAP), Alfonso Ramos Alva (PAP), Celso Sotomarino Chávez (PPC), Mario Polar Ugarteche (PPC), Luis Alberto Delgado Béjar (Izquierda), Ricardo Napuri (Izquierda), Alberto Ruíz Eldredge (Izquierda) y Carlos Malpica (Izquierda). Alayza Grundy y Rodríguez Vildoso capitanearon a la mayoría y redactaron los principales postulados, así como los defendieron en el debate constituyente.

5.3.1. El pensamiento de Ernesto Alayza Grundy

Entre los que fundamentaron el proyecto presentado del título III del régimen económico se encontraba, el dirigente del PPC, Ernesto Alayza Grundy.

dy¹², quien, en primer lugar, planteaba lo que consideraba como el problema principal del proyecto de régimen económico: “En síntesis, el problema que se presentaba para el proyecto de Constitución, era de lograr una armonía entre el régimen económico y el régimen político; entre la libertad por una parte y la dirección enérgica por otra parte, entre la existencia de motivaciones para la acción económica que normalmente se llaman ganancias, con el cumplimiento de la función social que le corresponde a la propiedad y a la empresa; el de tener unidades eficientes en el cumplimiento de su misión particular, con la finalidad de producir utilidad general para todos, y la de superar la oposición entre las empresas públicas y las privadas, sean aquellas municipalidades o del Estado, sean estas de carácter privado tradicional o de carácter social, cooperativo o comunal, a fin de que todas tengan las posibilidades de intervenir y de actuar para lo que es fundamental y primario: aumentar la producción, elevar la productividad y distribuir la renta neta según objetivos de justicia social”.

Asimismo, este constituyente añade lo siguiente: “Para alcanzar estos objetivos y mantener aquellos principios, el proyecto ha establecido cuatro instituciones en el capítulo que hoy debatimos, instituciones que son las bases generales sobre las que creemos que se debe asentar el régimen económico y financiero del país. [1] La primera y fundamental, el pluralismo económico; [2] la segunda, la planificación democrática; [3] la tercera, la iniciativa libre dentro de una economía social de mercado; y [4] la cuarta, un enérgico papel promotor del Estado”¹³.

a) Pluralismo económico

En relación al pluralismo económico Alayza Grundy señala: “Con relación al pluralismo económico, está definido en forma tal que no quepa duda del propósito y posibilidad de la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa [...] Debemos entender muy claramente, que el pluralismo económico tiene un carácter democrático. Esto significa que hay un principio de igualdad entre las formas diversas de propiedad y empresa. No estamos por tanto reafirmando el pluralismo del cual se habló años atrás, que era la tolerancia para cierta forma de empresa privada pero con clara prioridad, y aún hegemonía de las no privadas. Aquí se trata de pluralismo democrático que las hace a todas iguales, sin privilegio para ninguna. Esto no quiere decir que pudiera haber regímenes tributarios adecuados a la naturaleza de cada empresa ni que adaptarse a actividades económicas apropiadas a cada una, no puedan recibir por este motivo especiales facilidades crediticias y de otra naturaleza. Lo que se desea es que entre las diversas formas de empresa y de

propiedad no haya hegemonía de alguna sobre las demás; no haya un solo pie que sustente la economía nacional, sino que la economía nacional debe reposar sobre los múltiples pies de las varias formas de empresa y de propiedad que la ley autorice”¹⁴.

b) Planificación democrática

En cuanto a la planificación democrática funda su posición Alayza en los siguientes considerandos: “La segunda institución básica, es la planificación democrática. La idea de planificación democrática está vinculada a la mención fundamental de la gerencia del bien común por el Estado, mediante planes que hacen un ordenamiento de fines y de metas, señalan procedimientos y establecen las prioridades y los objetivos por alcanzar; pero como se está planificando para una sociedad libre, en el sentido de ser una economía que corresponda a una sociedad democrática, en la planificación debe respetarse este orden político-social con sus correspondientes autonomías y libertades institucionales, empresarias y personales”¹⁵.

c) Libre iniciativa

Seguidamente, sobre la iniciativa libre en una economía de mercado advierte: “La tercera institución base, es la iniciativa libre dentro de la economía social de mercado. Esto significa que las diversas empresas e instituciones tienen el derecho de iniciativa económica, consiguiente a las libertades personales e institucionales consagradas constitucionalmente. Es un principio que se encuentra en todas las economías democráticas del mundo[...]”¹⁶.

d) Rol promotor del Estado

Sobre el rol promotor del Estado se pronuncia así: “La cuarta y última base, a la que voy a dedicar el último minuto, para no excederme del tiempo que me corresponde, es el papel promotor del Estado. Este papel promotor debe entenderse en su doble sentido, político y económico. La promoción, como lo dice la palabra, no es hacer solamente; es fundamentalmente, y esto con diversos grados: estimular el que se haga cooperar en la realización de obras y de servicios, y por último el hacer directo. Las tres formas están indicadas en el proyecto constitucional cuando se dice que la función del Estado estará, principalmente, en intervenir en las obras y servicios que tengan efecto de promoción o de servicio público y cuando se encarga formular la política general de conducción y dirección de la economía. Esta última le permite, de un modo particular, fomentar los servicios públicos, desconcentrar la inversión, la gran inversión nacional,

mediante las obras públicas de carácter, de riesgo, de hidroeléctricas y de todo el equipamiento nacional que no se hace en las ciudades”.

Respecto de lo último, precisa luego: “Sin embargo, hay que tener presente que el Estado es parte de la nación, y no por encomendársele la promoción económica aparecen milagrosamente recursos financieros o gerenciales suficientes para poder resolver la totalidad de los problemas. De allí que el rol promotor del Estado deba ser entendido en la forma que acabo de decir: estimular por una parte, cooperar por otra, y hacer lo que otros no pueden o no deben hacer”¹⁷.

5.3.2. El pensamiento de Luis Rodríguez Vildosola

Luis Rodríguez Vildosola, era experto en temas económicos y miembro del PAP, quien hizo la defensa del proyecto de la siguiente manera: “El pluralismo económico se expresa en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Esta coexistencia tiene por así decirlo un sentido democrático. Pero lo que nos importa afirmar es que no se puede considerar la salida del subdesarrollo sin el pluralismo que es el caso nuestro. Valga una digresión: Carlos Marx dijo que las etapas económicas no se pueden saltar por decretos; y en el caso que nos ocupa significa que no se puede saltar del subdesarrollo al socialismo. Estamos condicionados por una serie de situaciones de tipo económico que impiden, y la historia lo demuestra, efectuar tal salto”¹⁸.

Más adelante este mismo constituyente enfatiza: “Ahora bien, sostenemos que no se puede saltar del subdesarrollo al socialismo en forma brusca, por todas las contingencias económicas y por la realidad de los países. Queda entonces como salida, como única vía factible, el pluralismo, que implica la coexistencia de las diversas formas empresariales. El pluralismo es una puerta abierta al futuro como se ha dicho. Si en las elecciones triunfan democráticamente tendencias de posición estatistas, el gobierno acentuará y priorizará la actividad estatal del Estado a través de empresas públicas; por el contrario triunfa una tendencia privatista, el gobierno promoverá básicamente la iniciativa y la actividad privada; o pueden imponerse fórmulas de empresas mixtas o cooperativas, O sea, el pluralismo implica una apertura al futuro, que permite el desarrollo de la economía del país”.

En referencia a la planificación señala: “Todos sabemos que la planificación es simplemente una racionalización del desarrollo, con el fin de conseguir ciertas metas a través de ciertos medios [...] El hecho es que, actualmente en el mundo no hay ningún país que se sustraiga a la necesidad de coordinar o planificar su vida económica. Lo que nos interesa distinguir es que exis-

ten, una división polar, la llamada planificación impuesta que rige en las economías centralmente planificadas de los países socialistas y la planificación meramente indicativa de los países capitalistas". Finalmente sobre el tema indica: "Volviendo a la afirmación que hice, por un lado tenemos la planificación impuesta o totalitaria, que rige en países de economía centralmente planificada, en los cuales todas las empresas son del Estado, incluyendo las cooperativas que tienen ciertas limitaciones o ciertas mediatizaciones; y al otro extremo tenemos la planificación capitalista o meramente indicativa, aquella en que los organismos oficiales que regulan la vida económica fijan algunos criterios y los incentivan para que la actividad privada los acepte o no. Pero estos dos extremos, hace años que ya existe, sobre todo entre los economistas holandeses, la llamada planificación participatoria o concertada, aquella en la cual el órgano planificador y los sectores de la economía que van a estar sometidos a ella, acuerdan, convienen en la planificación, es decir, en formular el diagnóstico, los objetivos, las metas, las acciones, y además la estrategia del desarrollo; y cuanto se llega a un acuerdo hay la planificación concertada. En el caso de nuestro texto constitucional propiciamos este tipo de planificación. Cuando veamos el Congreso Económico, indicaremos que será el órgano de la planificación concertada y democrática constituido básicamente por representantes del capital, del trabajo y del Estado. En el Congreso Económico se van a discutir las metas, los objetivos y las acciones de la planificación".

Sobre el pluralismo económico y sobre las empresas públicas manifiesta: "Quisiera hacer aquí una declaración enfática que constituye un principio partidario. La empresa pública no es mala necesariamente por ser empresa pública, sino porque está mal administrada, como hay empresas privadas también mal administradas. Se me dirá, y eso es cierto, que cuando quiebra una empresa privada solamente sufren las consecuencias los inversionistas y cuando está al borde del colapso económico una empresa estatal es la ciudadanía, son todos los contribuyentes del país los que sufren las consecuencias. Entonces, de lo que se trata es de lograr que las empresas sean eficientes [...] La coexistencia de empresas públicas y privadas es un hecho. Todo esto, señor Presidente, se conjuga dentro del concepto de pluralismo, un pluralismo que es la democracia en el campo de la economía, que permite a cada sector económico encontrar en su campo el apoyo correspondiente. Como consecuencia de este pluralismo, el proyecto señala los diferentes tipos de empresa, para que no haya la menor duda".

Una evolución exegética del diario de debates de la Asamblea Constituyente 1978-1979 nos permite delinear cual fue el pensamiento económico predominante y cual era la alternativa programática.

Alayza Grundy usó el ejemplo de la Ley Fundamental de Alemania (1949), que sucede a la Constitución de Weimar, y cuya aplicación exitosa correspondió al economista social cristiano Ludwig Erhard (1897-1977), quien es el autor del denominado “milagro alemán” en base a la “economía social del mercado”¹⁹.

Los fundamentos de la economía social de mercado, podemos encontrarlos en la doctrina social de la Iglesia, y entre sus teóricos más respetados figuran los franceses Jacques Maritain (1882-1973)²⁰ y Emmanuel Mounier (1905-1950)²¹. En Alemania se expresaron por medio de la Escuela de Friburgo, cuyos exponentes fueron Wilhelm Röpke y Alexander Rüstow²².

De otro lado los constituyentes apristas estaban todavía influido por Raúl Prebisch (1901-1986), notable economista argentino, quien organizó con éxito el Banco Central de la República Argentina (1935-1943) y fue secretario de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), desde donde influyó sobre el papel preponderante que tenía que jugar el Estado — influenciado por Keynes — en el intercambio y en el impulso al desarrollo, vía la planificación estratégica. Como se comprobará la izquierda marxista radicalizaba esta tesis, planteando la relevancia del Estado y la planificación, y en casos extremos repudiando al propio mercado²³.

En resumen, la Constitución de 1979 en su modelo económico resalta constitucionalmente lo siguiente:

1. Proclamación constitucional de un régimen de economía social de mercado en el que la iniciativa privada, que era libre, había de ser estimulada y reglamentada por el Estado con la finalidad de armonizar su ejercicio con el interés social²⁴.
2. Reconocimiento del pluralismo económico garantizado por el propio Estado, es decir, que la economía nacional se sustentaba en la coexistencia de diversas formas de propiedad de empresa.
3. Consagración constitucional del Estado como empresario y como interventor de la vida económica en determinados sectores por causa de necesidad nacional.
4. Se recurría a los planes de desarrollo para que el Estado formulara, a través de estos, la política económica y social; planes que habían de regular la actuación del sector público y orientar en forma concertada la actividad de los demás sectores, siendo la planificación, una vez concertada, de cumplimiento obligatorio.
5. Prohibición de los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil.

6. Rechazo constitucional del monopolio y oligopolio en materia de medios de comunicación, circunstancia que se explica por los frecuentes abusos producidos en la época militar, al capturar el Estado diarios y canales de televisión.
7. Se otorga un papel fundamental en el ámbito socio-económico del Banco Central de Reserva, considerado como una especie de motor del sistema económico por cuanto no solo le corresponde emitir billetes, sino que era de su competencia, asimismo, la regulación de la moneda, de los intereses, del mercado de divisas y de la actividad importadora y exportadora.
8. Se norman otros aspectos vinculados al tema económico dentro del Título Tercero, tales como los recursos naturales, la propiedad, la empresa, la hacienda pública, la moneda y la Banca, el régimen agrario y las comunidades campesinas nativas²⁵.

5.4. La Constitución de 1993

La Constitución vigente, nace en un nuevo contexto económico, la crisis inflacionaria que recorría América Latina y el agotamiento de las propuestas del pensamiento cepaliano, el colapso mundial de la planificación centralizada, el agobio de la deuda externa y la crisis de los Estados interventores en la economía²⁶.

El propio Banco Mundial en su relevante “Informe Mundial 1991”, usando al propio John Keynes, plantea: “Lo importante para el gobierno no es hacer lo que los particulares ya están haciendo y hacerlo un poco mejor o un poco peor, sino hacer aquello que en ese momento no está haciendo en absoluto”, recomienda cambiar el paradigma a través de la reinterpretación del Estado²⁷ en materia económica.

De otro lado, se habían producido cambios productivos notables merced a la revolución tecnológica, la expansión del capital, el auge empresarial y el éxito –por los resultados– de la economía de libre mercado. Lo que puso el debate en otro contexto cuando se produjeron las reformas al título económico.

Uno de los teóricos de la mayoría constituyente, y Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamentos del Congreso Constituyente Democrático (CCD), fue Carlos Torres y Torres Lara²⁸, quien en una Conferencia, del 19 de mayo de 1993, titulada: “Los principales cambios propuestos por el anteproyecto constitucional”, defendía los cambios al régimen económico:

“No podemos continuar con una Constitución elaborada sobre la base de conceptos de la social democracia, la que tuvo su importancia, su oportunidad y

su momento, durante más de un siglo, pero que la realidad mundial actual la ha superado. No es posible en un mundo competitivo, integrado e internacionalizado avanzar bajo el principio de que el Estado debe asumir la solución de casi todos los problemas sociales²⁹. Ahora es necesario fomentar la idea de la acción propia y la ayuda mutua de los ciudadanos para resolver los problemas sociales, dejando a cargo del Estado solo la atención de las necesidades fundamentales. Así, los escasos recursos gubernamentales serán bien usados en lo fundamental: salud, educación, seguridad e infraestructura. Esto desarrollará en la población un espíritu de autosuperación hacia un hombre dueño de su propio destino, generador de puestos de trabajo y no de simple burócrata³⁰.

Prosigue con su sustentación Torres y Torres Lara: “Hoy no hay países que puedan funcionar independientes económicamente del resto del mundo. Y el mundo hoy es liberal en materia económica. Se ha producido tal cambio que los países se han convertido en provincias. Por lo tanto, un pequeño país subdesarrollado del continente sudamericano, así como una gran potencia como Estados Unidos, no pueden pretender establecer para mañana o para los próximos años, un nuevo sistema económico diferente a todo el mundo.

Nuestro país tiene que ser objetivo y observar la realidad mundial. Y la realidad del mundo es la economía de mercado y la consolidación de los mercados y de los esfuerzos nacionales. Esa es la realidad, esa es la regla del juego que nos ha tocado vivir y esa es la que tenemos que enfrentar con realismo, aunque no nos guste y esté fuera de nuestras utopías de solidaridad. El mundo de hoy es de lucha empresarial, de tecnología y de capacitación, un mundo donde el Perú está ausente y olvidado.

Entonces, tenemos que desarrollar un sistema liberal pero, además, con sentido social³¹. Si hay que ponerle un nombre, podría ser modernización o liberalismo social. ¿Y por qué liberalismo social?³², porque lo que pretende la proyectada Constitución no es un liberalismo para los grandes, para los poderosos, ellos no necesitan ninguna ayuda. Los poderosos están por encima de las leyes, no porque puedan modificarlas sino porque eligen el país donde invierten y se desarrollan. Entonces, la modernización o el liberalismo social, no debe ser entendido como la libertad solo para que los grandes capitales se desarrollen, sino fundamentalmente como un instrumento para liberar las fuerzas productivas de nuestra población y defenderlas de las posiciones de dominio monopólico. Este es el objetivo que se persigue. Por eso el régimen económico precisa que el Estado debe orientar sus recursos a lo fundamental: salud, educación, seguridad e infraestructura, debe apoyar a los que tienen menores recursos y a su vez combatir las actividades de abuso monopólico.

Para esto hay que superar el mercantilismo, es decir, la política de los favores mediante los cuales cada grupo obtiene la mejor posición para no competir.

Terminemos con eso, como se ha establecido en el Proyecto de la Constitución: no habrán más beneficios que los que se otorguen calificados en la Constitución, como en el caso de la educación que debe ser gratuita para quienes no pueden pagarla. Que no nos convirtamos en concesionarios de favores. Que los políticos no traten de llegar al poder para favorecer a su sector, a sus empresas, porque las reglas deben ser iguales para todos, para los más poderosos y para los más modestos, que no haya sector en el pueblo que se sienta marginado, que todos sepan que tienen las mismas reglas que los más poderosos, que tienen libre acceso al mercado y que no hay que rogar favores a ningún político para poder actuar en competencia.

Para eso será necesario hacer una reforma radical en nuestro país y que está colocada en este anteproyecto de la Constitución³³. Esta reforma es restaurar el poder del contrato en las relaciones entre las personas, porque el contrato permite la interrelación de las personas y de las empresas para determinar sus relaciones, obligaciones y derechos. Si nosotros concedemos al contrato dicha fuerza, habremos avanzado sustancialmente, pues ¿qué ha ocurrido en nuestro país en esta materia? En este suelo de utopías, generosas y sagradas que tenemos, ha sucedido que cuando se produce una situación que parece injusta, se dan leyes para modificarla, un caso típico son los contratos de arrendamiento. Las últimas estadísticas indicaron que un alto porcentaje de las viviendas, están desocupadas y que sus propietarios no las alquilan, porque los propietarios saben que si las arriendan las leyes de inquilinato pueden cambiar los contratos favoreciendo a los inquilinos y nada hará valer el contrato.

Pues bien, esto a primera vista puede parecer justo y un grupo de políticos en el Parlamento, puede decidir cambiar los contratos para ganar votos, con la mayoría que son inquilinos. Para eso siempre habrá razones importantes. La mayoría va a aplaudir, pero hemos creado un conflicto gravísimo, ¿por qué?, porque si bien mayoritariamente puede ser una norma justa, qué pasa con la señora que vive solamente de la merced conductiva de la casita que le dejó su esposo que ha fallecido, y con lo cual se alimenta, ¿qué pasa con el enfermo que alquiló su casa, salió a vivir a un departamento estrecho para que con la merced conductiva que le produce su vivienda pudiera pagar los medicamentos para su enfermedad? y así sucesivamente. Una ley nunca ve los casos específicos, entonces es necesario establecer dos reglas fundamentales: Primero, la validez plena de los contratos, precisándose en el anteproyecto que

el Estado no pueda dar leyes modificando los contratos, salvo por supuesto los contratos que se suscriban a partir de la nueva ley hacia adelante. Esto da seguridad en las transacciones. ¿Y las injusticias que pudieran haberse cometido en un contrato? Esas injusticias que siempre existen, nunca deben ser corregidas por una ley de carácter general, sino en el Poder Judicial, vale decir a través del mecanismo de compensación que existe cuando se produce un contrato en donde se produce una excesiva onerosidad en la prestación. Por lo tanto, los elementos de injusticia que pueden producirse en las relaciones entre las personas, a través de los contratos, deben ser corregidos caso a caso y no generalizar las normas en base al poder político de turno porque ¿quién puede venir a invertir a nuestro país, en donde en cualquier momento se cambian las reglas pactadas en un contrato?

Sin duda, el contenido de la Constitución económica es discutible³⁴ y actual, y opera en medio de drásticos cambios económicos en nuestro país y el mundo³⁵.

Lo más importante, pues, es una economía que permita el libre desarrollo de la micro y pequeña empresa y la mediana empresa, mediante un sistema que ofrezca seguridad para la generación de puestos de trabajo”³⁶.

6. CARACTERÍSTICAS DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA

En los últimos 30 años el Perú fue procesando y actualizando los principios que rigen el régimen económico de su Constitución³⁷: economía social de mercado, libertad de contratar³⁸, libre competencia³⁹, pluralismo económico⁴⁰, igualdad de tratamiento al capital y derechos del consumidor⁴¹, entre otros. La Constitución de 1993 cuenta con las siguientes características en materia económica:

1. Si bien se sustenta en una economía social de mercado, se aprecia la desaparición de todo principio valorativo del régimen económico. En efecto, mientras el artículo 110° de la Carta de 1979, norma de apertura del Título relativo al régimen económico, proclamaba que dicho régimen se fundamentaba en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana, tal precepto ha sido suprimido de la actual Constitución.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el concepto dándole las siguientes características:

La economía social de mercado se caracteriza, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

- a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
 - b) Mercado libre, lo que supone por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.
 - c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.
(Exp. N° 0008-2003-AI, 11/11/03, P, FJ. 13.a)
2. Privatización como proceso de transición de la vida económica por cuanto la vigente Constitución guarda silencio sobre muchas de las funciones interventoras que antes correspondían al Estado. El contraste aparece con mayor nitidez si se comparan dos artículos: mientras que el 113° de la Constitución de 1979 señalaba que “el Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo”, el segundo párrafo del artículo 60° de la Constitución de 1993 prescribe que: “Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Además de esta nueva visión del Estado, ha desaparecido de esta Carta la posibilidad de reservar por ley, por causa de interés social o seguridad nacional, al Estado, actividades productivas o de servicios. Así el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido básico de subsidiaridad:

Principio de subsidiariedad se constituye en un elemento de vital importancia para el Estado democrático de derecho, ubicándose entre la esfera de la descentralización institucional y la autonomía de lo social, en cuanto principio que inspira un proceso de socialización de los poderes públicos. Consecuentemente, el principio de subsidiariedad surge en el constitucionalismo moderno como una técnica decididamente útil para lograr la pacificación social o la resolución de los conflictos mediante el respeto absoluto de los derechos y libertades individuales, y tiene como fin la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal.

(Exp. N°0008-2003-AI, 11/11/03, P, FJ. 19)

Principio de subsidiariedad, más que un mecanismo de defensa contra el Estado, resulta ser un instrumento para la conciliación de conflictos; no se funda en una concepción “o positiva” de la relación entre Estado y sociedad, sino en una visión “integradora” y “consensual» del cuerpo social, cuyas partes, mediante vínculos de tipo subsidiario, se recomponen armónicamente en un proceso que gradualmente desciende desde el individuo hasta el Estado a través de las formaciones sociales intermedias. (Exp. N°0008-2003-AI, 11/11/03, P, FJ. 22)

Aunque se postule el respeto de las libertades de los individuos y de los grupos, el principio de subsidiariedad no pone en discusión el papel y la importancia del Estado; por el contrario, se orienta a valorarlo, procediendo a una redefinición y a una racionalización de los roles en la dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre lo público y lo privado.

Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo. (Exp. N°0008-2003-AI, 11/11/03, P, FJ. 21)

3. El Estado se convierte ahora en un vigilante de la libre competencia, que ha de facilitar, combatiendo toda práctica que la limite, así como el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Más aún, la Constitución prohíbe expresamente que por ley se autorice o establezca monopolios.
4. La libertad de contratación se garantiza, disponiéndose que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Es más, los contratos-ley, mediante los cuales el Estado puede establecer garantías u otras seguridades, no pueden ser modificados legislativamente. El Tribunal Constitucional ha sido enfático en las garantías del contrato-ley.

De una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución se establece una regla de carácter general, y es que no solo los términos contractuales contenidos en un contrato-ley, sino que, en general, todo término contractual, no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (Exp. N° 0003-2004-AI, 23/09/04, P, FJ. 13)

5. Frente al tratamiento constitucional diferenciado de la inversión nacional y extranjera contemplado en la carta magna anterior, cuyo artículo 137º facultaba al Estado para autorizar, registrar y supervisar la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea, siempre que estimularan el empleo, la capitalización del país y la participación del capital nacional, contribuyendo al desarrollo en concordancia con los planes económicos, la Constitución vigente establece taxativamente que la inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones, añadiendo que la producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Solo si otro país o países adoptaran medidas proteccionistas o discriminatorias perjudiciales para el interés nacional, el Estado podrá adoptar medidas análogas.
6. Se garantiza constitucionalmente la libre tenencia y disposición de moneda extranjera (artículo 64º).
7. La propiedad privada resulta reforzada respecto de las determinaciones constitucionales anteriores. Baste con señalar que el artículo 70º, norma de apertura del capítulo relativo a la propiedad, se abre con la proclamación de que el derecho de propiedad es inviolable. Su ejercicio debe armonizarse con el bien común, no con el interés social, como el artículo 124º de la carta anterior disponía, matiz que busca superar la ambigüedad de las palabras, que a veces se prestaron a usos políticos. Por lo demás, la nueva Constitución no solo ha obviado la posibilidad de que en ciertos supuestos (guerra, calamidad, desastre etc.) el pago de indemnización que corresponda con ocasión de una expropiación de la propiedad pueda hacerse en bonos de aceptación obligatoria y no solo en efectivo (como disponía el último párrafo del artículo 125º de la anterior Constitución), previniendo de modo inexcusable que toda expropiación requiere el previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, sino que, de otro lado, ha dispuesto de modo específico que hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio. Con el fin de evitar excesos de polémica recordación, como la Ley de Reforma Agraria de 1969.
8. Finalmente, el nuevo Código constitucional omite cualquier referencia a los mecanismos de planificación tanto para el sector público como para el privado, si bien el artículo 58º, con el que se abre el Título dedicado al régimen económico, establece que el Estado orienta el desarrollo del país, previsión que podría posibilitar un sistema de planificación meramente

indicativa y concordante con el régimen de economía de mercado, aunque no parece que haya sido esta la idea del constituyente.

9. Al igual que la anterior Carta Política –pero con algunas variantes–, se norman otros aspectos vinculados al tema económico dentro del Título Tercero, tales como el ambiente y los recursos naturales, la propiedad, el régimen tributario y presupuestal, la moneda y la Banca, el régimen agrario y las comunidades campesinas y nativas. Materias diversas que como el ambiente, el régimen agrario o las comunidades nativas deberían desde nuestro punto de vista estar apartadas de este título.
10. El capítulo económico de la Constitución vigente prolongó un debate pragmático que inauguró la carta precedente, eso ha dado pie a propuestas principistas o técnicas para la presencia de este capítulo⁴² o su reforma⁴³.

¹ García Belaúnde, Domingo. «El derecho económico y Constitución económica». En: *Separata de la Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. p. 49.

² Cairo Roldan, Omar. «El constitucionalismo económico y social: trayectoria y actualidad». *Enlace, Revista de Sociología Jurídica*. N° 3. Lima, 1998, pp. 168-169.

³ Dalla Via, Alberto. *Derecho constitucional económico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, pp. 267-295.

⁴ Guerrero, Roberto. «La constitución económica». *Revista chilena de derecho*. N° 1-4, Vol. 6. Santiago, 1979.

⁵ Véase nuestro artículo. «La Constitución de Weimar: paradigma y revés». *Revista Biblioteca*. N° 3, Año 4. Lima, 2002, pp. 183-190.

⁶ Moore Merino, Daniel. *Derecho económico*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1962.

⁷ Véase nuestro artículo: «La Constitución de Querétaro (1917)». *Derecho Constitucional Comparado*. Lima: Editorial Abogados, 2005.

⁸ Dalia Vía, Alberto Ricardo. *Derecho constitucional económico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999 pp. 49-50.

⁹ Acosta Iparraguirre, Vicente. *La Constitución económica*. Tesis para optar el grado de doctor. Unidad de Postgrado de Derecho UNMSM, Lima, 2003.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Ochoa Cardich, César. «Economía y constitución». *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: Cultural Cusco, 1987.

¹² Ochoa Cardich, César. «Economía y constitución: influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979». En: Eguiguren Praeli, Francisco J. (Dir). *La Constitución de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: Editorial Cusco, 1987, pp. 613-679.

¹³ Diario de debates de la Asamblea Constituyente 1978-1979. Congreso de la República. Lima.

¹⁴ Delgado Béjar, Luis Alberto, del FNTC replica de la siguiente manera: “Primero, la tesis del pluralismo sin prioridades, nos parece que no es la más conveniente para un país que trata de entrar a la senda del desarrollo; pluralismo sin prioridades, significa poner en un mismo plano la gestión estatal con los demás sectores, sin tomar en cuenta que el Estado ha de ser el titular de aquellos renglones de primera prioridad e incluso aquellos renglones estratégicos de la economía nacional. Justamente la gran tarea de superar el carácter de nuestra economía corresponde al Estado, que debe ser el motor del desarrollo”. Más adelante el mismo Delgado añade: “Entonces, los principios que nosotros creemos que deben orientar la reestructuración de este Título del Régimen Económico en su primer capítulo, deben ser los siguientes: el pluralismo, destacando el carácter de empresario y promotor del desarrollo para el Estado; la planificación, reconociendo que esta planificación debe ser concertada para algunos sectores; y la pequeña empresa, que queda en libertad plena porque está dentro de la iniciativa de la economía clásica”.

¹⁵ Por otra parte, Malpica, Carlos, perteneciente a la bancada de izquierda, explica su posición así: “Nosotros creemos que la planificación debe ser obligatoria, no solamente para el sector estatal sino para todos lo

sectores, que la única manera efectiva de planificar. Si no se hace la planificación obligatoria realmente no se trata de planificación. Hace más de quince años que en América Latina existen institutos de planificación y hasta ahora estos países siguen tan subdesarrollados como cuando se inició el experimento. Otro punto fundamental de discrepancia es respecto al rol del Estado. Nosotros creemos que el Estado debe tener un rol principal, esencial en la economía y en los sectores fundamentales de la economía deben estar reservados a la actividad empresarial del Estado. Por supuesto deben existir otros sectores para que haya el pluralismo económico a que se refiere la Comisión Principal, pero estos sectores deben estar subordinados al rol del Estado en cuanto a lo económico”.

¹⁶ Frente a este planteamiento Meza Cuadra, Antonio, del Partido Socialista Revolucionario objeta: Un comentario que creemos que vale la pena referirse, es el relativo al artículo 101° que dice: “La iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarla con el interés social”. En este sentido, señor Presidente, creemos que la política económica del país debe fundamentarse en la planificación de las actividades, en función de la satisfacción de las necesidades básicas de la población, y no en una economía de mercado, como señala el artículo 101°. Continúa Meza Cuadra proclamando: “Esta economía de mercado es un sistema anárquico de producción basado solamente en la posibilidad de mayor lucro y no en producir lo que el pueblo necesita. Además, a nuestro juicio, resulta contradictorio que se señale estos aspectos en el artículo 101° y que por otro lado el artículo 98° es el se supone ciertos niveles de previsión, se habla de la importancia de la planificación. En el fondo, señor Presidente, la Constitución menciona la planificación, pero crea todo el mecanismo que impide hacerla efectiva, porque primará el interés privado”.

