

ISSN 1997-6682



Revista Oficial del Poder Judicial

Corte Suprema de Justicia de la República

Vol. 6, n.^{ros} 6 y 7, 2010-2011
Lima, Perú



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista Oficial del Poder Judicial

Corte Suprema de Justicia de la República

Justicia Honorable. País Respetable

Vol. 6, n.^{ros} 6 y 7, 2010-2011
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 autores nacionales y extranjeros.

Vol. 6, n.^{ros} 6 y 7, 2010-2011
ISSN 1997-6682

Esta revista se edita anualmente.

EDITORES

Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República
Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial
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, Poderes Judiciales de los diferentes países de Latinoamérica y toda aquella persona interesada en el quehacer jurídico.

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

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

Fotos: Oficina de Imagen y Prensa de la Corte Suprema de Justicia de la República

CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES DEL PODER JUDICIAL

Palacio Nacional de Justicia - 2do. Piso
Av. Paseo de la República s/n - Lima, Perú
Teléfono 511 410 1010 - Anexos 11571 / 11185
Web: www.pj.gob.pe - Correo electrónico: cij@pj.gob.pe

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

Esta Revista permite la reproducción parcial de sus trabajos a condición de que se mencione la fuente.
Es de carácter gratuito y acepta canjes con publicaciones de temas jurídicos y de ciencias sociales en general.



Puerta lateral del Palacio Nacional de Justicia elaborada en bronce por la fábrica belga Reve Tochebus

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

**César San Martín Castro
Presidente**

Luis Felipe Almenara Bryson
Elcira Vásquez Cortez
Hugo Sivina Hurtado¹
Ramiro Eduardo De Valdivia Cano
Francisco Távara Córdova
Enrique Javier Mendoza Ramírez
Vicente Rodolfo Walde Jáuregui
Víctor Ticona Postigo
Javier Villa Stein
José Luis Lecaros Cornejo
Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Jacinto Julio Rodríguez Mendoza
Duberli Apolinar Rodríguez Tineo
Josue Pariona Pastrana
Ana María Aranda Rodríguez
Roberto Luis Acevedo Mena
Javier Arévalo Vela
Jorge Luis Salas Arenas
Elvia Barrios Alvarado

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



Jueces Titulares de la Corte Suprema de Justicia de la República

De izquierda a derecha: Jorge Salas Arenas, Roberto Luis Acevedo Mena, Josué Pariona Pastrana, Jacinto Julio Rodríguez Mendoza, José Luis Lecaros Cornejo, Víctor Ticona Postigo, Enrique Javier Mendoza Ramírez, Ramiro Eduardo De Valdivia Cano, Luis Felipe Almenara Bryson, César San Martín Castro, Eciela Vásquez Cortez, Francisco Távara Córdova, Vicente Rodolfo Walde Jáuregui, Javier Villa Stein, Víctor Roberto Prado Saldarriaga, Duberlí Apolinar Rodríguez Tineo, Ana María Aranda Rodríguez, Javier Arévalo Vela y Elvira Barrios Alvarado.

CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL

César San Martín Castro
Presidente

Luis Felipe Almenara Bryson
Juez Supremo

Vicente Rodolfo Walde Jáuregui
Juez Supremo

Luis Vásquez Silva
Juez Superior

Darío Palacios Dextre
Juez Especializado

Ayar Felipe Chaparro Guerra
Representante de los Colegios de Abogados del Perú

ÍNDICE

Revista Oficial del Poder Judicial
Corte Suprema de Justicia de la República
Año 4 - 5, N° 6 y N° 7 / 2010-2011 – ISSN 1997-6682
Vol. 6, n.ros 6 y 7, 2010-2011 - ISSN 1997-6682

ÍNDICE

Presentación

César San Martín Castro Presidente del Poder Judicial.....	19
---------------------------------------------------------------	----

JUECES

Ramiro De Valdivia Cano <i>Los desafíos del derecho de familia en el siglo xxi</i>	25
Vicente Rodolfo Walde Jáuregui <i>El capital social en las diversas formas de la sociedad anónima, los principios y las diversas funciones que cumple tanto externa como internamente en estas</i>	47
J. Fernando Bazán Cerdán <i>Audiencia de tutela: fundamentos jurídicos (Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116)</i>	69
Francisco Celis Mendoza Ayma <i>Imputación concreta. Aproximación razonable a la verdad</i>	79
Víctor Burgos Mariños <i>Apuntes para la interpretación constitucional del Código Procesal Penal</i>	97
Víctor Malpartida Castillo <i>Tribunal Constitucional vs. Poder Judicial (A propósito de un proceso competencial)</i>	129
Alexander Rioja Bermúdez <i>En defensa de la propiedad indebidamente embargada</i>	163
Reyler Yulfo Rodríguez Chávez <i>La función económica de la contratación masiva</i>	189

DOCTRINA NACIONAL

José Hurtado Pozo	
<i>Relaciones entre el derecho penal y el derecho civil respecto al delito de hurto en el Código Penal peruano.....</i>	231
Manuel Bermúdez Tapia	
<i>Los valores y principios de justicia y equidad en la redacción de la sentencia judicial</i>	255
José Leyva Saavedra	
<i>Autonomía privada y Contrato</i>	267
Raúl Pariona Arana	
<i>El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana. Análisis de la fundamentación dogmática de la Sentencia de la Corte Suprema contra Alberto Fujimori</i>	291
Jorge Andújar Moreno	
<i>La Constitución de Cádiz, las elecciones y los municipios.....</i>	303
Manuel Enrique Valverde González	
<i>Apuntaciones para la historia del derecho peruano. Un caso de política asistencial en favor de los partidos del corregimiento de Huaylas en el S. XVIII.....</i>	311

DOCTRINA INTERNACIONAL

Luigi Ferrajoli (Italia)	
<i>Constitución y jurisdicción</i>	339
Graça María Borges de Freitas (Brasil)	
<i>Formación de magistrados en Brasil: un modelo educativo institucional en construcción tras la Constitución de 1988.....</i>	357
Miguel Polaino-Orts (España)	
<i>Delitos contra la administración de justicia. Una introducción a la regulación de algunas figuras en el Código Penal español.....</i>	373
Duvi Alfredo Teixidor Vinjoy (Uruguay)	
<i>Víctima e imputación objetiva</i>	399

DOCUMENTOS DE INTERÉS

IV Congreso Nacional de Jueces. Declaración del Cusco.....	413
Declaración de Tarapoto – San Martín. V Congreso Nacional de Jueces	417
Primer Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas. “Construyendo un País con Justicia Social”	421
Segundo Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural en Comunidades Andinas y Rondas Campesinas. “Construyendo un País con Justicia Social”	423
Declaración de Huaraz. III Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural	425
Declaración de La Merced.....	431
I Encuentro de Presidentes de Cortes Superiores de Justicia de la República del año 2011	433
Declaración de Lima.....	435

PRESENTACIÓN

PRESENTACIÓN

La cultura jurídica ejerce gran influencia en la realización del sistema democrático de cualquier país, mas su repercusión en las instituciones vinculadas a la impartición de justicia es poderosa, puesto que contribuye a la construcción de nuevos paradigmas de interpretación y aplicación judicial del Derecho.

La vida jurídica se nutre, así, del conjunto de experiencias y conocimientos desarrollados por quienes, desde una ubicación privilegiada, observan e interactúan en la realidad que tiene como escenario el complejo mundo de las relaciones jurídicas en general y de la vida de los tribunales de justicia en particular.

Dicha influencia es especialmente significativa en el desarrollo conceptual del Derecho, es decir en la comprensión del fenómeno jurídico en sus diversas manifestaciones y enfoques. La producción intelectual aparece aquí como indicador del permanente progreso de las diferentes disciplinas jurídicas sobre la base de su vinculación con la realidad; saber que debe acceder a aquellos espacios donde al publicarse adquiera una cabal concreción.

En tal contexto, la Revista Oficial del Poder Judicial –cuya edición periódica ha quedado institucionalizada por este poder del Estado–, se erige como el medio de publicación impreso idóneo de artículos jurídicos de divulgación que recogen los resultados de la actividad investigadora de destacados autores; los mismos que se caracterizan, precisamente, por la especialidad de la materia tratada, la rigurosidad del análisis efectuado y la actualidad de su contenido.

En su nueva edición, la Revista Oficial reúne el aporte de juristas nacionales y extranjeros, debiendo resaltarse, entre otros estudios, el realizado por el doctor Luigi Ferrajoli sobre la naturaleza y el futuro del sistema de garantías

ante la expansión de los espacios de la jurisdicción y, como correlato, el crecimiento del Poder Judicial como institución encargada de proteger los derechos garantizados por la Constitución del Estado.

Asimismo, se ofrece al avisado lector el análisis de importantes temas como la Familia, institución fundamental la cual enfrenta actualmente enormes desafíos; los conflictos competenciales entre el Tribunal Constitucional y este poder del Estado; la marcha institucional del Poder Judicial en sus diversas facetas: jurisdiccional, de gobierno y administrativa; aspectos relevantes de la contratación; las complejas relaciones entre el derecho penal y el derecho civil en materia de hurto; el proceso penal; hechos significativos en el pasado histórico de nuestra vida jurídica colonial y republicana; entre otras materias de alcance nacional e internacional que son abordados con rigurosidad y detalle.

En suma, creemos, con la presente edición, contribuir al progreso del saber en Derecho difundiendo y fomentando la creación intelectual entre los integrantes de la comunidad jurídica nacional e internacional, ámbito donde la importancia de la realidad global del fenómeno jurídico es cada vez mayor; por lo que solo finalmente deseo reafirmar que las páginas de la Revista Oficial del Poder Judicial estarán siempre abiertas a quienes contribuyan con sus valiosos aportes a la teoría y la praxis jurídica contemporánea, en cualquiera de sus ramas.

Sr. Dr. César San Martín Castro
Presidente del Poder Judicial



Sr. Dr. César San Martín Castro
Presidente del Poder Judicial
(2011 - 2012)

LOS DESAFÍOS DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL SIGLO XXI (Ensayo)

RAMIRO DE VALDIVIA CANO*

Resumen

El matrimonio y la familia son institutos naturales y fundamentales constantemente erosionados y amenazados de disolución debido a la dación de normas positivas que facilitan el divorcio por causales, en esencia, anticonstitucionales. En el presente ensayo se interpreta, a la luz del Derecho Natural, el Derecho Internacional y la doctrina católica, la problemática legal y social derivada de los constantes embates a la familia y el matrimonio por parte de la comunidad política. Asimismo, hace un llamado a la búsqueda de instrumentos de protección de la dignidad y libertad del hombre, ante la prepotencia de las fuerzas sociales y las potenciales arbitrariedades del poder. Establece la necesidad de conferir un carácter institucional al matrimonio, fundándolo sobre un acto público, social y jurídicamente reconocido; y, propugna que la responsabilidad en el cuidado y la promoción de la familia, compete principalmente a toda la sociedad.