¹⁷ Muy relevante teóricamente es la participación de Cornejo Chávez, Héctor, líder de la Democracia Cristiana quien señala en el debate: “Esto, señor Presidente, significa que la economía nacional debería alcanzar estos tres objetos: primero, la disponibilidad permanente de bienes y servicios destinados a satisfacer necesidades reales, las primarias desde luego, pero también las culturales y las de recreación y esparcimiento; no aquellas que se ocultan bajo el nombre de necesidades y son desperdicio, consumismo, hedonismo, depravación o vicio; segundo, generar empleos, lo cual es importante en un país como el nuestro, como se sabe perfectamente, el número de los subempleados y de los desocupados supera largamente a de los que están adecuadamente empleados; y tercero, dignificación del trabajo, o para decirlo con frase de Herrera Campins, ‘el redimensionamiento del valor y de la dignidad del trabajo’, lo cual se consigue mediante la participación preferente del trabajador en la empresa donde trabaja en las instancias superiores donde se toma las decisiones económicas que afectan al país; también en la distribución de la riqueza producida”. Igualmente resulta importante lo dicho por Cornejo Chávez sobre interés colectivo: “Alguien dice que el interés colectivo (que no puede identificarse con la suma aritmética de los intereses individuales); pero, ¿a quién corresponde determinar el contenido del interés colectivo en cada contingencia? No, por cierto, a los ciudadanos individuales, sino ‘autoritariamente’. Este término puede asustar a más de uno; alguien podría creer que estoy mencionando a algún apologista de cualquiera de los totalitarismos existentes en el mundo, cuando lo que ‘autoritariamente’ tienen que dirimirse los conflictos entre intereses particulares para construir el bien común. Pero no se trata de ningún teórico del totalitarismo, sino de Pietro Payan, a quien conocemos todos los socialcristianos, cuyas obras hemos leído y sobre las cuales hemos todos ciertamente meditado en forma larga y extensa. Y por si a alguien le pareciera que Payan se excede, un socialcristiano auténtico, indiscutido, de renombre mundial podría leer este otro párrafo que dice así: ‘Toca a los poderes públicos escoger y ver el modo de imponer (releo: el modo de imponer), los objetivos que hay que proponerse, las metas que hay que fijar, los medios para llegar a ellas, estimulando al mismo tiempo todas las fuerzas agrupadas en esta acción’. Que cosa es esto sino la planificación; fijar los objetivos, señalar las metas, fijar los medios para llegar a ellas. Y que debe hacerse con ella: los poderes públicos deben escoger y ver el modo de imponerlos. ¿Quién lo dice?: Pablo VI en *Populorum progressio*”.

Concluye Cornejo sobre la planificación en lo siguiente: “Por eso, señor Presidente, considero por razones de orden práctico, como ya lo dije en anterior oportunidad, que es indispensable que el plan sea obligatorio, sea compulsivo en todo lo esencial, e indicativo o concertado en lo accesorio o secundario”.

Y, asimismo, sobre el pluralismo económico concluye: “Creo, señor Presidente, que es importante otro punto que ha sido mencionado; y es el de las distintas clases de empresas que se reconocerían según el proyecto. Originalmente se dijo que el pluralismo económico reconoce la existencia de varias clases de empresas ‘como una demostración de la democracia económica’. Yo no creo, señor Presidente, que la democracia económica consista en diversificar los tipos de empresa. Democratizar la empresa significa dar al pueblo acceso a ella; aun gramaticalmente eso es democratizar, es decir, dar intervención en ella a los trabajadores; de manera que si se abre el abanico y se crean muchas clases de empresas, pero no tiene en ellas el pueblo trabajador un ingreso definitivo, no se habrá democratizado la empresa, aunque se le haya diversificado”.

Finalmente deja su idea de economía del país: “En consecuencia, más allá de consideraciones teóricas, ¿qué

tiene que hacer el país para que esto no siga ocurriendo?: hay que cambiar el sistema. Después de haber tenido el sistema capitalista siglo y medio de oportunidad, ensayemos otro camino, porque ese, ciertamente, no es el camino que nos conduce al desarrollo; ¿y cuál es el otro camino que queda?: crear otro tipo de empresas, dándole al Estado una intervención mayor que antes, fue un Estado-gendarme, sin caer en el Estado-policía que se entromete en todo, intentemos eso, un Estado más vigoroso y una empresa social diversificada con predominio del trabajo. Así que, por consideraciones de tipo puramente histórico, deberíamos no dar el mismo trato a estos cuatro tipos de empresa. Que existan los cuatro muy bien; pero yo no veo por qué razón vamos a ocultar la necesidad nacional de que se intente ahora una vía de desarrollo basada en una presencia estatal más grande y una presencia de las empresas sociales, mucho mayor”.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Erhard sostenía: “La economía social de mercado cuyo profundo sentido consiste en la asociación del principio de la libertad de mercado con el equilibrio social y de la responsabilidad de cada individuo con relación al todo”. Tomado de: Chanamé Orbe, Raúl. *Diccionario de ciencia política*. 5ª ed. Lima: AFA editores e importadores, 2008, p. 265.

²⁰ Filósofo neotomista, sus obras más relevantes fueron: *Introducción a la filosofía, Los grados del saber y la primacía de lo espiritual*.

²¹ Filósofo del personalismo cristiano. “Sus reflexiones son un intento de síntesis del socialismo, el existencialismo y el cristianismo”. *La enciclopedia*. T. XIV. Madrid: Salvat Editores, 2004, p. 10556.

²² Márquez Macha, Pedro. *Economía social de mercado: hacia un orden de libertad, crecimiento y justicia*. Lima: Acción y pensamiento democrático, 1989.

Para mayor información sobre la economía social de mercado puede revisarse: Miebac, Klaus Michael. «Ludwing Erhard y la economía social de mercado: un balance el día de hoy», publicado en: *Economía Social de Mercado*. Lima: Editorial Fundación Hanss Seidel y el IPEH, 2001; José Castas y Helmut Wittelsburger: «La economía social de mercado», publicada en: *Precondiciones para la implementación de la economía social de mercado en América latina*. Buenos Aires: Ciedla, 1985; Cairo Roldan, Omar. «La economía social de mercado en el Perú». *Cuadernos de trabajo*. N° 5. Lima: Fundación Konrad Adenauer, 1995.

²³ Chirinos Soto, Enrique, constituyente, testigo de excepción por tanto, escribió: “Este es el capítulo que más violentos ataques ha provocado por parte de la extrema izquierda. Se le presenta como el colmo de la reacción y el oscurantismo. La nueva Constitución al alcance de todos”. 4ª ed. Lima: AFA editores e importadores, 1986, p. 121.

²⁴ Para mayor abundamiento puede revisarse el artículo de García Belaúnde, Domingo: «La Constitución económica en el Perú actual». *Ius et praxis*. N° 10. Lima, 1987, pp. 75-87.

²⁵ Para una revisión más integral puede revisarse: Sánchez Albovera, Fernando: «Aplicación y resultados del régimen económico». En AA.VV. *La Constitución diez años después. Instituto Constitución y Sociedad*. Fundación Friedrich Noumann, 1989, pp. 75-135.

²⁶ Quispe Correa, Alfredo, en reciente trabajo (*La Constitución económica*. 2ª ed. Lima: Maxi Graphica Impresores, p. 262) ha abordado con amplitud este contexto de cambios constitucionales. Véase: Gonzalez Izquierdo, Jorge [Entrevista]: «El modelo económico adoptado por el proyecto de Constitución de 1993». *Ius et Veritas*. N° 7. Lima, 1993, pp. 206-211.

²⁷ Informe sobre el desarrollo mundial 1991. La tarea acuciante del desarrollo. Washington D.C.: Banco Mundial, 1991.

²⁸ Torres y Torres Lara, Carlos. *La Constitución económica en el Perú*. Lima: Desarrollo y Paz Editores, 1994.

²⁹ En su oportunidad Moreyra Loredo, Manuel sostuvo: “Creo que este es uno de los capítulos más importantes y por ello debemos tratarlo en forma muy franca. Evidentemente, todos nos vamos a poner de acuerdo en cuanto al fin: todos queremos un país próspero, un incremento del empleo y un país libre. De tal manera que en los grandes principios va a ser fácil ponernos de acuerdo, pero ese es el punto de llegada y el problema es el cómo, que es donde está el verdadero problema [...]. Creo que en cuanto a la metodología hay ciertos principios que podrían concordarse de manera general. Sin embargo, señora Presidenta, se están diciendo muchas cosas que no son ciertas y que oscurecerían el tratamiento de este tema. Por ejemplo, se dice que las reglas tienen que ser estables. No, señor, las reglas se cambian constantemente; tiene que haber una orientación estable, pero no puede existir un sistema de leyes estables. No lo puede haber porque, sencillamente, no lo hay en ningún país del mundo. Las leyes se van variando en función de las circunstancias; si las circunstancias varían, varía también la ley, y lo que se mantiene es el norte. O se dice —y esto ya es aun más extremo— que no debe haber intervencionismo. El Estado interviene no solo en el Perú, sino en todas partes del mundo. El Estado interviene cuando formula sus normas tributarias; el Estado interviene cuando formula su gasto; el Estado interviene cuando orienta; el Estado interviene cuando da leyes. Lo que pasa es que debe intervenir —una vez más— de acuerdo a ciertos principios. Esto, además, pasa en todos los países del mundo y no nos va a hacer menos equitativos. Y no sólo eso: el Estado es en

todas partes del mundo, más del veinte, el treinta y, a veces, hasta el cuarenta por ciento de la economía. En el Perú estamos aspirando a que la presión tributaria suba, a por lo menos, quince o veinte por ciento, lo que significa que el Estado va a tener igual dimensión". Diario de debates del Congreso Constituyente Democrático, 29ª sesión (matinal), Lima, miércoles 14 de julio de 1993, T. I, p. 754.

³⁰ Torres y Torres Lara, Carlos. *El centro del debate constitucional en 1993*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, p. 2000.

³¹ A su turno Pease, Henry, entonces de izquierda, replicó: "Lo que se ha hecho cada vez que se hablaba de interés social o había una preocupación más de fondo por los problemas de la justicia social, se ha eliminado. Y es que en los defensores más amplios y abstractos de las tesis que ustedes aquí aplican, se entiende que el mercado aplica, automáticamente, la justicia social. Esta es una afirmación de los neoliberales, que, sin embargo, está absolutamente negada por la historia. El mercado ha sido eficiente para unas cosas, pero no para otras. Nunca ha sido eficiente como mentor de la justicia y la dignidad, y en nuestra realidad tiene características tales que lo hacen mucho más distante del modelo teórico que se pretende pregonar". Diario de debates del Congreso Constituyente Democrático, 29ª sesión (matinal), Lima, miércoles 14 de julio de 1993, T. I, p. 768.

³² Otro de los que participa de este debate es Tudela Van Breugel-Douglas, Francisco (Renovación): El término "economía social de mercado", es un término derivado de una situación confesional y se limita únicamente al mundo católico; y ni siquiera a todos los países católicos, que no tienen esto en sus Constituciones [...]. Yo diría que uno de sus antecesores más remotos es un teórico francés, que escribió un libro que se llamaba: *Hacia el orden social cristiano*. El proponía el corporativismo católico como respuesta al socialismo. Esa es la matriz del pensamiento socialcristiano. Los alemanes —el partido católico de los años 30— se inspiraron en estas doctrinas. En ese sentido, la idea de la "economía social de mercado" correspondía a un mundo de lucha, a un partido católico alemán, hoy democracia cristiana, que se enfrentaba a los nazis, que se enfrentaba a los socialistas [...]. Las encíclicas han tenido lo que podríamos llamar, no una evolución, pero sí un proceso de clarificación, a lo largo de todo el siglo. No quiero afirmar, en ningún momento, que estas distinciones semánticas sean simplemente inválidas, o que la doctrina de la iglesia haya dejado atrás a la doctrina social de la iglesia. Nada más falso; todo lo contrario. Lo que sucede es que el Perú ha sido víctima de una evolución universal. Y el Perú ha incorporado, en medio del fragor de la lucha entre el fascismo, el comunismo y las democracias occidentales, una serie de elementos políticos que se han introducido en sus concepciones básicas, desde los años 30. Y esas concepciones eran, por ponerles un nombre, "concepciones econofóbicas". Esto es, detestaban lo que hoy se llama este monstruo horroroso que circula por los pasillos del Congreso: "economía de mercado" [...]. Yo hubiera preferido que digan "economía de mercado con justicia social". Eso me hubiera gustado. Pero no que introdujeran un adjetivo ambiguo: "economía social de mercado". Muchos de estos elementos no tienen ya sustento en la realidad y económica del país.

Se ha citado acá una serie de encíclicas; pero no se ha citado algo que, dentro del ordenamiento jurídico de la Iglesia, es una norma superior, porque es la Constitución apostólica. Y esta Constitución apostólica es *fidei depositum*, contiene todo el depósito de la fe, lo que el católico debe creer. Constitución apostólica que tiene el máximo rango jurídico dentro de la iglesia católica, promulgada por el Papa Juan Pablo II después de enormes consultas, reflexiones y trabajos; dice, en el punto 2431: La responsabilidad del Estado, y dice el Papa, quien promulga este catecismo de la iglesia católica, lo que el católico debe creer: "La actividad económica, en particular la economía de mercado [...] le quitó la palabra "social"; es un determinista; ha cometido un gravísimo error; vamos a excomulgar al Papa. Los católicos peruanos, como los católicos franceses a principio de siglo que querían fundar la iglesia galicana y separarse de Roma, ahora podemos separarnos de Roma, porque Roma ha cometido un grave pecado, un grave error: se ha vuelto determinista; le ha quitado la palabra "social" a la "economía de mercado" [...]. Dice: "La actividad económica, en particular la economía de mercado, no puede desenvolverse en medio de un vacío institucional. Por el contrario, supone una seguridad que garantiza la libertad individual y la propiedad, además de un sistema monetario estable y servicios públicos eficientes". Este es el justo medio, sin retórica. Servicios sociales, claro que servicios sociales; seguridad, claro que seguridad; pero sin demagogia. Y además añade, para que no quede ninguna duda, "y servicios públicos eficientes". Dice: "La primera incumbencia del Estado es, pues, la de garantizar esa seguridad, de manera que quien trabaja y produce pueda gozar de los frutos de su trabajo y por tanto se sienta estimulado a realizarlo eficiente y honestamente". Y ésta es la razón por la cual se ha preferido el término de economía de mercado y no el de economía social de mercado. [...] Pero hay más, ¿cuál es el rol del Estado? Dice el Papa, en esta Constitución apostólica, *fidei depositum*, lo que todo católico debe creer: "Otra incumbencia del Estado es la de vigilar y encauzar el ejercicio de los derechos humanos en el sector económico; pero, en este campo, la primera responsabilidad no es del Estado, sino de cada persona y de los diversos grupos y asociaciones en que se articula la sociedad". Diario de debates del Congreso Constituyente Democrático, 29ª sesión (matinal), Lima, miércoles 14 de julio de 1993, T. I, pp. 812-813-814-815.

-
- ³³ Flores Nano, Lourdes (PPC), sostuvo: “Tras la caída del muro de Berlín, se nos plantea la necesidad de reformar la Constitución en lo económico. Y hemos señalado, con toda nitidez, en el dictamen en minoría, que, en nuestro concepto, los nuevos fenómenos mundiales —una economía globalizada y la ruptura del conflicto entre el oriente y el occidente— llevan a pensar también en la necesidad de abrir nuestra economía y de corregir aquellas normas que, o no nos colocan como país competitivo, o que fueron en su momento fruto de una transacción; ante un mundo en el que, prácticamente solitarios, afuera y adentro, defendíamos las tesis que hoy parecen verdad”. *Ibidem*.
- ³⁴ Rebaza Torres, Alberto. «El régimen económico en una Constitución: ¿Solución o fuente de conflicto?». *Ius et veritas*. N° 7. Revista editada por los estudiantes de la facultad de Derecho de la PUCP.
- ³⁵ Gonzáles Vigil, Fernando. «Nuevo régimen económico constitucional y política exterior». *Agenda internacional*. Año I. N° 3. Lima, 1995, pp. 29-33.
- ³⁶ Torres y Torres Lara, Carlos. *El centro del debate constitucional en 1993*. T. I. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000, pp. 31-34.
- ³⁷ Uno de los capítulos de la Constitución de 1993 que suscitó mayor debate fue precisamente el económico: Bustamante Belaúnde, Alberto. «Perú: ¿Buen modelo institucional de tránsito a una economía de mercado?». *Constitución de 1993: Análisis y comentarios*. T. III. Lima: CAJ, 1996, pp. 213-221; Malpartida Castillo, Víctor: «Apuntes sobre la Constitución económica del Perú». *Revista de derecho y ciencias políticas*. Vols. 54-55. Lima, 1997-1998, pp. 211-230; Muñoz Siches, Jorge. «La defensa del mercado». *Revista peruana de derecho de la empresa*. N° 42. Lima, 1993, pp. 111-126.
- ³⁸ Beaumont Callirgos, Ricardo. «Régimen económico constitucional: pequeñas empresas, libertad de contratar y defensa de los consumidores». *Actualidad jurídica*. T. 100. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, pp. 103-110.
- ³⁹ Malpartida Castillo, Víctor. «Constitución económica formal; constitución económica material y derecho de la competencia». *Revista de derecho y ciencia política*. Vol. 55. N° 2. Lima: UNMSM, 1998.
- ⁴⁰ Flores Polo, Pedro. «La empresa en la nueva Constitución». *Revista peruana de derecho de la empresa*. N° 42. Lima, 1993, pp. 9-25.
- ⁴¹ Sánchez Dardos, Luis. «La defensa del consumidor en el derecho». *Revista jurídica del Perú*. Año LIII. N° 42. Trujillo, 2003, pp. 115-132.
- ⁴² Hernando Nieto, Eduardo. «¿Por qué la economía de mercado es anticonstitucional?». *Pensamiento constitucional*. Año IV. N° 4. Lima, 1997, pp. 37-54.
- ⁴³ Landa Arroyo, César. «Reforma de la constitución económica». *Revista peruana de derecho público*. N° 3. Lima, 2001, pp. 53-64; Figueroa Bustamante, Hernán «Reforma constitucional y régimen económico: ¿Relaciones armoniosas?». *Revista jurídica del Perú*. N° 45. Trujillo, 2003, pp. 169-176; Bullard González, Alfredo «Los monopolios en la reforma de la Constitución». *Actualidad jurídica*. T. 100. Gaceta Jurídica: 2002, pp. 119-129.

LA IDENTIDAD: SU ESTUDIO INTEGRAL

CARMEN MEZA INGAR*

Resumen

La identidad es un derecho que se ejerce frente a la humanidad entera, y a pesar de esa trascendencia, en el campo de la organización social, se ha estudiado mucho las clases sociales, pero a partir de una visión occidental y desde el punto de vista del ingreso per cápita, es decir, señalando características socioeconómicas y dejando de lado la valoración de los elementos culturales de los grupos ancestrales y pueblos indígenas. Esto ha dado lugar a que hoy se hable de grupos excluidos del ejercicio de sus derechos y de la existencia de ciudadanos de segunda clase.

Palabras Clave: Derecho a la identidad - Derechos humanos - Derecho a la igualdad - Ciudadanía.

Abstract

The identity is a right exercised before the entire human race and, despite this important fact, in the field of social organization, social classes have been widely studied from a western viewpoint and according to income per capita, in other words, establishing socioeconomic characteristics and ignoring the valuation of the cultural elements of the primitive groups and indigenous peoples. As a result, we presently refer to groups excluded from exercising their rights and to the existence of second-class citizens.

Key words: The right to identity - Human Rights - The right to equality - Citizenship.

Sumario

1. Introducción. 2. Los derechos humanos elementales. 3. La persona humana. 4. La igualdad. 5. El anti desarrollo. 6. El caso de los Machiguengas. 7. El caso de los Wambisas y Aguarunas. 8. El sufragio. 8.1. Los elegibles. 8.2. El derecho a ser elegido. 8.3. El concepto de paridad. 9. Los ciudadanos de segunda categoría. 10. Propuestas. 11. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La identidad significa “ser” este y no otro, es un derecho proclamado por la legislación peruana, no obstante ello, miles de peruanos no pueden acreditar

* Profesora de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Directora de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

su identidad debidamente, es decir, no cuentan con el documento nacional de "identidad". Unos por no haber sido inscritos oportunamente, otros, excluidos del Código Civil, por el artículo 21º y por el artículo 37º del Reglamento de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC), situación que ha pedido de los profesores de derecho ha originado la Ley N° 28720 del 24 de abril de 2006.

Como signo de contradicción, pese a dicha exclusión hasta la fecha, se otorgaba el documento nacional de identidad (DNI) a niños y jóvenes, menores de edad, cuyos padres o representantes legales lo solicitan. Sin embargo, el estudio del derecho a la identidad nos sitúa frente a grandes y graves problemas de orden social y cultural que son el resultado de la exclusión o, mejor dicho, del trato discriminatorio que se ha dado a parte de la población peruana, por la aplicación de la normatividad precitada, que contraviene, expresamente, la Constitución en vigor. Precisamente, encontrándose en prensa la revista, se ha discutido en el pleno del Congreso la reforma de la legislación referida, que se ha convertido en ley de la República.

Nótese que la identidad es un derecho que se ejerce frente a la humanidad entera. Se presenta Juan Pérez Rodríguez y es "este" y no aquel. Socialmente se tiene nombre o nombres de pila y apellidos, que la sociedad supone son originarios de sus padres, pero esa vinculación no tiene importancia en la simple identidad, mediante la cual el sujeto, la persona, se presenta a la comunidad a la que pertenece.

Es diferente cuando en derecho se habla de filiación o de entroncamiento familiar, de pertenencia a una familia. En este caso los hijos matrimoniales acreditan su situación con la copia de la partida matrimonial de sus progenitores. Los hijos extra matrimoniales "son hijos" si sus padres, ambos, o uno de ellos, lo reconoce voluntariamente o si logra una sentencia del Poder Judicial que declare la paternidad o la maternidad. La sentencia o el reconocimiento voluntario genera filiación legal respecto del progenitor que reconoce o del que fue sentenciado. De ahí que es importante señalar que el hecho que los recién nacidos tengan colocado un apellido equis, no vincula al infante con algún supuesto padre o madre. Por esta razón es válido el proyecto de ley en debate en el Congreso, que deroga las normas legales que impiden se declare los apellidos que corresponden a cada niño, en el momento de su nacimiento.

2. LOS DERECHOS HUMANOS ELEMENTALES

La Carta Universal de Derechos Humanos desarrolla los derechos elementales de la persona y los derechos de las sociedades para que puedan vivir en paz. No obstante ello, hubo una evolución o progreso, según las generaciones y se estableció, mediante varios tratados internacionales que los derechos son de orden civil y político, social, económico y cultural.

De todos modos quisiéramos precisar los derechos elementales, partiendo del artículo 2º de la Constitución peruana. Dichos derechos son: a la vida, a la identidad, a la integridad, a la igualdad, a la libertad de información, al derecho de opinión, a la libertad de expresión y difusión del pensamiento, a solicitar información, al honor, a la buena reputación, a la intimidad, a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, a la inviolabilidad de domicilio, a la residencia y tránsito, a la libertad de reunión, a la libertad y seguridad personal, a la representación política de su condición de indígena, a acceder a la prestación de servicio de salud culturalmente adecuados, al propio nombre de los habitantes de las comunidades nativas o indígenas y a mantener fidelidad en el registro civil, a la educación, a sus creencias religiosas, a los derechos laborales adaptados a su condición indígena, a contar con procedimientos legales y administrativos adaptados a su condición cultural propia, al uso de su lengua materna, a su familia y matrimonio tradicional, a sus conocimientos colectivos y prácticas tradicionales, así como a la identidad étnica y cultural.

Una mirada muy rápida nos obliga a pensar y a repensar ¿cómo podrían tener, efectivamente, vigor estas proclamas constitucionales?

¿Será posible que los indígenas o nativos de la selva se puedan expresar libremente, o que figuren proporcionalmente en la opinión pública?

¿Se respeta la inviolabilidad de domicilio, cuando sus casas o moradas, no ofrecen seguridad, a veces no tienen puertas, y han vivido fuerte violencia, mejor dicho, han sido víctimas de violaciones de derechos humanos?

En el campo de la organización social, el siglo veinte ha estudiado mucho las clases sociales, pero desde el punto de vista del ingreso per capita, es decir, señalando características socio económicas y a veces de orden cultural, desde la visión occidental, no se ha valorado los idiomas ancestrales, conociendo que el Perú tenía 300 idiomas cuando llegaron los españoles y hoy solo hablamos 45 idiomas, según los lingüistas. En una clasificación de clases altas, medias o bajas ¿dónde están los indígenas? Seguramente en grupos "e" o tal vez "f"

dados sus escasos ingresos económicos, con algunas excepciones, pues hay también nativos ganaderos y agricultores medianos.

Falta un estudio más amplio de la movilización social y su impacto en la actual dirigencia nacional, desde que hubo cierta política asimilacionista o denominada “integracionista” y que se facilitó con el Convenio 107 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) en el año 1957.

De todos modos es importante recordar que la calidad de lo colectivo del derecho del pueblo indígena, proviene de un ser social —si se prefiere— de tratarse de una persona moral. Invocando el concepto “igualdad” todas las personas tienen derecho de pertenencia a su pueblo.

El desarrollo social, especialmente desde el siglo veinte, favoreció las migraciones del campo a la ciudad, por ello mencionamos la palabra “ciudad”, para reconocer que la falta de desarrollo en el extenso territorio nacional propició que muchos habitantes del interior del país se trasladaran masivamente hacia las grandes ciudades de la costa como Lima, Trujillo y Arequipa, aun cuando pareciera que la capital del país acoge a un tercio de la población nacional, convirtiendo a Lima en una megapolis, sin que se haya preparado para ello. No hubo planificación del desarrollo de las ciudades peruanas. Todo lo contrario de nuestro vecino Brasil, que ideó una capital geopolítica y estableció que tendría casas para los empleados, los profesionales, los embajadores, pero no para los pobres. Los desposeídos están lejos [...] no los dejan llegar a la cuarta capital, Brasilia, convertida en la tierra de la felicidad.

En el Perú se ha improvisado, no hay organización social adecuada, salvo algunos esfuerzos de la década del cincuenta en las principales ciudades, que proyectaron casas para familias de obreros. Últimamente hay algunos logros similares pero que no obedecen a la planificación urbana, sino a la improvisación y al resultado de la oferta y la demanda. La ciudad, pese a su desorganización, siempre es un atractivo para los provincianos.

3. LA PERSONA HUMANA

Etimológicamente, la palabra persona se deriva de la griega *personare*, que antes era una máscara o careta que usaba el actor cuando se presentaba en escena y que tenía por objeto aumentar o amplificar la voz. Posteriormente al personaje que intervenía en escena, se le llamaba por la careta que usaba.

En los frontispicios de los teatros se leía los nombres, mejor dicho, la relación de las personas que intervenían, refiriéndose a las máscaras.

Pero como en la representación teatral el actor que intervenía con su máscara representaba alguna parte de la función, confundiendo al sujeto con la función que representaba, se le llamó por la función que cumplía. Así es como quedó confundida la función con el hombre y la palabra persona, con el correr del tiempo sirvió para nombrar o denominar al hombre, al rey de la naturaleza.

Esta es la historia del vocablo. Pero su contenido, lo que es la persona humana: es el único ser de la naturaleza que tiene la facultad, la capacidad para concebir su propia existencia frente al mundo que lo rodea, como dos realidades independientes.

Octavio Nicolás Derisi dice sobre el particular: "La conciencia del Yo sujeto como distinto del mundo circundante, cual "objeto" es lo que hace que una sustancia llegue a ser "persona" y es lo que constituye su propio y exclusivo mundo en el que ella vive; del Yo y de la realidad objetiva, está bifurcada en el ser del mundo o naturaleza y en el ser de Dios"¹.

Las filosofías de todos los tiempos y de todas las tendencias han dado respuesta a la interrogante de ¿qué es la persona? Pero en el aspecto jurídico, el Código Civil declara que la persona nace y muere. El artículo 1º del Código Civil peruano es natalista, aún cuando su afirmación de "la vida comienza con la concepción" debería significar un reconocimiento de nuestra ley a las corrientes concepcionistas.

4. LA IGUALDAD

Todos tenemos el derecho a la igualdad. Lo declara la Constitución peruana, igualmente proclama tal derecho la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El inciso 2 del artículo 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos a la letra dice: "Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país".

El mismo precepto declara el derecho de los ciudadanos a ser elegidos en los cargos, en elecciones libres. Asimismo, garantiza la libertad del voto político.

No obstante ello, es necesario considerar que el concepto de igualdad jurídica no puede ir alejado de lo que es "libertad". La libertad está garantizada por la ley, sin embargo, se puede afirmar que en puridad es un ideal, una aspiración todavía inalcanzable.

Como ejemplo de ello recordemos ese triste 26 de enero de 1983, cuando las cumbres de Uchuraccay, Huanta, sirvieron de primitiva sepultura a ocho periodistas que viajaban buscando la “verdad” de la convulsión socio política. Entonces sorprendió una medida fáctica del Presidente demócrata que apartó del escenario del crimen al juez y al fiscal, nombrando una comisión de notables, presidida por un famoso literato².

¿Se respetó la ley?

¿Se consagró el Estado de derecho?

¿Se respetó la libertad e igualdad de las víctimas y de sus deudos?

Posteriormente morían algunos testigos y era notoria la ausencia de ilustres implicados en el proceso penal. El año de 1983 se parecía al ambiente de los años veinte relatados por Ciro Alegría en “El Mundo es Ancho y Ajeno”, donde se aplicaba la ley al indio pero no al mestizo ni al blanco.

Nótese que el Código Penal de 1924 que estuvo en vigor hasta 1991 en su artículo 44° señalaba a una parte de la población peruana como “salvaje”.

5. EL ANTIDESARROLLO

Es lo que se vive en el mundo rural, con muy pocas excepciones. Sería simplista describir en pocas líneas nuestro mundo agrícola o las empresas agrícolas, o la vida de los campesinos. La reforma agraria de 1968 tuvo logros importantes, en el impacto frente a los derechos de los trabajadores campesinos, pero en el sentido económico y en un aspecto psicológico de afirmación de derechos. Sin embargo, el proceso no fue continuo, tuvo sus retrocesos, hubo contra marcha. Además, no llegó al ámbito de las comunidades nativas. De ahí la importancia de las denominadas “poblaciones” o grupos humanos aislados o alejados de los centros urbanos, que también son parte de la preocupación internacional en la protección de los derechos humanos.

Los pueblos indígenas contemporáneos están directamente relacionados a los Estados nacionales. Esa relación se asienta en la “suspensión de su personalidad jurídica” en el entorno del monopolio de la producción normativa estatal. Se trata de la exclusión –de los pueblos que conviven en su interior– y la entronización de la unidad formal o aparente de la nación culturalmente homogénea.

No podemos negar que la situación indígena en el Perú deriva, en una buena proporción, del traslado de la suspensión de sus derechos desde el Estado colo-

nial al Estado republicano. Pero de modo alguno debe equipararse la situación del derecho indígena en ambos contextos. Nótese que a la suspensión originada por el “orden” colonial, le son añadidos componentes propios del proceso ideológico-político que construye el nuevo Estado nacional peruano; la democracia representativa, la soberanía popular, la división de poderes, el gobierno republicano [...] Eso significa que la condición jurídica indígena ha variado relativamente —de un espacio político a otro— desechando y conservando algunas de las características coloniales, pero situando su reivindicación en un nuevo ambiente de principios y doctrina democráticos. Consecuentemente, el efecto “jurídico” proyectado por el Estado colonial sobre la República —a pesar del éxito político de la emancipación o precisamente por sus características acriolladas— conserva la interdicción en un ambiente jurídico totalmente incómodo y que, al menos en teoría, le resulta contradictorio: el de la soberanía del pueblo.

6. EL CASO DE LOS MACHIGUENGAS

Es una comunidad nativa de peruanos del sur este, que ocupan hoy parte del departamento de Madre de Dios y zonas de selva de Cusco. Muchos de ellos asisten a escuelas de los sacerdotes dominicos, que llegaron como misioneros a principios del siglo veinte. Entre los sacerdotes hay antropólogos y lingüistas que además de su trabajo pastoral, evangelizan, enseñan, educan y comparten sus preocupaciones de desarrollo con este pueblo rico en tradiciones que se pierden en el tiempo.

Uno de los problemas de integración fue precisamente el derecho a la identidad. De conformidad con el Código Civil peruano de 1854, en todo el territorio tenía vigor el matrimonio religioso con efectos civiles, celebrado por los párrocos, y la inscripción de los recién nacidos se efectuaba con las partidas de bautismo, allí estuvo la clave, en lo que después los municipios otorgaban como partidas de nacimiento. Al respecto, conviene tener presente que el Código Civil de 1984 tenía un título dedicado a los registros civiles. Derogados los artículos 70° a 75° del Código Civil referido, se dio en 1995 la Ley Orgánica del Registro Nacional de Estado Civil, RENIEC.