Palabras clave: Familia – Matrimonio – Divorcio – Doctrina católica – Derechos de la familia – Amor conyugal – Política familiar – Control de convencionalidad – Independencia del Poder Judicial.

Abstract

Marriage and family are natural and fundamental institutions that are constantly being eroded and threatened to be dissolved due to the enactment of positive norms that facilitate at-fault divorce which are, in essence, anticonstitutional. In the light of Natural Law, International Law and the Catholic Scholar doctrine, this essay interprets the legal and social problems derived from the constant attacks on family and marriage by the political community. Furthermore, it beckons the search for instruments protective of man's dignity and freedom, in the face of the arrogance of the social forces and the potential arbitrariness of power. It also establishes the need to confer an institutional character to marriage, basing it on a public, social and legally recognized act; and proposes that society as a whole, is responsible for the care and promotion of the family.

Key words: Family – Marriage – Divorce – Catholic Scholar Doctrine – Family Rights – Spousal Love – Family Policy – Control of Conventionality – Autonomy of the Judiciary.

Sumario

1. Introducción.
2. La Superstición del divorcio.
3. Política familiar.
4. Hoja de ruta.
5. Colofón.

* Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República-Poder Judicial del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

La defensa de la dignidad del hombre, la familia y el matrimonio es un inmenso ámbito de reflexión y de acción social, educativa y política. Aún si se limita al campo jurídico, se tiene que compulsar el fracaso del control de la constitucionalidad de las leyes que norman la familia que es la célula básica de la sociedad –o que lo fue, desde tiempos inmemoriales. Por cierto, entre los muchos defectos de la Constitución de 1993, sobresale la incoherencia con que trata a la familia y el matrimonio. En su Art. 4º (Protección a la familia. Promoción del matrimonio) reconoce la obligación del Estado de proteger la familia y promover el matrimonio. “Reconoce a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.” Pero, a renglón seguido, establece que esta misma norma puede ser modificada y arrasada al gusto electorero de cualquier mayoría simple del Congreso. ¡Sin necesidad de seguir el trámite obligatorio de modificación o de enmienda constitucional exigido para cualquiera de las otras normas constitucionales!¹.

Por otro lado, teniendo en cuenta las fuentes iusnaturalistas de los arts. 1º, 2º y 4º y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú; y las concordantes normas contenidas en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es necesario hacer una advertencia: los jueces que están llamados a activar el control de la convencionalidad en el área del Derecho Familiar, deberán tener en cuenta que se puede sostener que competiría al Estado social y democrático de Derecho regular los efectos civiles del matrimonio. Pero, ni el Estado ni la sociedad deben soslayar su dignidad en sus características específicas, que exigen ser salvaguardadas frente a cualquier pretensión de alteración de su naturaleza. La sociedad no puede disponer del vínculo matrimonial, con el cual los dos esposos se prometen fidelidad, asistencia recíproca y apertura a los hijos.

Pero estas pretensiones son insistentes y la meta de erosión de la naturaleza del matrimonio quedó institucionalizada en la sociedad cuando el legislador comenzó a hacer concesiones demagógicas ante las presiones políticas. No otro es el origen del decreto ley de 8 de octubre de 1930 que estableció el divorcio vincular en el Perú. Ahora, ya se llega al extremo de justificar crímenes contra la vida, la libertad y la dignidad humanas so pretexto de ejercicio de la libertad en el ámbito familiar. Se pretende reconocer validez jurídica a tales extremos de

¹ Consultar RUBIO CORREA, Marcial. «Título VI.- Reforma de la Constitución». En: *Para Conocer la Constitución Política del Perú de 1993*. Lima: Fondo Editorial PUCP, pp. 311 y ss.

la prepotencia solo porque se enfundan en las fanfarrias de las formalidades de la norma ordinaria legal o constitucional. O en interpretaciones incorrectas de lo que es libertad y de lo que es Derecho Positivo. No obstante, la Constitución histórica del Perú no puede menos que reconocer el fundamento antropológico de la familia y así lo hace la vigente cuando señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (art. 1º). Y a la familia y al matrimonio como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. Pero, no menos lírica ha resultado la que define el matrimonio. (Art. 4º)².

Ahora bien, aplicando la cuestión al Derecho de Familia, cabe preguntarse con Benedicto XVI, ¿Cómo podemos reconocer lo que es justo? ¿Cómo podemos distinguir entre el bien y el mal, entre el derecho verdadero y el derecho solo aparente?³ La cuestión es decisiva y ante ella se encuentra también el político y la política misma.

Para regular una parte materia del Derecho de Familia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser un criterio suficiente. Pero es evidente que en las cuestiones fundamentales del Derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría de votos no basta: En el proceso de formación del Derecho, una persona responsable debe buscar los criterios pertinentes de su orientación. En el siglo III, el gran teólogo Orígenes, citado por Benedicto XV, justificó así la resistencia de los cristianos a determinados ordenamientos jurídicos en vigor: “Si uno se encontrara entre los escitas, cuyas leyes van contra la ley divina, y se viera obligado a vivir entre ellos..., con razón formaría por amor a la verdad -que, para los escitas, es ilegalidad- alianza con quienes sintieran como él contra lo que aquellos tienen por ley...”⁴.

Aquello que se atribuye a una entidad por algún título recibe el nombre de *ius* (derecho), en mérito de una cualidad que la sitúa en el mundo jurídico. Aquello le es debido en sentido estricto. Entre lo que es debido al matrimonio, y que el Estado y la sociedad deben reconocerle se encuentra:

² Constitución Política del Perú

Artículo 4º. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.” Ver: RUBIO CORREA, Marcial. *Para Conocer la Constitución Política del Perú de 1993*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010, p. 54.

³ <http://www.romereports.com/palio/discurso-de-benedicto-xvi-en-el-parlamento-aleman-como-reconocer-que-es justo-y-que-es-injusto-spanish-4955.html#.TnuXWBMJNzY.facebook>. Consultado: 01 de noviembre del 2011, 16:37 horas.

⁴ BENEDICTO XVI. *Op. cit.*

- La totalidad, en razón de la cual los cónyuges se entregan recíprocamente en todos los aspectos de la persona –físicos y espirituales–;
- La unidad que los hace « una sola carne »;
- La indisolubilidad;
- La fidelidad que exige la donación recíproca y definitiva;
- La fecundidad a la que naturalmente está abierto. El desprecio de este rasgo que el mundo actual detenta ya está dando, como producto más ostensible, el envejecimiento poblacional con gravísimas consecuencias sociales y económicas, para mencionar solo lo estadísticamente obvio.
- El designio sobre el matrimonio –designio accesible a la razón humana, no obstante las dificultades debidas al egoísmo – no puede ser juzgado exclusivamente a la luz de los comportamientos de hecho y de las situaciones concretas que se alejan de él. La poligamia es una negación radical de su designio original, «porque es contraria a la igual dignidad personal del varón y de la mujer, que en el matrimonio se dan con un amor total y por lo mismo único y exclusivo».

El matrimonio, en su verdad «objetiva», está ordenado a la procreación y educación de los hijos. La unión matrimonial, en efecto, permite vivir en plenitud el don sincero de sí mismo, cuyo fruto son los hijos que, a su vez, son un don para los padres, para la entera familia y para toda la sociedad.

El matrimonio, sin embargo, no ha sido instituido únicamente en orden a la procreación: su carácter indisoluble y su valor de comunión permanecen incluso en la infertilidad matrimonial. También existen las alternativas de la adopción y el voluntariado en el ejercicio de servicios altruistas.

Pese a todo, un sector de la comunidad política pretende ignorar que la cuestión de las justas relaciones derivadas del matrimonio y la familia tiene sus raíces y sus respuestas en la esencia del ser humano. Allí se encuentra el lazo indisoluble entre espíritu y cuerpo. De esa pretendida ignorancia brotan las políticas dirigidas a banalizar la familia, el matrimonio, la vida humana y la sexualidad –pese a la existencia de normas que reconocen a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad–.

Cuando la comunidad política banaliza las relaciones familiares deja de lado que la totalidad del hombre incluye la dimensión del tiempo; que el «sí» matrimonial significa «sí, para siempre», y que es irrevocable ya que está destinado al don de nuevas vidas. La libertad del «sí» es la libertad capaz de asumir lo que es definitivo; no se limita a la búsqueda del placer circunstancial legítimo o no.

El matrimonio, como institución, no es, por tanto, una franquicia o una injerencia indebida de la sociedad o del Estado, ni es una concesión de la Constitución o del Código Civil; ni del convenio internacional –tampoco es una imposición desde el exterior en la realidad más privada de cada vida. Por el contrario, es una exigencia intrínseca del pacto de amor conyugal y de la profundidad de la persona humana.

Todo lo cual hace repugnante, desde el punto de vista jurídico la violenta contradicción en que se incurre en el mismo art. 4° de la Constitución al poner en manos de cualquier mayoría –parlamentaria- simple el destino de estos “institutos naturales y fundamentales.” Más aún, al otorgar a esos grupos de políticos desorbitadas facultades para regular causas de demolición de las familias y de disolución del matrimonio. Nótese que, en todos los demás casos, la enmienda más menuda y timorata del texto constitucional requiere de un intrincado y muy oneroso proceso nacional de modificación. El uso que los políticos dan a tales facultades desorbitadas queda plasmado en aquellas leyes que posibilitan el divorcio fundando la demanda en hecho propio del cónyuge divorcista; en las leyes que cercenan la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional para entregarla, cuando se trata de demandas de divorcio, a no-siempre-doctos alcaldes y notarios⁵.

Pero, la agonía apenas comienza y ¡ay! el cadáver sigue muriendo; y “se extiende la herida del divorcio y de las uniones libres”⁶.

Es por esta vía que la sociedad peruana del s. XXI padece de diferentes causales y procedimientos “legales” –y anticonstitucionales en esencia- de disolución: el divorcio y el divorcio frívolo. Éstas son expresiones de una falsa libertad o de una libertad anárquica que se presenta erróneamente como auténtica liberación del hombre: la superstición del divorcio. Padece también de institutos “legales”, supuestamente sucedáneos y paralelos al matrimonio y a la familia. Algunos de ellos, cobijados en la “libertad” que ululan los arts. 5° y 6° de la Constitución –que son incompatibles con los antes mencionados arts. 1° y 4°. En el divorcio frívolo, la pseudo-libertad se basa en proyectos de demolición del cuerpo y de la dignidad del hombre, del amor y de la familia. Su presupuesto es que el político puede imponer sus criterios demagógicos o no; y que el hombre puede hacer de sí y de su

⁵ Ver Ley N° 27495 de 7 de julio del 2001, denominada “Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y posterior divorcio”. También la Ley N° 29227, denominada “Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías” de 16 de mayo del 2008.

⁶ Así lo denunció Benedicto XVI su visita a Brasil (Mayo, 2007).

familia lo que quiera cuando se trata de alcanzar sus propias propuestas hedonísticas o egoístas.⁷

Esta libertad irresponsable (que, en consecuencia, no es libertad) deviene en un dualismo que desconoce el auténtico ser y la dignidad de la persona; y en un envilecimiento del amor humano. Reduce la naturaleza humana a un conjunto de funciones fisiológicas, ajenas a la dignidad humana, de las que se puede disponer según los propios gustos, en la medida del propio poder económico o político, y con el activismo de los políticos que responden a exigencias partidistas coyunturales.

Las normas peruanas anti-familia atacan la dignidad humana, al no reconocer ni a la familia ni al matrimonio como definitivos y definitorios, y al promover aquellas políticas que consideran que el hombre tiene como medida última el propio ego con sus caprichos y poder -pese a revestirse de la apariencia de libertad-. Es esta una situación semejante a la descrita por el Papa Benedicto XVI refiriéndose a los magistrados y abogados anti-nazis de la resistencia alemana: "Para ellos era evidente, de modo irrefutable, que el derecho vigente era en realidad una injusticia. Pero en las decisiones de un político democrático no es tan evidente la cuestión sobre lo que ahora corresponde a la ley de la verdad, lo que es verdaderamente justo y puede transformarse en ley. Hoy no es de modo alguno evidente de por sí lo que es justo respecto a las cuestiones antropológicas fundamentales y pueda convertirse en derecho vigente. A la pregunta de cómo se puede reconocer lo que es verdaderamente justo, y servir así a la justicia en la legislación, nunca ha sido fácil encontrar la respuesta y hoy, con la abundancia de nuestros conocimientos y de nuestras capacidades, dicha cuestión se ha hecho todavía más difícil"⁸.

Como corolario de este ensayo se hace la propuesta, a magistrados y abogados, de defender la familia y el matrimonio según las definiciones que de esas instituciones hace el Art. 4º de la Constitución y aún asumir el rol de combatientes de la resistencia a la norma injusta o arbitraria en los mismos términos propuestos por el Art. 7º de la Constitución Política, el cual reconoce que "Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su

⁷ Véase la Ley N° 29227 de 16 de mayo del 2008, Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2008- JUS.

⁸ <http://www.romereports.com/palio/discurso-de-benedicto-xvi-en-el-parlamento-aleman-como-reconocer -que-es-justo-y-que-es-injusto-spanish-4955.html#.TnuXWBMJNzY.facebook>.

promoción y defensa". Nótese que en este dispositivo la Constitución ha de referirse al concepto integral de salud; puesto que el art. 11º se refiere a las prestaciones de salud física. Esa sería su contribución al servicio al derecho y a toda la humanidad.

2. LA SUPERSTICIÓN DEL DIVORCIO

Barbara Dafoe Whitehead, en su obra *La cultura del divorcio*, se refiere a la profunda admiración que los lectores de los más diversos países manifiestan desde inicios del s. XX, por la manera en la que G. K. Chesterton supo escribir sobre el matrimonio y sobre el divorcio; y señala cómo, a esta última institución, el escritor inglés califica de *superstición* y al matrimonio como la realidad espléndida de la condición humana. Pues bien, una vez desmitologizado el divorcio como elemento maligno que es, aparece la verdadera esencia del matrimonio, como algo difícil, heroico, profundamente humano y como escuela de humanidad y de libertad.

Justamente, en el presente ensayo se tratará de aquello que el genial humanista católico Gilbert Keith Chesterton denomina *La superstición del divorcio* en su obra homónima⁹. El libro es la recopilación de una serie de artículos publicados en 1918. Pese a su antigüedad siguen vigentes sus argumentos a favor del matrimonio y sus denuncias en torno a las consecuencias personales y sociales del divorcio.

En síntesis, la superstición que ha creado la sociedad consumista, relativista y materialista consiste en atribuir al divorcio cualidades mágicas; el remedio infalible para todos los males personales, familiares y sociales. Si hoy como ayer es igualmente patético que muchos «sienten tan falso optimismo hacia el divorcio como cualquier romántico pudo sentirlo hacia el matrimonio», lo es más todavía que los medios de comunicación aticen el fuego de la superchería, de ese sentimentalismo rosado de aquel que imagina su historia con el final del cuento de hadas «---y, después de ser divorciados por papá gobierno, el príncipe y la princesa fueron felices por siempre y comieron perdices». La realidad cruda desmiente el cuento de hadas: Como cualquier observador puede testificar, el divorcio es un fracaso desde cualquier punto de vista. Incluso para quienes alucinan que es “el mal menor”. Pero a quienes de buena o mala fe lo presentan como expresión de libertad, es necesario que

⁹ G. K. CHESTERTON. «La superstición del divorcio (The Superstition of Divorce, 1920)». En: *Obras completas*. Tomo I. Barcelona: Plaza & Janés, 1967; 1676 pp., de la p. 871 a la p. 936. Trad. de Eduardo Toda Valcárcel. Nueva edición en Sevilla: Los Papeles del Sitio, 2008; 144 pp. Trad. de Aurora Rice Derqui. Prólogo de Enrique García Máiquez; ISBN 13: 978-84-935892-5-7.

alguien, alguna vez, les muestre que, lejos de ser señal de libertad, el divorcio es una forma de autoengaño, de alucinógeno, de doble alienación –el alienado se resiste a aceptar que lo está–. En fin, el divorcio es esa superstición que los políticos quieren imponer a la sociedad pese a la realidad y al persistente fracaso con los que se enfrenta.

Para la gerencia de la superstición, la comunidad política tiene a la mano un glosario de calificativos que van desde “católico obsoleto”, a “retrógrado”, pasando por “medieval”, “intolerante” y otros, y los dedican a quienes se pronuncien en contra del aborto, de las relaciones extraconyugales, de las píldoras abortivas o el sexo libre. Estos mismos adjetivos, y por las mismas sin-razones, son utilizados para identificar a quienes denuncian la falsedad de los dogmas sociales, y de la superstición que la sociedad de consumo ha elaborado para sostener que el divorcio soluciona algún problema conyugal, familiar o social.

Una breve digresión: Pese a que la indisolubilidad del matrimonio es asociado a la religión católica, los problemas, denuncias y cuestionamientos al divorcio no están enclaustrados en el ambiente religioso. Por el contrario, para el desarrollo del Derecho que defiende la vida y la dignidad del hombre, la familia y el matrimonio y para el desarrollo de la humanidad, ha sido decisivo que los juristas católicos reconozcan que la relación entre la *razón* y la *naturaleza* es la fuente de la que brota el manantial del Derecho; ha sido decisivo que hayan tomado distancia del derecho religioso, aquel que se construye a partir de la fe; y que se hayan puesto de parte de la filosofía. No obstante, si se revisa el pasado reciente del Derecho se advierte que en la formación de la Constitución histórica del Perú, y hasta la Declaración de los Derechos Humanos, después de la Segunda Guerra Mundial, la cuestión sobre los fundamentos de la legislación parecía clara. Pero, en el último medio siglo se dio un cambio dramático. La idea del derecho natural se considera hoy una doctrina católica más bien singular, sobre la que no vale la pena discutir fuera del ámbito católico, de modo que invocarlo sería casi una ingenuidad.

Otra arma con la que cuenta la defensa de la superstición es el Positivismo: Tal como se repite en el aula universitaria, la visión positivista del mundo es una de las grandes e irrenunciables expresiones de la creatividad humana; afirmando también que por ella misma, esta visión resulta insuficiente para el logro de la justicia y la paz. La razón positivista no es el todo del universo cultural humano, pues solo percibe aquello que es funcional. Por tanto, sería erróneo considerar que la razón positivista sea la única cultura válida, relegando todas las otras realidades culturales a la condición de subculturas; o al positivismo como único y exclusivo fundamento común para la formación

del Derecho, mientras son preteridas todas las otras convicciones y los otros valores de la cultura.

Es necesario superar esa visión positivista para acercarse a la naturaleza en toda su profundidad y requerimientos; a la globalidad que no reconoce límites. El cruel asesinato de un universitario durante un partido de fútbol, en el interior de un estadio limeño; la misma existencia de la “barra brava” que lo asesinó, de sus organizaciones mentoras (públicas y privadas) y de la impunidad y otros privilegios de que gozan, son apenas reflejos pálidos de una realidad angustiosa: al iniciarse el s. XXI, el matrimonio y la familia sufren los embates de la prepotencia de la opinión pública manipulada, y de las arbitrariedades del poder. Matrimonio y familia están en peligro de extinción.

“Una concepción positivista de la naturaleza, que comprende la naturaleza en modo puramente funcional, como las ciencias naturales la explican, no puede crear ningún puente hacia el Ethos y el Derecho, sino suscitar nuevamente solo respuestas funcionales. Sin embargo, –continúa el Papa– lo mismo vale también para la razón en una visión positivista, que muchos consideran como la única visión científica. En ella, aquello que no es verificable o recusable no entra en el ámbito de la razón en sentido estricto. Por eso, el ethos y la religión se deben reducir al ámbito de lo subjetivo y caen fuera del ámbito de la razón en sentido estricto de la palabra. Donde rige el dominio exclusivo de la razón positivista –y este es en gran parte el caso de nuestra conciencia pública– las fuentes clásicas de conocimiento del ethos y del derecho quedan fuera de juego. Ésta es una situación dramática que interesa a todos y sobre la cual es necesaria una discusión pública...”¹⁰

Pese a lo que se pregone en los medios o en la academia o en el Congreso, la doctrina de los Derechos Humanos implica la conciencia de la igualdad ante la ley, de la dignidad inviolable del ser humano y de la responsabilidad de los hombres por su conducta. Esta doctrina es el producto de la conjunción de las culturas griega, romana y judeo-cristiana. El pensamiento filosófico, la fe en Dios y el criterio jurídico. El hombre de Derecho (varón o mujer, legislador, abogado o magistrado)¹¹ tienen ante sí el desafío de defender esta doctrina. Sus herramientas básicas no son otras que “la razón abierta al lenguaje del ser, un corazón dócil a la Verdad y su voluntad para capacitarse para así

¹⁰ BENEDICTO XVI. *Op. Cit.*

¹¹ Nota del autor: A lo largo de este trabajo, como ya se habrá advertido, el término “hombre” abarca el concepto de “ser humano”, varón y mujer. Por razones de espacio se hará referencia a los sujetos utilizando el género masculino que incluirá tanto al de sexo masculino como al de sexo femenino.

establecer un verdadero Derecho" como lo proclamó el Papa Benedicto XVI ante el Bundestag alemán¹². Esa convocatoria es pertinente pues es a partir de esta doctrina que se plasman las normas legales que son materia del presente ensayo y que declaran que "... la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"¹³.