Decíamos que se extendían partidas de bautismo con el nombre de los niños. Pese a la explicación y excelente pedagogía de los párrocos, muchos pobladores declaraban los nombres usuales que tenían por generaciones [...] y cuando crecían los niños, al volverse jóvenes y adultos tenían problemas.

Es que los Machiguengas tienen la costumbre de usar diminutivos en su lenguaje diario y al colocar los nombres de los niños, les ponen, por ejemplo Pe-

pito, cuando cumple 8 años el niño ya es Pepe y si cumple 15 años, para ellos es adulto y debe ser llamado José.

Las partidas de nacimiento que aparecen en nuestra legislación en el Código Civil de 1852, respetaron la validez de las partidas parroquiales, por cuanto por falta de presupuesto dichas inscripciones civiles se generalizaron en puridad, después de la dación del Código Civil de 1936, pero por "seguridad jurídica" establecieron que no puede cambiarse los nombres sino por proceso judicial, que es oneroso y no siempre está al alcance de las mayorías, que tienen escasos recursos económicos. Entre ellos, los que estaban inscritos como "Pepito" por decir un ejemplo, como jóvenes o adultos, no respondían a esos nombres. Se creaba problemas de identidad. La inscripción no considera esos casos de "derecho consuetudinario" que consagra la legislación peruana en vigor, si invocamos la Constitución política y leyes de la materia.

Sobre la situación de los indígenas y pueblos tribales en países independientes está en vigor la Convención 169 de la OIT. La Constitución peruana protege a las comunidades campesinas y nativas, no se refiere a los indígenas, pero contiene varios preceptos sobre el respeto a todas las etnias y culturas. En su artículo 2º, parágrafo 19 se protege al propio nombre indígena y a la fidelidad de sus nombres en el registro civil.

7. EL CASO DE LOS WAMBISAS Y AGUARUNAS

En la facultad de derecho estudian alumnos de las comunidades nativas y narran sus experiencias en el Taller de Defensa de los Niños y la Familia. El alumno Abel Uwray explicó un problema surgido por la inscripción a cargo de los registradores del estado civil en su población cercana al Cenepa y a la frontera con Ecuador.

Se trata de poblaciones Wambisas y Aguarunas. Ellos, por su tradición cultural, solo tenían un "nombre" que los diferenciaba de la humanidad entera; cada uno su nombre propio, Flecha, Sol, Luna, Lluvia. Era su identidad.

En la década del setenta llegaron a esas comarcas los registradores, con el propósito de inscribirlos y les preguntaron "¿cómo quieres llamarte?", "¿cuáles son tus apellidos?" y cada uno escogía diversos nombres de los abuelos, de las abuelas, o como preferían.

Han pasado varios años, y una niña, hoy mayor de edad, que se encuentra trabajando en los Estados Unidos, solicita el viaje de su padre, delicado de salud, para que reciba el tratamiento necesario. En el consulado de ese país,

deniegan la visa al padre, alegando que su apellido no es el mismo que el de la peticionante. El cónsul no entiende el derecho consuetudinario, al que se refiere el artículo 149º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que faculta a las autoridades de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, y rondas campesinas a ejercer funciones jurisdiccionales de acuerdo al derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. Dicho numeral agrega que la ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de paz y las demás instancias del Poder Judicial. No obstante ello, no se ha dado aún la norma referida, que constituiría la ley de desarrollo a la que se refiere la octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Es verdad que el Perú no ha desarrollado todos los preceptos y garantías constitucionales. Únicamente existe la proclama, la mención del derecho de los pueblos nativos, pero no se ha dado la ley necesaria para aplicarla, o para hacer posible que todos los peruanos, incluyendo los nativos, también puedan ejercer “efectivamente” sus derechos elementales, en este caso, el derecho a la propia identidad, respetando el nombre que cada uno ostenta de acuerdo a sus costumbres ancestrales.

Ante una situación urgente es posible que efectúen rectificación de nombre, pero se ha producido un problema social y personal. La persona del padre ha sido agraviada, en la mentalidad de los nativos hay que entender que se ha ofendido a ese señor padre de familia, porque no lo han tratado como padre de su hija. No se ha legislado su derecho usual, los funcionarios registradores los occidentalizan a todos en un solo parámetro y no hay opción para explicar a los extranjeros sobre el alcance de estos casos, porque los legisladores no han desarrollado todo el contenido de nuestra Constitución. Sensiblemente, con el propósito de continuar el proceso de integración, que en cierto modo es forzada, se convierte a parte de la población en ciudadanos de segunda categoría.

8. EL SUFRAGIO

La soberanía del pueblo se sustenta en las elecciones, es decir, en un proceso en el que participa toda la colectividad en igualdad de condiciones tanto para elegir como para ser elegido. La historia del derecho electoral ha tenido matices antidemocráticos, no solo el episodio del año 2000.

La historia anota casos de fraude electoral o ejemplos del reparto de la butifarra a cada elector, hoy puede ser otra clase de regalos, o víveres, pero hablando en sentido jurídico ¿qué sistema electoral predominó?

Hasta 1960 el sistema de lista incompleta, por el cual los elegidos eran a veces el 48% o tal vez el 60% correspondiente a las mayorías, pero las minorías no estaban representadas, pues el porcentaje obedecía a la voluntad del legislador. La ley decía: departamento “x” con ocho diputados por mayoría y uno por minoría. Si la mayoría era de 34% y las minorías eran de 30%, de 15% y 2% y 9% nulos, el 34% elegía a ocho representantes, el 30% solo un representante y las representaciones del 15% de electores y del 12% quedaban sin figurar.

En 1931 hubo un breve intento de modernizar el sistema electoral peruano, incorporando el cuociente electoral, pero derogada la norma pertinente el Perú continuó utilizando la “lista incompleta”.

El sistema del cuociente electoral es el que mejor aplica la representación proporcional de las minorías. Fue ideado por el belga Víctor D’ont. Dicho sistema está en vigor en el Perú desde 1963, en mérito de la Ley N° 14250³.

Pese a la bondad de la normatividad electoral en vigencia, la realidad nos dice que las leyes tienen una esfera de “jure” mas no de “facto” o de hecho, de vivencia cotidiana en la población. Ello nos lleva a comentar lo siguiente:

8.1. Los elegibles

Quisiera pensar en los habitantes de pueblos aislados en momentos en los que se elaboran las listas de candidatos. Los pueblos indígenas son los actores sociales de una historia jurídica que se inicia con la interrupción de sus derechos — como consecuencia de un proceso colonial — y se prolonga parcialmente en un nuevo orden jurídico que deja inconclusa su tarea de igualdad democrática. Por eso, la importancia de entender el papel limitado del viejo factor colonial en el nuevo sistema.

Debe tenerse presente que la conculcación de derechos originales por la derrota Inca, tiene una fisonomía jurídica peculiar pues expandió sus consecuencias sobre todo el virreinato real y virtual; se puede decir que tanto la época colonial como la republicana son sacudidas por las ondas sísmico-jurídicas que derrumbaron para la posteridad a todos los pueblos indígenas. Nótese que es reciente — 1979 — la fecha en la que la Constitución proclama el voto universal, o sea, también el voto de los analfabetos.

No obstante ello, ¿cuántos representantes tienen los pueblos indígenas?

En el Congreso de la República, hace dos años podía verse una señora representante con vestimentas de su población, la señora Paulina Arpasi, quien atraía

miradas y fotografías de la prensa porque ella “representaba” ¿a quién? ¿a ella misma? Nótese que había otra señora de su departamento, Puno, la Licenciada Rosa Yanarico, vestida como nosotros, es enfermera, habla quechua y aymara, pero pasaba desapercibida, salvo cuando daba opiniones de interés general.

Actualmente en el Congreso hay varias representantes de comunidades nativas y de la población rural del país. Son pocas, pero participan con mayor naturalidad.

Sobre el tema de la discriminación se podría decir que existe en tres dimensiones:

- Es considerada una distinción, lo que equivale a decir un tratamiento distinto.
- Es considerada una exclusión, en el sentido en que no se autorice o permita, en el caso de los indígenas, o antes, a las mujeres, lo que sí se permite a los varones de las ciudades.
- Es considerada una restricción, lo que equivale a decir que algunas poblaciones rurales pueden compartir con las poblaciones urbanas ciertas condiciones, situaciones, atribuciones o derechos, pero de manera menos plena.

Estas dimensiones en ciudadanos urbanos-rurales son contrarias al principio de igualdad y a la naturaleza y esencia de la Constitución peruana y a los tratados internacionales.

Por eso, para vencer los casos de discriminación, se ha elaborado varias convenciones que eliminan esas restricciones, como la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que regula la situación de los pueblos indígenas y tribales de los países libres.

La Convención ratificada es un compromiso del Estado, no obstante ello, no siempre constatamos su efectivo cumplimiento. De ahí el reto para las futuras generaciones, para trabajar por la plena vigencia de las normas de orden legal.

8.2. El derecho a ser elegido

Decíamos que está legislado el voto universal y todos por el hecho de ser “iguales” podemos elegir y ser elegidos. Como decíamos ¿cuántos indígenas son elegidos? Esta pregunta obedece a la reflexión que se debe hacer sobre la

realidad de los pueblos aislados frente a los intereses económicos, políticos e ideológicos a pesar de los años y los cambios políticos ocurridos.

No puede olvidarse que la inercia jurídica fue aprovechada inicialmente por los terratenientes andinos y luego — pese a la ley — se mantuvo por intereses de un entorno político-económico excluyente que gobierna basándose en una democracia de raíz mercantilista.

8.3. El concepto de paridad ¿más allá de la igualdad?

Este tema nos obliga a hablar de los grupos excluidos del ejercicio de sus derechos, los jóvenes, las mujeres, los indígenas. El trabajo de varios de esos grupos introdujo neologismos, como la palabra empoderamiento⁴, para el caso de las mujeres. Los esfuerzos han tenido algunos resultados, pero no lo suficiente como para decir que vivimos en democracia. Citaremos un ejemplo del informe oficial de Oficina Nacional de Procesos Electorales: en los gobiernos regionales 2003 - 2006 solo alcanzaron la presidencia el 12% de mujeres, las vice presidencias el 16% y las consejerías el 21.93%; alcaldías distritales solo el 3.02 %.

Este informe sobre la participación de las mujeres demuestra que está muy lejos la paridad o igualdad, además, oficialmente se ha legislado sobre “cuotas” de 30%, es decir, que oficialmente no existe la “igualdad” que proclama la Constitución.

En países desarrollados, como Italia y España se habla del concepto de paridad de derechos entre hombres y mujeres. En España hay siete ministros hombres y siete ministros mujeres desde abril de 2004. Y en Francia desde el año 2000 se sanciona a los partidos políticos, suprimiéndoles el subsidio del Estado, cuando no cumplen con colocar 50% de candidatos y candidatas mujeres en sus listas. En la Constitución de Colombia su artículo 140^o preceptúa que en proporción a la población electoral se distribuya los cargos de la administración pública a hombres y mujeres. Por eso hay tantas funcionarias y ministras en el país del norte.

9. LOS CIUDADANOS DE SEGUNDA CATEGORÍA

Hay una idea en parte de la población que se siente excluida del ejercicio pleno de los derechos. Hay jóvenes que dicen soy ciudadano de segunda o de tercera categoría. Tienen una especie de acuerdo compartido sobre una ciudadanía que vive la discriminación. Discriminación en el acceso al trabajo, en el acceso a la educación, en el acceso al propio nombre. En los países desarrollados a

ningún niño se le niega el derecho a tener nombre, identidad. En el Perú la ley, el Código Civil promulgado en 1984, sin exposición de motivos, en sus artículos 21° y 392° exige la presencia del progenitor no casado para colocar el apellido paterno o materno.

Nótese que antes se decía “la madre es cierta”. En nuestros días, con el progreso de la metodología médica y los casos de inseminación artificial debe probarse la maternidad.

Ya existe en procesos de filiación ambas posibilidades, pero debe clarificarse que es diferente la filiación o vinculación paterno filial con lo que significa solo “nombre” o “identidad”. Cada ser humano en el mundo tiene derecho de nombres y apellidos completos. Como consecuencia de los preceptos citados, los niños nacidos fuera de matrimonio quedaban inscritos sin apellido paterno y muchas veces sin inscripción, mientras la madre esperaba la presencia del progenitor. Como la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en sus sesiones de noviembre de 1995 y 1996 señalaba al Perú como infractor por no respetar los derechos humanos de los infantes, se estudió la forma de iniciar las debidas reformas y mientras los dictámenes fiscales en los procesos de nulidad de inscripción de partida demandados por supuestos padres, opinaban, según los casos, a veces procedente excluir el nombre del demandante pero respetar el apellido del menor, en mérito del “interés superior del niño”.

Subrayamos, es diferente la identidad a la filiación. La identidad no genera vínculo, salvo en hijos matrimoniales. En hijos extra matrimoniales no hay entroncamiento, salvo que la declaración de inscripción sea efectuada por los padres en acto de reconocimiento voluntario. También se faculta la filiación judicial, que crea vínculo, entroncamiento con los padres. De ahí que la simple inscripción no genera ningún derecho ni a sucesión, ni alimentos.

La situación jurídica de muchos niños da origen a vivencias en el campo de la discriminación mediante el derecho. El clamor del pueblo y las propuestas de los profesores universitarios, especialmente los del taller “Defensa del Niño y de la Familia” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos ha llegado al Congreso de la República y se ha logrado que el pleno de 30 de marzo último, debata la derogatoria de las normas que impiden la inscripción de muchos niños peruanos. La promulgación de la derogatoria referida, mediante Ley N° 28720 resuelve parte importante del problema de discriminación mediante el derecho⁵.

10. PROPUESTAS

- a) Urge realizar campañas educativas sobre la importancia de los derechos humanos en todos los niveles de educación y en todos los ambientes de la sociedad peruana.
- b) El tema del desarrollo y de la promoción humana debe figurar en los *sillabus* de colegios y universidades para humanizar la educación de la población.
- c) Los juristas y estudiosos están obligados a elaborar los proyectos de leyes de desarrollo, particularmente las referidas al derecho consuetudinario.
- d) La vida democrática exige la participación de todos los miembros de la comunidad nacional, incluyendo a los representantes de las comunidades nativas.

11. CONCLUSIONES

- a) Es necesario trabajar por la plena vigencia de los Derechos Humanos.
- b) Los principales derechos son: el de la identidad de las personas y el de educación de los pueblos.
- c) Es urgente elaborar leyes que resuelvan las normas sobre “identidad” que hasta la fecha son contradictorias con la Constitución.

¹ Cuando era estudiante de derecho, la autora sustentó la tesis: “Reforma del sistema electoral”, proponiendo se adopte en el Perú el sistema técnico de la cifra repartidora para respetar la representación proporcional de las minorías. Poco después el gobierno convocó a profesores y expertos se estudie la legislación de la materia. El profesor de la Pontificia Universidad Católica, Dr. Raúl Vargas Mata informó de la tesis referida y se logró en 1963 el Decreto Ley N° 14250 que inició dicho sistema técnico en las elecciones peruanas.

² Derisi, Octavio Nicolás. *Filosofía de la cultura y de los valores*. Buenos Aires, 1962.

³ Meza Ingar, Carmen. *Más allá de la igualdad. Los derechos de la mujer al año 2000*. Lima: Amaru Editores. 1986.

⁴ Empoderamiento es un neologismo incorporado al lenguaje político desde la década del ochenta, que significa para algunos grupos, antes discriminados, como jóvenes o mujeres, tener influencia, tener poder, alcanzar formas de participación en las tomas de decisión.

⁵ La dación de la Ley N° 28720, del 24 de abril de 2006, sobre Identidad de los Niños, se gestó en el forum “Necesidad de elaborar el Código de Familia”, de 16 y 17 de agosto de 2004, en el Hemiciclo Raúl Porras Barrenechea del Congreso de la República, donde 32 profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos pedimos a los congresistas dicha reforma.

EN TORNO AL *AMICUS CURIAE*

VÍCTOR BAZÁN*

Resumen

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, están sometidos a su cumplimiento. El Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reformado parcialmente y renovado en vigor, en su artículo 2.3. define el término *amicus curiae* como "la persona ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en la demanda o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia". Por lo que tienen un importante valor para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a través de reflexiones aportadas por miembros de la sociedad, que contribuyen al debate y amplían los elementos de juicio con que cuenta la Corte.

En síntesis, el *amicus curiae* es un instrumento plausible y digno de ser explorado para tonificar el debate judicial ampliando los márgenes de deliberación, por medio de argumentos públicamente analizados, aportar a la defensa y la realización de los derechos humanos y contribuir a la elaboración de sentencias razonables y generadoras de un grado sustentable de consenso en la comunidad.

Palabras clave: *Amicus curiae* - Derechos humanos.

Abstract

The Inter-American Court of Human Rights is aware that judges and domestic courts are subject to rule of law and forced to apply provisions in force in their body of laws. But, when a State has ratified an international treaty such as the American Convention, the judges are forced to observe them.

Article 2.3 of the applicable Regulations of the Inter-American Court of Human Rights, partially reformed and renewed, defines the term *amicus curiae* as "the person strange to the dispute and proceeding who offers the Court ideas about the events contained in a lawsuit or formulates juridical considerations on the matter of the proceeding through a document or pleading in a hearing". Therefore, they have a significant value for the strengthening of the inter-American system for the protection of human rights, through reflections

* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina).
Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

provided by members of the society, which contribute to the debate and extend the facts available to the Court.

In summary, an *amicus curiae* is a plausible instrument which should be explored in order to invigorate the judicial discussion and extend deliberation margins, through publicly analyzed arguments, contributing to human rights defense and performance and contributing to the rendering of reasonable judgments resulting from a sustainable degree of agreement among the community.

Key words: *Amicus curiae* - Human rights

Sumario

1. Consideraciones previas. 2. Breve aproximación a los lineamientos centrales del instituto. 3. Génesis y propagación de la figura. 3.1. Origen y diseminación hacia ámbitos de habla o influencia inglesas. 3.2. Su uso en instancias iusinternacionales. 3.3. Utilización del instituto por algunos órganos de clausura de la justicia constitucional en Latinoamérica. A. Argentina. B. Perú. C. Brasil. D. México. 4. Lineamientos generales del *amicus curiae*. 4.1. Mutación de su rol. 4.2. Su importancia cuando deben resolverse jurisdiccionalmente cuestiones jurídica y axiológicamente dilemáticas. 5. Otro espacio trascendente en el que el aporte de *amici* se hace particularmente perceptible. 5.1. Contexto. 5.2. L. intervencional de los controles de constitucionalidad y convencionalidad. 5.3. Una potencialmente valiosa contribución argumental en los ámbitos interno e internacional. 6. Observaciones de cierre.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Sin pretensión alguna de exhaustividad, en el presente trabajo nos proponemos realizar algunas reflexiones generales sobre el *amicus curiae* (“amigo del tribunal” o “asistente oficioso”) y ponderar su eventual incidencia o utilidad en pro de elevar la cotización cualitativa del debate judicial.

En el curso de este breve emprendimiento propositivo, y luego de intentar un acercamiento conceptual, enfocaremos en primer término la génesis de la figura, su trasvasamiento al derecho inglés y posterior canalización hacia otros ámbitos geográficos donde impera el *Common Law*¹, además de su utilización en instancias internacionales y el paulatino empleo que de la misma llevan adelante los órganos de cierre de la justicia constitucional en ciertas latitudes del arco latinoamericano.

Posteriormente, describiremos de manera sucinta la metamorfosis que sufrirá el instituto desde su configuración primigenia hasta la actualidad y, adelantando nuestra opinión, nos detendremos en las interesantes perspectivas y potencialidades funcionales que suministra para brindar mayor transpa-

rencia a las decisiones jurisdiccionales de interés público, encumbrarse como un vehículo para democratizar el debate judicial y, por extensión, vigorizar la garantía del “debido proceso”, que involucra —*inter alia*— la emisión de sentencias razonadas, justas y jurídicamente sustentables, misión eminente en cabeza de los jueces, cuya legitimidad en buena medida se asienta en la razonabilidad de sus pronunciamientos.

Es que en este ámbito, como en general sucede en todos los espacios jurídicos relevantes, la labor de la magistratura judicial debe estar recorrida axiológicamente por la pauta de la razonabilidad, cuya forma de ser percibida y concebida ha mudado, pasando —en palabras de Zagrebelsky— de requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho².

Retomando el anuncio del itinerario que proyectamos transitar, advertimos que en el tramo final del nudo del trabajo —y de modo inmediatamente anterior al epílogo— no estarán ausentes ciertas apreciaciones en torno al aporte que la figura puede brindar en un ámbito especialmente significativo: el de la aplicación, por los magistrados locales, del derecho internacional de los derechos humanos, sin soslayar su paralela contribución a la labor de los propios jueces de tribunales internacionales; perfil funcional de una magnitud tal que invita, al menos, a desterrar visiones que descarten *a priori* el instituto que concita aquí nuestra atención.

2. BREVE APROXIMACIÓN A LOS LINEAMIENTOS CENTRALES DEL INSTITUTO

En presentación casi rudimentaria, y para contextualizar el análisis que a continuación realizaremos, puede decirse que la participación procesal del *amicus curiae* supone la presentación en un proceso de un tercero que interviene aportando una opinión fundada que puede resultar relevante para la resolución de un litigio en el que se debatan cuestiones socialmente sensibles.

Ese tercero, por tanto, no reviste calidad de parte ni mediatiza, desplaza o reemplaza a estas; debe ostentar un interés justificado en la decisión que pondrá fin al pleito en el que se presenta; es preciso que muestre reconocidas competencias y versación en la cuestión debatida; su informe no constituye un dictamen pericial, y la actuación que despliega no devenga honorarios ni tiene efectos vinculantes para el tribunal ante el que comparece.

Su condición de amigo del tribunal se materializa a través de una actividad de alegación sobre el tema que constituye el objeto de una decisión judicial,

tarea que realiza como persona ajena a la relación jurídico-procesal³ en causas que, como anticipábamos, ostenten trascendencia institucional o interés público.

3. GÉNESIS Y PROPAGACIÓN DE LA FIGURA

3.1. Origen y diseminación hacia ámbitos de habla o influencia inglesas

Los primeros antecedentes del instituto pueden ubicarse en el derecho romano⁴ y luego en el derecho inglés, siendo posteriormente receptado y desarrollado en el contexto jurídico norteamericano y en otros países de habla o influencia inglesas.

Así, en relación con estos últimos, pueden computarse la *Rule 18* de la Suprema Corte de Justicia de Canadá; la Orden IV, par. I, de las Reglas de la Suprema Corte de India; la *Rule 81* de la *High Court* de Nueva Zelanda y, en Australia, el precedente '*Lange vs. ABC*' [S 108/116]⁵.

Por su parte, en EE.UU. las vigentes "*Rules of the Supreme Court*", adoptadas el 17 de julio de 2007 y operativas desde el 1 de octubre del mismo año, aluden reiteradamente al *amicus curiae*, por ejemplo, centralmente en la regla 37, donde abunda en detalles al respecto, pero además, en las reglas 21, subap. 2.'b' y ap. 4; 28.7; 29.6; 32.3; 33.'g', subaps. x, xi y xii; y 44.5⁶.

Precisamente en el marco norteamericano el instituto ha tenido valor protagónico en causas importantes de la Suprema Corte de Justicia Federal, como las referidas a la problemática antidiscriminatoria⁷, la disputa aborto-antiaborto⁸ y la eutanasia⁹ (*mercy killing*).

En torno al tema, Böhmer advierte que los casos que la Corte Suprema norteamericana selecciona para decidir son paradigmáticos de alguna situación determinada y sientan jurisprudencia sobre el tema para el futuro, agregando que la importancia de tales causas se hace evidente a partir de la gran cantidad de capital social acumulado previamente a la decisión del Tribunal¹⁰.

Convergentemente, Sola ha precisado que dentro del modelo dialógico de creación de precedentes, el *amicus curiae* permite la ampliación de participantes en el debate. Así, mientras mayor sea la participación de ideas en el debate constitucional, mayor será la legitimidad del precedente que se establezca y, al mismo tiempo, se cumplirá con el fundamento democrático de que las normas son autoimpuestas y, de allí, obligatorias y legítimas¹¹.

3.2. Su uso en instancias iusinternacionales

De la misma manera, la figura ha recibido acogida y, en algunos casos, amplia utilización en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y otras instancias transnacionales.

En tal sentido pueden computarse los supuestos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), donde tales presentaciones son moneda corriente; la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), tanto en asuntos contenciosos como en opiniones consultivas (cfr. artículos 2.3, 41, 47.3 y 67.3¹²); el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículos 36.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1º del Protocolo N° 11¹³, relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio, norma que establece la “intervención de terceros” ante el Tribunal¹⁴); los órganos de supervisión del sistema africano estatuido por la Carta de los Derechos Humanos y de los Pueblos –Carta de Banjul–, adoptada en 1981 por la Organización de la Unidad Africana y en vigor desde 1986; el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; los paneles y el Cuerpo de Apelación de la Organización Mundial del Comercio; y hasta el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)¹⁵.

3.3. Utilización del instituto por algunos órganos de clausura de la justicia constitucional en Latinoamérica

Ya en el plano del derecho interno estatal, es preciso destacar enunciativamente algunos casos de utilización del instituto por los respectivos órganos máximos de la jurisdicción constitucional, sea por vía reglamentaria desarrollada por tales tribunales o por materialización legislativa. Nos referimos a la Corte Suprema de Justicia de Argentina, el Tribunal Constitucional del Perú y el Supremo Tribunal Federal de Brasil.

También, y aunque se aparte un tanto de la consigna que anuncia el epígrafe, nos referiremos al tema en México, donde por cierto la figura no resulta desconocida y su instrumentación ha sido reclamada desde algunos sectores de la comunidad jurídica.

A. Argentina

- a) En el orden federal, y sin ley expresa que establezca de modo genérico el instituto, la Corte Suprema de Justicia dictó la Acordada N° 28¹⁶, de 14

de julio de 2004, en la que autorizó —por mayoría— la intervención de “amigos del tribunal”.

Así, con la aprobación de los ministros Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco, y las disidencias de los doctores Belluscio, Fayt y Vázquez, el Cuerpo reglamentó la participación de la figura¹⁷, estipulando los siguientes lineamientos centrales que regirán la actividad de los mismos¹⁸:

- Pueden intervenir en calidad de “amigos del tribunal” tanto las personas físicas como las jurídicas que, no siendo parte en el pleito (artículo 1º, párrafo 1), ostenten reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el mismo (artículo 2º, párrafo 1);
- La presentación, que no deberá superar las veinte carillas de extensión (artículo 2º, *in fine*), podrá realizarse dentro de los quince días hábiles del llamado de autos para sentencia (artículo 1º);
- En ella, el presentante deberá fundamentar su interés en participar de la causa, informar sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso (artículo 2º, párrafo 1) y constituir domicilio en los términos del artículo 40º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (artículo 1º, *in fine*);
- Si el Tribunal estimara pertinente la presentación, ordenará su incorporación al expediente (artículo 3º);
- La presentación, que puede concretarse en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada de la Corte en los que se debatan asuntos de trascendencia colectiva o interés general (artículo 1º, párrafo 1), habrá de ser realizada con la única finalidad de expresar una opinión o una sugerencia fundadas sobre el objeto del litigio (artículo 1º, párrafo 2), en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante (artículo 2º, párrafo 2);
- La opinión o la sugerencia tendrán por objeto ilustrar a la Corte Suprema, la que, aun cuando no quede vinculada por ellas, podrá tomarlas en cuenta en el pronunciamiento que dicte (artículo 5º); y
- El “amigo del tribunal” no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a estas; al

tiempo que su actuación no devengará costas ni honorarios judiciales (artículo 4º).

Posteriormente, la Corte fue perfilando los alcances de la figura. Así lo hizo, básicamente, en “Juplast S.A. c/ Estado Nacional y A.F.I.P. s/ amparo”¹⁹, de 31 de octubre de 2006, donde rechazó numerosas presentaciones de *amici* por considerar que ellas tenían por objeto “que la causa sea resuelta en un determinado sentido, con la finalidad de que se establezca así un precedente aplicable a otros pleitos de análoga naturaleza —iniciados o por promoverse— en los que los presentantes o sus representados sean parte o tengan un interés de carácter pecuniario comprometido en su resultado. En el indicado supuesto, la existencia de tal interés determina la improcedencia de la intervención como amigos del tribunal de quienes lo tuvieren, pues resulta incompatible con la imparcialidad que debe guiar la actuación de estos” (considerando 3).

Basó primordialmente tal conclusión en que no se satisfacía el recaudo establecido en la Acordada N° 28/2004 en cuanto a que las presentaciones deben ser efectuadas por terceros ajenos a las partes que cuenten con una conocida competencia en la cuestión debatida, “con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio” (considerando 2).

Algunos de los lineamientos trazados en “Juplast” nos parecen opinables pues proyectan una imagen restrictiva del instituto, ya que —como advierte Courtis— cuando el Tribunal requiere “imparcialidad” como recaudo a cumplir por los presentantes, puede hacer suponer que estos nunca podrían favorecer a alguna de las posiciones sustentadas por las partes²⁰. Añade tal autor que si “este es el sentido de las palabras de los magistrados para definir ‘imparcialidad’, entonces ‘Juplast’ representa un retroceso en materia de admisibilidad del *amicus*. Pues es sumamente plausible que si entendemos a la práctica jurídica como una tarea eminentemente argumentativa, toda razón que se induzca para que el magistrado decida de una u otra manera está revestida de un ‘interés’. Si la imparcialidad implica desconocer o —peor aún— exigir que esto no exista, resultaría desconocer una de las características mismas de la práctica argumentativa e interpretativa. Por último, la Acordada en su artículo 2º exige, por un lado, una reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el caso, y, por otro lado, fundar un interés para participar en él. En cuanto a la primera exigencia, creo que esta da buenas razones para presuponer que un *amicus* goza de un genuino interés de defensa de la cosa

pública. Y en cuanto a la segunda exigencia, la propia Corte presupone un interés de quien se presenta y, con este, la intencionalidad de influir en la decisión final que recae en manos de los magistrados. De allí que aquello que aparece como un requisito para la procedencia del *amicus* no podría entenderse como un impedimento para el mismo²¹.

Sea como fuera, las pautas de viabilidad de las presentaciones de los “amigos del tribunal” sentadas en “Juplast” han sido confirmadas posteriormente. Así, en el caso “Loñ, Carolina y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros”²², de 13 de noviembre de 2007, la Corte rechazó el pedido de los actores en punto a que se desglosara una articulación formalizada por quienes comparecieron como “amigos del tribunal”, ya que consideró que la presentación se ajustaba a lo establecido en la Acordada N° 28/2004, sin que se advirtiera que hubiese tenido por objeto que la causa fuera resuelta en un determinado sentido, con la finalidad de que se estableciera así un precedente aplicable a otros pleitos de análoga naturaleza — iniciados o por promoverse — en los que los presentantes o sus representados fueran parte o tuvieran un interés de carácter pecuniario comprometido en su resultado.

- b) Como apunte marginal, cabe mencionar ya en el marco del derecho público local, que el *amicus curiae* ha sido expresamente establecido en la ciudad autónoma de Buenos Aires, concretamente, en el artículo 22° de la Ley N° 402 de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de esa ciudad²³, en el contexto de ejercicio de la acción declarativa de inconstitucionalidad estatuida en el artículo 113°, inciso 2, de su Constitución.

Paralelamente, han hecho lo propio otros tribunales del ámbito provincial, tomando como núcleo referencial a la citada Acordada N° 28/2004 de la Corte Suprema de Justicia Nacional. Así, ejemplificativamente, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, que lo hizo en la Sentencia N° 41/04 (Secretaría de Causas Originarias N° 4), de 2 de septiembre de 2004, en Expediente N° 19.565/04, “Odarda, María Magdalena (*amicus curiae*) s/ Presentación”, quedando luego la figura implementada normativamente por medio de la Ley Provincial N° 4.18524; y la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, cuya Sala Primera admitió la figura por vez primera en la causa N° 83.665: “Curel, Gastón Oscar y otros en J° 30.554/114.678, Mancilla Cuello, Enrique Ariel y otros c/ Municipalidad de la ciudad de Mendoza p/ Acción de Amparo s/ Inc.”, resuelta el 3 de febrero de 2006²⁵.