En su discurso ante el Parlamento alemán (Mayo del 2011), el Papa Benedicto XVI, al abordar una definición del Derecho se pregunta "¿Cómo se reconoce lo que es justo? En la historia, los ordenamientos jurídicos han estado casi siempre motivados en modo religioso: sobre la base de una referencia a la voluntad divina, se decide aquello que es justo entre los hombres. Contrariamente a otras grandes religiones, el cristianismo nunca ha impuesto al Estado y a la sociedad un derecho revelado, un ordenamiento jurídico derivado de una revelación. En cambio, se ha referido a la naturaleza y a la razón como verdaderas fuentes del derecho, se ha referido a la armonía entre razón objetiva y subjetiva, una armonía que, sin embargo, presupone que ambas esferas estén fundadas en la Razón creadora de Dios"¹⁴. El éxito del político puede ser también una seducción y, de esta forma, abre la puerta a la mixtificación del derecho, a la destrucción de la justicia. "Quita el derecho y, entonces, ¿qué distingue el Estado de una gran banda de bandidos?", dijo en cierta ocasión San Agustín. La historia peruana, con excesiva frecuencia ha experimentado que estas palabras no son una mera quimera. Hemos experimentado cómo el poder se separó del derecho, se enfrentó contra el derecho; cómo se ha pisoteado el derecho, de manera que el Estado se convirtió en el instrumento para la destrucción del derecho; se transformó en una cuadrilla de bandidos muy bien organizada, que podía amenazar el mundo entero y empujarlo hasta el borde del abismo."

En el presente ensayo, se pretende interpretar, a la luz del Derecho Natural, el Derecho Internacional y la doctrina católica¹⁵, el caos social derivado de los ataques a la dignidad del hombre, la familia y el matrimonio; tal vez

¹² <http://www.romereports.com/palio/discurso-de-benedicto-xvi-en-el-parlamento-aleman-como-reconocer-que-es-justo-y-que-es-injusto-spanish-4955.html#.TnuXWBMJNzY.facebook>. Consultado el 31 de octubre del 2011, 11:05 horas.

¹³ Art. 1º de la Constitución Política de 1993. Ver: RUBIO CORREA, Marcial. *Para Conocer la Constitución Política del Perú de 1993*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010, p. 21.

¹⁴ <http://www.romereports.com/palio/discurso-de-benedicto-xvi-en-el-parlamento-aleman-como-reconocer-que-es-justo-y-que-es-injusto-spanish-4955.html#.TnuXWBMJNzY.facebook>. Consultado el 01 de noviembre del 2011, 16:37 horas.

¹⁵ Para este efecto se ha consultado: PONTIFICIO CONSEJO « JUSTICIA Y PAZ » COMPENDIO DE LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html. Los textos entrecerrillados en este ensayo corresponden al Compendio; salvo que se indique expresamente alguna otra fuente.

como lo plantea Javier Hervada cuando sostiene que el concepto clave es el de lo justo o derecho en sentido realista; y con la angustia de la búsqueda de instrumentos para proteger al hombre “frente al peligro de ver menoscabada su dignidad y su libertad ante la prepotencia de las fuerzas sociales y las potenciales arbitrariedades del poder”¹⁶. También se propone hacerse eco de la exhortación de Benedicto XVI pronunciada en Brasil en el 2007: A ser hombres y mujeres libres y responsables; a respetarse en el matrimonio, también en el romance y en el noviazgo; a resistir con fortaleza a las insidias del mal que llevan a una vida disoluta, paradójicamente vacía, al hacer perder la libertad y la felicidad verdaderas.

3. POLÍTICA FAMILIAR

La familia es el eje del presente ensayo. En él se acoge el planeamiento que sostiene que, lejos de ser solo objeto de la acción política, la familia debe ser sujeto *sine qua non* de esta actividad, movilizándose para «procurar que las leyes y las instituciones del Estado no solo no ofendan, sino que sostengan y defiendan positivamente sus derechos y deberes naturales. En este sentido, las familias deben crecer en la conciencia de ser ‘protagonistas’ de la llamada “política familiar” y asumir la responsabilidad de transformar la sociedad».

Desde esta perspectiva, la familia se fundamenta en la libre voluntad de los cónyuges de unirse en matrimonio, respetando el significado y los valores propios de esta institución.

La institución matrimonial nace, también para la sociedad, «del acto humano por el cual los esposos se dan y se reciben mutuamente» y se funda sobre la misma naturaleza del amor conyugal que, en cuanto don total y exclusivo, de mujer a varón y viceversa, comporta un compromiso definitivo expresado con el consentimiento recíproco, irrevocable y público. Al margen de este consentimiento, el matrimonio sería nulo. Este compromiso pide que las relaciones entre los miembros de la familia estén marcadas también por el sentido de la justicia y el respeto de los recíprocos derechos y deberes.

Ningún poder puede abolir el derecho natural al matrimonio, ni modificar sus características, ni su finalidad. El matrimonio tiene características propias, originarias y permanentes. Aunque no siempre se trasluzca con la misma

¹⁶ HERVADA, Javier. *Introducción crítica al Derecho Natural*. México D.F.: Editorial MiNos, S.A. de C.V., 1999.

claridad, todas las culturas dan testimonio de la dignidad de la unión matrimonial a pesar de los numerosos cambios que han tenido lugar a lo largo de los siglos en las diferentes, culturas, estructuras sociales y actitudes espirituales.

La sociedad está atravesando otra era de confusión. Las raíces de tal confusión se hunden en la erosión de la familia y del matrimonio –tarea en que se ha embarcado la comunidad política. Un politizado Derecho Positivo muestra tercamente su incapacidad para el logro del bien común y, a la par, su inclinación a favorecer, su labilidad, para servir a intereses subalternos. En este campo, más que en otros, se hace evidente la responsabilidad política del legislador. Esta responsabilidad está sintetizada en las palabras de Benedicto XVI: “(Para el político) Su criterio último y la motivación para su trabajo como político no debe ser el éxito y mucho menos el beneficio material. La política debe ser un compromiso por la justicia y crear así las condiciones básicas para la paz”¹⁷.

Aún desde el punto de vista jurídico positivista, la relación matrimonial se fundamenta en una piedra angular natural; el fenómeno jurídico en general tiene un fundamento natural.

La familia, que como institución social es muchísimo más antigua que el cristianismo, sigue construyendo en el presente, redes de relaciones interpersonales, internas y externas; y no ha dejado de ser el presupuesto del matrimonio. Este es el currículum que la hace «primera e insustituible escuela de socialidad, ejemplo y estímulo para las relaciones comunitarias más amplias en un clima de respeto, justicia, diálogo y amor». La existencia de familias que, pese a los embates, viven con este espíritu pone al descubierto las carencias y contradicciones de una sociedad que tiende a privilegiar relaciones basadas principalmente, cuando no exclusivamente, en criterios de eficiencia y funcionalidad. Es sabido que hay lágrimas y tragedias en cada familia y matrimonio como las hay en todas las relaciones humanas, pero las más dolorosas son las que los hombres crean y a las que se obligan, ellos mismos, a aplaudir como si se tratara solo de una comedia insulsa sin mayores consecuencias. Pero, con su misma vida, los cónyuges están llamados a dar testimonio de vida, ser testigos y anunciantes de la solidaridad familiar, del apoyo mutuo, del sentido unívoco del matrimonio, que la sociedad actual

¹⁷ <http://www.romereports.com/palio/discurso-de-benedicto-xvi-en-el-parlamento-aleman-como-reconocer-que-es-justo-y-que-es-injusto-spanish-4955.html#.TnuXWBMJNzY.facebook>. Consultado el 31 de octubre del 2011, 11:10:06 horas.

reconoce cada vez con mayor dificultad, especialmente cuando el Estado acepta versiones antojadizas y relativistas del mismo fundamento natural de la institución matrimonial.

La íntima relación entre familia, sociedad y Estado «impone también que la sociedad cumpla su deber fundamental de respetar y promover la familia misma». Estado y sociedad están llamados a garantizar y favorecer la genuina identidad de la vida familiar y a combatir todo lo que la altera y daña, respetando la prioridad y «preeminencia» de la familia. Téngase en cuenta que la histriónica normativista pretende que la realidad jurídica sea un amasijo de normas revestidas de formas constitucionales. Pero el Derecho involucra una densa trama de relaciones sociales. Entre ellas, se identifica a aquellas que se refieren a los derechos que tiene el hombre: las relaciones jurídicas. Siguiendo la antigua lección del Derecho Romano: donde hay sociedad, hay derecho. Éste está diseñado y construido con la argamasa de la alteridad; es decir de las relaciones entre los seres humanos. El conjunto de relaciones jurídicas constituye la estructura primaria y fundamental de la realidad jurídica.

De lo expresado, se sigue que la política familiar está llamada a salvaguardar los valores de la familia, desde la promoción de la intimidad y la convivencia familiar, hasta el respeto de la vida naciente y la efectiva libertad de elección en la educación de los hijos. La sociedad y el Estado no pueden, por tanto, ni absorber ni sustituir, ni reducir la dimensión social de la familia; más bien deben honrarla, reconocerla, respetarla y promoverla según el principio de subsidiariedad.

El servicio de la sociedad a la familia se concreta en el reconocimiento, el respeto y la promoción de los derechos de la familia. Todo esto requiere la realización de auténticas y eficaces políticas familiares, con intervenciones precisas, capaces de hacer frente a las necesidades que derivan de los derechos de la familia como tal. En este sentido, es necesario como requisito previo, esencial e irrenunciable, el reconocimiento —lo cual comporta la tutela, la valoración y la promoción— de la identidad de la familia, sociedad natural fundada sobre el matrimonio. Este reconocimiento establece una neta línea de demarcación entre la familia, entendida correctamente, y las otras formas de convivencia, que —por su naturaleza— no pueden merecer ni el nombre ni la condición de familia.

En cuanto a política familiar, la historia del Derecho Peruano dará cuenta de la frivolidad y facilismo con los que el Estado ha establecido la procedencia

de la demanda de divorcio que se fundamente en hecho propio (el abandono del hogar conyugal que perpetra el propio demandante); y que en un salto jurídico regresivo ha expedido la norma que promueve que los municipios y los Notarios reemplacen al Poder Judicial en la función jurisdiccional al encomendarles una nueva función: destruir el vínculo matrimonial por la vía del divorcio convencional: El divorcio al paso. Esta vez el pretexto es el de disminuir la carga procesal del Poder Judicial. El resultado será contribuir a lograr un sistema eficaz de destrucción de aquellas mismas instituciones que la Constitución reconoce “como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.” El estropicio es coronado con la promulgación de la Ley N° 29227 y el Decreto Supremo N° 009-2008-JUS.

El reconocimiento, por parte de las instituciones civiles y del Estado, de la prioridad de la familia sobre cualquier otra comunidad y sobre la misma realidad estatal, comporta superar las concepciones meramente individualistas y asumir la dimensión familiar como perspectiva cultural y política, irrenunciable en la consideración de las personas. Ello no se coloca como alternativa de los derechos que las personas poseen individualmente, sino más bien como su apoyo y tutela. Esta perspectiva hace posible elaborar criterios normativos para una solución correcta de los diversos problemas sociales, porque las personas no deben ser consideradas solo singularmente, sino también en relación a sus propios núcleos familiares, cuyos valores específicos y exigencias han de ser tenidos en cuenta.

“Servir al derecho y combatir el dominio de la injusticia es y sigue siendo el deber fundamental del político. En un momento histórico, en el cual el hombre ha adquirido un poder hasta ahora inimaginable, este deber se convierte en algo particularmente urgente. El hombre tiene la capacidad de destruir el mundo. Se puede manipular a sí mismo. Puede, por decirlo así, hacer seres humanos y privar de su humanidad a otros seres humanos que sean hombres”¹⁸.

La invocación que hace el Papa también está dirigida a los legisladores y líderes de opinión en los ámbitos de la política familiar desde que no es la ley ni la convención social; es el amor (en el sentido de amor/ágape de la filosofía clásica) la piedra fundamental de la familia y del matrimonio. Siendo imprescindible en la existencia humana, cuando se manifiesta en el don total de dos personas en su complementariedad, el amor no puede limitarse a emociones o sentimientos accidentales, y mucho menos a la mera expresión

¹⁸ BENEDICTO XVI. *Op. Cit.*

sexual. La historia ha demostrado que cualquier sociedad que tiende a relativizar y a banalizar la experiencia del amor y de la sexualidad, exalta los aspectos efímeros de la vida y oscurece los valores fundamentales.

La norma positiva debe tener en cuenta la propia enseñanza milenaria: «Corresponde a cada uno, varón y mujer, reconocer y aceptar su identidad sexual. La diferencia y la complementariedad físicas, morales y espirituales, están orientadas a los bienes del matrimonio y al desarrollo de la vida familiar. La armonía de la pareja humana y de la sociedad depende en parte de la manera en que son vividas entre los sexos la complementariedad, la necesidad y el apoyo mutuos». Esta perspectiva lleva a considerar necesaria la adecuación del Derecho Positivo a la ley natural, según la cual la identidad sexual es indiscutible, porque es la condición objetiva para formar la pareja matrimonial.

La trascendencia del amor conyugal exige la estabilidad de la relación matrimonial y su indisolubilidad. La falta de estos requisitos perjudica la relación de amor exclusiva y total, propia del vínculo matrimonial, trayendo consigo graves sufrimientos y efectos negativos para el tejido social, para los hijos e incluso para los propios cónyuges.

La política familiar así planteada reconoce estabilidad y la indisolubilidad de la unión matrimonial, que no deben quedar confiadas exclusivamente a la intención y al compromiso de los individuos: la responsabilidad en el cuidado y la promoción de la familia, como institución natural y fundamental, precisamente en consideración de sus aspectos vitales e irrenunciables, compete principalmente a toda la sociedad. La necesidad de conferir un carácter institucional al matrimonio, fundándolo sobre un acto público, social y jurídicamente reconocido, deriva de exigencias básicas de naturaleza social.

La introducción del divorcio en las legislaciones civiles ha alimentado una visión relativista de la unión conyugal y se ha manifestado ampliamente como una verdadera plaga social.

4. HOJA DE RUTA

El 8 de octubre de 1930, por Decreto Ley se concretó el establecimiento del divorcio en el Perú. A la fecha, ha transcurrido el lapso suficiente para contemplar sus efectos de destrucción sistemática de la institución familiar y de su incontenible escalada legislativa para promover el divorcio frívolo.

Éste tiene como respuesta inmediata el matrimonio frívolo al que se llega sin un mínimo de preparación. Es obvio que el divorcio y el matrimonio frívolos exoneran al Estado y a la sociedad de su obligación de educar. Si bien en 1930 el divorcio era considerado un baldón propio de familias ricas, hoy ya se ha universalizado, generalmente a expensas de la parte más débil de la sociedad conyugal. Las estadísticas y el escenario son apocalípticos: Hay un gran ahorro fiscal a expensas de la educación y formación humanas; y un resultado que solo deja perdida de la conciencia colectiva de valores, deberes y responsabilidades.

Por lo tanto, es también oportuno señalar algunos hitos para la construcción de una hoja de ruta para la defensa de la institución jurídica de la familia, del matrimonio y, por ende, de la sociedad humana en el s. XXI.

En líneas generales, frente a la desidia actual se plantea el activismo que, en síntesis debe incorporar:

La política familiar activa. Todos los implicados deben asumir la necesidad de realizar políticas activas a favor del matrimonio y la familia. Cada uno, anunciando, advirtiendo desde su propia almenara¹⁹, asumiendo este reto como una responsabilidad propia, decisiva y gigante denunciando que el matrimonio está devaluado socialmente y que la familia y el matrimonio están siendo amenazados con la extinción: Hay que promover el matrimonio y la familia en el hogar, en el aula, el foro, en la cátedra, en los medios, en el Congreso, en los estrados y resoluciones judiciales.

La defensa global de la familia y el matrimonio fustigando el divorcio: la defensa de la vida debe llevar aparejada la defensa del santuario de la familia cuyo epicentro es el matrimonio. Solo se abrirá camino haciendo una defensa global de ambas cuestiones, en los ámbitos y con las intensidades que corresponda. Y defender la familia es defender el matrimonio denunciando los males personales y sociales que acarrea el divorcio y sosteniendo simultáneamente la necesidad de acabar con él.

El matrimonio indisoluble. Impetrar a los poderes públicos que legislen la posibilidad de un matrimonio perpetuo reconocido así por el Derecho Civil. Es decir que hay que insistir, como otra acción posible y compatible con las anteriores, en promover el matrimonio civil indisoluble -aun cuando solo

¹⁹ El término **almenara** puede referirse a: **Almenara** (del árabe al-manāra, “faro” < nār, “fuego”): fuego que se hacía en las atalayas o torres ópticas, como señal de aviso.

sea opcional. Aun cuando –por lo que se refiere a su concordancia con la ley natural objetiva– no sea una solución ideal se puede exigir una doble regulación civil del matrimonio que permitiera, por un lado, el matrimonio temporal y soluble (el vigente) y, por otro, un *nuevo* matrimonio –indisoluble– con los efectos divergentes e irrevocables, correspondientes para cada uno de ellos.

En este marco general, corresponde un acercamiento más analítico a lo que podría ser una estrategia forense de política familiar –ante los insistentes ataques polifacéticos en contra de la familia, la paternidad y el matrimonio– a ser implementada por magistrados y abogados. La estrategia consiste en recurrir a la aplicación de doctrina del control de convencionalidad a partir de sus nociones básicas, sus orígenes, su desarrollo actual, el objeto y contenido de este control y sus efectos. Esta doctrina enfatiza el control difuso de la convencionalidad, es decir, la facultad que ostentan los jueces nacionales para rechazar de plano la aplicación, a pedido de parte o de oficio, de las reglas de derecho interno de un país, cuando éstas son incompatibles con el espíritu o la letra de las normas y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el país respectivo.

Aún los defensores del positivismo a ultranza tendrán que aceptar que esta facultad está reconocida en la Constitución Política, cuando establece en su Cuarta Disposición Final y Transitoria que *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan (sic) de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*²⁰.

Mientras el control de constitucionalidad tiene por meta afianzar la supremacía de la Constitución, el control de convencionalidad tiene como objetivo consolidar la vigencia de las convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos. Téngase en cuenta que el control de convencionalidad, no se limita a la defensa activa de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto de San José de Costa Rica. Alcanza a cualquier Convención o Declaración en materia de Derechos Humanos; a todos los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias de los que es parte el Perú, en el presente o en el futuro. Pero no solo aquellas convenciones protocolarmente sancionadas, porque en el Capítulo

²⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *Para Conocer la Constitución Política del Perú de 1993*. Segunda Edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010, p. 313.

I - Derechos Fundamentales de la Persona, el Art. 3º de la Constitución²¹ “... amplía el espectro de derechos que puede reclamar una persona con validez jurídica y constitucional: no solo son derechos constitucionales los expresamente establecidos en el texto, sino también todos aquellos otros que cumplen los requisitos establecidos”. Así lo señala el Dr. Marcial Rubio Correa²² en su ya citada obra.

Más aún, conforme a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la doctrina que es elaborada como producto del ejercicio del control de la convencionalidad, además de requerir que los tribunales nacionales rechacen la aplicación de las reglas internas opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, también exige que las reglas internas se sometan a su jurisprudencia. En esta posición de vanguardia en la defensa de los Derechos Humanos, a través de sus sentencias, la Corte Interamericana está dando a su jurisprudencia el mismo valor que el que otorga a la letra del Pacto de San José de Costa Rica.

Es muy significativo que hasta el 2010, la Corte Interamericana se había referido en más de una docena de casos al control de convencionalidad – puesto que Corte Interamericana por sí misma ya practicaba el control de convencionalidad al considerar inválidas las normas nacionales de derecho interno que se opusieran al Pacto de San José de Costa Rica. En este aspecto, se ha convertido en un hito importante el reclamo de los trabajadores cesados del Congreso de la República del Perú, que llevaron su caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta sentencia la Corte somete a evaluación el atributo de convencionalidad de las pertinentes normas internas peruanas sin excluir leyes, decretos, reglamentos, resoluciones ministeriales ni las normas constitucionales de este país.

Después de casi veinte años de vigencia de la Constitución Política de 1993, el núcleo básico de su artículo Cuarto viene siendo sistemáticamente violado por leyes, reglamentos, otras normas legislativas de menor nivel y por la jurisprudencia que vejan la familia, la paternidad y el matrimonio. A las puertas del vigésimo aniversario constitucional resulta obvio que el control de la constitucionalidad, tanto el difuso como el concentrado, ha fracasado

²¹ El Art. 3º de la Constitución reconoce que: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

²² RUBIO CORREA, Marcial. *Para Conocer La Constitución Política Del Perú De 1993*. Segunda Edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010. Pág. 51.

en este aspecto. No de otra manera se explica la vigencia impune de tales normas que, por lo demás, ya están produciendo efectos sociales, jurídicos y políticos apocalípticos.

Hecha la aclaración, se debe mencionar dos pactos internacionales de los que el Perú es parte y sus normas sobre Familia y Matrimonio son vinculantes en el territorio peruano. Ellos son:

1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos²³.
2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966²⁴.