B. Perú

El artículo 13.A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (aprobado mediante Resolución Administrativa N° 095-2004-P-TC) establece: “El Pleno o las Salas pueden solicitar información de los *amicus curiae* (*amici curiarum*), si fuera el caso, a fin de esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados”.

Por su parte, el artículo 34° de dicho Reglamento, determina: “Luego de instalada la audiencia, el presidente dispone que el relator dé cuenta, en forma sucesiva, de las causas programadas, precisando el número de expediente, las partes que intervienen y la naturaleza de la pretensión. El presidente concede el uso de la palabra, hasta por cinco minutos al demandante y por igual tiempo al demandado, quienes se ubicarán a la izquierda y la derecha, respectivamente, frente a los magistrados. A continuación, el presidente concede el uso de la palabra a los abogados del demandante y del demandado, por el mismo tiempo, los cuales se ubicarán en igual forma que sus defendidos. Está permitida la réplica y dúplica a los abogados por el tiempo que determine el presidente. Por último, cuando corresponda, se recibirá la participación del *amicus curiae*”.

Para finalizar esta breve referencia, y ciñéndonos ahora a la jurisprudencia del Tribunal, pueden relevarse ejemplificativamente los siguientes casos de operativización práctica de la figura: Expedientes 020-2005-PI/TC y 021-2005-PI/TC (acumulados, Caso Hoja de Coca), sentencia de 27 de septiembre de 2005 (Pleno Jurisdiccional); y Expediente N° 3.081-2007-PA/TC, Lima, “R.J.S.A. viuda de R.”, recurso de agravio constitucional en proceso de amparo en torno a la problemática de la salud mental, resuelto el 9 de noviembre de 2007 (Sala Segunda).

C. Brasil

El Supremo Tribunal Federal (STF), aun antes de la enmienda reglamentaria N° 15/04 que modificó el §3° del artículo 131° del Reglamento Interno del STF, para disciplinar la intervención de terceros en procesos de control concentrado de constitucionalidad, ya había decidido algunos procesos de ADIn (*Ação Direta de Inconstitucionalidade*) viabilizando la participación de terceros; por ejemplo, como señala Da Cunha Ferraz, sobre el particular puede verse el relato y el voto del Ministro Celso de Mello en la ADIn 2321-MC/DF, generando una construcción jurisprudencial sobre la figura del *amicus curiae* que entrañó un verdadero *leading case*²⁶.

Más aún, se ha sostenido que de la interpretación del §2º del artículo 7º de la Ley N° 9.868/99, surge que además de los órganos y entidades formalmente legitimados para articular la ADIn, también lo están cualesquiera otros entes dotados de significativa representatividad, llegándose a aseverar que el STF permitió la participación de *amici curiarum* ya antes del dictado de tal ley, por ejemplo en la ADIn 748-4/RS (de 1994), receptando los memoriales de *amici* al visualizar a estos como colaboradores informales del Tribunal en las acciones directas de inconstitucionalidad, sin integrar la relación procesal²⁷.

D. México

Si bien la situación es diferente de las analizadas hasta ahora, vale la pena un repaso del caso mexicano, donde el instituto del *amicus curiae* no es desconocido y desde algunos sectores se reclama su instauración.

- a) Entre los años 2003 y 2004 la Suprema Corte de Justicia llevó adelante la Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano, cuyos resultados quedaron plasmados en el denominado Libro Blanco de la Reforma Judicial²⁸.

Dicho documento fue redactado por los doctores José Antonio Caballero Juárez y Sergio López Ayllón y el maestro Alfonso Oñate Laborde; a quienes el Comité Organizador de la Consulta Nacional (compuesto por los ministros del Máximo Tribunal Federal, Mariano Azuela Güitrón, José Ramón Cossío Díaz y José de Jesús Gudiño Pelayo), encomendó tal tarea.

Los redactores del Libro Blanco, al interpretar los resultados de la Consulta Nacional²⁹, identificaron tres ejes temáticos esenciales: la reforma del amparo, el fortalecimiento de los poderes judiciales de las entidades federativas y la reforma de la justicia penal³⁰.

Asimismo, relevaron la existencia de otras propuestas expuestas durante la Consulta que también identificaron como “prioritarias”. Justamente, entre estas, se contempla expresamente (en la denominada “Acción 22”) la introducción del *amicus curiae* en procesos constitucionales³¹.

Sobre el punto, el resultado de la Consulta ha sido interpretado y sintetizado por los indicados autores de la siguiente manera: “Las funciones de un tribunal constitucional trascienden el interés de las partes en conflicto. Por ello, para lograr un mayor acceso a la justicia y promover una

mejor y más amplia participación social en la defensa de los derechos fundamentales y las controversias políticas, se debe introducir la figura del *amicus curiae* en algunos mecanismos procesales existentes (e.g. controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, contradicciones de tesis e, incluso en ciertas hipótesis, el propio amparo). Existen diversas maneras de lograr este objetivo, discutidas en la sección correspondiente de este *Libro Blanco*, y que incluyen desde una reforma constitucional hasta modificaciones legislativas. Sin embargo, su implementación también puede lograrse en el corto plazo mediante una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en esta dirección. En cualquier hipótesis es necesario subrayar que este mecanismo supone el ejercicio de una facultad discrecional del tribunal quien debe determinar en cada caso la manera en que el *amicus curiae* contribuye a informar su decisión³².

- b) Para culminar este acercamiento, cabe recordar que en ocasiones el Gobierno de México ha comparecido ante tribunales extranjeros en calidad de *amicus curiae*.

Solo ejemplificativamente, a continuación evocaremos dos antecedentes al respecto:

En primer lugar, el caso “Estados Unidos de América vs. Humberto Álvarez-Machain”³³, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de EE.UU. el 15 de junio de 1992, en una causa en la que Álvarez-Machain había sido acusado de secuestrar, torturar y matar en 1985 a un agente de la *Drug Enforcement Administration* (DEA) y en la que en 1990 el inculpado fue sustraído de su consultorio médico en Guadalajara (México) y trasladado en avión a El Paso (Texas), sitio donde fue arrestado por oficiales de la DEA. En su memorial *amicus curiae* el gobierno mexicano solicitaba que aquella Suprema Corte juzgara que la sentencia del Tribunal de Apelación (confirmatoria de la del Tribunal de Distrito, que ordenaba que Álvarez-Machain fuera regresado a México) era consistente con el derecho internacional y, por ende, que el acusado debía ser restituido a territorio mexicano. Asimismo, indicó que el secuestro de aquel en territorio mexicano por agentes de EE.UU. para ser juzgado en ese país, era incompatible con los principios establecidos por el derecho internacional y con las posiciones adoptadas expresamente por EE.UU. en tratados bilaterales y multilaterales sobre mutua asistencia jurídica en materias penales y cooperación para combatir el tráfico de drogas que estaban vigentes entre México y EE.UU. al tiempo del citado secuestro.

No obstante, el máximo Tribunal estadounidense dejó sin efecto el fallo del Tribunal de Apelación y señaló (entre diversas consideraciones) que del Tratado de Extradición entre EE.UU. y México no podía deducirse la existencia de una cláusula prohibitiva de los secuestros internacionales; que el secuestro de Álvarez-Machain (aun cuando hubiese sido violento) no había violado aquel tratado, y que el hecho de que este hubiese sido secuestrado no impedía su enjuiciamiento por un tribunal de los EE.UU. ante la violación al derecho penal de este país. Terminó decidiendo que el caso se sujetaría en lo sucesivo a lo dispuesto en su resolución. Finalmente, en fecha 14 de diciembre de 1992, Álvarez-Machain fue liberado por el Tribunal del Distrito Central de California regresando entonces a México.

Más recientemente, el Gobierno mexicano lo hizo en una causa en la que participaron además como *amici* otros doce países latinoamericanos y cuarenta y siete naciones de la Unión Europea y del Consejo de Europa, ante la Suprema Corte de Justicia de EE.UU., a favor del mexicano José Ernesto Medellín Rojas, sentenciado a muerte en el Estado de Texas. Fundamentalmente la base de la defensa, apuntalada argumentalmente por las presentaciones de los asistentes oficiosos, se centraba en el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso “Avena”, por el cual ordenó a EE.UU. revisar y reconsiderar las condenas de cincuentiún mexicanos sentenciados a muerte – incluido el Sr. Medellín – a la luz de las violaciones de su derecho a la notificación y asistencia consular; así como en el Memorando del ex Presidente Bush, ordenando a las Cortes de los Estados de ese país dar cumplimiento al fallo del tribunal internacional. La Suprema Corte Federal, por mayoría, rechazó el *writ of certiorari* el 25 de marzo de 2008 argumentando que ni del Estatuto de la CIJ, ni de la propia Carta de la Organización de las Naciones Unidas surgía la obligación para EE.UU. de cumplir el fallo “Avena” a través de sus tribunales, además de considerar que el (ex) Presidente Bush se excedió en sus facultades constitucionales al pretender que las cortes estatales dieran cumplimiento a tal decisorio³⁴.

4. LINEAMIENTOS GENERALES DEL *AMICUS CURIAE*

4.1. Mutación de su rol

En un principio, la participación del “amigo del tribunal” estaba enderezada principalmente a ayudar neutralmente al órgano jurisdiccional y proporcionarle información en torno a cuestiones esencialmente jurídicas respecto de las que

aquel pudiere albergar dudas o estar equivocado en el criterio asumido hasta entonces sobre el particular, acercándole fallos jurisprudenciales o antecedentes doctrinarios útiles para dirimir casos con cierto grado de complejidad.

Sin embargo, hoy ha abandonado su carácter otrora imparcial³⁵, para convertirse en una suerte de interviniente interesado y comprometido, que argumenta jurídicamente para obtener un pronunciamiento favorable a la posición que auspicia³⁶.

Incluso Cueto Rúa ha llegado a afirmar que en la actualidad no se le pide neutralidad; sí se espera, en cambio, una inteligente contribución sobre los problemas planteados por el caso y su repercusión respecto de terceros y demás integrantes de la comunidad, aun a sabiendas que el 'amicus' es el 'amicus' del actor o el demandado³⁷ (énfasis añadido).

4.2. Su importancia cuando deben resolverse jurisdiccionalmente cuestiones jurídica y axiológicamente dilemáticas

Los *amici* pueden constituir herramientas válidas para funcionar en la resolución de cuestiones controversiales y que presenten significativos dilemas éticos o de otra índole, por ejemplo, de análisis constitucional de una normativa de importancia o sensibilidad públicas en las que la decisión por recaer sea susceptible de marcar una guía jurisprudencial para otros casos pendientes³⁸.

Es decir, asuntos en los que esté en juego un interés público relevante cuya dilucidación judicial ostente una fuerte proyección o trascendencia colectivas; en otras palabras, temáticas que excedan el mero interés de las partes. Solo por citar algunas hipótesis, la autorización para proceder a la interrupción del embarazo por anencefalia, el debate sobre la viabilidad de la eutanasia o la discusión en torno a la desincriminación del aborto o de la tenencia de droga para consumo personal.

Utilizando *mutatis mutandi* las terminologías de la teoría jurídica empleadas (disputadamente) por Hart³⁹ o Dworkin⁴⁰, el instituto que analizamos podría suponer un útil recurso para operar en los casos difíciles, es decir —en una simplificación extrema—, aquellos en los que —*inter alia*— exista incerteza, sea porque converjan varias normas que determinan sentencias distintas (en tanto tales previsiones normativas son contradictorias), sea porque no exista norma exactamente aplicable. O, profundizando aún más en el acercamiento referencial, el instituto en cuestión podría ser de provecho quizá también en

lo que Atienza considera como casos trágicos, esto es, los que constituyen un tipo de casos difíciles que se presentan como verdaderos dilemas, donde cualesquiera sean las respuestas que se seleccionen, no cabría encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral⁴¹.

Así visualizada, la institución que examinamos —como pudimos apreciar, de extendido empleo en diversos ámbitos del derecho comparado— es una herramienta idónea para propiciar lo que Morello denomina el proceso justo constitucional desde la perspectiva del justiciable, o sea, de quien reclama de la jurisdicción la tutela efectiva⁴².

5. OTRO ESPACIO TRASCENDENTE EN EL QUE EL APOORTE DE AMICI SE HACE PARTICULARMENTE PERCEPTIBLE

5.1. Contexto

Complementariamente a lo manifestado en el apartado anterior, el instituto que abordamos puede aún reportar una utilidad adicional en el ámbito jurídico interno (también en el internacional); conclusión que aflora a poco de reparar en ciertos rasgos que actualmente tipifican a este último, tales como el alto grado de desarrollo adquirido por el derecho internacional de los derechos humanos, la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia frente al derecho doméstico y la fuerza que cobran los informes, las recomendaciones, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales (por ejemplo, la Comisión y la Corte IDH), a cuyos repertorios de precedentes (en el caso de la Comisión) y jurisprudencia (en el de la Corte) deberían adaptarse las soluciones jurisdiccionales dispensadas en los escenarios judiciales locales.

En un marco con características de tal magnitud, los *amici* pueden cumplir un papel significativo al proporcionar a los magistrados elementos de juicio actualizados en materia de derechos humanos, relativos a la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales sobre tal materia, por ejemplo, por parte de los aludidos órganos del sistema protectorio interamericano.

Conviene entonces pulsar el botón de alerta en torno a este asunto, ya que en la hora actual los puntos de contacto entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno se multiplican, acentuándose la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes mediante su

retroalimentación y complementariedad a favor de la solidificación del sistema general de derechos, y pugnar por el cumplimiento por parte del Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia y por evitar que este incurra en responsabilidad internacional; tareas en cuya realización la magistratura judicial asume un rol protagónico.

5.2. La intervencionalidad de los controles de constitucionalidad y convencionalidad

No podemos dejar de señalar que la Corte IDH ha emitido en fecha relativamente reciente una sentencia en la que transmite un claro mensaje a los jueces internos de los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Se trata del “Caso Almonacid Arellano”, en el que se ha pronunciado en los siguientes términos: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (remarcado añadido)⁴³.

El Tribunal Interamericano ha ido aún más allá, estableciendo que tal control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio. En efecto, en el caso de “Trabajadores Cesados del Congreso”, puso de manifiesto que “[...] los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes [...]”⁴⁴.

Dicho de otro modo, la Corte IDH impone a los poderes judiciales de los Estados la obligación de concretar el control de convencionalidad de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos *vis a vis* la CADH, tomando en consideración al efecto no sólo la literalidad de dicho pacto sino

la lectura que del mismo ha realizado el Tribunal Interamericano que, como se sabe, es el intérprete último de aquél. Realza, así, la operatividad de la pauta de interpretación conforme a la CADH como estándar hermenéutico a respetar y resguardar por parte de los órganos jurisdiccionales vernáculos (incluso de oficio), dinámica en la que subyace la idea de retroalimentación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

En “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”⁴⁵, de 13 de julio de 2007, la Corte de Justicia argentina – por mayoría⁴⁶ – aportó un relevante enfoque institucional en torno a la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (ver, por ejemplo, el considerando 31 de la moción mayoritaria). Para conformar tal matriz argumental ha receptado expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el párrafo 124 de la sentencia recaída en “Almonacid Arellano”, siendo al efecto particularmente relevante el considerando 21 de la posición triunfante de nuestro máximo tribunal en punto al deber del poder judicial local de realizar el control de convencionalidad, lo que – añadimos por nuestra parte – significa discernir si una norma interna es o no “convencional”.

En definitiva, y como el tribunal interamericano dejó en claro en el “Caso Boyce y otros”, ello significa que no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si la misma también es “convencional”, o sea, debe además el órgano jurisdiccional en cuestión decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH⁴⁷.

5.3. Una potencialmente valiosa contribución argumental en los ámbitos interno e internacional

Es de subrayar que si la mayoría de los Estados latinoamericanos ha aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, si además ante esta existe la posibilidad de comparecer en calidad de *amicus curiae* y si llegar con un caso ante la misma supone el agotamiento previo de los recursos internos del Estado demandado, requisito concedido en interés del propio Estado, no resulta razonable prohibir – como expresan Abregú y Courtis⁴⁸ – a instituciones o grupos interesados presentarse en carácter de *amici* ante los tribunales locales (oportunidad frente a la que el Estado tiene posibilidades de remediar la alegada violación) y conceder esa posibilidad después, cuando el Estado ya ha sido demandado ante la Corte por la imputación de los mismos hechos. Es que, siendo la instancia interamericana coadyuvante o complementaria de la que prodiga el derecho interno, es recomendable ofrecer a los interesados en

articular opiniones fundadas sobre el tema en cuestión la misma posibilidad de participación procesal en sede local que la que tienen en el ámbito internacional, adelantando ante los tribunales domésticos los argumentos que eventualmente serán considerados por la Corte con asiento en Costa Rica.

Precisamente esta ha reiterado que los *amici* son presentaciones de terceros ajenos a la disputa, que le aportan argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma⁴⁹.

Al respecto, conviene evocar que el Reglamento de la Corte IDH reformado parcialmente en fecha reciente (innovación en vigor desde el 24 de marzo de 2009), en su artículo 2.3. define el término *amicus curiae* de la siguiente manera: “la persona ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en la demanda o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia”.

Como puede leerse en la exposición de motivos de las modificaciones reglamentarias introducidas al Reglamento de la Corte IDH, varias de las observaciones remitidas a esta durante la etapa preparatoria de las reformas, manifestaban la necesidad de reglamentar la presentación de escritos de los *amici curiarum*, razón por la cual en el artículo 41º se decidió establecer que “el escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado al Tribunal, junto con sus anexos, en cualquier momento del proceso contencioso pero dentro de los quince días posteriores a la celebración de la audiencia pública. En los casos en que no se celebra audiencia pública, deberán ser remitidos dentro de los quince días posteriores a la Resolución correspondiente en la que se otorga plazo para la remisión de alegatos finales y prueba documental. El escrito del *amicus curiae*, junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia”⁵⁰.

Por último, y previo a pasar a las observaciones de cierre de este trabajo, no puede perderse de vista que la Corte IDH ha resaltado que “los asuntos que son de su conocimiento poseen una trascendencia o interés general que justifica la mayor deliberación posible de argumentos públicamente ponderados, razón por la cual los *amici curiae* tienen un importante valor para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a través de reflexiones aportadas por miembros de la sociedad, que contribuyen al debate y amplían los elementos de juicio con que cuenta la Corte”⁵¹.

6. OBSERVACIONES DE CIERRE

Consideramos que la intervención de *amicus curiae* puede coadyuvar a un mejoramiento de la actividad jurisdiccional en asuntos complejos o de interés social, contribuyendo incluso a diluir los aspectos antimayoritarios negativos que algunos autores predicán del control judicial de constitucionalidad⁵², además de que no es un argumento menor el que trae Trionfetti en punto a que “la insularidad de la tarea judicial, la concepción del juez como una suerte de demiurgo que construye en soledad su decisión [...], solo constituyen anteojeras epistemológicas que obturan cualquier debate y son oclusivos de la posibilidad de enriquecerlo”⁵³.

Visionariamente, al realizar una defensa condicionada de la *judicial review* y en el marco de análisis de las reformas para aportar al “control democrático” de esta, Carrió postulaba introducir la institución del *amicus curiae*, ya que el debate judicial adquiriría con ella una apertura y una amplitud de integración que no tenían en medida suficiente los procedimientos contradictorios, añadiendo que el debate se volvería más democrático, en un sentido interesante (y relevante en este campo) de esa palabra⁵⁴.

En esa línea, y como lo puntualizara nuestra Corte Suprema de Justicia, la institución que abordamos es un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, en los casos en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, siempre que los presentantes cuenten con una reconocida competencia sobre la materia debatida⁵⁵.

En esa línea analítica, cabe recordar —con Nino— que la figura presenta una destacada raíz democrática y su intervención entraña una herramienta para hacer más laxos los criterios de participación en el proceso judicial en el marco del activismo judicial, actitud esta que se muestra fructífera para promover y ampliar el proceso democrático, abriendo nuevos canales de participación, sobre todo, de los grupos con menos posibilidades de injerencia real en ese proceso⁵⁶.

A su tiempo la Corte IDH se ha ocupado de subrayar que los *amici* tienen un importante valor para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, contribuyen al debate y amplían los elementos de juicio con que el tribunal cuenta para resolver los asuntos de su conocimiento, que poseen una trascendencia o interés generales⁵⁷.

De ello se desprende que la figura puede proveer un valioso caudal argumental no solo a los tribunales locales sino también a los órganos jurisdiccionales internacionales, lo que representa una muestra más del crecimiento de los espacios de convergencia interactiva del derecho constitucional, el procesal constitucional y el internacional de los derechos humanos.

En síntesis, estimamos que el *amicus curiae* es un instrumento plausible y digno de ser explorado para tonificar el debate judicial —ampliando los márgenes de deliberación en cuestiones de trascendencia social por medio de argumentos públicamente analizados—, aportar a la defensa y la realización de los derechos humanos y contribuir a la elaboración de sentencias razonables y generadoras de un grado sustentable de consenso en la comunidad.

¹ Se ha explicado que en la actualidad casi un tercio de la población mundial habita en regiones cuyo derecho ha tenido influencia del *Common Law*, ya que la expansión colonial de Gran Bretaña se encargó de extenderlo a Norteamérica, la India, Australia, Nueva Zelanda, y a grandes sectores del África y del sudeste asiático (cfr. Zweigert, Konrad y Kötz, Heinz. *An Introduction to Comparative Law*. Segunda Edición. Oxford University Press. Gran Bretaña, 1992, p. 227; cit. por Morineau, Marta. *Una introducción al 'Common Law'*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F., 2001, pp. 46-47).

² Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia*. Trad. de Marina Gascón. Tercera Edición. Madrid: Trotta, 1999, p. 147.

³ Cfr. Trionfetti, Víctor. «El Enriquecimiento del Debate Judicial a través de la Figura del *Amicus Curiae*». *La Ley*. Buenos Aires, 2003-F-71.

⁴ Cfr. Cueto Rúa, Julio C. «Acercas del *Amicus Curiae*». *La Ley*. Buenos Aires, 1988-D-721.

⁵ Cfr. Umbricht, Georg C. «An 'Amicus Curiae Brief' on Amicus Curiae Briefs at the WTO» *Journal of International Economic Law*, p. 780, nota 32 a pie de página.

⁶ El texto de las «Rules» puede consultarse en www.supremecourtus.gov/ctrules/2007rulesofthecourt.pdf.

⁷ V.gr. «Regents of the University of California vs. Bakke» (438 U.S. 265 [1978]).

⁸ «Webster vs. Reproductive Health Services» (492 U.S. 490 [1989]).

⁹ Así, en ocasión del debate sobre la constitucionalidad de las leyes de los Estados de Washington y Nueva York que prohibían a los médicos ayudar a morir a los pacientes que así lo solicitaban, es posible verificar por ejemplo la presentación de un memorial de *amicus* por seis filósofos morales y políticos de indiscutidos predicamento científico y estatura intelectual: Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon y Judith Jarvis Thomson.

También, y sin abandonar el marco meramente referencial, se presentaron como *amici* 72 premios Nobel (además de diversas academias de ciencias estatales y otras organizaciones científicas) en el caso “Edwards vs. Aguillard” ante la Suprema Corte de Justicia de EE.UU. (482 U.S. 578 [1987]), fallado el 19 de junio de 1987. Aquí finalmente se confirmó por mayoría (7 a 2) la declaración de inconstitucionalidad de una ley del Estado de Louisiana (“*Balanced Treatment for Creation-Science and Evolution-Science in Public School Instruction Act*”) que proscibía enseñar en las escuelas públicas la teoría de la evolución salvo que fuese acompañada de la enseñanza del creacionismo bíblico. Entre otros argumentos, los *amici* señalaron que “la enseñanza de ideas religiosas etiquetan incorrectamente cómo la ciencia es perjudicial para la educación científica: establece un falso conflicto entre la ciencia y la religión, engaña a nuestra juventud sobre la naturaleza de la investigación científica y, por tanto, compromete nuestra capacidad de responder a los problemas de un mundo cada vez más tecnológico” (“*Teaching religious ideas mislabeled as science is detrimental to scientific education: It sets up a false conflict between science and religion, misleads our youth about the nature of scientific inquiry, and thereby compromises our ability to respond to the problems of an increasingly technological world*”). La anticonstitucionalidad se basó en la violación de la cláusula de establecimiento contenida en la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense. En su parte pertinente, aquélla dispone que el Congreso no dictará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente (“*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof*”).

- ¹⁰ Böhmer, Martín. «Introducción a los Amici Curiae». *Perspectivas Bioéticas en las Américas*. N° 4. Segundo semestre, 1997, pp. 101-102.
- ¹¹ Sola, Juan V. «El recurso extraordinario y el debate constitucional». En: el 'Número especial: Recurso extraordinario federal'. *Jurisprudencia Argentina*. 26 de marzo de 2003. Buenos Aires, p. 95.
- ¹² Cfr. el texto del Reglamento aprobado por la Corte en su XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000 y reformado parcialmente en el LXXXII Período Ordinario de Sesiones del Tribunal, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.
- ¹³ Protocolo que entró en vigencia el 1 de noviembre de 1998.
- ¹⁴ El Protocolo N° 14 a dicho Convenio (que propone modificar el sistema de control vigente), por medio de su artículo 13 proyecta adicionar un nuevo párrafo al final del mencionado artículo 36° del Convenio, disponiendo: "3. *In all cases before a Chamber or the Grand Chamber, the Council of Europe Commissioner for Human Rights may submit written comments and take part in hearings*".
- ¹⁵ Para ampliar sobre el tema en el derecho comparado, ver Bazán, Víctor, por ejemplo, en «El *amicus curiae* en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. N° 10. 2006. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 15-50; y «El *amicus curiae* y la utilidad de su intervención procesal: una visión de derecho comparado, con particular énfasis en el derecho argentino». *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Universidad de Talca. Santiago, 2003, pp. 675-714.
- ¹⁶ Un análisis específico de la reglamentación citada en el texto puede consultarse en Bazán, Víctor. «La Corte Suprema de Justicia de la Nación y un importante respaldo institucional a la figura del *amicus curiae*». *Jurisprudencia Argentina. Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: LexisNexis, 29 de setiembre de 2004, pp. 5-16.
- ¹⁷ El Acuerdo y el Reglamento —en la visión de la mayoría— utilizan exclusivamente las expresiones "amigo/s del Tribunal" y no las de "*amicus curiae/amicus curiarum*" o "asistente/s oficioso/s"; en cambio, la posición minoritaria sí contiene alguna alusión a estas últimas.
- ¹⁸ Los números de artículos que se mencionarán en la reseña que sigue en el texto principal corresponden al "Reglamento sobre Intervención de Amigos del Tribunal", el que, como dijimos, figura como anexo del acuerdo en cuestión.
- ¹⁹ Fallos, 329:4590. El decisorio fue firmado por los doctores Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti y Argibay.
- ²⁰ Courtis, Christian. «Sobre el *amicus curiae*». En: Gargarella, Roberto (coord.). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. T. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, p. 344, nota 44 a pie de página.
- ²¹ *Ibidem*.
- ²² Causa "L.470. XLII". Resolución firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.
- ²³ Sancionada el 8 de junio de 2000, y promulgada y publicada, respectivamente, el 6 y el 17 de julio del mismo año.
- ²⁴ Sancionada el 19 de abril de 2007, y promulgada y publicada, respectivamente, el 7 y el 21 de mayo del mismo año.
- ²⁵ Para una breve noticia de este último fallo, puede compulsarse Bazán, Víctor, «El *amicus curiae* y su debut en la jurisprudencia de la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza». *La Ley Gran Cuyo*. Año 11. N° 6. Buenos Aires, pp. 736-738.
- ²⁶ Da Cunha Ferraz, Anna Candida. «O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada». *Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais*. Año 8. N° 1. 2008. São Paulo: Unifio, pp. 65 y ss.
- ²⁷ Amaury Maia Nunes, Jorge. «A participação do *amicus curiae* no procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)». *Direito Público*. Año V. N° 20, marzo-abril de 2008. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, pp. 54-55.
- ²⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*. Primera Edición. México, D.F., agosto, 2006.
- ²⁹ Interpretación que la Suprema Corte de Justicia se encarga de aclarar que es de exclusiva responsabilidad de los autores de los resultados de la Consulta Nacional, y no representa la opinión institucional del Comité Organizador de la misma (*ibidem* p. 4).
- ³⁰ *Ibidem*, p. 389.
- ³¹ *Ibidem*, p. 403.
- ³² *Ibidem*.
- ³³ 504 U.S. 655 (1992).
- ³⁴ Ver para ampliar www.ime.gob.mx/noticias/boletines_lazos/2007/655.htm.

- ³⁵ Como gráficamente se ha afirmado, “*what was once a gesture of friendship has become a deliberate act of advocacy*”. (Krislov, Samuel. «The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy», *Yale Law Journal*. T. 72. 1963, p. 694).
- ³⁶ *Ibidem*.
- ³⁷ Cueto Rúa, Julio C., *Ob. Cit.*, p. 723.
- ³⁸ En torno a la cuestión, ver entre otros trabajos de Bazán, Víctor. «*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*. T. II. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004, pp. 251-280.
- ³⁹ Hart, Herbert. *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961. Es ya un clásico la versión traducida por Genaró Carrió. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
- ⁴⁰ Ver Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. de Marta Guastavino. Cuarta reimpresión. Ariel, Barcelona, 1999, pp. 146/208, y el interesante prólogo de Calsamiglia, Albert, que, bajo el título «Ensayo sobre Dworkin», presenta la obra (*vid. concretamente p. 13*).
- ⁴¹ Atienza, Manuel. «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos». En: Vázquez, Rodolfo (comp.). *Interpretación jurídica y decisión judicial*. Tercera Reimpresión. México, D.F., Fontamara, 2003, pp. 194, 195, 196, 198 y otras.
- ⁴² El eminente jurista Augusto M. Morello, cuya reciente y lamentable desaparición física (21 de abril de 2009) nos ha provocado profundo dolor por todo lo que su figura representa para el derecho argentino, en la formulación de sus apreciaciones —a las que escuetamente aludimos en nuestro texto— se basa en doctrina española e italiana (*vid. «Del debido proceso y la defensa en juicio al proceso justo constitucional»*. *La Ley*. T. 2003-D. Buenos Aires, pp. 1163-1168, en esp. —respecto de la consideración aquí volcada— pp. 1164-1165).
- ⁴³ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124. También lo ha expresado, v.gr., en el “Caso La Cantuta vs. Perú”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párrafo 173.
- ⁴⁴ Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158, párrafo 128.
- ⁴⁵ *Fallos*, 330:3248.
- ⁴⁶ Los alineamientos fueron: por la mayoría, los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el ministro Fayt y en disidencia parcial lo hizo la doctora Argibay.
- ⁴⁷ Corte IDH, “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2007, Serie C, N° 169, párrafo 78.
- ⁴⁸ Abregú, Martín y Courtis, Christian. «Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino». En la obra colectiva compilada por dichos autores: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. CELS. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, pp. 392-393.
- ⁴⁹ Corte IDH, “Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de agosto de 2008, Serie C, N° 184, párrafo 14.
- ⁵⁰ Cabe recordar que en su momento había juzgado que tales escritos podían ser presentados en cualquier momento antes de la deliberación de la sentencia correspondiente (Corte IDH, “Caso Kimel vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177, párrafo 16); entendiendo también que, conforme a su práctica, los *amici* pueden incluso referirse a cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la sentencia (Corte IDH, “Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, cit., párr. 14).
- ⁵¹ Corte IDH, “Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, *Ibidem*.
- ⁵² Cfr. Trionfetti, Víctor, *Ob. Cit.*, p. 76.
- ⁵³ *Ibidem*, p. 69.
- ⁵⁴ Carrió, Genaro. «Una Defensa Condicionada de la *Judicial Review*». AA.VV. *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad*. Cuadernos y Debates. N° 29. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 162.
- ⁵⁵ Así lo ha dejado plasmado la posición mayoritaria del Tribunal en la citada Acordada N° 28/2004 que instrumentara la figura.
- ⁵⁶ Nino, Carlos S. *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis Filosófico, Jurídico y Politológico de la Práctica Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 696.
- ⁵⁷ Cfr. *supra*, en nota 51.

LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL ACTUAL ESTADO DE DERECHO

CARLOS E. DELPIAZZO*

Resumen

La generación de entidades o personas jurídicas – entes instrumentales de la administración – para vehicular un cambio de régimen de las actividades asignadas a la administración pública, tiene por objeto huir del derecho administrativo, y por tanto, hacer inviable la responsabilidad estatal. Sin embargo, esto desnaturaliza la propia razón de ser de los entes públicos estatales, pues no tiene sentido eximir de responsabilidad al Estado cuando la actividad prestacional que causa el daño ha sido puesta por él en manos del tercero que la ejerce. Frente a ello, y considerando que una sociedad que no reconozca que la Administración pública debe servir a los objetivos generales con sometimiento pleno al derecho, “o que reconociéndolo, le agregue reservas o excepciones, no vive verdaderamente bajo un régimen de Estado de derecho” (Duguit), se ha postulado la “comunicabilidad” de la responsabilidad, de modo que el ciudadano lesionado por un ente instrumental no se vea privado de una justa reparación.

Palabras clave: Responsabilidad estatal – Administración pública – Derecho administrativo – Administración instrumental – Estado de derecho – Comunicabilidad de la responsabilidad.

Abstract

The creation of legal entities or institutions – instrumental entities of the government administration – to implement a change in the system of the activities assigned to the government administration, is aimed at eluding the administrative law thereby, making the state’s responsibility unviable. However, this distorts the very reason for the existence of the state’s public entities, since it makes no sense to exempt the State from responsibility when the activity that causes the damage has been placed by it, in the hands of a third person who exercises it. Facing this, and considering that a society that fails to recognize that the government administration must meet the general objectives subject to the full extent of the law, “or that recognizing it, adds observations or exceptions thereto, does not truly live under a system of rule of law” (Duguit), the “communicability” of the responsibility has been proposed so that the citizen damaged by a public entity is not deprived of a fair redress.

Key words: State responsibility – Government administration – Administrative Law – Instrumental administration – Rule of Law – Communicability of the responsibility.

* Profesor de la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay, Director del Instituto de Derecho Administrativo y Director del Instituto de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de dicha universidad.

Sumario:

1. Realidad y derecho. Vaivenes contemporáneos de la responsabilidad estatal a partir de la reflexión de dos administrativistas contemporáneos. 2. Enfoque desde la realidad. Desafíos que plantea la fuga del derecho administrativo. 3. Enfoque desde el derecho. 3.1. Reafirmación de la responsabilidad como principio general. 3.2. Necesaria extensión de la responsabilidad estatal. 3.3. Nuevos medios para hacer valer la responsabilidad estatal. 4. Conclusión.

1. REALIDAD Y DERECHO

Hace poco escribí que “La calidad del Estado de derecho depende, en buena medida, de la amplitud de la responsabilidad estatal y de la eficacia de los medios para hacerla valer en tiempo y forma”¹.

Tal afirmación no parecería necesitada de demostración cuando nos aproximamos al fin de la primera década del siglo XXI ya que la tendencia del siglo pasado fue precisamente la de extender progresivamente el campo de la responsabilidad estatal como manifestación esencial del Estado de derecho.

Sin embargo, como bien lo ha puesto de manifiesto Agustín Gordillo², “En el tema de la responsabilidad del Estado se ha producido un doble fenómeno bastante curioso. Al mismo tiempo que disminuye la responsabilidad interna del Estado (contrariando la evolución histórica que ha sido siempre creciente hacia la responsabilidad del Estado), aumenta la responsabilidad internacional. Ello es contradictorio: no es coherente que en un ámbito la responsabilidad vaya en constante aumento y en el otro en constante disminución”.

En efecto, mientras que en el plano interno se asiste a la caída del paradigma de que el Estado es eternamente solvente y, por ende, siempre puede responder, en el ámbito internacional el Estado es exigido de nuevas maneras y con consecuencias hasta insospechables, por violación de los derechos humanos, por los compromisos asumidos en materia de protección de inversiones extranjeras, por las obligaciones derivadas de los contratos de crédito externo o por el simple hecho del sometimiento a jurisdicciones extranacionales, sean judiciales o arbitrales.

Paralelamente, la actuación estatal a través de terceros — sean entidades privadas o públicas no estatales— o acudiendo al derecho privado ha generado una sensación de retorno a una cierta irresponsabilidad pública. Frente a tal realidad, es necesario coincidir con reciente afirmación de Eduardo Soto

Kloss³, quien ha enfatizado que “sin responsabilidad no hay derecho que merezca ese nombre y sin responsabilidad del Estado no hay Estado de derecho que pueda existir. Y es que la existencia real de la responsabilidad del Estado, y especialmente por los daños que produzca su actividad o inactividad administrativa, es el índice más efectivo para saber si un determinado país es un Estado de derecho o simplemente allí el derecho es, en último término, una farsa”.

A la luz de los fenómenos apuntados, se impone examinar el hoy de la responsabilidad estatal partiendo del análisis de la realidad.

2. ENFOQUE DESDE LA REALIDAD

Lo que nos muestra la realidad es que las administraciones institucionales de nuestros días procuran migrar hacia el derecho común⁴, lo que concretan de dos maneras⁵: mediante el recurso por parte de la administración pública en su actuación al ordenamiento jurídico privado y a través de la constitución de formas organizativas de derecho privado.

Desde el punto de vista regulatorio, se trata de un planteo no solo contradictorio sino sorprendente⁶ ya que lo propio de la actividad pública, regida por el principio de especialidad, no se corresponde con el derecho regulador de la actividad privada, presidido por el principio de libertad⁷. “Hay que subrayar que es la legalidad – se ha dicho – y no la libertad lo que está en la base misma de la actuación de los poderes públicos, y que ello no es un prurito de los juristas, como alguien podría creer, sino una exigencia indeclinable del principio democrático mismo”⁸.

Es que el derecho público está lleno de “privilegios en más” pero también de “privilegios en menos”⁹ ya que junto a un amplio contenido de régimen exorbitante – plasmado en prerrogativas de la administración, tales como la presunción de legitimidad de los actos administrativos, la ejecutoriedad, la actuación coactiva, el régimen procesal privilegiado, y la inembargabilidad de sus bienes – impone a la administración restricciones en su obrar a través de una actuación formalizada y uniformizada, sometida a controles y publicidad, con fines de garantía que no justifican su avasallamiento en aras de la sola eficiencia¹⁰.

En rigor, como gráficamente se ha expresado, se actúa bajo “el mito de la eficacia como pretexto y la exoneración de controles como objetivo”¹¹.

Por eso, bien se ha dicho que “la supuesta huida al derecho privado no es, en realidad, sino una huida del derecho”¹² ya que “se trata de escapar de todo un ordenamiento, en concreto, huir de la legislación de contratos del Estado, del ordenamiento jurídico en materia de selección, promoción y control del personal, y enajenación de bienes”¹³.

Desde el punto de vista organizativo, se ha sostenido que la buena marcha de determinadas actividades estatales —especialmente, las de carácter económico— requiere de unas organizaciones con cierta autonomía, que se rijan por criterios de tipo empresarial y que se responsabilicen directamente de los resultados de su actividad, de modo de neutralizar el sobredimensionamiento de algunas estructuras estatales, el descrédito de lo estatal y su escasa eficacia.

Consecuentemente, “asistimos en los últimos años a un fenómeno de creación de entes instrumentales encargados de la gestión de amplios sectores de la actividad de la administración que prescinden en su actuación de normas del derecho administrativo. Esta llamada huida del derecho administrativo ha supuesto la utilización instrumental del derecho privado en las relaciones de tales entes con terceros e, incluso, en su propia organización y estructura. En síntesis, con invocación del principio constitucional de eficacia se trata de excluir los procedimientos de control del gasto y de la selección de contratistas y de funcionarios. Si bien debe tenerse en cuenta que la noción de eficacia no es la misma cuando se trata de la gestión pública que cuando se trata de actividad privada. La administración no es una mera organización lucrativa como son las organizaciones empresariales privadas”¹⁴.

En dicho marco, son conocidos como entes instrumentales de la administración aquellas personas jurídicas constituidas o creadas por una administración pública, dotadas de personalidad jurídica propia, y a las que se encomienda la gestión de alguna o algunas de las competencias de titularidades del ente matriz”¹⁵.

Así, suele hablarse de “administración instrumental” para referirse al “conjunto de personas jurídicas que una administración pública como competencias propias crea, para la mejor consecución de sus fines y sobre la que ejerce una posición superior de dependencia”¹⁶.

Por lo tanto, dos son las notas esenciales que caracterizan a este fenómeno de “instrumentalización”, a saber:

- a) La personalidad jurídica propia de los entes instrumentales; y
- b) Su relación de instrumentalidad o dependencia con la administración que los crea y a cuyos fines sirven.

Por lo que refiere al primer aspecto, la “nota común en todos estos casos es que la instrumentalización se consigue a través de la fórmula de la concesión de personalidad jurídica”¹⁷. La personalidad jurídica distinta formalmente de la del Estado es el eje sobre el que gira la construcción de los entes instrumentales¹⁸ y constituye, por ende, el criterio básico para identificar la naturaleza de esa variedad de entes¹⁹.

Precisamente, “es la utilización del concepto de persona jurídica lo que permite a estos organismos y, paradójicamente, al propio Estado, puesto que estos organismos son parte constitutiva del Estado, huir del derecho administrativo del Estado”²⁰.

En cuanto al segundo aspecto, los entes instrumentales se caracterizan por servir a una administración pública que los crea para que cumplan con un fin o servicio propio de esta, sometidos a su dirección y control.

Por ende, se trata de diferentes personas jurídicas, pero que sirven instrumentalmente a un mismo interés, que no puede ser otro que el interés general de la administración²¹. La personalidad jurídica de los entes instrumentales los convierte en centros de imputación de situaciones y relaciones jurídicas, pero esto no evita que el ente y el órgano estatal del cual depende constituyan un “complejo orgánico unitario”. La relación de dependencia con respecto al órgano estatal es entonces, y precisamente por esto, muy estrecha.

Por ende, las entidades instrumentales tanto pueden ser personas jurídicas públicas como privadas, y tanto pueden ser sociedades como no serlo. “De lo único que se puede estar seguro es, precisamente, de que son estatales. Es decir, esta es su única realidad por encima de todos los camuflajes y formalismos”²².

Al respecto, antes de ahora, partiendo de que la distinción entre personas estatales y no estatales está dada por su pertenencia o no a la organización jurídica de la colectividad (o sea, al Estado en sentido amplio por oposición al Estado en sentido estricto, entendido como persona pública mayor)²³, he sostenido que la estatalidad de las empresas reguladas por el derecho privado pero en las que participa alguna entidad estatal, está dada precisamente por esa pertenencia —total o parcial, cualquiera sea su proporción— a la colectividad organizada²⁴. Por lo tanto, si bien se coincide en que el carácter estatal

o no estatal viene dado por el capital o patrimonio, no se comparte la apreciación de que la persona jurídica privada será estatal solo cuando su patrimonio pertenezca mayoritaria o íntegramente a una entidad estatal, en tanto que no lo será cuando esa participación sea minoritaria²⁵ ya que la sola presencia del Estado (en sentido amplio) califica en todos los casos a la institución de que se trate, cualquiera sea el *quantum* de su aporte.

Los problemas jurídicos derivados de la generación de entidades de derecho privado para vehiculizar un cambio de régimen de las actividades asignadas a administraciones públicas son múltiples y diversos, destacándose la inviolabilidad de interponer recursos administrativos contra sus actos, la inaplicabilidad de las normas relativas a la contratación administrativa y la ausencia de control presupuestal, entre otros²⁶.

3. ENFOQUE DESDE EL DERECHO

Para examinar en perspectiva jurídica el impacto que plantea sobre la responsabilidad estatal la apuntada realidad de huída del derecho administrativo²⁷, el punto de partida no puede ser otro que la constatación de que “la responsabilidad hace al ser de los entes públicos estatales y, con ello, a su razón de ser”²⁸.

3.1. Reafirmación de la responsabilidad como principio general

Siendo así, se impone reafirmar que la responsabilidad ética como principio general de derecho está impuesta por el hecho de que el Estado y todos sus órganos, funciones, cometidos y medios (materiales y humanos) están al servicio de la persona humana y sus derechos fundamentales, teniendo por finalidad la consecución del bien común. En consecuencia, cualquier ámbito de irresponsabilidad, por más pequeño y excepcional que sea, violenta el Estado de derecho, implica una desigualdad y genera un agravio, que debe siempre ser reparado total e integralmente. Todo daño, cualquiera sea el órgano estatal que lo haya provocado, significa un detrimento de la esfera jurídica de alguien, es decir, un menoscabo de lo que le pertenece, una lesión en lo suyo, que debe ser reparada a quien la ha sufrido por aquel que la ha causado²⁹.

En orden a la caracterización de los principios generales de derecho, aunque pueda parecer una simplificación o un juego de palabras, antes de ahora he propuesto hacer coincidir la definición de los mismos con su designación, a través de las tres palabras que componen su nombre³⁰.

En primer lugar, son principios por cuanto constituyen los soportes primarios estructurales del sistema jurídico todo, al que prestan su contenido. Ello es así

porque “en todo sistema jurídico hay cantidad de reglas de gran generalidad, verdaderamente fundamentales, en el sentido de que a ellas pueden vincularse, de un modo directo o indirecto, una serie de soluciones expresas del derecho positivo a la vez que pueden resolverse, mediante su aplicación, casos no previstos, que dichas normas regulan implícitamente”³¹.

La propia designación de “principios” alude a lo primero, o sea, lo que antecede plenamente a cuanto le sigue. Por eso, “Háblase de principios habitualmente para referirse a aquellos primeros criterios o fundamentos que expresan el asiento — piedras sillares — de un ordenamiento (jurídico, en la especie que nos ocupa). Criterios de verdad que se procura hallar. Su noción de base alude entonces, a un sentido no solo ontológico sino también lógico, en cuanto atendemos con ellos a unos soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento jurídico, al que prestan todo su sentido”³².

En efecto, “Cuando se habla de principio, lo primero que viene a la mente es la idea de inicio, de comienzo, de lo que se parte, y que se refiere a una acción, a una actividad, a un procedimiento o iter o camino, que se desarrolla y lleva a un término, a un fin. La idea de principio lleva en sí la de aquello que origina, que es origen o fuente de algo”³³.

En segundo lugar, son reglas de carácter general porque trascienden un precepto concreto y no se confunden con apreciaciones singulares o particulares.

En rigor, lo general se opone a lo particular, de modo que no equivale a vaguedad sino que resulta abarcativo en su supuesto de la categoría o clase de sujetos abstractamente comprendidos sin individualizarlos. Es más: en la medida que refieren a las verdades supremas del derecho, resultan virtualmente comunes a todos los sistemas ya que la afirmación de que los principios generales son válidos solamente para un sistema, es una contradicción con su *ratio juris* de carácter universal que, desde los romanos, ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica³⁴.

En tercer lugar, los principios generales son de derecho ya que se trata de fórmulas técnicas del mundo jurídico y no de simples criterios morales, buenas intenciones o vagas directivas. A pesar de que no se presentan habitualmente con la estructura típica de una regla de derecho, ninguna duda puede existir acerca de que revisten el carácter de tal³⁵.

Siendo así, constituyen fuente directa y principal de derecho porque “sería ontológicamente absurdo y lógicamente contradictorio que siendo principios ge-

nerales solo se apliquen si no hay texto, sino que los textos deben estar de acuerdo a los principios y los principios de acuerdo a la naturaleza de las cosas”³⁶.

Por eso, *con carácter general*, si en todos los campos del derecho la importancia de los principios generales de derecho es cardinal, ello es especialmente cierto en el ámbito del derecho administrativo, donde solo un esqueleto firme de principios permite orientarse en medio de innumerables normas sometidas a un proceso de cambio incesante. Además, son los principios generales de derecho el principal antídoto frente a la normación burocrática y son también la garantía de permanencia frente a las modas que ocasionalmente se suscitan al influjo de ideologías o tendencias políticas de momento³⁷.

Específicamente, la obligación de responder (en el más amplio sentido) es un principio general de derecho —regla de derecho que hace parte del haz de la juridicidad constitutivo del bloque de la legalidad— conforme al cual todo órgano del Estado debe restituir lo suyo a cada quien cuando le ocasione un daño que la víctima no estaba obligada a soportar y que, por ende, no solo le ocasiona un menoscabo sino que implica una desigualdad ante las cargas públicas.

Con base en la afirmación de la responsabilidad estatal como principio general de derecho, es misión del derecho administrativo bregar para hacer verdad la responsabilidad étática en todos los planos ya que, como enseña Eduardo Soto Kloss³⁸, lo he destacado antes³⁹ y lo recalca Celso Antonio Bandeira de Mello⁴⁰, quien dice derecho, dice responsabilidad.

En su mérito, no pueden existir sujetos irresponsables ni reductos de irresponsabilidad, de modo que el Estado debe responder siempre, cualquiera sea la función jurídica de que se trate, la causa motivante, la índole de la actividad y el tipo de intervención de que se trate⁴¹.

En primer lugar, la generalidad de la responsabilidad estatal conduce a afirmar que el Estado debe responder por todas sus funciones, comprendiendo no solo la actividad que despliega en ejercicio de la función administrativa sino también la legislativa, la jurisdiccional y la constituyente.

En segundo lugar, el Estado debe responder por toda causa, es decir, no únicamente por sus acciones sino también por sus omisiones o inactividad.

En tercer lugar, el Estado debe responder por su obrar de cualquier naturaleza, tanto ilícito como también lícito ya que la antijuridicidad no es a su respecto la única fuente de responsabilidad.

En cuarto lugar, el Estado debe responder por su actuación directa e indirecta, o sea, por la propia y por la de los terceros que participan en el desenvolvimiento de sus cometidos.

3.2. Necesaria extensión de la responsabilidad estatal

El último de los aspectos referidos nos pone en el camino de examinar la responsabilidad estatal en los casos de huída del derecho administrativo ya que no tendría sentido eximir de responsabilidad al Estado cuando la actividad prestacional que causa el daño ha sido puesta por él en manos del tercero que la ejerce⁴².

Precisamente, frente a la apuntada realidad de acudir a intermediarios preexistentes o creados al efecto con el propósito de soslayar controles y eludir procedimientos de garantía, se ha postulado la “*comunicabilidad*” de la responsabilidad, de modo que el ciudadano lesionado por un ente instrumental no se vea privado de la justa reparación por parte de la Administración que es titular del servicio de que se trate⁴³.

En materia de concesiones, ya he sostenido antes de ahora que el servicio concedido sigue siendo de la administración concedente, por lo que esta “no puede desinteresarse de él en tanto este sigue siendo un cometido de ella”⁴⁴. Esto es así porque las actividades cuya ejecución la ley autoriza a la administración a contratar con particulares, siguen siendo actividades del Estado; lo que cambia es el medio a través del cual se ejecutan, pero siguen siendo cometidos estatales⁴⁵.

En efecto, la transferencia de la prestación de un cometido estatal a uno o más particulares, genera un entramado de relaciones jurídicas diversas, propias de lo que se ha llamado el “*triángulo Administración-gestor-usuario*”⁴⁶. Cuando esa transferencia refiere a la ejecución del cometido y no a su titularidad, cabe examinar por separado, por sus proyecciones sobre las responsabilidades involucradas, las que se traban entre el prestatario del cometido y los terceros (especialmente los usuarios del mismo), entre la administración concedente y dicho prestatario, y entre los particulares y la administración titular del cometido de que se trate.

Este tercer tipo de relaciones enfrenta a la cuestión de si la administración puede ser llamada a responsabilidad por los particulares en virtud del daño ocasionado por el concesionario del servicio público o prestatario del servicio de que se trate.

Sobre el particular, nuestra doctrina administrativista tradicional afirmó que la responsabilidad de la administración no se extiende a los actos o los hechos de los concesionarios de servicios públicos o de sus empleados porque, si bien el Estado ejerce sobre los concesionarios poderes de vigilancia y contralor, no tiene ni la gestión ni la dirección del servicio, a lo sumo determina con carácter general, lo que no presupone dirección, las reglas de actuación a que deberá ajustarse el mismo⁴⁷.

Sin embargo, a la luz de los modernos procesos de transferencia a particulares de actividades propias de las entidades estatales, es razonable pensar que “va a poder sostenerse con buen fundamento que el Estado también será responsable de los daños que se causan en la ejecución de esos servicios que no están confiados a su gestión pero sí bajo su dirección”⁴⁸ ya que el artículo 24° de la Constitución proclama que todas las entidades y órganos estatales “serán civilmente responsables del daño causado a terceros en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección”.

Analizando esta disposición, el máximo comentarista de nuestra Carta afirmaba décadas atrás que la misma “trata de los daños que se causen a terceros en la ejecución de los servicios públicos confiados a la gestión o dirección de las personas públicas. Este distingo entre gestión o dirección de las personas públicas, podría también hacer suponer que el caso del daño causado por empresas concesionarias o por empleados de empresas concesionarias está comprendido en el régimen de responsabilidad”⁴⁹.

Lo antedicho resulta corroborado si se subraya el rol de la administración concedente como garante del servicio de que se trate⁵⁰, en cuyo caso su consecuente responsabilidad es inexcusable. Carecería de sentido que la administración respondiese de su propia actividad cuando la realiza directamente y, en cambio, no lo hiciere cuando actúa a través de un concesionario⁵¹.

Frente a otras tercerizaciones, es decir, cuando la administración se vale de un sujeto instrumental, el razonamiento no puede ser distinto. No es posible concluir que la administración puede irresponsabilizarse a sí misma mediante el cómodo arbitrio de acudir a colaboradores o sustitutos, ya que nadie — tampoco la administración — puede conseguir eludir la responsabilidad que le incumbe o desprenderse de la responsabilidad que se deriva de sus propios actos u omisiones⁵².

En particular, las dos notas típicas de los entes instrumentales antes referidas — personificación e instrumentalidad — abonan dicha solución de principio, determinando la “comunicabilidad” de la responsabilidad.

En cuanto al primer aspecto, parece evidente que el aprovechamiento de la personalidad jurídica propia del ente instrumental no puede liberar a la administración matriz de su calidad de responsable por el buen desempeño de los cometidos que le han sido confiados, lo que abona tal comunicabilidad.

Así lo ha entendido, por ejemplo, el Tribunal Supremo español, afirmando con acierto que “el instrumento en que consiste la personificación jurídica puede resultar adecuado como método de organización para facilitar la eficacia en la actuación de las administraciones públicas, pero no permite a estas exonerarse de sus respectivas responsabilidades frente a los particulares cuando las personas jurídicas creadas para atender a un sector de la actividad administrativa correspondiente a la administración matriz están en relación con esta o con sus competencias, dependen de ella o se integran en su órbita de actuación”⁵³.

Es que cuando se trata de entidades estatales, “la mera utilización instrumental de formas privadas de personificación en absoluto puede justificar la minoración de las garantías del ciudadano”⁵⁴. Justamente es misión del Estado cumplir el rol de garante de los derechos de los ciudadanos, dada su índole de ser para otros⁵⁵. Ese rol servicial está en su propia naturaleza, de la cual no puede abdicar⁵⁶.

Con relación al segundo aspecto, la unidad organizativa que componen el ente matriz y el instrumental también determina la necesaria comunicabilidad de la responsabilidad ya que la instrumentalidad no puede conspirar contra el interés general sino que debe servirlo.

Según se ha destacado, “La consecuencia de esta aproximación es la responsabilidad y la posibilidad de principio de control de la actividad de esos entes, salvando el dato formal de la personalidad jurídica, cualquiera que sea el derecho a que aquella se someta, porque son administración que sirve con eficacia los intereses generales con sometimiento pleno al derecho, aunque no sea el tradicional derecho administrativo. La instrumentalidad comprende también el uso de estatutos que necesitan ser integrados también en el ordenamiento estatal; es la utilidad y la servidumbre de la perspectiva estatutaria de la administración y de su derecho”⁵⁷.

Al crear la entidad instrumental, la administración pública matriz no se desprende de su competencia, la que es irrenunciable, no constituyendo la técnica organizativa de la instrumentalidad una vía apta para desplazar la responsabilidad política y jurídica que recae necesariamente sobre la Administración pública en cuestión⁵⁸.

Un tercer aspecto, conjuntamente con las dos notas características de los entes instrumentales, cabe adicionar para sostener que la comunicabilidad de la responsabilidad desde estos hacia su entidad matriz deriva de un postulado esencial del Estado de derecho, como es la garantía institucional de la responsabilidad estatal como regla inherente al principio general de responsabilidad.

Al amparo de la misma, “todos los particulares están garantizados en cuanto sus bienes o derechos puedan sufrir lesiones procedentes de los servicios públicos. Admitir, de plano, una diferenciación de tratamiento, si los servicios se prestan bajo formas jurídicas de Derecho privado, sería equivalente a reconocer la existencia de particulares de primera o de segunda clase, pues las garantías de quienes se sintiesen lesionados por actuaciones de entidades públicas serían, hipotéticamente, mayores”⁵⁹.

Tampoco el principio de eficacia administrativa puede utilizarse para traicionar el principio y las exigencias propias de un Estado de derecho. Como bien se ha dicho, “Aparte de lo cuestionable que resulta en el plano de nuestro sistema jurídico eliminar la responsabilidad del Estado por los actos de una sociedad mercantil de su propiedad (o que administra), creemos que el Estado, en cuanto asociación perfecta o soberana, no puede guiarse en este aspecto por finalidades propias de quienes privadamente unen sus capitales para la realización de un negocio o negocios mercantiles. El Estado debe procurar siempre — aun a través de estas formas jurídicas privadas — la concreción del bien común y es evidente que este no resulta compatible con la limitación de la responsabilidad de sus entidades, cualquiera fuere su condición jurídica”⁶⁰.

En suma, la conclusión que se impone es que “el ciudadano que se relaciona con la administración y sufre una lesión, no puede ver desatendida su petición indemnizatoria porque el daño haya sido causado por un ente instrumental de aquella. Para transmitir la responsabilidad a la administración matriz, la jurisprudencia ha acudido a considerar bien planteada la relación jurídico-procesal si se demanda o comparece en el proceso la administración matriz y no la filial; o estima la solidaridad de responsabilidad de la matriz y filial por ser aquella la titular del servicio cuya gestión se encomienda a esta; o bien, por último, acude a levantar el velo para negar virtualidad a la vestidura de la personalidad jurídica”⁶¹.

Sin perjuicio de la reafirmación del principio general de la responsabilidad, en cada caso habrá que acudir a los criterios de imputación que puedan corresponder para apreciar la comunicabilidad a la administración correspondiente⁶².

3.3. Nuevos medios para hacer valer la responsabilidad estatal

Para hacer verdad en la práctica la efectiva responsabilidad estatal cuando una administración se vale de vías oblicuas para fugarse del derecho administrativo, este ha acudido a soluciones de principio, normativas y jurisprudenciales.

En primer lugar, las soluciones de principio pasan por la plena reivindicación del máximo valor y fuerza de los principios generales de derecho, entre los cuales el principio de responsabilidad aparece íntimamente asociado al principio de juridicidad, que refiere al sometimiento integral del Estado a la regla de derecho, tanto en su ser como en su obrar⁶³.

Por eso, es preferible, por más abarcativa, su designación como principio de juridicidad y no la más usual de principio de legalidad, derivada de la expresión “bloque de la legalidad” debida a Maurice Hauriou⁶⁴.

Se trata, del “principio de los principios” –al decir de Benoit Jeanneau⁶⁵– ya que, como reza el acápite del art. 2º del Reglamento de procedimiento administrativo aprobado por el Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991⁶⁶, “La administración pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al derecho”⁶⁷. Según sentenciara León Duguít, “Una sociedad que no lo reconozca o que, reconociéndolo, le agregue reservas o excepciones, no vive verdaderamente bajo un régimen de Estado de derecho”⁶⁸.

Ahora bien: como se ha destacado con acierto, “la vigencia efectiva del principio de legalidad impone la existencia de un conjunto de mecanismos de control a través de los cuales pueda asegurarse eficazmente el sometimiento de la administración al sistema normativo”⁶⁹. De lo contrario, dicho principio “quedaría en simple declaración programática”⁷⁰.

Dentro de estos mecanismos, la técnica primordial de garantía ha estado y está constituida por el control jurisdiccional, respecto al cual se ha proclamado la universalidad⁷¹, de modo que “cualquier acto o conducta, positiva o negativa, de la administración y de sus agentes, puede ser sometida al enjuiciamiento por parte de órganos judiciales, a instancia de cualquier persona o entidad (pública o privada) a quienes dichos actos o conductas lesionen en sus derechos o intereses”⁷².

Pero de nada sirve la mera proclamación de la tutela jurisdiccional si la misma no es efectiva⁷³. En tal sentido, el principio de la tutela jurisdiccional efectiva

despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable; y tercero, una vez dictada la sentencia, en la plena efectividad de sus pronunciamientos⁷⁴.

Esa efectividad supone una vitalización del control jurisdiccional y, consecuentemente, la previsión amplia de medidas cautelares eficaces frente a la administración y sus personeros⁷⁵, así como el cumplimiento cabal de los fallos contra la administración⁷⁶.

Frente al escenario de la huida del derecho administrativo, no basta con un análisis descriptivo sino que es necesario concretar sus múltiples aplicaciones⁷⁷.

Desde esta perspectiva, se impone la vuelta al derecho administrativo⁷⁸ o un “nuevo impulso”⁷⁹ del mismo frente al “espejismo”⁸⁰ de refugiarse en el derecho privado, reivindicando que, en cualquier caso, la actuación administrativa, tanto directa como indirecta, encuentra límites infranqueables en el respeto a los derechos fundamentales y a los principios generales de legalidad, prohibición de la arbitrariedad, objetividad y neutralidad, los cuales tienen un alcance global, cualquiera sea la forma o el ropaje jurídico que se haya puesto la administración⁸¹.

Es que “la realidad nos está mostrando hasta qué punto hoy emerge con fuerza un nuevo derecho administrativo como derecho del poder para la libertad” cuya tarea de garantizar los derechos de los ciudadanos requiere de una presencia pública, mayor en intensidad que en extensión. En la medida que se abren a la libertad espacios antes dominados por monopolios, crece un nuevo derecho administrativo; en la medida que la administración procura hacer posible la libertad y la igualdad, emerge un nuevo derecho administrativo; en la medida que la autotutela administrativa se compatibiliza con la tutela judicial, aún cautelar, se desarrolla un nuevo derecho administrativo; en la medida que integración y solidaridad caracterizan el modelo de Estado moderno, se fortalece un nuevo derecho administrativo; en la medida que la acción pública esté impregnada por la promoción de los derechos fundamentales, se consolida un nuevo derecho administrativo⁸².

En segundo lugar, entre las soluciones normativas, son múltiples los ejemplos de extensión al fenómeno de las tercerizaciones, de las regulaciones propias del derecho administrativo a fin de abarcar las manifestaciones contractuales de la huída.

Así ha ocurrido a nivel interno de los países más adelantados como desde fuentes supranacionales resultantes de lo que ha dado en llamarse “convergencia de los derechos administrativos”⁸³ impuesta por la globalización, lo que permite hablar de la formación de un “ius commune administrativum”, que se encuentra en una constante relación de interacción con los derechos nacionales, en los cuales se inserta y a los cuales condiciona en influencia recíproca⁸⁴.

En función de dicha realidad, los derechos administrativos nacionales se explican cada vez más desde su integración en otros sistemas jurídicos más complejos, que no responden a las reglas tradicionales de los ordenamientos jurídicos estatales⁸⁵.

Una manifestación de tal fenómeno se manifiesta en el pasaje de los contratos administrativos a los contratos públicos, cuestión que no encierra solo una cuestión de nombre sino que traduce los esfuerzos realizados desde la Organización Mundial del Comercio, la Unión Europea, el Mercosur y muchos países para, a través de la noción de “poderes adjudicadores”⁸⁶, introducir un concepto eminentemente funcional (y ya no orgánico) de quienes quedan alcanzados por la normativa respectiva, que ya no son solo las administraciones públicas sino también otras entidades del sector público no estatal o privadas creadas para satisfacer necesidades de interés general.