El control de la convencionalidad debe rectificar las ambigüedades de la Constitución y poner un alto a los ataques a la familia y al matrimonio que tienen como punto de partida tanto la desidia en la aplicación, como la

²³ La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos Artículo 17. Protección a la Familia.

I. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

II. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

III. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

IV. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptará disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

V. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

²⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Artículo 10 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

I. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

II. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

III. Se debe adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

infracción del artículo Cuarto de la Constitución Política de 1993. El control debe hacer volver la vista de los encargados de la política familiar a las fuentes naturales del Derecho de Familia.

5. COLOFÓN

Es necesario hacer otra digresión, ya que al adoptar políticas familiares se ha aludido a la necesidad de abreviar la carga procesal asumida por el Poder Judicial. La solución de otros problemas coyunturales o sistémicos no puede edificarse a costa de la destrucción de la familia y el matrimonio. Es emblemático el proceso de distorsión legislativa emprendido con el objeto de solucionar la pesada carga laboral del Poder Judicial otorgando facultades jurisdiccionales en el área de Derecho de Familia a notarios y a alcaldes. La carga laboral nueva, la retrasada y la pendiente en el Poder Judicial son reales y gigantescas. Un solo ejemplo al paso: Con los incentivos legislativos al divorcio frívolo, se ha logrado un embalse de más de 3 millones y medio de demandas pendientes de solución. Para el congresista menos alerta, el proyecto del Divorcio al Paso supuso una posible cosecha de 17 millones de votos para la re-elección ¡sin contar con los votos de los terceros que están a la espera del respectivo divorcio!²⁵

En cuanto a las “razones” esgrimidas por los políticos hay que reiterar: El problema de la carga laboral de la administración de justicia no se resolverá convirtiendo en Jueces de Familia a alcaldes y notarios: Este problema reclama soluciones serias que deben partir de la autonomía presupuestal del Poder Judicial; pese a quienes menosprecian su importancia. Su presupuesto es inferior al 3% del Presupuesto Nacional, y es fijado por los otros Poderes cuando debiera estarlo en la Constitución y administrado en forma independiente. Es, por supuesto, comparativamente inferior al 6% de los estándares de países civilizados.

Es hora de dotar al Poder Judicial de un presupuesto acorde con su condición de salvaguarda de la legalidad, de la seguridad y la estabilidad jurídicas que lo califican como el Primer Poder del Estado. No se olvide que, sin estas condiciones, no habrá inversión, ni nuevos puestos de trabajo, ni desarrollo económico.

²⁵ Véase la Ley N° 29227 de 16 de mayo del 2008, Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías. Y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2008- JUS.

No solo es el monto presupuestal. El Poder Judicial (PJ) no puede permanecer expuesto a la indiferencia o al castigo o a las represalias del sistema político. Es urgente plasmar en leyes las respectivas normas constitucionales y los discursos sobre independencia del Poder Judicial y su independencia económica. Y tiene que preverse sistemas para evitar que se incremente la carga judicial sin la dotación de recursos, ni estudio del impacto de soluciones legislativas electoreras, improvisadas o de coyuntura.

En una palabra, el problema planteado exige un sistema que demuestre inequívocamente que la independencia del Poder Judicial no es precisamente la que fijan los otros poderes del Estado, con sus propias y particulares pautas y corrupelas. Y como resulta obvio, ese problema no tiene relación con la existencia del divorcio. Ni se aproximará a ninguna solución con la difusión del divorcio frívolo.

Es innegable que el barniz cultural, ideológico e histórico da color a las formas que asumen las relaciones sociales que se desprenden de un dato natural. Pero las relaciones sociales siguen fundándose en la naturaleza. Y el divorcio es contrario al reconocimiento de la subjetividad y de la prioridad social de la familia. Es por ello que se sostiene enfáticamente que la promoción legislativa y social del divorcio en general y del divorcio frívolo en específico ("divorcio al paso", "divorcio express", "divorcio delivery") es un poderoso estímulo para el matrimonio frívolo; promoción que es negativa para los fines de la construcción de una relación correcta y constructiva entre la familia, el Estado y la sociedad.

EL CAPITAL SOCIAL EN LAS DIVERSAS FORMAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA, LOS PRINCIPIOS Y LAS DIVERSAS FUNCIONES QUE CUMPLE TANTO EXTERNA COMO INTERNAMENTE EN ESTAS

VICENTE RODOLFO WALDE JÁUREGUI*

Resumen

Dentro del sistema mercantil la Sociedad Anónima ocupa un lugar relevante, como se evidencia al realizar un análisis histórico de esta forma societaria; siendo merecedora de una especial regulación legal como contrato tipo de sociedad; alcanzando actualmente gran diversificación, influencia y desarrollo bajo diversas formas societarias. La Sociedad Anónima deviene así en una figura jurídica que reposa sobre el concepto de "capital" que constituye su esencia, término cuya comprensión parte de la distinción entre "patrimonio" y "capital social"; capital social que se encuentra regulado por el principio de Determinación y Unidad del Capital Social, y el principio de Estabilidad del Capital, los mismos que completan la defensa del capital de la sociedad por acciones, con los cuales se le pretende dar una protección adecuada a los negocios.

Palabras clave: Sociedad Anónima – Derecho Societario – Sociedades Anónimas Cerradas – Sociedades Anónimas Abiertas – Patrimonio Social – Capital Social – Aumento y de reducción del capital social.

Abstract

Inside the mercantile system, the joint-stock company is relevant, evidenced by a historical analysis of this corporate form. This is worthy of a special legal regulation as contract type of company; currently reaching great diversification, influence and development under various corporate forms. The joint stock company thus becomes a legal figure that rests on the concept of "capital" which is his essence, term whose understanding is based on the distinction between "patrimony" and "social capital"; social capital that is governed by the principles of determination and unity of the Social Capital, and stability of Capital, those who complete the defence of the capital of the company by shares, with which to try give adequate protection to the business.

Key words: Joint stock company – Corporate Law – Closed joint stock company – Open joint stock company – Social Patrimony – Social capital – Increase and reduction of the social capital.

Sumario

1. Antecedentes Históricos. 2. Sistemas legislativos de la época. 3. Sistemas legislativos de la época: a) Sistema del "octroi"; b) Sistema de la Autorización Gubernativa; c) Sistema de las Disposiciones Normativas. 4. El capital

* Juez de la Corte Suprema de Justicia de la República.

social, alternativas y principios. 5. Aumento y reducción del capital social. 6. Motivaciones jurídicas e históricas de la sociedad anónima en el derecho comparado y sus relaciones con la legislación interna. 7. Sociedad Anónima - ente eminentemente de capitales. 8. El capital de la sociedad. 9. Desarrollo de las autorizaciones y plazos del aumento del capital en el Derecho Comparado. 10. El Acuerdo de Reducción de la cifra del capital. 11. La garantía de los acreedores. 12. Protección de los acreedores. 13. Derecho de Oposición. 14. Derecho a la garantía de los créditos. 15. La agrupación y amortización de títulos accionarios en el sistema español. 16. Amortización de acciones que no afecte a todas por igual. 17. Derecho Comparado. 18. La reducción del capital en el Derecho Comparado.

Los temas que pretendemos analizar en la buena doctrina del Derecho Societario, resultan ser relevantes, porque interactúan con elementos básicos en el ámbito corporativo societario; en nuestro país el análisis tiene que centrarse en reconocer que a partir de la Ley 26887, Ley General de Sociedades (01-01-98), no nos hemos quedado en el tratamiento de una Sociedad Anónima que solo reconocía su forma ordinaria que debía pasar por diversas formas de constitución, sino que tenemos que agregar en este análisis las virtualidades jurídicas que impregnán a las formas societarias especiales establecidas en la ley de la materia, como son las Sociedades Anónimas Cerradas (S.A.C.) y las Sociedades Anónimas Abiertas (S.A.A.), reconociendo desde ahora que algunos derechos fundamentales en la sociedad mercantil ya no tienen el rigor formal ineludible de una regla básica como por ejemplo el derecho fundamental de votar o el derecho fundamental de preferencia en la emisión de nuevas acciones, porque la Ley vigente estatuye que puedan emitirse acciones sin derecho a voto o mantenerse acciones en cartera, y, en cuanto a la preferencia, los pactos que se celebren para mantenerlas vigentes en una de las nuevas formas societarias, como ocurre por ejemplo con la Sociedad Anónima Abierta, se consideran que están impregnados de una nulidad insalvable.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Es menester que como un primer punto de partida hagamos un análisis histórico de esta forma societaria de tanta relevancia en nuestro sistema mercantil, al cual la Ley vigente le ha otorgado una especial regulación para convertirla en el contrato tipo de sociedad, que es eminentemente de capitales. Siguiendo las citas históricas que nos refiere el tratadista español Joaquín Garrigues en su Libro "Curso de Derecho Mercantil" se puede hacer la siguiente referencia¹:

Sobre los antecedentes italianos y holandeses, algunos juristas han creído que la S.A. nació como un desenvolvimiento de la s. com.: de la idea de

¹ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I 7ma. Edición. Madrid: Editorial «Aguirre», 1976, p. 408.

una sociedad en la cual varios asociados tenían tan solo una responsabilidad limitada para pasar fácilmente a la de una sociedad en la que nadie quedaría comprometido más que por el capital social. Sin embargo, hay opinión mayoritaria, con fundada razón, que estima que la S.A. y la comanditaria han nacido y se han desenvuelto por cauces distintos. En el origen de la sociedad anónima se descubren dos vertientes históricas diversas: la italiana, donde vemos surgir el germen de esta sociedad en las relaciones entre el Estado y sus acreedores, y la holandesa, que aparece ligada al comercio con las Indias orientales y occidentales de principios del siglo XVII, con las cuales se logró un gran desplazamiento patrimonial en esa época.

Las antiguas formas societarias conocidas en el Derecho Romano (*societatis vectigalium publicorum*) solo tienen elementos comunes con la moderna S.A. en el carácter corporativo y la forma como se transmiten los derechos sociales que le corresponden a la sociedad, sin embargo encontramos una semejanza más notoria con la S.A. moderna en las asociaciones de acreedores del Estado, que se presentaban cotidianamente en las ciudades italianas medievales cuyo origen está en los fuertes empréstitos que concertaban los gobiernos de las ciudades. Como los gobiernos sintieron la imposibilidad material de poder honrar los excesivos intereses buscaron la forma de conceder a sus acreedores el derecho de cobrar los impuestos. Para hacer efectiva esta facultad las asociaciones de acreedores crearon las sociedades llamadas *mons*, *massa*, *maona*, cuyo capital estaba constituido por la suma prestada. Como ejemplo de esta clase de sociedades tenemos a la *Casa di S. Giorgio*, en Génova, la que tenía dos notas que caracterizan a la Sociedad Anónima moderna: la responsabilidad limitada, que era igual al importe del crédito de cada uno y la división del capital en partes iguales y transmisibles (*loca loca comperarum*) es decir, posible de ser negociados en algunos casos.

Destaca el jurista ya citado que el espíritu de lucha y carácter corporativo de la asociación, que al principio faltaban, se perciben ya claramente a principios del siglo XV, cuando la *Casa di S. Giorgio* se transforma en *Banco di S. Giorgio* en el momento en que comienza a realizar actividades bancarias lucrativas (1407). Adoptando una figura similar al *Banco di S. Giorgio*, se crea en Milán el *Banco di S. Ambrogio* en el año 1592, que posteriormente se transforma en *Banco por Acciones* el año 1598, obteniendo en sus actividades gran prestigio empresarial por la trascendencia de las operaciones financieras que realizaba.

Algunos tratadistas señalan que el origen de la S.A. se encuentra en los actos mercantiles que se realizaban en Holanda con este carácter. Fueron los navegantes y comerciantes holandeses los que dieron nacimiento a este

nuevo tipo de desarrollo empresarial con aportes exclusivamente dinerarios, convirtiéndose los desplazamientos patrimoniales a favor de la empresa en entes mercantiles más importantes que los elementos personales que la impulsaban; siendo los elementos personales las notas distintivas más singulares en la empresa individual o en la empresa colectiva.

“Efectivamente, en los puertos del Mar del Norte y del Atlántico aparecieron compañías mercantiles, que tienen su origen en la lucha por las colonias de ultramar entre las grandes potencias marítimas del siglo XVII, y en las que se perciben con absoluta nitidez los rasgos de las modernas s.a. Instrumento de esta lucha fueron las asociaciones de armadores de buques o sociedades navales (Reedereien), de cuya agrupación nacieron las grandes compañías coloniales, que constituyen el antecedente más directo de nuestra moderna sociedad por acciones. La primera compañía de esta clase, la Compañía de las Indias Orientales, es creada en 20 de marzo de 1602, y a partir de esta fecha se sucede la fundación de otras grandes compañías similares: “Compañía inglesa de las Indias Orientales” (1612), “Compañía sueca”, fundada en 1615 por el rey Gustavo Adolfo; “Compañía danesa de las Indias Orientales” (1616), “Compañía holandesa de las Indias Occidentales” (1621) y “Compañía francesa de las Indias Occidentales y Orientales” (1664). El uso de la palabra “acción” se remonta a 1606”².

Nos reseña el maestro Garrigues que si buscamos los antecedentes en España de este tipo de Empresa Mercantil, a inicios del siglo XVIII se dictaron algunos decretos para la creación de las Compañías Mercantiles que se dedicaban a realizar negocios en las Indias Occidentales como en las Orientales, como ejemplo tenemos la Compañía fundada en Guipúzcoa en 1728, que comerciaba con la ciudad de Caracas y la Gran Compañía de Cádiz, fundada por Felipe V a la que se le dio el nombre de Real Compañía de Filipinas.

Se advirtió que estas importantes compañías coloniales son el resultado de la mixturación de la antigua *commenda* y las Asociaciones Navieras. También tenemos el caso de las Grandes compañías Coloniales Holandesas y el Banco de San Jorge en Génova que son dos ejemplos paralelos de expansión de las empresas mercantiles en esa época y además son el antecedente más significativo de las Sociedades Mercantiles contemporáneas, pero con una mayor ingobernabilidad de las Compañías Holandesas que aquellas que se desarrollaron en Italia.

² *Ibid.*, p. 410.

2. SISTEMAS LEGISLATIVOS DE LA ÉPOCA

En la época funcionaban los sistemas legislativos que estaban vinculados con la evolución de la Sociedad Anónima, distinguiéndose tres períodos con diversos sistemas jurídicos que son a saber:

a) Sistema del “octroi” (acto de incorporación y concesión de derechos de soberanía). Los códigos de los siglos XVII y XVIII no contienen una reglamentación de la S.A. Los rasgos originales de las compañías holandesas de principios del siglo XVII los vemos expresados en las grandes compañías que se fundaron en forma sucesiva en toda Europa.

Una nota distintiva de ellas era la absoluta dependencia del Estado (que o bien dota a la compañía de su estatuto en el mismo Decreto de creación o permite a los interesados que lo formulen ajustándose a las bases del octroi y la desigualdad de derechos que se da en el seno de la misma sociedad.

El Estado crea la sociedad mediante el sistema del octroi (acto de incorporación y de concesión de derechos de soberanía). Como filial suya que es, el Estado se reserva una constante intervención y tutela en la vida del nuevo organismo, al que, por otra parte, concede privilegios incompatibles con el concepto puro de la sociedad mercantil privada.

Puede advertirse que la responsabilidad derivada por el monto de las acciones que se suscriben no estaba nítidamente establecida, sin embargo en muchos casos se aplicaban este tipo de responsabilidad para lograr su convalidación y reconocimiento en el Primer Código de Comercio en Europa que fue el primer Código de Comercio Francés 1807

Debe destacarse aquí la oposición entre el sistema continental y el sistema inglés. En el primero, la existencia y el funcionamiento de la compañía están en manos del poder público. Es significativo el acto de Luis XVI de Francia disolviendo en 1674 la Compañía de las Indias Occidentales y apoderándose de las posesiones coloniales de la sociedad. En el Derecho inglés hay un mayor respeto hacia la autonomía de los socios y sus derechos en la sociedad. La concesión otorgada a la Joint Stock Company se limita al acto de incorporación y a los privilegios jurídico-públicos.

b) Sistema de la Autorización Gubernativa. Al desaparecer la monarquía se diluye el sistema de concesión real. El sistema francés en consecuencia instaura el principio de la libertad industrial, estableciendo el régimen de la

necesidad de una autorización previa de gobierno para crear las sociedades, las que reguló mediante el reglamento de autorización pública que resulta aplicable en esa época, cuyo carácter no era permanente, porque en cualquier momento se podía invocar.

En España se ve clara la repercusión de la legislación francesa en el ordenamiento legal de la S.A. El Codeco de 1829 exigía la aprobación por el Tribunal de comercio de las escrituras y reglamentos de la compañía, instaurando un sistema de intervención judicial menos riguroso que el Código Francés.

Con la ley del 19 de octubre de 1869 la legislación española se aparta decididamente del sistema francés de la autorización, declarando libre la creación de todos los Bancos y sociedades que tuvieran por objeto cualquier empresa industrial o de comercio.

Destacándose por el maestro español además que en su país la legislación de carácter fiscal, inspirada en la "defensa contra las combinaciones financieras en la aportación de capitales que por su carácter marcadamente inflacionario eran contrarias a la política de saneamiento monetario", introdujo de nuevo entre nosotros el sistema de la autorización gubernativa previa, que en este caso había de dar el ministro de Hacienda, para fundar sociedades de más de cinco millones de pesetas de capital y para ampliarlo en las sociedades que tuvieran ya este capital (ley del 19 de setiembre de 1942, Orden del 23 de octubre del mismo año, Orden del 28 de febrero de 1947). Estas disposiciones fueron derogadas al entrar en vigor la Ley de Sociedades anónimas del 17 de julio de 1951.

c) Sistema de las Disposiciones Normativas. Este sistema se crea por la ley francesa del 24 de julio de 1867, que estableció que para crear la Sociedad Anónima no se requería la autorización o comisión del Estado, sino tan solo la observación de ciertas normas coactivas de suscripción y aporte de capital, así como de aporte de bienes *in natura*. Fue esta ley en su momento un significativo avance en la legislación y en la doctrina relacionada con la Sociedad Anónima.

El Codeco español vigente hay que situarlo dentro del sistema de las disposiciones normativas, ya que dedica dos secciones (4.^a y 5.^a del Tit. I del Libro II) a regular las compañías anónimas y sus acciones sin exigir para su fundación el requisito previo de una autorización judicial o gubernativa. Pero esta reglamentación tiene en su mayor parte carácter dispositivo (v. art. 121) y

es, además, escasísima, hasta el punto que puede decirse que nuestro Código no nos ofrecía una reglamentación de la S.A., sino más bien la base para una reglamentación de tal sociedad³.

La “Ley sobre régimen jurídico de Sociedades Anónimas” del 17 de julio de 1951, derogando las disposiciones del Codeco relativas a esta forma social, regula la S.A. en forma predominantemente coactiva, representando la incorporación del Derecho Español al sistema de las disposiciones normativas.

Se considera, asimismo, que existe una evolución conceptual, dado que la organización aristocrática, encarnada en la desigualdad de derechos y en la preponderancia de los grandes accionistas y de los directores de la sociedad, desaparece con el sistema francés de las disposiciones normativas. Al compás de la evolución política, la s.a. no solo se libera de la intervención estatal, sino que se hace democrática. Pero hacia mucho tiempo que los hechos no se correspondían con las palabras de la ley. Al derecho de acciones legislado se contraponía un derecho de acciones vivo.

3. LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y SU VINCULACIÓN ESTATAL, PATRIMONIO Y CAPITAL SOCIAL

La Sociedad Anónima que hemos referido con indesligable vinculación estatal actualmente diversifica su influencia y se desarrolla con gran esplendor en el sector privado, pero también en una forma adecuada en el sector estatal para la realización de determinados negocios y se vincula necesariamente con el desarrollo de la economía en los diversos países donde se utiliza su forma jurídica para realizar y desarrollar importantes negocios.

Lo evidente es que la Sociedad Anónima es una sociedad eminentemente de capitales y no puede concebirse esta forma societaria desvinculándola del elemento capitalista.

El propio Garrigues al respecto nos dirá: La S.A. es, puede decirse, un capital con categoría de persona jurídica. El concepto de capital ilumina la esencia de la S.A.; para explicarlo hay que partir de la distinción entre capital y patrimonio social.

- a) Patrimonio es el conjunto efectivo de bienes de la sociedad en un momento determinado. Su cuantía está sometida a las mismas oscilaciones que el

³ *Ibid.*, p. 412.

patrimonio de una persona individual: aumenta si la industria es próspera, disminuye en el caso contrario. En el primer caso, el patrimonio activo (dinero, cosas, derechos, valores económicos de toda clase) será superior al pasivo (deudas). En el segundo caso ocurrirá lo contrario⁴.

- b) El Capital Social es, por el contrario, solamente una cifra permanente de la contabilidad, que no necesita corresponder a un equivalente patrimonial efectivo. Indica esa cifra el patrimonio que debe existir, no el que efectivamente existe.