En efecto, frente al abuso de las técnicas jurídicas privadas por las administraciones públicas, debe estarse al dato de la “influencia dominante” del poder público sobre el ente adjudicador y la índole de la actividad de que se trate ya que, cuando se atiende a la satisfacción de necesidades de interés general, los contratos respectivos deberán sujetarse a los procedimientos y controles generales. Ello debe ser así porque la búsqueda de la eficacia (entendida desde una perspectiva económica y no social) en ningún caso puede legitimar la transgresión de previsiones normativas so pretexto de que estas imponen trámites formales cuya observancia es larga o costosa para resolver la cuestión de que se trate⁸⁷.

De este modo, la nueva normativa sobre contratos del sector público adopta un criterio funcional para el tratamiento de la materia, que ya no pivota – como antes – sobre sujetos, sino sobre las diferentes fases del contrato: preparación, selección del contratista, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción⁸⁸.

En tercer lugar, las soluciones jurisprudenciales han intentado acortar la distancia entre “verdad material” y “verdad formal” a propósito

de la interposición por la administración de terceros personificados, mediante la técnica del levantamiento del velo y su prolongación, el “desenmascaramiento”, expresión que se ha usado por algunos autores por la identificación etimológica entre la “máscara” usada por los actores en el teatro antiguo, y la “personificación” como instrumento para “enmascarar” la realidad⁸⁹.

Dicha técnica del levantamiento del velo tiene origen pretoriano norteamericano bajo la denominación de “to disregard the legal entity” o “to pierce the corporate veil”, es decir, allanar la personalidad jurídica o descorrer el velo de la personalidad jurídica, con lo cual se alude al objetivo final del instituto⁹⁰.

Su llegada al campo del derecho público se produce como consecuencia de la proliferación de entidades instrumentales a través de las cuales las administraciones eluden las normas sobre contratación pública e intentan soslayar el régimen jurídico que les es propio⁹¹.

Se trata de propiciar “una visión estrictamente funcional de una realidad múltiple que debe ser entendida como un complejo organizativo, y con ello propugnamos superar la mera formalidad jurídica que califica a cada entidad instrumental como una persona jurídica reconocida por el ordenamiento jurídico con capacidad de configurar una voluntad propia oponible *erga omnes*, incluyendo en esa total autonomía volitiva su relación con la matriz”⁹².

En tal sentido, en Europa, el derecho comunitario ha propiciado “una definición realista de lo que ha de entenderse por poder público a los efectos de asegurar el máximo efecto útil de sus disposiciones que demandan una aplicación uniforme en todos los Estados, no condicionada por el ejercicio de las potestades organizatorias. De esta forma, la jurisprudencia comunitaria, en sectores como las ayudas estatales o la apertura de la contratación pública, no ha mostrado ningún pudor a la hora de levantar el velo de las personificaciones interpuestas, consagrando una noción eminentemente funcionalista del poder público”⁹³.

Es lógico que así sea, ya que la administración no puede irresponsabilizarse a través del sencillo expediente de “enmascarar” su quehacer mediante el uso de figuras asociativas, comerciales o de otro tipo, que se crean o interponen en el tráfico jurídico sin perder su carácter de *alter ego* de la matriz⁹⁴.

4. CONCLUSION

A modo de conclusión, frente a la realidad fugitiva, desde el derecho se impone la reafirmación del principio general de la responsabilidad estatal, en íntima interrelación con los principios de juridicidad y tutela jurisdiccional efectiva, que son sustento del Estado de derecho democrático y social del nuevo siglo y que abogan con sólido fundamento por el retorno al derecho administrativo.

No puede ser de otra manera si se tiene en cuenta la centralidad de la persona ante la existencia misma de las administraciones y de su consiguiente obrar, el cual debe estar presidido por la servicialidad, sea que la misma se manifieste y brinde directa o indirectamente.

El fundamento de esta centralidad –que explica el carácter vicarial de la administración– no es otro que la eminente dignidad humana⁹⁵.

Como bien se ha enseñando, “Es incuestionable que cualquiera que sea la finalidad perseguida por la administración, cualquiera que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo sagrado e inviolable la dignidad de la persona. Y algo más, todos y cada uno de sus actos han de estar informados por este valor esencial”⁹⁶.

¹ Delpiazzo, Carlos E. *Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración*. Montevideo: U.M., 2009, p. 10.

² Gordillo, Agustín. «Responsabilidad del Estado en el Derecho internacional». En: *Jornadas sobre responsabilidad del Estado y del funcionario público*. Buenos Aires: Edit. Ciencias de la Administración - Universidad Austral, 2001, pp. 361 y sgtes.

³ Soto Kloss, Eduardo. «Responsabilidad del Estado por daños de su Administración. Algunos casos de jurisprudencia (2° semestre de 2008)». *Rev. Ius Publicum*. Santiago de Chile, 2009, N° 22, p. 92.

⁴ Delpiazzo, Carlos E. «Actividad administrativa y Derecho privado». *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Montevideo, 2002, Año I. N° 1, pp. 25 y sgtes.; y «Pasado, presente y futuro del Derecho Administrativo». *Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública*. Buenos Aires, 2007, Año XXIX. N° 348, pp. 243 y sgtes.

⁵ Troncoso Reigada, Antonio. *Privatización, empresa pública y Constitución*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 29.

⁶ Muñoz, Guillermo Andrés. «Derecho público y Derecho privado en la organización de la Administración». En: Muñoz, Guillermo Andrés y Grecco, Carlos Manuel. *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 459.

⁷ Delpiazzo, Carlos E. «Los derechos fundamentales y la libertad económica». En: *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Caracas: FUNEDA, 2004, pp. 66-67.

⁸ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. 12ª edición, Madrid: Civitas, 2004, pp. 410-411.

⁹ Parejo Alfonso, Luciano y otros. *Manual de Derecho Administrativo*. Vol. I. 4ª edición, Barcelona: Ariel, 1996, pp. 341 y sgtes.

¹⁰ Delpiazzo, Carlos E. *Actividad administrativa y ...*, p. 26.

¹¹ Martín Retortillo, Sebastián. «Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo». *Rev. de Administración Pública*. N° 140, Madrid, 1996, p. 36.

- ¹² Sala Arquer, José Manuel. «Huida al Derecho privado y huida del Derecho». *Rev. Española de Derecho Administrativo*. N° 75. Madrid: Civitas, 1992, p. 399.
- ¹³ Villar Palasí, José Luis. «Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones públicas». En: AA.VV. *Administración instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo*. T. I. Madrid: Civitas, 1994, pp. 164-165.
- ¹⁴ Fernández Montalvo, Rafael. «Régimen de contratación de la administración instrumental». En: AA.VV. *La Administración Instrumental. VIII Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Sevilla, 2005, pp. 123-124.
- ¹⁵ Ballesteros Fernández, Ángel. «La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz». *Rev. de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. N° 300-301. Madrid, 2006, p. 565.
- ¹⁶ Ortiz Mallo, José. «La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas». En: AA.VV. *La Administración Instrumental. VIII Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Sevilla, 2005, p. 192.
- ¹⁷ Garrido Falla, Fernando. «Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas». En: AA.VV. *Administración Instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo*. T. I. Madrid: Civitas, 1994, p. 29.
- ¹⁸ Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio. «La huída del Derecho administrativo, la personalidad jurídica de las administraciones públicas y el principio de eficacia. Reflexiones». En: AA.VV. *Administración Instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo*. T. I. Madrid: Civitas, 1994, p. 1006.
- ¹⁹ Meilan Gil, José Luis. «La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica». En: AA.VV. *Administración Instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo*. T. II. Madrid: Civitas, 1994, p. 975.
- ²⁰ Garrido Falla, Fernando. *Origen y evolución de ...*, p. 39.
- ²¹ Meilan Gil, José Luis. *La funcionalidad de los entes ...*, p. 988.
- ²² Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio. *La huída del derecho administrativo, la personalidad ...*, p. 1009.
- ²³ Delpiazzo, Carlos E. *Derecho Administrativo Uruguayo*. México: Porrúa - UNAM, 2005, pp. 123 y sgtes., y *Derecho Administrativo Especial*. Vol. I, Montevideo: A.M.F., 2009. Segunda edición actualizada y ampliada. pp. 165 y sgtes.
- ²⁴ Delpiazzo, Carlos E. «Actividad empresaria del Estado». *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*. Tomo VII. N° 39. Montevideo, 1999, p. 229; y Brito, Mariano R. y Delpiazzo, Carlos E. *Derecho Administrativo de la Regulación Económica*. Montevideo: U.M., 1998, p. 60.
- ²⁵ Dromi, José Roberto. *Derecho Administrativo Económico* T. I. Buenos Aires: Astrea, 1977, pp. 36 -37.
- ²⁶ Echevarría Petit, José Luis. «Actuación del Estado a través de personas de Derecho privado: la huída del Derecho público». *Rev. de Derecho y Tribunales*. N° 5. Montevideo, 2007, pp. 121 y sgtes.
- ²⁷ Delpiazzo, Carlos E. *Estudios sobre la Responsabilidad ...*, pp. 71 y sgtes.
- ²⁸ Mariano R. Brito. «Responsabilidad extracontractual del Estado administrativa, legislativa y jurisdiccional». En: *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*. Montevideo: F.C.U., 1996, p. 130.
- ²⁹ Delpiazzo, Carlos E. «Responsabilidad de la Administración en Uruguay». *Rev. Iberoamericana de Administración Pública*. N° 10. Madrid: INAP, 2003, pp. 31 y sgtes.; «Enfoque actual de la responsabilidad administrativa». En: *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*. México: UNAM, 2005. Volumen sobre Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos, pp. 227 y sgtes.; y «Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva». En: *Estudios Jurídicos en homenaje a Mariano R. Brito*. Montevideo: F.C.U., 2008, pp. 972 y sgtes.
- ³⁰ Delpiazzo, Carlos E. *Derecho Administrativo Uruguayo*. México: UNAM - Porrúa, 2005, pp. 12 y 13.
- ³¹ Real, Alberto Ramón. *Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya*. Montevideo, 1965, p. 16, y En: AA.VV. *Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado*. Montevideo: F.C.U., 2001, pp. 87 y sgtes.
- ³² Brito, Mariano R. *Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*. Montevideo: U.M., 2004, pp. 37 y sgtes.
- ³³ Soto Kloss, Eduardo. *Derecho Administrativo*. T. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 20.
- ³⁴ Del Vecchio, Giorgio. *Los principios generales del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 49.
- ³⁵ Cajarville Peluffo, Juan Pablo. «Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya». En: *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*. Montevideo: F.C.U., 1996, pp. 173 y sgtes., y en AA.VV. *Los principios generales de ...*, pp. 137 y sgtes.
- ³⁶ Barbe Pérez, Héctor. «Los principios generales de Derecho como fuente de Derecho administrativo en el Derecho positivo uruguayo». En: *Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga*. Montevideo, 1958, pp. 37 y sgtes., y En: AA.VV. *Los principios generales ...*, pp. 19 y sgtes.

- ³⁷ Delpiazzo, Carlos E. «Eficacia aplicativa de los principios generales de Derecho en la contratación administrativa». *Anuario de Derecho Administrativo*. T. XIII, pp. 65 y sgtes.
- ³⁸ Soto Kloss, Eduardo. *Derecho Administrativo ...*, pp. 285 y sgtes.
- ³⁹ Delpiazzo, Carlos E. «La responsabilidad en el Derecho Público uruguayo». *Rev. de Derecho*. N° 3. Montevideo: Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay, 2008, pp. 59 y sgtes.; «Acercas de la imputación de la responsabilidad del Estado en el Derecho comparado actual». *Suplemento de Derecho Administrativo de Rev. El Derecho*. Año XXXVIII, N° 9975, Buenos Aires, 30 de marzo de 2000, pp. 17 y sgtes.; y «Responsabilidad del Estado para con los ciudadanos de América Latina». En: *Rev. de Direito Administrativo e Constitucional*. N° 28. Curitiba, 2007.
- ⁴⁰ Bandeira De Mello, Celso Antonio. *Curso de Derecho Administrativo*. México: Porrúa - UNAM, 2006, p. 851.
- ⁴¹ Delpiazzo, Carlos E. «Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva...» pp. 974 y sgtes., y «La responsabilidad en el Derecho Público uruguayo...», pp. 67 y sgtes.
- ⁴² Bandeira De Mello, Celso Antonio. *Curso de Derecho Administrativo...*, pp. 671 y sgtes.
- ⁴³ Ballesteros Fernández, Ángel. *La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz...*, pp. 570 y sgtes.
- ⁴⁴ Delpiazzo, Carlos E. *Manual de Contratación Administrativa*. T. II. Montevideo, 1993, p. 88; y *Contratación Administrativa*. Montevideo: U.M., 1999, reedición 2004, p. 404.
- ⁴⁵ Cajarville Peluffo, Juan Pablo. *Sobre reforma del Estado y Derecho Administrativo*. Montevideo: Edit. Universidad, 1996, p. 18.
- ⁴⁶ De La Cuetara, Juan Miguel. «Tres postulados para el nuevo marco jurídico de los servicios públicos». En: AA.VV. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 134.
- ⁴⁷ Sayagues Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1963, Tomo I. p. 660; y Martins, Daniel Hugo. «La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya». *Rev. de Derecho Público y Privado*. T. 30, p. 282.
- ⁴⁸ Cajarville Peluffo, Juan Pablo. *Sobre reforma del Estado y Derecho Administrativo...*, p. 22.
- ⁴⁹ Jiménez De Arechaga, Justino. *La Constitución del Uruguay de 1952*. T. II. Montevideo: C.E.D., 1966, p. 315.
- ⁵⁰ De La Cuetara, Juan Miguel. «Tres postulados para el nuevo marco jurídico de los servicios públicos...», pp. 158 y sgtes.
- ⁵¹ Morell Ocaña, Luis. *Curso de Derecho Administrativo*. T. II. Pamplona: Aranzadi, p. 407.
- ⁵² González Varas Ibañez, Santiago. «La responsabilidad administrativa en casos de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas». *Rev. Española de Derecho Administrativo*. N° 123. Madrid: Civitas, 2004, p. 410.
- ⁵³ Así: sentencia del Tribunal Supremo español de 25 de octubre de 1996. En igual sentido: sentencias de 4 de junio de 1992 y de 25 de octubre de 1996.
- ⁵⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. T. II. 9ª edición, p. 391.
- ⁵⁵ Brito, Mariano R. «Planificación y libertad en el Estado social de Derecho». *Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos*. Año I, N° 1. Montevideo, 1977. pp. 35, 40 y sgtes.
- ⁵⁶ Brito, Mariano R. «Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo». *Rev. La Justicia Uruguaya*. T. XC, sección Doctrina, pp. 11 y sgtes.
- ⁵⁷ Meilan Gil, José Luis. *La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica...*, T. II, p. 988.
- ⁵⁸ Ortiz Mallol, José. *La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas...*, p. 194.
- ⁵⁹ Montoro Chiner, María Jesús y Hill Prados, María Concepción. *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*. Barcelona: Atelier, 2002, p. 102.
- ⁶⁰ Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, T. I, p. 364.
- ⁶¹ Ballesteros Fernández, Ángel. *La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz...*, p. 571.
- ⁶² Delpiazzo, Carlos E. *Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración...*, pp. 31 y sgtes.
- ⁶³ Delpiazzo, Carlos E. «Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo». En: *Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. La Coruña: Netbiblo, 2008, pp. 607 y sgtes.; y En: Brito, Mariano R.; Cajarville Peluffo, Juan Pablo; Delpiazzo, Carlos E. y Duran Martínez, Augusto. *Los principios en el Derecho Administrativo Uruguayo*. Montevideo: A.M.F., 2009, p. 47.
- ⁶⁴ Hauriou, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid, 1968, p. 53.
- ⁶⁵ Jeanneau, Benoît. *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*. París: Sirey, 1954, p. 134.
- ⁶⁶ Delpiazzo, Carlos E. *Texto Ordenado de Procedimiento Administrativo*. Montevideo: F.C.U., 2008, p. 15.
- ⁶⁷ Delpiazzo, Carlos E. *Derecho Administrativo Uruguayo...*, pp. 7 y 178.
- ⁶⁸ Duguit, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. T. III. París, 1930, pp. 732-733.

- ⁶⁹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. T. I. Madrid: Iustel, 2005, pp. 86 -87.
- ⁷⁰ Parejo Alfonso, Luciano y otros. *Manual de Derecho Administrativo...* Vol. 1. 4ª edición, p. 68.
- ⁷¹ Urosa Maggi, Daniela. *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano*. Caracas: FUNEDA, 2003, pp. 89-90.
- ⁷² Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General...*, T. I. p. 88.
- ⁷³ Delpiazzo, Carlos E. «Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva». En: *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito*. Montevideo: F.C.U., 2008, pp. 967 y sgtes.
- ⁷⁴ González Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 2001, p. 57.
- ⁷⁵ Delpiazzo, Carlos E. «Medidas cautelares en el Derecho Administrativo». En: *Curso sobre medidas cautelares*. Montevideo: F.C.U., 1999, pp. 207 y sgtes.; «Medidas cautelares frente a la Administración». En: *Anuario de Derecho Administrativo*. T. XV. pp. 63 y sgtes.; e «Importancia de las medidas cautelares en los contenciosos administrativos». En: *Tribuna del Abogado*. N° 155, Montevideo, 2007, pp. 28 y sgtes.
- ⁷⁶ Cajarville Peluffo, Juan Pablo. «Incumplimiento de sentencias y responsabilidad estatal». En: *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito*. Montevideo: F.C.U., 2008, pp. 925 y sgtes.; y Durán Martínez, Augusto. «Ejecución de la sentencia anulatoria en el contencioso administrativo uruguayo». *Rev. La Justicia Uruguaya*. T. 136. Sección Doctrina, pp. 141 y sgtes.
- ⁷⁷ Delpiazzo Antón, Gabriel. *Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración*. Montevideo: U.M., 2009, pp. 68 y sgtes.
- ⁷⁸ Ariño Ortiz, Gaspar y otros. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 1999, pp. 66 y sgtes.
- ⁷⁹ Gordillo, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 4ª edición Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997, pp. II-18.
- ⁸⁰ Fernández, Tomás Ramón. *Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria*. Buenos Aires: La Ley, 2002, p. 23.
- ⁸¹ Fernández, Tomás Ramón. *Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria...*, p. 27.
- ⁸² Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. «La vuelta al Derecho Administrativo. A vueltas con lo privado y lo público». *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Año IV. N° 7. Montevideo, 2005, pp. 89 y sgtes.
- ⁸³ Cassese, Sabino. «El problema de la convergencia de los Derechos administrativos». *Rev. Actualidad en el Derecho Público*. N° 5, Buenos Aires, 1996, pp. 3 y sgtes.
- ⁸⁴ Muñoz Machado, Santiago. *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Madrid: Alianza, 1993, p. 128.
- ⁸⁵ Cassese, Sabino. *La globalización jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 23 y sgtes.
- ⁸⁶ Gimeno Feliu, José María. «La necesaria interpretación subjetivo funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública». *Rev. de Administración Pública*. N° 151. Madrid, 2000, pp. 425 y sgtes.
- ⁸⁷ Gimeno Feliu, José María. *El control de la contratación pública*. Madrid: Civitas, 1995, pp. 115 y sgtes.
- ⁸⁸ Meilan Gil, José Luis. *La estructura de los contratos públicos*. Madrid: Iustel, 2008, pp. 157 y sgtes.
- ⁸⁹ Álvarez de Toledo Quintana, Lorenzo. *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*. Madrid: Colex, 1997, p. 17.
- ⁹⁰ Olivera García, Ricardo y Olivera Amato, Juan Martín. «El disregard of legal entity en la jurisprudencia». *Anuario de Derecho Comercial*. Montevideo, 2004, T. 10. pp. 360 y sgtes.
- ⁹¹ Ortiz Vaamonde, Santiago. *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo*. Madrid: La Ley, 2004, pp. 161 y sgtes., 455 y sgtes., y 499 y sgtes.
- ⁹² Ortiz Mallol, José. *La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas ...*, p. 193.
- ⁹³ Caruz Arcos, Eduardo. «La contribución del Derecho comunitario a la definición de la fundación privada de influencia pública dominante como ente instrumental de las administraciones públicas». En AA.VV. *La Administración Instrumental*. VIII Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Sevilla, 2005, p. 14.
- ⁹⁴ Parejo Alfonso, Luciano. *El juego de la técnica del levantamiento del velo el caso de personas jurídicas creadas por o en mano de la Administración pública...*, p. 31.
- ⁹⁵ Delpiazzo, Carlos E. *Dignidad humana y Derecho*. Montevideo: U.M., 2001, pp. 27 y sgtes.
- ⁹⁶ González Pérez, Jesús. *La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 13.

DERECHO E INTERNET*

FERNANDO GALINDO*

Resumen

Junto con otros profesores iniciamos varias investigaciones interdisciplinarias dirigidas a establecer relaciones entre derecho e informática. El tema central de las investigaciones era la comunicación jurídica, y más en concreto, el estudio de las posibilidades de poner a disposición de juristas, por medio de tesauros, el almacenamiento y la recuperación de documentación jurídica, utilizando como instrumento auxiliar las Tecnologías de la Información y la Comunicación. En cuanto Internet se hizo real apareció otro tipo de investigación: se consideró cuáles eran los requisitos a satisfacer para garantizar los derechos de las personas a comunicar libremente sus pensamientos en la recuperación o acceso a la información. Estos trabajos fueron los dedicados a gestión de la identificación y firma electrónica. En la actualidad volvemos a la idea de tesoro combinándola con la de firma, intentando poner en práctica el objetivo de construir sistemas que permitan, utilizando internet en la mayor medida posible, a todos los ciudadanos en la sociedad en red, el libre acceso y recuperación de documentación jurídica. Labor que es consecuencia de las virtualidades de internet: es posible realizar trabajos conjuntos, de carácter "colaborativo", entre grupos de investigación dedicados a derecho e informática que permitan dicho amplio y, a la vez, concreto acceso. Este fue el punto de partida para establecer la Red Jurídica para la Sociedad de la Información: LEFIS (Legal Framework for the Information Society), organización fundada por el grupo de investigación.

Palabras clave.- Derecho e informática – Sociedad en red – Tecnologías de la información y la comunicación – Red LEFIS.

Abstract

Jointly with other professors, we began several interdisciplinary investigations aimed at establishing relations between the law and information technology. The central subject of the investigations was the legal communication, and more specifically, the study of the possibility of providing scholars, through thesaurus, with the storage and recovery of legal documentation, using the information and communication technologies as an auxiliary instrument. As soon as the Internet was materialized, another type of research appeared, considering the requirements to be met to guarantee the rights of persons to freely communicate their thoughts in the recovery of or access to the information. The referred works were those dedicated to the management of electronic identification and signature. At present, we return to the idea of the thesaurus combining it with the idea of the signature, in an attempt to put into practice the goal of building a system that will allow –making use of the Internet as much as possible– all citizens in the online society, free access

* Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho. Universidad de Zaragoza. cfa@unizar.es

* El presente trabajo es el texto de la ponencia que con el mismo título fue presentada en el XIII Congreso de FIADI que tuvo lugar en la Universidad de Lima entre el 10 y el 14 de noviembre de 2009.

to and the recovery of legal documentation. A task that is a consequence of the virtual qualities of the Internet: joint works, of a "collaborative" nature can be carried out among research groups engaged in law and information technology that will enable the referred wide and, at the same time, specific access. This was the starting point to establish the Legal Framework for the Information Society or LEFIS, an organization founded by the research group.

Key words: Law and Information Technology – online society – Information and Communication Technologies – LEFIS network.

Sumario

1. Introducción. 2. Tesauro. 3. Identificación. 4. La sociedad en red. 4.1. Materias. 4.2. El campus virtual compartido en derecho y tecnologías de la información y la comunicación. 4.3. La red LEFIS. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo quiere introducir a la relación entre derecho e internet a partir de la experiencia desarrollada en derecho e informática, contando con determinados datos: el cambio del objeto de interés que ha acarreado la aparición de internet para un conjunto de investigaciones que fueron iniciados en los años ochenta del pasado siglo y que se mantienen hasta la actualidad. El procedimiento va a permitir expresar algunas de las implicaciones que comporta el uso de internet en el terreno del derecho y la informática.

El trabajo quiere dar cuenta, en concreto, de varias investigaciones, realizadas desde los años ochenta hasta la actualidad, caracterizadas por el hecho de que, tomando como objetivo guía de las mismas la elaboración de propuestas orientadas a promover el cambio de las prácticas jurídicas en sociedades democráticas, han utilizado como instrumento para construirlas los recursos tecnológicos propios del momento histórico estudiado, una vez que el desarrollo tecnológico es uno de los causantes de los cambios sufridos por las actividades de los profesionales del derecho a lo largo del periodo, así como ha posibilitado el establecimiento y consolidación de la "sociedad en red"¹ en la que vivimos.

Las referencias tecnológicas concretas utilizadas han sido:

1. Las virtualidades de los sistemas de recuperación de documentación, que permitieron ampliar y expandir el acceso del contenido de las normas jurídicas a los ciudadanos, desde mediados de los ochenta, facilitando su salida del círculo limitado del conocimiento de las mismas por los espe-

cialistas en derecho, colaborando así a posibilitar la puesta en acción del principio democrático que establece que la ley es la voluntad del pueblo, creada por sus representantes en asamblea en nombre del pueblo².

2. El uso de las técnicas criptográficas como instrumentos de garantía democrática de la expansión de internet, al constituirse las mismas como medio de preservar la puesta en práctica de los principios jurídicos fundamentales del Estado de derecho, especialmente los referidos a la salvaguarda de las libertades de expresión y opinión, desde mediados de los noventa, en relación al uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la transmisión y recepción de comunicaciones³, y
3. El uso democrático de las TIC en la práctica jurídica profesional diaria como instrumentos inevitables para la puesta en realidad de la “sociedad en red”, en relación a la procuración de servicios públicos por parte de las administraciones e impartición de justicia a través de los procedimientos judiciales propios del Estado de derecho, que se prevé tengan lugar en la actualidad y próximos años (Saarenpää, 2008).

De todo ello trata este trabajo. Con lo cual nos ocupamos aquí de presentar, resumidamente, las actividades principales realizadas por el grupo interdisciplinario de investigación denominado “Protección de datos y firma electrónica”⁴, en relación a los siguientes objetos de investigación:

1. Tesoros jurídicos.
2. Uso de mecanismos de identificación de personas.
3. Establecimiento democrático de la sociedad en red con respecto al ejercicio de actividades jurídicas por profesionales del derecho, y
4. Constitución, implantación y mantenimiento de la red LEFIS⁵ junto con otros grupos de investigación, como forma de hacer operativa en la “sociedad en red” la relación entre derecho e internet en el ámbito del derecho y la informática.

Cada apartado de este trabajo (del 2 al 4) se dedica a la presentación de las investigaciones. El último apartado (5) propone una conclusión.

2. TESAURUS

En la segunda mitad de los ochenta del siglo XX, cuando se trataba de explorar las posibilidades que ofrecían las “Tecnologías de la información y la comunicación (TIC) al ámbito jurídico, iniciada la aplicación de dichas TIC

a la gestión de la administración de justicia en juzgados y tribunales, parecía adecuado, a efectos de considerar posibles consecuencias de dicha aplicación en la actividades jurídicas propias del Estado de derecho y despertar interés sobre la materia a futuros juristas formados en las facultades de derecho, tomar como referencia para la exploración de dichas posibilidades a teorías del derecho que preconizaban realizar un estudio del derecho a partir de las características propias del lenguaje de las normas en cuanto expresión formal de las leyes aprobadas en el Parlamento por los representantes democráticos de los ciudadanos.

Existía en la época un amplio consenso doctrinal que estimaba que teorías y técnicas TIC deberían auxiliar a la generación automática de normas (Sánchez-Mazas, 1978) (DeBessonnet, 1984).

El establecimiento de colecciones de palabras, convenientemente estudiadas y depuradas, expresivas de textos jurídicos o problemas jurídicos, recopiladas en forma de diccionarios o tesauros era la primera fase del trabajo a realizar, que estaba destinado a la generación posterior de normas.

Ello era todavía más factible si ocurría, como así se quería hacer en las investigaciones emprendidas por el grupo, que se consideraban variantes de dichas teorías del derecho las posibilidades que ofrecían aspectos concretos de la discusión filosófico-jurídica del momento. Especialmente los estudios realizados desde la teoría de la argumentación jurídica sobre las diferentes actividades propias de los profesionales del derecho en el Estado de derecho: interpretación y aplicación de las leyes fundamentales (Aarnio, Alexy, Peczenick, 1981) (Habermas, 1981).

A estos efectos, conjuntamente con varios profesores procedentes de las matemáticas (álgebra y estadística), y de las materias dogmáticas que se explican en las facultades de derecho desde el siglo XIX (en concreto derecho civil, derecho penal y derecho administrativo), comenzamos (desde la filosofía del derecho), en la época señalada (mediados de los ochenta), a realizar investigaciones interdisciplinarias relacionadas, en el marco teórico señalado, con los resultados más provechosos para la época de las TIC: sus posibilidades para almacenar y recuperar documentación jurídica, y para representar el conocimiento jurídico por medio de los lenguajes de programación lógica.

Con esto se pone de manifiesto que el objetivo de las investigaciones iba más allá de la recuperación de documentación. Se quería, también, utilizar las posibilidades que ofrecían los programas denominados “sistemas expertos”

para acceder y recuperar textos jurídicos de interés local. El ejemplo inicial quedó constituido por la legislación de carácter civil propia de la Comunidad Autónoma de Aragón en España.

Con ello se quería poner a disposición de expertos jurídicos y ciudadanos dicha normativa utilizando como herramienta auxiliar diálogos y argumentos típicos en los que quedaban esquematizadas o representadas las actividades jurídicas.

A esta investigación la denominamos construcción de un tesoro jurídico inteligente⁶.

Las consecuencias de estas actividades fueron excelentes en lo que se refiere a la construcción de bases de datos jurídicas integradas por legislación, jurisprudencia y doctrina sobre una materia de especial interés en la Comunidad Autónoma como el derecho histórico y vigente de Aragón⁷. En efecto, fruto de las investigaciones fue el establecimiento de canales, las expresadas bases de datos, que permitían acceder a juristas y ciudadanos interesados el contenido de un derecho cuya vida fue limitada por razones históricas: la tendencia centralizadora que se asentó en España a partir del XVIII por influencia del racionalismo ilustrado propio de la organización del poder político de la época, tendencia rectificada a partir del establecimiento de la Constitución española de 1978, básicamente, reconocedora del Estado de las Autonomías y del ejercicio del principio político de separación de poderes por las entidades autonómicas.

Distinto fue el resultado de las investigaciones en lo relativo a la construcción de sistemas expertos, que facilitarían a ciudadanos y especialistas el acceso a textos jurídicos concretos referidos al ejercicio de derechos propios facultados por el ordenamiento. Estos sistemas, efectivamente, se construyeron pero no pudieron pasar de la fase de prototipo⁸, siendo expresados en forma de programas construidos en lenguajes de programación propios de la denominada inteligencia artificial.

Los sistemas expertos eran programas que respondían a través de diálogos a posibles preguntas simples referidas a cuáles son algunas de las normas específicas, distintas a las generales españolas, que regulaban la obtención de la mayoría de edad en la Comunidad Autónoma de Aragón.

Más adelante se desarrollaron por el grupo otras investigaciones que representaban no tanto el contenido de normas cuanto que el de acciones procesa-

les a plantear en un juzgado o tribunal sobre determinada materia⁹. Con ello se incrementó la eficacia del modelo pero este seguía sin poder probar su utilidad al faltar los recursos e interés con los que pasar a la prueba “industrial” del mismo.

La conclusión alcanzada en estas investigaciones estaba referida a que su planteamiento era preliminar, hablando en términos tecnológicos, y a que no existía interés por la aplicación de las mismas. En aquellos tiempos comenzaba la lenta explotación de la documentación jurídica que quedaba almacenada en soporte digital por empresas e instituciones públicas. Se observó que en la época no era posible obtener, al menos en el contexto español, resultados prácticos, programas o aplicaciones originadas a partir de este tipo de investigación.

Hay que decir que en cambio, sí que se obtuvo como producto de las investigaciones referidas detallados estudios y aproximaciones referidas a la expresión de las características propias de la actividad del acceso a textos jurídicos, y del resto de actividades profesionales de juristas¹⁰, así como al concepto de derecho, llegando a definir a este como actividad justa de juristas con relación a textos jurídicos (Galindo, 1993)¹¹.

3. IDENTIFICACIÓN

En cuanto la red internet se hizo operativa, comenzando a ponerse en acción las comunicaciones en tiempo real por medio del uso de las TIC, al, inicialmente, poderse enviar y recibir mensajes a través del correo electrónico, o comprar productos a proveedores de bienes y servicios a través de internet, mediante lo que muy pronto se denominó comercio electrónico, se consideraron como objetos de investigación propios del grupo, los siguientes:

1. La continuación del desarrollo de propuestas dirigidas a auxiliar a las actividades jurídicas utilizando sistemas de recuperación de información, auxiliados por las telecomunicaciones, más sofisticados, en relación a dominios concretos¹².
2. La elaboración de propuestas dirigidas a garantizar los derechos de personas concretas a comunicar sus pensamientos y decisiones libremente en el momento de transmitir y recibir información, utilizando recursos que posibilitaban una mayor y mejor recuperación de información jurídica, en forma adaptada a necesidades concretas de usuarios identificables. Estos fueron los trabajos dirigidos a garantizar la gestión de la identificación de

emisores y receptores de mensajes y la garantía de la preservación de la integridad del contenido de los mensajes por medio de la firma electrónica¹³.

Estas investigaciones han sido desarrolladas desde la segunda mitad de los noventa.

Las investigaciones sobre elaboración de sistemas de recuperación de documentación jurídica estuvieron influidas por el hecho de que en España el acceso libre a la documentación jurídica por todos los ciudadanos se produjo por iniciativa de las instituciones públicas responsables de su creación, paulatinamente, desde la segunda mitad de los años noventa. En otros países no tuvieron lugar estas iniciativas públicas. Esto hizo que en España no surgiera la necesidad del establecimiento de centros de investigación que se ocuparan de hacer públicos, de forma no oficial, los textos jurídicos utilizando las TIC.

Se entendía fácilmente el surgimiento de dichos centros de investigación. Según los principios del Estado de derecho las normas son de acceso público: las elaboran los representantes de los ciudadanos. Si solo eran accesibles en su literalidad mediante la utilización de sistemas de recuperación de documentación cuyos propietarios eran empresas, cuyos servicios debían ser pagados por sus usuarios, no se satisfacían los principios de libre acceso a los textos jurídicos. Los centros de investigación de otros países se ocupaban, por ello, de romper esta dinámica de comercialización de la difusión de los textos jurídicos almacenados en formato digital, promoviendo su publicidad mediante el establecimiento de colecciones documentales “no oficiales” “on line” abiertas al acceso de las mismas por todos los ciudadanos¹⁴.

En cambio en España, como decimos, la legislación y los reglamentos administrativos se han hecho accesibles por los canales oficiales a cualquier persona, libremente, en internet desde 1995¹⁵. Desde esas fechas el Boletín Oficial del Estado, órgano oficial de publicación de las normas estatales está a disposición de los ciudadanos. Lo mismo ocurre, prácticamente, con respecto a las normas promulgadas por todas las comunidades autónomas.

Estas iniciativas se generalizaron formalmente a partir de 1 de enero de 2004.

En lo referido a la documentación judicial, en 1997 el Consejo General del Poder Judicial estableció el Centro de Documentación Judicial como entidad responsable para hacer públicas las sentencias del Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, Audiencias y otras entidades judiciales.

El campo de acción de las empresas quedaba abierto, en uno y otro caso, en el sentido de que ellas, siguiendo las pautas establecidas para el tratamiento y recuperación de documentación jurídica por el Consejo de Europa, la Comunidad Europea y las normas propias de cada país, podían dar acceso a dicha documentación utilizando sistemas de recuperación desarrollados por las mismas, percibiendo a cambio de sus servicios el importe correspondiente.

Estas circunstancias originaron que el grupo de investigación centrara su trabajo, no tanto en la construcción de sistemas genéricos de recuperación de documentación jurídica, cuanto que en la construcción de sistemas de ayuda a las decisiones jurídicas hechas por instituciones concretas, o por la propia administración, los juzgados y los profesionales del derecho, utilizando nuevos sistemas TIC, como el correo electrónico e internet, cuyo uso comenzaba a generalizarse en la época considerada (segunda mitad de los noventa)¹⁶.

La estrategia permitió fijarse en el estudio de los cambios organizativos y funcionales que estos usos reclamaban de las diferentes organizaciones y agentes jurídicos. Es por ello que a comienzos de los años dos mil el estudio se centró en lo que se iniciaba en la época nominándolo con la expresión gobierno electrónico o administración electrónica, pudiendo estudiarse así la expansión del uso de las técnicas de gobernanza, o de eficacia, en la acción jurídica de las administraciones públicas¹⁷.

A la vez se puso especial énfasis en el estudio de las características y requisitos de la transmisión y recepción de mensajes electrónicos utilizando internet. Especialmente se estudiaron sus virtualidades (las posibilidades de comunicarse en tiempo real con interlocutores situados en cualquier lugar del mundo), sus debilidades (las posibilidades de conocerse por terceros el contenido de los mensajes y la suplantación de emisores o receptores de mensajes) y la solución a estas últimas. Solución que, desde la segunda mitad de los noventa, quedó centrada, especialmente, también normativamente, en el uso del cifrado de clave pública, al considerarlo como un recurso adecuado, capaz de solventar las debilidades de los sistemas de comunicaciones facilitados por internet consistentes en el hecho de que las comunicaciones realizadas con este recurso eran susceptibles de ser vistas, modificadas y falsificadas por terceras personas.

Era el momento de la promulgación de directivas europeas y normas estatales centradas en la regulación de la "firma electrónica", la construcción de infraestructuras de clave pública y la regulación de los servicios de la sociedad de la información, que permitían hacer realidad dicha normativa¹⁸.

De aquellos años (más precisamente: de 1997 a 2000) son los trabajos del grupo destinados a discurrir, junto a juristas como notarios, registradores de la propiedad, procuradores de los tribunales y abogados, sobre las características que debía tener la confianza en el uso de las TIC cuando se recurría a internet, y a proponer la construcción de instituciones o sistemas, entidades de certificación de clave pública, dedicados a potenciarla y promoverla atendiendo a los principios propios del Estado de derecho¹⁹.

Se hablaba de confianza porque la utilización de las claves públicas como recurso para establecer la solución a las debilidades de las comunicaciones de internet mediante el uso de su cifrado, requería el establecimiento de servicios de infraestructura de clave pública, que tenían como función asegurar que la clave identificativa de los mismos usuarios o de los mensajes enviados cifrados era propia de una u otra persona que había confiado sus datos personales como titular de la clave a una tercera parte: la entidad titular de la infraestructura de clave pública. La confianza requería depositar información personal en terceras partes, con el fin de lograr una identificación segura en internet utilizando claves públicas, o lo que es lo mismo en la práctica del comercio hecha utilizando los medios de comunicación (las TIC)²⁰ o, más recientemente, en el acceso a los servicios públicos a través de lo que se ha venido a denominar administración electrónica o gobierno electrónico.

En esta época el grupo constituyó entidades de certificación de clave pública junto a notarios²¹ y registradores, que sirvieron de base para el establecimiento de entidades de certificación no oficiales administradas por el grupo de investigación, que son utilizadas en la actualidad en ámbitos docentes y de investigación²².

4. LA SOCIEDAD EN RED

Por el desarrollo tecnológico sucedido en los últimos años, a nadie le puede extrañar que en la actualidad sea posible el funcionamiento de la sociedad en red, también denominada sociedad omnipresente²³. Es decir, el funcionamiento de una sociedad en la que se puede realizar actividades concretas, con obtención instantánea de efectos jurídicos y económicos para las mismas, desde cualquier lugar (el de residencia habitual u otro), siempre que se cuente con una conexión TIC.

Así es: la realización de actividades a distancia como compraventas de productos, obtención de servicios públicos (certificados, cobro de pensiones), satisfacción de obligaciones como personas y ciudadanos (pago de tributos), transacciones económicas, transacciones bancarias, trabajo desde casa o a dis-

tancia, aprendizaje, visionado de películas, visionado de televisión, consulta de documentación, uso de medios audiovisuales, realización de juegos [...] son posibles, teniendo los correspondientes efectos, siempre que se cuente con herramientas TIC y mecanismos que permitan, especialmente, como hemos visto en el apartado anterior, la identificación fiable de quienes las realizan.

Por lo mismo, también es posible, utilizando idénticos recursos, la realización a distancia de actividades propias de profesionales del derecho: envío y recepción de notificaciones, transmisión de documentos, grabación en video y audio de procesos judiciales, realización de testificaciones, presentación de informes de peritos, interrogatorios a testigos y acusados, declaraciones de las partes en un proceso [...].

Ha de tenerse en cuenta, además, que ello es propiciado por el hecho de que desde una perspectiva política, vivimos hoy en la sociedad de la gobernanza, expresión en la que se resume la puesta en práctica por las instituciones públicas del ideal de eficiencia y sus reglas, ya probadas en el ámbito privado: en la gestión de empresas, en la gestión administrativa, y que estas reglas se van convirtiendo progresivamente en reglas de acción propias de la administración pública o de la administración de justicia, en convivencia con otros principios jurídicos de acción como son los de participación y legalidad propios del Estado de derecho²⁴.

Todo lo cual significa que han venido a introducirse en el ámbito jurídico pautas de acción que no son las que lo regían hasta hace poco. Especialmente ha cobrado trascendencia el uso de las técnicas de gestión desarrolladas en el ámbito empresarial, a diferencia del pasado en el que la gestión de carácter administrativo o judicial estaba ordenada, básicamente, por la aplicación del principio de legalidad.

Los cambios están reconocidos institucionalmente: hay que tener en cuenta la existencia de normas referidas a cambios organizativos o procesales de la administración de justicia, por ejemplo, que han plasmado en la reforma de la oficina judicial. Estas normas distinguen funcional e institucionalmente entre la labor del juez, que toma decisiones judiciales propiamente dichas, y la del secretario o personal auxiliar, que se ocupan de la gestión de la tramitación de las mismas, o propugnan el establecimiento de cartas de servicios en dicha administración.

Es otro hecho, prescrito por la legislación, el uso de las TIC para agilizar las comunicaciones que tienen lugar entre los juzgados y, por supuesto, entre los ciudadanos y las oficinas responsables de los servicios públicos, justamente con el fin de mejorar la calidad de los servicios prestados a los ciudadanos.

Estas circunstancias han hecho al grupo continuar, con mayor razón que la existente en los años ochenta, las líneas de investigación dirigidas a estudiar y comprender cuáles son las características de las actividades jurídicas democráticas en la sociedad en red, y a proponer a futuros juristas pautas de aprendizaje y reflexión críticas, coherentes con la dotación de las competencias profesionales que son precisas para realizar dichas actividades, con el fin de que puedan realizar conscientemente, reflexivamente, críticamente, democráticamente, su trabajo²⁵. Trabajo que tiene características distintas al de tiempos recientes en los que, por ejemplo, la función de las TIC quedaba reducida a ser la de buenos instrumentos auxiliares o mejoradas máquinas de escribir, o programas que facilitaban, genéricamente, la recuperación de documentación jurídica.

Con ello se responde al hecho de que en la actualidad es posible que personas concretas ejerciten sus obligaciones y derechos como profesionales del derecho, trabajador, profesional, estudiante, propietario, vendedor, usuario, comprador o ciudadano desde una terminal TIC: ordenador o teléfono móvil, por ejemplo, a la vez que quedan preservadas las garantías que establecen los ordenamientos democráticos al ejercicio de los respectivos derechos y obligaciones.

Es por ello que en la actualidad el grupo continúa poniendo en práctica la idea de elaborar un “tesauro jurídico inteligente” que permita un acceso individualizado a documentación jurídica, o lo que es lo mismo continúa la construcción de sistemas de recuperación de documentación, junto a la de infraestructuras de clave pública que dan confianza al uso de la firma electrónica, intentando hacer real el objetivo de construir sistemas que permitan, en la mayor medida posible, a personas legitimadas, el libre acceso, la transmisión y la recuperación de documentación jurídica utilizando internet y poner en práctica el ejercicio de derechos y deberes que proporciona el derecho, usando su idioma propio, sea el que sea tanto el lugar físico en el que dicha documentación jurídica se encuentre almacenada, como el lugar desde el que la misma se quiera utilizar.

A los efectos indicados el grupo de investigación, junto a otros grupos, realiza aportaciones doctrinales dirigidas a entender esta realidad, a la vez que diseña, a modo de ejemplo, ofertas docentes, módulos, orientados a la ejercitación de profesionales del derecho y estudiantes (sean o no juristas) en las competencias y habilidades que les son requeridas por las características de las funciones jurídicas a desarrollar en el contexto del Estado de derecho, fomentando la democracia, la gobernanza y las potencialidades que ofrece la sociedad en red.

Las aportaciones tienen un triple carácter:

1. Por un lado, hacen referencia al contenido de la docencia, que ha de tener propuestas de contenido adaptadas a las necesidades de funcionamiento de la organización de la sociedad democrática e instituciones jurídicas en red²⁶,
2. Por otro, son primeros ensayos para el ejercicio de las actividades jurídicas en la sociedad en red, considerando la complejidad que conlleva una actuación profesional democrática en dicha sociedad, estando dirigida la experiencia del campus virtual sobre derecho y TIC que el grupo constituye para la satisfacción de este objetivo²⁷, y;
3. Las aportaciones son colectivas y realizadas gracias a internet. En efecto: las actividades son posibles porque el grupo ha creado la red LEFIS (Legal Framework for the Information Society), “motor” internacional para investigación, desarrollo y docencia en relación a derecho e informática en la sociedad en red.

A todo ello nos referimos a continuación.

4.1. Materias

Las materias, módulos o contenidos docentes, son respuesta a elencos de competencias y habilidades para el jurista que han sido precisadas por el grupo de investigación, siguiendo las pautas de reforma docente propuestas por el proceso de cambio de la docencia universitaria europea (Espacio Europeo de Enseñanza Superior: EEES) denominado proceso de Bolonia, a través de varias iniciativas, en una lista de las mismas (competencias y habilidades) como la siguiente:

- Acceso a textos legales.
- Aplicación de los conocimientos a la práctica.
- Capacidad de razonar y argumentar jurídicamente.
- Comprensión e interpretación de las normas jurídicas y aplicación a la práctica.
- Conocimientos sobre derecho de las TIC.
- Interpretar las normas conforme a las circunstancias del caso y a la realidad social del momento en que deben ser aplicadas.
- Saber presentar información verbal y visualmente.
- Trabajar en equipo.

Las denominaciones de temas, materias o módulos docentes, a tratar para adquirir experiencia en competencias y habilidades profesionales se encuentran

recogidas en la siguiente lista de cursos que constituye la oferta docente típica de los grupos de investigación que trabajan conjuntamente sobre la materia:

• *Cursos en español:*

- Administración electrónica.
- Administración electrónica y gobierno digital.
- Alfabetización digital y gestión del patrimonio bibliográfico .
- Archivos: derecho de acceso.
- Aspectos institucionales de la administración electrónica.
- Aspectos penales de la actividad bibliotecaria y archivística.
- Certificados digitales y firma electrónica: una nueva forma de identificarse en internet y con las administraciones.
- Cibercriminalidad.
- Contratación a distancia: comercio electrónico.
- Derecho y gobernanza.
- Documentos jurídicos y estándares.
- Ética y legislación para ingenieros.
- Filosofía del derecho.
- Firma electrónica.
- Gobierno electrónico.
- Las bibliotecas: derecho de acceso versus propiedad intelectual.
- Marco jurídico y deontológico de la actividad documental.
- Observatorios de la sociedad de la información.
- Oficinas de notarios y registradores: documentos y derecho de acceso.
- Ordenadores, móviles e Internet.

• *Cursos en inglés:*

- Company, law and management.
- Computer law in an international perspective.
- Computers and law.
- Copy right law.
- Cybercrime.
- Data protection.
- E-governance and egovernment.
- E-government activities for environmental information.
- Electronic government.
- Forensics computing.
- Foundations of private law.
- ICT (Information and Communication Technologies) in legal domain.
- Information law.
- Information security law.

- IT (Information Technologies) law.
- Jurimetrics.
- Law in information society.
- Legal aspects of electronic comerse.
- Legal informatics.
- Legal knowledge management.
- Special topics in legal informatics.

- *Curso en alemán:*

- Gewerblicher Rechtsschutz.

- *Cursos en portugués:*

- Gobernanza y constitución.
- Informática jurídica.
- Propriedade intelectual na sociedade da informação.

Las materias señaladas se ofertan agrupadas por especialidades o títulos docentes. Las adoptadas hasta este momento, que son ofrecidas como docencia de postgrado o formación permanente, son, en concreto²⁸:

1. Máster (60 ECTS) en Marco Jurídico para la Sociedad de la Información, cuyas asignaturas obligatorias se denominan: ordenadores, móviles e internet, documentos jurídicos y estándares y derecho y gobernanza.
2. Diplomas de especialización (30 ECTS) en: oficina judicial, otras oficinas jurídicas (abogados, notarios, procuradores [...], administración y gobierno electrónicos, gobernanza, comercio electrónico: marco jurídico y ética y legislación para ingenieros.
3. Además las asignaturas que integran el Master y los Diplomas pueden realizarse en forma individual (6 ECTS).

A partir del curso 2008-9 se ofrecen contenidos docentes que integran enseñanza oficial dirigida a la obtención de titulaciones de grado y de postgrado referidas a derecho, gestión empresarial, documentación o ingenierías, ofertados desde Centros situados en los varios países en los que se sitúan los grupos de investigación y docencia que participan en las iniciativas docentes constituidas dentro de lo que se llama el Campus Virtual Compartido en Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación.

4.2. El Campus Virtual Compartido en Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación

En la actualidad estos contenidos se desarrollan y ponen en práctica en el campo de acción que proporciona un campus virtual, promovido por la Unión Europea, que tiene por objetivo la implantación de estudios sobre derecho y TIC que se puedan realizar a distancia por parte de estudiantes matriculados en las universidades que integran el campus²⁹.

En el campus se ofertan, por ahora, los módulos, titulaciones y materias señaladas en el apartado anterior que, explicadas de una forma tradicional, utilizando el recurso a las lecciones magistrales y ejercicios prácticos, también son completadas por contenidos que están expuestos o son accesibles en internet atendiendo a necesidades expresadas por alumnos concretos, identificados mediante el uso por los mismos de las técnicas de cifrado, en concreto de claves públicas.

Dichas asignaturas se explican también, utilizando módulos adaptados, a estudiantes que tan solo utilizan como recursos de aprendizaje los que se facilita por internet. La expansión de este tipo de estudios en enseñanzas oficiales a medio plazo es el objetivo del Campus.

Especialidades y asignaturas se sirven como herramientas auxiliares de los contenidos de documentos jurídicos: manuales, trabajos académicos, informes, textos legales, sentencias y doctrina, propuestos por el profesor en colaboración con los alumnos, atendiendo a las denominaciones de los estudios, módulos, títulos, diplomas y asignaturas en las que se articula la oferta de aprendizaje.

También se utiliza como referencia los materiales que los propios alumnos elaboran mediante su estudio y trabajo expresado en forma de Wikipedia a partir de los módulos que forman parte de la red virtual³⁰.

El material es de libre acceso a los alumnos matriculados como también lo es el material propuesto por el profesor.

El material o los documentos se recuperan utilizando palabras contenidas en los mismos que, a modo de tesauros, sirven como palabras de búsqueda³¹.

Las colecciones de palabras seleccionadas por profesores constituyen tesauros organizados, expresados en el idioma propio de quienes los construyen.

Más en concreto, está en fase de elaboración un sistema que permitirá que la recuperación del material de aprendizaje se produzca utilizando los siguientes mecanismos:

1. Palabras contenidas literalmente en los documentos o materiales a recuperar.
2. Palabras claves seleccionadas por profesores expertos sobre las materias o documentación almacenadas, y;
3. Esquemas conceptuales del material, desarrollados por documentalistas utilizando clasificaciones o esquemas estándares de conocimiento.

Serán considerados como elementos integrantes del material: los seis volúmenes de la serie LEFIS (más de 44 trabajos, expuestos en inglés, español y portugués)³², otros escritos, documentos LEFIS, legislación y jurisprudencia. La legislación, reglamentos y jurisprudencia estarán almacenados en sistemas de libre acceso.

Las herramientas indicadas son el punto de partida para la construcción de una Wikipedia/Enciclopedia, cuyo uso estará abierto en internet a las consultas hechas por todo tipo de anónimos, no identificados, navegantes interesados.

Las herramientas que, en cambio, permitan acceso individualizado a determinada información garantizarán su libertad, asegurando el derecho del usuario a la protección de datos personales y a la libertad de consulta, así como la salvaguardia de su confianza personal, pudiendo utilizar para ello entidades de certificación de clave pública que hayan sido elegidas por los usuarios.

4.3. La red LEFIS

Varias instituciones de enseñanza superior, europeas y americanas preferentemente³³, trabajan, prácticamente desde la segunda mitad de los años 90, en la elaboración conjunta de titulaciones, módulos docentes, asignaturas, actividades formativas, proyectos de investigación, desarrollo e innovación, conferencias y materiales auxiliares, dirigidos a la implantación de un aprendizaje del derecho acomodado a las necesidades presentes de lo que se viene a denominar la sociedad del conocimiento, y que hoy (desde 1998-9) plasma en la reforma del Espacio Europeo de Enseñanza Superior (EEES)³⁴.

Las experiencias realizadas permiten contar con las anteriormente expresadas asignaturas y contenido de grados y postgrados, de ámbito jurídico-social y técnico, que han sido y son impartidos tanto en universidades que han

acomodado su práctica docente a las exigencias de la reforma de Bolonia, como en universidades que todavía no lo han hecho pero que lo harán en un plazo más o menos corto³⁵.

Las actividades mencionadas son las propias de la red temática LEFIS: *Legal Framework for the Information Society* (www.lefis.org), que está integrada por 126 instituciones dedicadas a impartir formación superior, preferentemente, interesadas en participar en las iniciativas conjuntas que se articulan en los diferentes formatos que mencionábamos al comienzo de este apartado³⁶.

Las instituciones están situadas en 44 países.

El campus virtual mencionado con anterioridad constituye las actividades desenvueltas desde Octubre de 2007 por 11 universidades, 10 europeas y 1 sudamericana (situada en Brasil). Iniciativa que es posible poner en práctica en la actualidad gracias a la progresiva implantación institucional del EEES y a los recursos que proporcionan los nuevos métodos de aprendizaje³⁷, es decir: los medios que ponen a disposición del profesorado, estudiantes y técnicos participantes, 1) los recursos multimedia y la enseñanza a distancia, 2) la globalización de las actividades sociales y 3) las posibilidades que a su dinamización les aporta el desarrollo tecnológico, como señala la Declaración de Lovaina de Abril de 2009 en su Preámbulo, última Declaración relevante del proceso de reforma del EEES.

Se especifica a continuación las universidades que participan en el Campus Virtual Law&ICT indicando el país y el lugar en el que están domiciliadas y el nombre de la institución: Alemania (Münster), España (La Laguna y Zaragoza), Finlandia (Vaasa y Laponia: Rovaniemi), Lituania (Mikolas Romeris: Vilnius), Polonia (Nicolás Copérnico: Torun), Portugal (Instituto Politécnico de Beja), Reino Unido (Queen's: Belfast) y Turquía (Bahcesehir: Estambul). Constituye, también, parte de la oferta docente del grupo la que se realiza, en coordinación con las ofertas de las restantes universidades, por la Universidad Federal de Santa Catalina (Florianópolis, Brasil).

5. CONCLUSIÓN

El trabajo ha puesto de relieve que sin atender al que es el contexto de cada momento, o lo que es lo mismo, el campo de acción propio de los juristas, las mismas actividades jurídicas, y las funciones sociales de las instituciones en donde se realizan dichas actividades, no es posible realizar investigaciones de carácter jurídico.

También ha podido observarse que la toma en consideración aislada del producto técnico que aportan los conocimientos técnico-científicos, e, incluso, de las hipotéticas derivaciones del contenido abstracto de las propias normas desarrolladas por la teoría del derecho o los sistemas expertos, son aproximaciones limitadas, que no permiten evidenciar la relevancia de los desarrollos, aplicaciones o críticas realizadas ni, lo que aquí es más importante, incrementar las virtualidades del propio desarrollo tecnológico.

El desarrollo tecnológico solo se ve realmente potenciado cuando se contempla y usa sus virtualidades mediante la elaboración de aplicaciones, realizadas por grupos de investigación, que están en sintonía con el campo de acción propio de actividades jurídicas realizadas en un ámbito jurídico democrático.

-
- ¹ El desarrollo tecnológico es uno de los causantes de la sociedad en red o del derecho actual, pero no el único. Por supuesto otro es el fenómeno de la globalización, caben otros más: el de la multiculturalidad, por ejemplo. Aquí no entramos ni en la reseña ni en el estudio de esos otros motivos, lo que no impide reconocer que siempre está presente en el trabajo su relevancia
 - ² La referencia básica desde el comienzo de las investigaciones ha sido el trabajo de Jon Bing sobre acceso a documentación jurídica (Bing, 1984).
 - ³ Un informe de relevancia sobre el tema se encuentra en: Dumortier, J., Kelm, S., Nilsson, H., Skouma, G. & Vas Eecke, P. *The Legal and Market Aspects of Electronic Signatures in Europe*. Study for the European Commission within the e Europe 2005 framework, Leuven, Interdisciplinary Centre for Law and ICT, 2005. El informe está accesible en: http://ec.europa.eu/information_society/eeurope/2005/all_about/security/electronic_sig_report.pdf (Consultado el 18 de agosto de 2009).
 - ⁴ El grupo fue reconocido como grupo de investigación por el Gobierno de Aragón en 2003. Recibe financiación anual de este Gobierno en forma complementaria a la financiación obtenida en concursos públicos y mediante la realización de proyectos de I+D. El grupo está integrado por 16 miembros que trabajan en la Universidad de Zaragoza, la Universidad de San Jorge y la Diputación Provincial de Zaragoza. Los miembros del grupo trabajan en Derecho, Matemáticas, Documentación e Informática. Hay información sobre las actividades desarrolladas por el grupo en: http://www.lefis.org/index.php?option=com_content&task=view&id=173&Itemid=511 (Consultado el 18 de agosto de 2009)
 - ⁵ www.lefis.org. LEFIS es una marca europea registrada. En concreto tiene el número 005625132. El registro está publicado el 10/12/2007 en el Boletín de comunitarian marks número 2007/066.
 - ⁶ Galindo, F., «El derecho, ¿habla o lenguaje? Una aproximación a su carácter a través de la informatización de una disposición jurídica». En: Martín Vide, C., (ed.). *Lenguajes Naturales y Lenguajes Formales*. Barcelona: Facultad de Filología, 1985.
 - ⁷ Ver: http://www.unizar.es/derecho/standum_est_chartae/ (Consultado el 18 de agosto de 2009).
 - ⁸ Otro ejemplo que mostró las posibilidades limitadas del uso de estos recursos en derecho fue el sistema experto sobre el Latent Damage Act de 1986 (Capper, Susskind, 1988).
 - ⁹ Galindo, F. «Expert Systems as Tools for the Explanation of the Legal Domain: The ARPO Experiences». En: *Expert Systems with Applications*. An International Journal, vol. 4, 1992.
 - ¹⁰ Galindo, F. «The legal decision as a political problem. A starting point for a profitable relationship between AI and Law». En: *Adversarial Reasoning and Artificial Intelligence and Legal Reasoning*. Workshop Notes from the Eight National Conference on Artificial Intelligence (AAAI-90), Boston, 1990.
 - ¹¹ Sobre el concepto comunicativo de derecho, ver también: Galindo, F. «The communicative concept of law». *Journal of legal pluralism and unofficial law*. Vol. 41, 1998.
 - ¹² Baaz, M., Galindo, F., Quirchmayr, G., Vázquez, M. «The application of Kripke- Type structures to regional development programs». En: Marik, V., Lazansky, J., Wagner, R., (eds.). *Database and Expert Systems Applications*. Springer verlag, Heidelberg, 1993.
 - ¹³ Pastor, J., Delgado, J., Galindo, F., (eds.). *Criptografía, Privacidad y Autodeterminación informática*. Zaragoza: Facultad de Derecho y Centro Politécnico Superior, 1995.

- ¹⁴ Este es el movimiento "Law via the Internet". Las conferencias realizadas desde 1997 están situadas en: http://www.ittig.cnr.it/LawViaTheInternet/index.php?option=com_content&view=article&id=16&Itemid=61 (Consultado el 18 de agosto de 2009) .
- ¹⁵ Se pueden localizar referencias sobre esta evolución en España en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=%2025039&Download=false&ShowPath=false> (Consultado el 18 de agosto de 2009).
- ¹⁶ Un temprano y concreto ejemplo en relación con las actividades de la Administración Pública e Internet están en: Galindo, F., Muñoz, J.F., Rivas, A. «Elaboración de un plan estratégico para la implantación del correo electrónico en la Diputación General de Aragón». En: *IV Jornadas sobre las tecnologías de la información para la modernización de las Administraciones Públicas*. TECNIMAP'95. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, 1995.
- ¹⁷ Galindo, F., Quirchmayr, G., (eds.). *Advances in Electronic Government. Pre-Proceedings of the Working Conference of the International Federation of Information Processing, Zaragoza, Seminario de Informática y Derecho*. Universidad de Zaragoza, 2000.
- ¹⁸ Las Directivas básicas fueron: Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures, Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') y la Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector ('Directive on privacy and electronic communications').
- ¹⁹ El proyecto más significativo fue el apoyado por la Unión Europea denominado AEQUITAS: The Admission as Evidence in Trials of Penal Character of Electronic Products Signed Digitally. El informe final (1998) está situado en: <http://cordis.europa.eu/infosec/src/study11.htm> (Consultado el 18 de agosto de 2009).
- ²⁰ Galindo, F. «Public Key Certification Providers and E-government Assurance Agencies. An Appraisal of Trust on the Internet». En: *Database and Expert Systems Applications. Workshops*. Los Alamitos. IEEE, 2001.
- ²¹ Las actividades realizadas conjuntamente con los Notarios españoles estuvo en el origen de la Agencia Notarial de Certificación <http://www.ancert.com> (Consultado el 18 de agosto de 2009) .
- ²² Ver la infraestructura de clave pública LEFIS UNIZAR en: <https://lefis.unizar.es/pki/index.php?lang=es> (Consultado el 18 de agosto de 2009).
- ²³ "Sociedad omnipresente" o "Ubiquitous society" es una expresión habitual en los países del Norte de Europa: Aarnio, R. «Data protection here and now». En: Saarenpää, A., (ed.) *Legal privacy*. LEFIS Series. Vol. 5. Zaragoza: Prensas Universitarias, 2008.
- ²⁴ Galindo, F. «Justicia, gobernanza y legalidad». En: *Seqüència*. Vol. 17, 2007.
- ²⁵ Galindo, F. (ed.). *Gobierno, Derecho y Tecnologías: las actividades de los poderes públicos*. Cizur Menor., Thomson Civitas, 2006.
- ²⁶ Galindo, F. (ed.). «LIACTES/IFIP Workshop on E-Government: Legal, Technical and Pedagogical Aspects, Albarracín Spain, 8-10 May 2003». *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)*. http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2003_1/liactes (Consultado el 18 de agosto de 2009).
- ²⁷ El Campus Virtual Compartido sobre Derecho y TIC: Law&ICT Shared Virtual Campus, está apoyado por la Unión Europea, Programa Capus Virtuales Proyecto 133837-LLP-1-2007- ES-ERASMUS-EVC. La página web está situada en: <http://www.lawict.eu/> (Consultado el 18 de agosto de 2009).
- ²⁸ Ver más detalles en: http://courses.lefis.unizar.es/index.php?option=com_content&task=view&id=94&Itemid=241 (Consultado el 18 de agosto de 2009) .
- ²⁹ Ver *supra* nota 28.
- ³⁰ Hablamos de LEFISpedia. Una aproximación inicial está situada en: <http://www.lefis.org/wiki/index.php5/Conceptos> (Consultado el 18 de agosto de 2009).
- ³¹ Hablamos de la Biblioteca digital LEFIS. Una aproximación inicial está situada en: http://courses.lefis.unizar.es/index.php?option=com_wrapper&Itemid=335 (Consultado el 18 de agosto de 2009)
- ³² La colección está situada en: http://puz.unizar.es/catalogo/colecciones_libros.php?coleccion=40 (Consultado el 18 de agosto de 2009).
- ³³ También hay instituciones radicadas en India, China y Rusia, por ejemplo.
- ³⁴ Sobre el proceso de reforma ver, en general: Michavila 2008, en Derecho: Galindo 2009.
- ³⁵ La heterogeneidad de aproximaciones y puestas en práctica por países del proceso de Bolonia puede verse en: Ederer y otros 2008.

-
- ³⁶ Ver el Informe final de LEFIS en: http://www.lefis.org/images/documents/management/Progress_and_final_reports/lefis/Informe_Final_Lefis_2007_EN-DEFGALk.pdf (Consultado el 18 de agosto de 2009).
- ³⁷ Una valoración, con ejemplos, de las posibilidades del uso los medios telemáticos en la docencia se encuentra en: Moral y otro 2009.

"DATA", PARADIGMA DE LA SOCIEDAD CIBERNÉTICA

HUMBERTO FÉLIX RUANI*

Resumen

El objetivo de este trabajo, consiste en un análisis del dato (data) o información, como bien tutelado por la sociedad cibernética.

Toda sociedad, se construye con usos, costumbres, valores, que para sus miembros constituyen bienes a tutelar. Estos bienes no son absolutos, y van mutando con el transcurso del tiempo. Algunos de ellos por su importancia y trascendencia se constituyen en paradigmas principales de la sociedad correspondiente. A partir de mediados del siglo pasado, se generó una nueva forma de procesar la información (ordenadores), con un idioma especial (binario), que permite el tratamiento de la información (sistemas) en una forma compleja y distinta a la tradicional. A estas altas tecnologías se añadieron disparadores comunicacionales (internet), que mutó el valor de la información a nivel mundial, y lo constituyó en su paradigma principal.

Palabras clave: Derecho informático, Data, Bien jurídico, Paradigma cibernético

Abstract

The objective of this work, is to make an analysis of the data (dates) or information, like a right protected by the cybernetic society. All society is constructed with uses, customs and values which are important assets to their citizens, so they must protect them. These, rights, assets are not absolute, and are changing with the course of time. Some of them because of their importance and transcendence are constituted in main paradigms of the corresponding society. From half-full of the last century, a new form to process the information (computers) has been generated, with a special language (binary), that allows the data processing (systems) in a complex and different form from the traditional one. To these high teches, communicational triggers were added (Internet), that changed the value of the information at world-wide level, and constituted them in its main paradigm.

Key words: Informatics & law - Dates - Protected rights - Cybernetic paradigm.

Sumario

1. Introducción. 2. Acepciones terminológicas. 2.1. Dato. 2.2. Data. 2.3. Paradigma. 2.4. Cibernética. 2.5. Sociedad cibernética. 3. Problemática. 4. Propuestas. 5. Conclusiones.

* Miembro del Instituto de Derecho Informático del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Presidente de la Asociación Argentina de Informática Jurídica A.A.I.J. (Asociación coorganizadora del XV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática -F.I.A.D.I. - Argentina 2011).

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo, no pretende por su extensión dar una visión profunda ni completa de la cuestión a desarrollar, se orienta principalmente a analizar los efectos que producen en las sociedades y los ordenamientos jurídicos, las nuevas tecnologías, en particular los ordenadores, sistemas de software, medios comunicacionales como internet.

Un cotejo retrospectivo nos permite observar que las distintas sociedades han atravesado en el devenir del tiempo y de las distintas latitudes geográficas, numerosos procesos de cambio originados en invenciones del hombre, a partir de los cuales, las sociedades vieron alteradas su concepción valorativa, y consecuentemente los juristas debimos adecuar las técnicas legislativa para tutelar estos nuevos bienes sociales que las innovaciones tecnológicas generaron.

Inventos como la imprenta, la electricidad, el teléfono, los automotores, etc., revolucionaron en su tiempo los usos y costumbres de los individuos y de la sociedad misma, generaron necesidades de regulaciones jurídicas que protegieran los derechos afectados. Estos cambios sociales se producían en periodos más o menos prolongados y en espacios geográficos limitados, hasta alcanzar con el tiempo y según su importancia una dimensión global, todo ello permitía a las sociedades, una adaptación medianamente progresiva y ordenada, y a los sistemas jurídicos irse adecuando al tratamiento de estos acontecimientos.

A mediados del siglo XX, emerge la posibilidad tecnológica de procesar los datos o información con ordenadores, estos equipos procesan la información con una velocidad y modalidad que no era posible hasta ese entonces.

También surgen nuevas y novedosas tecnologías de comunicación social, satélites, telefonía celular, internet, que combinadas con computadores, sistemas informáticos y telemáticos, generan una mezcla explosiva, que no permite a las sociedades adaptarse a la velocidad en que se propagan, ni a los sistemas jurídicos responder con un plexo normativo eficaz y oportuno.

Por ello analizaremos más adelante cuáles son los principales problemas que generan (problemática) y qué modos de tratamiento podrían ser oportunos (propuestas), para la mejor adaptación social y jurídica al cambio.

Hecha la aclaración, pasaremos a considerar distintas acepciones terminológicas, con la finalidad de una adecuada interpretación del contenido de este artículo.

2. ACEPCIONES TERMINOLÓGICAS

2.1. Dato

(Del latín *datum*), es una representación simbólica (numérica, alfabética, algorítmica etc.), atributo o característica de una entidad. El dato no tiene valor semántico (sentido) en sí mismo, pero convenientemente tratado (procesado) se puede utilizar en la realización de cálculos o toma de decisiones. Es de empleo muy común en el ámbito informático.

2.2. Data

Acepción de origen latino, es tomada en este trabajo con el alcance mencionado en la terminología dato, o como bien lo sugiere la figura jurídica habeas data cuando se define como la acción constitucional o legal que tiene cualquier persona que figura en un registro o banco de datos, de acceder a tal. En otros términos, comprende todo tipo de dato o información, susceptible de ser incorporada en un ordenador y a su procesamiento, lo que le otorga un valor adicional al contenido original del elemento ingresado.

2.3. Paradigma

Se trata de un vocablo que ha sido definido de muchas formas, tenemos acepciones etimológicas, psicológicas, vulgares, y de las ciencias sociales, entre otras muchas más.

Por tal motivo he descartado al análisis las primeras conceptualizaciones y optado por la última, es decir, desarrollaremos la concepción de paradigma en el ámbito de las ciencias sociales.

Dentro de este marco referencial, es sumamente ilustrativa la definición de Kuhn, a la cual me adhiero, cuando en la modificación a su obra (año 1969), define el término paradigma como "una completa constelación de creencias, valores y técnicas, compartidas por los miembros de una determinada comunidad". Esta definición no tiene desperdicio, ya que cuando dice una determinada comunidad, no puede ser interpretado de otra manera que aquella que tiene una fijación temporal, además de geográfica. Debo destacar que esta

definición de paradigma, no es aceptada pacíficamente por muchos calificados doctrinarios, pero a los efectos de la interpretación del presente artículo resulta conveniente aceptarla.

2.4. Cibernética

El término cibernética también tiene múltiples acepciones, pero a los efectos de este trabajo, tomaré algunas características descriptas por Gregory Bateson y otras de Stafford Beer.

Gregory Bateson, afirma que la cibernética es "el más grande mordisco a la fruta del árbol del conocimiento que la humanidad haya dado en los últimos 2000 años".

Stafford Beer, define a la cibernética como "la ciencia de la organización efectiva".

En otro orden de ideas y siguiendo en parte a los autores mencionados, podemos manifestar que la cibernética es una ciencia interdisciplinaria, que estudia los flujos de información que rodean un sistema, y la forma en que esta información es usada por el sistema como un valor que le permite controlarse a sí mismo.

Interesa resaltar de esta disciplina, entre sus múltiples objetivos de estudio que se destaca el de los computadores y el de los lenguajes formales de la ciencia.

Podemos decir entonces, que la cibernética se refiere a la concepción de un vocablo que apunta al abarcamiento de una porción muy importante del conocimiento de la humanidad, y lo organiza científicamente en forma efectiva, con estrecha vinculación a la órbita de las computadoras y los lenguajes formales de la ciencia.

2.5. Sociedad cibernética

Al referirme a la sociedad cibernética, me dirijo a una sociedad de actualidad, donde la tecnología, irrumpe con una velocidad y amplitud globalizada, que se caracteriza por la extraterritorialidad e inmediatez en la transmisión de las informaciones, que a su vez son elaboradas por sistemas informáticos que las acopian, procesan y organizan, para luego proceder a su difusión con la mas alta tecnología comunicacional.

En esta sociedad la información o dato, adquiere un valor y proporción, que se destaca de todos los demás, a tal punto de ser el referente de una forma de vida, que tiene vocación universal o globalizante, que le constituye en un bien jurídicamente tutelable, y justamente las dificultades en el tutelaje del referido bien jurídico son materia del desarrollo del próximo ítem a tratar.

3. PROBLEMÁTICA

Como señalamos *ut supra*, los datos, o data, en la sociedad cibernética, reviste un valor extraordinario, desde el punto de vista económico, político, social, cultural, y en general desde cualquier aspecto, ya que además de ser un medio de comunicación, es un factor de poder, capaz de modificar los valores mas intrínsecos de una sociedad.

Estos cambios pueden ser deseados o no por el cuerpo social, dirigidos a reforzar las costumbres o hábitos o en dirección opuesta, tendientes a reforzar la tutela de bienes jurídicos tradicionales, o todo lo contrario, también puede ser la información utilizada almacenada o direccionada con fines constructivos o destructivos. En definitiva puede alterar en cualquier sentido los valores que una sociedad detente en un tiempo determinado.

Los datos que contiene un ordenador, pueden ser aplicados a la celebración de contratos tradicionales o a distancia, en particular desde la aceptación generalizada de la firma digital, a su vez según el contenido del contrato, puede ser del interés de los fueros civiles, comerciales o laborales como así también administrativos, sin excluir al penal, que siempre estará atento cuando la conducta de quienes trafiquen con los datos ingresen a los dominios de algún tipo penal. No resultará ajeno a estas cuestiones el derecho procesal, ya que este tipo de circunstancias se han incorporado definitivamente en forma expresa o tácita en los códigos de procedimientos de los Estados y también de los organismos supranacionales.

Como es dable observar, hay una íntima relación entre el dato cibernético y los aspectos jurídicos de los más variados fueros en el orden nacional e internacional, por lo que el derecho no puede permanecer ajeno a la evolución que el dato tenga en la sociedad.

Los datos pueden ser almacenados y procesados en un lugar del planeta y transferidos telemáticamente a otro, donde podría producir efectos jurídicos, estas características podemos definir las dentro de los conceptos de inmediatez

y extraterritorialidad, elementos estos que intentaremos desarrollar más adelante.

Con relación a la inmediatez y la extraterritorialidad, debemos considerar que a la velocidad de transmisión hay que agregar la posible diseminación del dato. Solo con pensar que en el planeta hay aproximadamente siete mil millones de potenciales usuarios de internet y que con relación a la competencia y extraterritorialidad hay aproximadamente 250 Estados independientes en la comunidad internacional, comprenderemos que estamos frente a un problema fenomenal, que crece día a día y que no responde a un gobierno único o específico, sino que está sujeto a múltiples regulaciones, locales, estatales o de derecho internacional, de difícil armonización y mas difícil hermenéutica.

Sabemos que los datos pueden almacenarse en los ordenadores que los contienen, y constituir con ellos bancos de datos.

No se escapa al presente análisis, que los datos allí contenidos pueden ser utilizados de muy distintas maneras, en particular puede ser perjudicial para el derecho a la intimidad de las personas.

La información existente en los bancos de datos, puede ser tan variada como valiosa, el acceso a la misma puede ser abierto o cerrado, los contenidos pueden ser lícitos o ilícitos, y quien detente el poder de disposición de los mismos, puede constituirse en un aliado de los valores tradicionales de la sociedad o en un peligroso enemigo, capaz de ocasionar gravísimos daños simplemente con permitir que trasciendan los datos almacenados, o utilizarlos concretamente para perjudicar bienes o valores de terceros sensibles al contenido o información existente en los bancos de datos.

Pongamos el ejemplo de información reservada de siniestros de una compañía de aviación o de registro de pacientes que detentan enfermedades infecto contagiosas, como bien podría tratarse de información relacionada con la registración de inventos, de marcas o dominios. Los ejemplos dados son solo ilustrativos, porque el listado sería infinito; con el agravante, que por cada uno que enumeramos en ese período de tiempo seguramente surgirían varios para registrar.

También sabemos que los datos contenidos en un sistema informático, pueden estar sujetos a actos tendientes a su destrucción, saqueo o alteración, lo que nos conduce a los sistemas de seguridad, que si bien pueden ser paliativos

para contrarrestar ese accionar en un determinado momento, la agilidad de los avances tecnológicos exigen una permanente actualización.

Otro tema de análisis es el lenguaje binario, que hace posible universalizar las distintos idiomas convencionales, que sumado a sistemas traductores, permiten en tiempos brevísimos, exterminar los límites idiomáticos.

También hay que señalar que al poder desarrollar el hombre actividades fuera de la órbita terrestre, lleva a esos ámbitos las inquietudes que nos ocupan, y por ende ese futuro ya ha comenzado y debemos prepararnos para enfrentar las novedosas problemáticas que le acompañan.

Por último, analizando el fenómeno de internet, todas estas cuestiones parecerían mínimas al compararse con el poder de ese gigante que convierte a quienes le ignoran en analfabetos cibernéticos, en atención a que quedan aislados de una nueva cultura, en la que se funden las distancias, con el espacio, y se borran los límites tradicionales entre presente pasado y futuro, dejando entre ellos un grisáceo velo donde cada vez es más difícil distinguir las diferencias por la inmediatez que caracteriza el accionar cibernético.

4. PROPUESTAS

Habiendo analizado en el ítem anterior algunas de las problemáticas que se suscitan al tratarse este tema y a modo de síntesis, podemos colegir que el paradigma de la sociedad cibernética, está integrado por dos elementos esenciales, uno que es su materia prima, "la información" (en sentido amplio, abarcativo de palabras imágenes, guarismos etc. que pueda ser sometido a ordenamiento en un computador).

El otro elemento imprescindible es "el ordenador" con sus accesorios y en particular todas las altas tecnologías que almacenan, procesan y transfieren los datos de que se trate. Téngase en cuenta que es una tecnología cambiante, y la velocidad en que se producen las innovaciones hace que la técnica de vanguardia utilizable durante la noche, se convierta en obsoleta al amanecer.

Entonces, la cuestión paradigmática se sustenta en esos dos elementos esenciales que son; 1. La materia prima (la información) y 2. Los ordenadores, que convierten a la información incorporada, en un bien más valioso (data / datos), que es atesorable y temible a la vez —esto último cuando es utilizado en perjuicio de los valores éticos jurídicos de la sociedad cibernética.

Esta última particularidad me motivó para intentar una propuesta que potencialice las razones de su atesoramiento y disuada a aquellos que pretenden utilizarlo en contra de los valores éticos jurídicos vigentes.

La primera característica de la propuesta es su carácter de integral, ya que debe fortalecer los aspectos positivos y combatir los negativos.

La mejor manera de lograr la integralidad mencionada es mediante su segunda caracterización consistente en la toma de conciencia de la problemática paradigmática de la sociedad cibernética.

Esa toma de conciencia no es atributo de un solo enfoque, ni acción, sino por el contrario debe desarrollarse con una perspectiva pluralista, en cuanto amerita una perspectiva sociológica, otra deontológica o valorativa y por último la normológica.

Con relación al enfoque sociológico, creo que la toma de conciencia de la sociedad del valor de la información computarizada (data) y de los riesgos que implica el mal uso de esta materia prima, sería un paliativo importante para el tratamiento exitoso de la problemática en todo su conjunto, además habría que complementar esa toma de conciencia con una capacitación adecuada para interpretar el problema en toda su dimensión y facilitar de esa manera la colaboración espontánea de los elementos activos de la sociedad cibernética.

Por su parte, desde el punto de vista deontológico, es perfectamente entendible que con la aplicación de las nuevas tecnologías el valor información o dato se incrementó en una manera extraordinaria, y por ende, siguiendo las reglas de la oferta y demanda, quien posea el control de la información o su disponibilidad, tiene en sus manos un bien deseado que goza del tutelaje jurídico si se obtuvo conforme a la normativa imperante.

Corresponde al Estado, arbitrar los medios para la protección de este preciado valor, en particular para establecer los vínculos con otros valores tutelados, y dar prioridades en cuanto a la urgencia que cada uno requiere al momento de reclamar protección o justicia.

Estos valores deben ser interaccionados y consensuados con los que la comunidad internacional privilegia, para evitar las dificultades de falta de armonización en posibles conflictos extraterritoriales.

Desde el punto de vista normológico, debemos distinguir el plexo jurídico nacional, del internacional.

En el primero notaremos que – como siempre ha ocurrido – el derecho perseguirá a los hechos e intentará regularlos, haciendo uso del poder de coacción que caracteriza la aplicación del derecho en el área de soberanía estadual. Distinta será la situación cuando el conflicto tenga autoría o efectos que internacionalizan la problemática; allí deberá considerarse la relación entre los derechos de los Estados intervinientes, si existen tratados internacionales de cooperación, y si no los hay, tendremos que analizar si los procedimientos y el derecho de fondo de las naciones encartadas, pueden armonizarse para una solución consensuada o bien en última instancia quedarán los organismos internacionales o las Cortes de justicia que pudieran intervenir en las diferencias.

Es de destacar que los conflictos dominiales de Internet, pueden intentar resolverse por sistemas de resolución de conflictos, por árbitros, mediadores, etc. que son mecanismos muy convenientes. De cualquier manera, siempre la soberanía de los Estados puede hacer valer su potestad, con disposiciones que autoricen, rechacen o persigan a quienes intenten este tipo de posibles soluciones.

Otra propuesta interesante es que las autoridades de un país, proyecten o auspicien eventos internacionales, donde los académicos de distintas partes del mundo puedan presentar propuestas, para la lucha contra el flagelo del uso indebido de los datos, para defender la intimidad de las personas y también para combatir los delitos informáticos originados con el tráfico de información sensible.

Estas propuestas calificadas deberían ser distribuidas en los distintos Estados para análisis y conocimiento de las autoridades judiciales y legislativas, con la finalidad que cualquier proyecto de ley o sentencia, tenga a su alcance una valiosa doctrina argumental que refuerce la convicción de quienes tienen a su cargo decidir por sus respectivas sociedades [...].

Por ello eventos como el celebrado en Lima en noviembre de 2009, como el festejo del 25º aniversario de la creación de la Federación Iberoamericana de Derecho Informático (FIADI), se convierte en un escenario donde cada panelista expositor o participante pudo hacer su aporte, al igual que en revistas prestigiosas como la del Poder Judicial de Perú, cuyos artículos son leídos por calificados integrantes del poder estadual, originando en estos inquietudes o

toma de decisiones que podrían llevarnos a alguna solución de los problemas planteados.

Otra propuesta para proteger los valores de la sociedad cibernética, es la de generar políticas que alienten a las empresas vinculadas con la informática y las comunicaciones a que participen y colaboren en la protección de datos y obtengan con ello beneficios impositivos, o económicos, de igual forma las empresas de seguridad para que asesoren sobre los derechos, técnicas, y posibilidades de proteger los datos, tanto los existentes en el ordenador del usuario como los existentes en los bancos de datos, protegiendo el derecho a la intimidad del ser humano, y el valor económico que puedan representar los datos almacenados en los bancos legítimamente constituidos.

Sería para el infrascripto un gran logro, si el presente artículo, pudiera ser considerado como un aporte para la solución de la problemática planteada o con alguna incidencia para el logro de una concientización de la imprescindible necesidad de aprovechar todos los recursos existentes, en forma integral y articulada, y aprovechado por la humanidad para la consolidación de sus valores éticosociales, aportando argumentos para la obtención de normas estatales o internacionales, que permitan combatir la impunidad de quienes aprovechando los efectos extraterritoriales de la transmisión de datos, obtienen beneficios ilegítimos, o logren burlar el castigo de los eventuales ilícitos cometidos en estas circunstancias.

A no dudar, el fortalecimiento de la protección de los datos, arrojaría un saldo altamente positivo ya que la intimidad no podría ser vulnerada con la facilidad con que se produce en estos momentos, como así también la protección económica de los valores, que la información procesada representa [...].

5. CONCLUSIONES

Que la información, sometida a un proceso de ordenamiento, en una computadora, genera un valor adicional a su propio contenido que denominamos data o dato.

La información en sí misma fue importante desde el principio de los tiempos, pero cuando analizamos la información procesada con tecnología cibernética (hardware y software adecuados) y comunicacional (telemática) su valor se multiplica geométricamente, a tal punto que se convierte en un paradigma principal de la sociedad cibernética.

El procesamiento de la información, permite su acumulación, y se denomina bancos a aquellos lugares donde se conservan.

El fenomenal avance tecnológico, permite a esos bancos, guardar completísima información, que también puede ser cotejada y calificada.

Las sociedades van regulando la forma de concretar estos procedimientos, sin embargo, hay quienes pueden sortear las regulaciones, y destinar la información a fines para los cuales no fue autorizada su acumulación.

La posibilidad de transmitir la información fuera de la soberanía del Estado en que se halle acumulada, puede generar la impunidad de quien se aproveche sin derecho a ello. También la velocidad en que pueden concretarse estos hechos, corre a favor del que actúa ilícitamente.

Los argumentos precedentes, ponen de manifiesto la necesidad de controlar estas conductas disvaliosas.

Para intentar el control debemos preguntarnos: 1º ¿Qué elementos tenemos para lograr el fin deseado? 2º ¿Cómo aprovechar los que resulten disponibles? 3º ¿Quiénes podrían realizar tan colosal tarea?

Al respecto podemos señalar, que debido al fenómeno de la inmediatez y de la extraterritorialidad propia de la transmisión de datos en la sociedad cibernética, los mecanismos de control no están preparados para dar respuestas inmediatas. Lo que significa que tendremos un largo camino que recorrer para obtener algún logro.

Lo positivo es que con la identificación del problema, la búsqueda de soluciones posibles se convierte en un imperativo categórico, pudiendo la tecnología ser utilizada para la obtención de soluciones, mediante la adecuada investigación y capacitación de los recursos disponibles.

Por ello, colijo que es necesario un proceso de concientización global, con especial énfasis en la capacitación técnica y ética que aliente a los gobiernos del orbe a concensuar y coordinar los esfuerzos, para que los objetivos éticos y morales de la sociedad cibernética no se desvirtúen y por el contrario se proyecten con la fuerza necesaria para combatir el uso indebido o delictivo de la información (data).

Algunas herramientas adecuadas para semejante tarea, sería la búsqueda de acuerdos globales, donde se puntualice la forma de cooperación de cada uno

de los Estados intervinientes para la persecución de aquellos que utilizan indebidamente o delictivamente los datos informáticos.

Estos acuerdos deberían tener una rápida incorporación al ordenamiento vigente de los Estados, y una estructura multinacional que les sirva de apoyo y coordinación en temas de competencia y armonización legislativa.

Estos organismos multilaterales, tendrían a su cargo, señalar qué Estados no actúan con la celeridad necesaria o aquellos que por su inactividad culposa o dolosa son aprovechados por delincuentes o mal vivientes para operar desde allí, perjudicando a sujetos de la comunidad internacional, aprovechando la inactividad en tal sentido del Estado en que se cobija, lo que inevitablemente producirá mayores daños a la intimidad del ser humano y perjudicará patrimonialmente a quienes siendo legítimos tenedores de datos, vean que los mismos son ultrajados por terceros.

Como corolario final, puede afirmarse, que proteger la intimidad de las personas, defender el buen uso de los datos concentrados en bancos autorizados, evitar la comisión de ilícitos con el tráfico de datos, es una tarea en la que debemos participar todos los miembros de la sociedad cibernética, y buscar la forma de capacitar a aquellos que por falta de conocimiento han quedado excluidos, como así también buscar la capacitación de nuestros representantes en la sociedad, para que afronten esta realidad, con perspectiva universal, con la finalidad de llegar a un consenso, previo análisis y valuación de todas las propuestas.

Finalizo enfatizando que este humilde trabajo tuvo desde su inicio, la motivación, que pudiera ser un pequeñísimo aporte en tal sentido, pero aporte al fin.



III CONGRESO NACIONAL DE MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL

DECLARACIÓN DE PIURA

Los señores Presidentes de las diferentes Cortes Superiores de Justicia del país, suscriben la presente declaración correspondiente al Tercer Congreso Nacional de Magistrados del Poder Judicial, desarrollado en la cálida ciudad de Piura los días 18, 19 y 20 de noviembre de 2009, en los siguientes términos:

Primero: Proponer las acciones necesarias para modificar el texto constitucional a fin de derogar las normas vinculadas al proceso de ratificación judicial.

Segundo: Requerir se fortalezca el control disciplinario mediante la Oficina de Control de la Magistratura con reglas claras y objetivas, garantizando el debido proceso, sin afectar las decisiones jurisdiccionales, las cuales deben ser objeto de revisión únicamente por el órgano superior, en mérito del principio constitucional de pluralidad de instancias; debiendo sancionarse las quejas maliciosas.

Tercero: Rechazar toda interferencia interna o externa sobre la actividad jurisdiccional.

Cuarto: Fortalecer la justicia de paz, incrementándose el apoyo logístico y de capacitación.

Quinto: Reconocer la existencia de un déficit en la infraestructura del Poder Judicial, siendo necesario declararla en emergencia con la finalidad de dictar medidas urgentes para la solución de dicho problema.

Sexto: Presentar proyecto de ley que permita la implementación progresiva de las notificaciones electrónicas con carácter obligatorio, en todo el sistema judicial.

Sétimo: Racionalizar la carga procesal; así como los recursos humanos y logísticos en forma equitativa por cada órgano jurisdiccional, previo estudio de proyección del incremento de la misma.

Octavo: Implementar un programa nacional de capacitación del personal auxiliar; así como la asignación de bonificación extraordinaria de aquellos que laboran en zonas alejadas.

Noveno: Priorizar la tarea de control preventivo a fin de detectar las deficiencias en prácticas de trabajo judicial que potencialmente sean causa de actos de corrupción; y, especializar a los Jueces de Control a fin de dedicarlos exclusivamente a dicha función. Contar con un proceso disciplinario célere y que se publiquen las resoluciones absolutorias.

Décimo: Unificación de los diversos conceptos para que los magistrados cuenten con una remuneración única y que sirva para el cálculo de la compensación de tiempos de servicios y pensión. Se implementen las coberturas de pólizas de salud y de seguro de vida en caso de accidentes.

Décimo Primero: Aprobar la propuesta del nuevo despacho judicial para Juzgados Especializados y salas superiores, elaborado por la Comisión Nacional de Magistrados designados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial; su implementación deberá responder a la realidad de cada Corte Superior de Justicia

Décimo Segundo: Conjuguar esfuerzos para lograr el mismo porcentaje participativo de varones y mujeres en los órganos de gobierno, jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial.

Décimo Tercero: Apoyar la propuesta de derogatoria del artículo 47 inciso 6 de la Ley de la Carrera Judicial, así como la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscal de la Nación.

Décimo Cuarto: Reconocer póstumamente la trayectoria profesional del Doctor Florencio Mixán Mass.

Décimo Quinto: Expresar felicitación al señor Presidente del Poder Judicial, doctor Javier Villa Stein, por las gestiones para el otorgamiento de la bonificación por resultados a favor de los trabajadores de este Poder del Estado; y ratificarle nuestro total respaldo en las medidas adoptadas para el mejoramiento de servicio de justicia impulsando buenas prácticas en la gestión y administración de justicia.

Firmas



Mesa de Honor del III Congreso Nacional de Magistrados



Asistentes al III Congreso Nacional de Magistrados.



PRIMERA REUNIÓN ANUAL 2009 DE PRESIDENTES DE CORTES SUPERIORES DE JUSTICIA

DECLARACIÓN DE HUANCAVELICA

Los señores Presidentes de las 29 Cortes Superiores de Justicia del país que suscriben, reunidos en esta noble y generosa ciudad de Huancavelica, bajo la dirección del señor doctor Javier Villa Stein, Presidente del Poder Judicial y de la Corte Suprema de Justicia de la República, y luego de dos días de arduo trabajo consideramos pertinente emitir la siguiente declaración.

PRIMERO.- Nuestra plena identificación con el Plan de Gobierno trazado por el señor Presidente del Poder Judicial doctor Javier Villa Stein, para el período 2009-2010, comprometiéndonos a colaborar decididamente con la acciones a desarrollar para el logro de las metas fijadas al término de su mandato.

SEGUNDO.- Nuestro compromiso incondicional con las justas demandas del pueblo peruano, por lo que velaremos por un trato digno del justiciable; otorgándole un servicio eficiente y eficaz, así como facilidades al acceso de justicia, componente básico de la tutela jurisdiccional efectiva.

TERCERO.- Invocar a los magistrados de todas las instancias del país, para que redoblen esfuerzos a fin de satisfacer las demandas de justicia del pueblo peruano, teniendo en cuenta que en cada proceso hay tensiones dramas y

tragedias que afectan la dignidad de persona humana, fin supremo de la sociedad y del Estado.

CUARTO.- Garantizar los derechos fundamentales, principios y valores de la Constitución Política del Estado, por lo que en el ejercicio de nuestra función jurisdiccional demandamos el respeto a la autonomía e independencia del Poder Judicial, sin perjuicio del diálogo fecundo con las demás instituciones del Estado, y sin que ello signifique estar al margen del escrutinio público.

QUINTO.- Demandar a las autoridades competentes del Estado, mayor atención a pueblo huancavelicano con quienes nos solidarizamos en sus justas demandas de servicios públicos, como educación, salud, trabajo y comunicación.

Huancavelica, 23 de enero de 2009

Firmas



SEGUNDA REUNIÓN ANUAL 2009 DE PRESIDENTES DE CORTES SUPERIORES DE JUSTICIA

DECLARACIÓN DE AREQUIPA

Los señores Presidentes de las 29 Cortes Superiores de Justicia del país que suscriben, reunidos en la histórica ciudad de Arequipa, cuna de la juridicidad, bajo el liderazgo de nuestro Presidente del Poder Judicial y de la Corte Suprema de Justicia de la República, doctor Javier Villa Stein, después de dos intensos días de trabajo, suscribimos la siguiente Declaración, por unanimidad:

PRIMERO.- Reafirmar nuestro compromiso con las políticas institucionales y democráticas impartidas por el doctor Javier Villa Stein, en aras de intensificar el proceso de modernización de la Judicatura Nacional, que implica el rol fundamental del Poder Judicial en el desarrollo y crecimiento económico del país.

SEGUNDO.- Reafirmar el respeto hacia los Derechos Humanos, que incluye los derechos del usuario del servicio de justicia, los principios y valores constitucionales, como premisas imprescindibles del Estado Democrático de Derecho.

TERCERO.- Fortalecer el diálogo fecundo del Poder Judicial con los demás Poderes del Estado y las instituciones que conforman la sociedad, en la formación de una corriente de opinión y de acciones destinados a modernizar la calidad de vida de los peruanos.

CUARTO.- Fortalecer la alianza estratégica con los Gobiernos Regionales para el cumplimiento de los objetivos institucionales y optimizar el servicio de justicia.

QUINTO.- Apoyar intensamente los importantes avances del proceso de informatización e interconexión de todos los órganos jurisdiccionales del país.

Arequipa, 14 de agosto de 2009

Firmas

Esta obra se terminó de imprimir en el mes de
junio del año 2010, en los talleres gráficos de
Editorial Súper Gráfica E.I.R.L.
Jr. Ica 344, Cercado - Lima