La cifra de capital es un elemento esencial al constituirse la sociedad. Al efecto la expresión del capital social en la escritura de constitución constituye la declaración de que los socios han aportado una cuantía de capital o se han comprometido a aportarlo en su momento en no menos del 25% de lo ofrecido y la sociedad es responsable de su existencia. La ley que la regula se orienta en establecer que es indispensable que la sociedad tenga un patrimonio igual al de la cifra del capital social; para el efecto obligan a los socios a que cumplan con entregar la totalidad del capital que han suscrito, debiendo los gestores de la sociedad iniciar una comprobación estricta de que esto se esté cumpliendo; una forma de lograrlo está en la prohibición de que la sociedad brinde muchas facilidades para restituirle sus aportaciones a los accionistas, regulando la redención del capital con ciertas limitaciones y exigencias formales para su ejecución y sancionando severamente su infracción.

Esto no escapa de las vicisitudes que pueden presentarse en el ejercicio de la actividad societaria, cuyo éxito en su aplicación dependerá de las habilidades de quienes asuman la responsabilidad de la gestión social.

De todo esto se puede desprender que el capital y el patrimonio social –que legal y técnicamente deben ser iguales al constituirse la sociedad (si los socios no realizaron íntegramente su aportación, la sociedad tendrá contra ellos el crédito correspondiente y este crédito es ya patrimonio activo)–, pueden ser de cuantía distinta incluso desde el primer momento (v. gr.: si las acciones se emiten sobre la par) y lo son, normalmente, en cuanto la sociedad empieza a funcionar, puesto que la ganancia o la pérdida hará aumentar o disminuir la cifra del patrimonio social, quedando siempre intacta la del capital. La cifra del capital es una línea cerrada o círculo ideal trazado en el activo de la sociedad, que no acota bienes determinados, pero que impone a la sociedad la obligación de tenerlo siempre cubierto con bienes equivalentes a aquella

⁴ *Ibid.*, p. 437.

cifra. Todo lo que excede de este círculo puede ser distribuido entre los socios. Pero así como la línea del capital es fija (mientras no se modifique con las formalidades legales), la línea del patrimonio es, por esencia, móvil. Por ello, aunque inicialmente coinciden una y otra, en cuanto la sociedad empieza a funcionar la línea del patrimonio empieza a moverse. Si los negocios van mal, en ese caso se ve clara la función del capital como cifra de retención: la sociedad no podrá repartir dividendos a sus accionistas mientras la línea del patrimonio no vuelva a coincidir con el capital.

4. EL CAPITAL SOCIAL, ALTERNATIVAS Y PRINCIPIOS

Cuando recién se inicia la sociedad puede acontecer que el patrimonio social sea superior al capital social si las acciones se han emitido sobre la par o si las acciones relacionadas con los bienes no dinerarios están por debajo de su valor real.

Como ejemplos podemos señalar el siguiente caso: Una sociedad con grandes expectativas de éxito se constituye con un capital de un millón de soles, dividido en mil acciones de mil soles. Pero en el mercado se paga por cada acción mil cien soles. En este caso esa sociedad en sus comienzos tendrá un capital de un millón de soles y un patrimonio de un millón cien mil soles. Lo propio ocurrirá si los bienes inmuebles aportados se valoran en cien mil soles menos de su valor real. Y la misma diferencia, favorable a los acreedores, existirá entre capital y patrimonio social cuando al final del primer año los bienes de la sociedad hayan experimentado una plus valía de cien mil soles; esto debe entenderse como la prima de capital que se adquiere en el mayor valor de las acciones como consecuencia del desarrollo de sus actividades negociales influencias en gran medida por los fondos de reserva de la sociedad.

Por el contrario, puede ocurrir –que aunque no sea lo normal y aunque las leyes contengan disposiciones para evitarlo- que desde el comienzo sea inferior el patrimonio al capital social. Tal ocurrirá cuando las aportaciones en especie se hayan valorado con exageración. Ejemplo: se aprecia una casa aportada en cien mil soles más de lo que vale. Tendríamos entonces: Capital social= un millón de soles. Patrimonio social= novecientos mil soles. El mensaje en este caso para los acreedores de la sociedad es equívoco porque cuentan con un patrimonio de garantía equivalente a un millón de soles. De aquí los preceptos reguladores de la tasación cuando las aportaciones de los socios no son en dinero, así como la prohibición legal de la emisión de acciones por bajo de la par, común a la mayoría de las legislaciones. Durante la vida de la sociedad es inevitable que, a virtud de pérdidas, el patrimonio social quede

por debajo de la cifra del capital. Lo único que los acreedores pueden exigir es conocer la verdadera situación por medio de balances veraces.

Existen en la doctrina reconocidos principios que regulan el Capital Social y que son dos principios clásicos que completan la defensa del capital de la sociedad por acciones, con los cuales se le pretende dar una protección adecuada a los negocios que se realice:

- 1º El Principio de la determinación y unidad del capital social. Es el supuesto lógico de la defensa del capital. La S.A. ha de nacer con un capital determinado y único. La fijación del capital social es una de las menciones de la escritura de constitución. En la S.A. el capital no es solo funcional, como en las demás sociedades, sino fundacional. No podrá constituirse sociedad alguna que no tenga su capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte, por lo menos.
- 2º El Principio de la Estabilidad del Capital. El que debe entenderse que exige que la cifra del capital no puede ser libremente alterada, ya que todo aumento de la misma significaría un engaño para los acreedores si no va acompañado del correlativo aumento en el patrimonio social; toda disminución implica la posibilidad de reducir en la misma cuantía el patrimonio, con la consiguiente disminución de la garantía para los acreedores. Pero durante la vida de la sociedad puede presentarse la necesidad de dinero y no querer obtenerlo a título de préstamo; o puede ser conveniente restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio, reducido por consecuencia de pérdidas. A estos supuestos principales corresponden, respectivamente, los procedimientos de aumento y de reducción del capital social, que son otras tantas excepciones al principio de la estabilidad en el sentido expuesto.

5. AUMENTO Y REDUCCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

Durante la vigencia de la Sociedad, por los requerimientos del negocio que realiza, puede requerirse de mayores recursos en cuyo caso puede obtenerlos acudiendo a la figura del aumento de capital que se da en ciertas ocasiones con la emisión de obligaciones, pero puede haber un aumento de capital cuando se convierten las reservas y las primas de las acciones en acciones, en cuyo caso no hay un nuevo recurso patrimonial en la sociedad. Para el efecto se debe modificar los estatutos que tomarán en cuenta como consecuencia de ello lo que ocurrió en el acto fundacional en el que existe una referencia histórica del monto del capital aportado.

Cuando nos referimos al aumento de capital deben considerarse dos aspectos:

- a) La toma del acuerdo para aumentar el capital; esta prerrogativa le corresponde exclusivamente a la Junta General de Accionistas, requiriéndose un quórum calificado para adoptar el acuerdo y una vez que se apruebe deberá ser inscrito en los registros públicos donde aparece registrada la sociedad.
- b) La ejecución del acuerdo; que deberá realizarse en los mismos términos en los que se adoptó el acuerdo de aumento del capital social, respetándose las normas del estatuto que rige la vida de la sociedad.

Al decidirse elevar su capital una sociedad puede proponerse, o bien aumentar efectivamente su patrimonio productivo mediante la aportación de nuevos elementos patrimoniales (aumento efectivo), o bien elevar sencillamente la cifra del capital, pero sin necesidad de ingresar nuevos elementos patrimoniales, o sea mediante un simple traspaso de cuentas en el balance (aumento puramente contable). Se señala al respecto que “el contravalor de las nuevas acciones o del aumento del valor nominal de las existentes, podrá consistir tanto en nuevas aportaciones al patrimonio social, como en la transformación de reservas o de plusvalías de este patrimonio, o en la conversión de obligaciones en acciones”. En este precepto legal están incluidos tanto el supuesto de aumento efectivo como el supuesto del aumento puramente contable del capital.

6. MOTIVACIONES JURÍDICAS E HISTÓRICAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL DERECHO COMPARADO Y SUS RELACIONES CON LA LEGISLACIÓN INTERNA

Como ha quedado establecido en el desarrollo histórico se cumple el proceso dialéctico de la estructuración de las Sociedades Anónimas, movilizándose a través de ellas grandes cantidades de capital porque el objeto social que motivaba esta clase de sociedad era de gran envergadura; así tenemos por ejemplo que la conquista de los nuevos territorios de las Indias Orientales se hizo a través de las importantes empresas de navegación que adoptaban la forma de las Sociedades Anónimas las cuales para su existencia requerían contar con una ley que autorizase su creación y funcionamiento.

El profesor sanmarquino, Ulises Montoya Manfredi nos ilustraba en sus clases del curso de Derecho Comercial I, sobre Sociedades Mercantiles, señalándonos

que el antecedente más antiguo de la Sociedad Comercial lo encontrábamos en **las caravanas de los comerciantes**, en las que se reunían para realizar significativos desplazamientos de sus mercaderías a grandes distancias; al unirse o agruparse generaban la concentración de importantes cantidades de capital, la cual de resultar exitosa en los negocios les proporcionaba *pingues - ganancias*; esta unión mercantil al mismo tiempo les otorgaba un marco de protección frente a las acechanzas de sus singulares travesías.

Como ya lo hemos mencionado esta reseña histórica de la sociedad comercial cambia con el tiempo facilitando los negocios mercantiles de su época liberalizándose la fundación de las Sociedades Anónimas, que no requerían de una ley autoritativa sino que era indispensable el *animus* o la *afecio societatis* y la puesta en común de bienes y servicios para generar ganancias; así lo estatuyó el primer Código de Comercio en el mundo, que fue el Código de Comercio Francés de 1807, que es seguido por el Código de Comercio Español de 1829 y el Código de Comercio Alemán en fecha posterior.

El propio nombre de la Sociedad Anónima viene siendo discutida en la comunidad mercantil –como lo señala el profesor italiano Tullio Ascarelli en su obra “Panoramas del Derecho Comercial”–, quien sostiene que el nombre correcto de esta forma societaria no debiera ser Sociedad Anónima, sino “Sociedad Comercial por Acciones”; con esta tesis estamos de acuerdo, máxime si en nuestro país existe una exigencia ineludible para esta clase de sociedades en el sentido de que las acciones que representan el capital social deben ser emitidas con carácter nominativo (identificando el nombre del socio) y no con la cláusula al Portador (es decir legitimando a su detentador o poseedor sin que aparezca su nombre en dicho documento).

7. SOCIEDAD ANÓNIMA - ENTE EMINENTEMENTE DE CAPITALES

Resulta trascendental destacar que en las Sociedades Anónimas lo más importante es el capital aportado atendiendo al tipo de responsabilidad que adquieren los socios al momento de constituir la sociedad, porque estos frente a las alternativas de responsabilidad objetiva que pueda presentarse en el desarrollo del negocio social, solo arriesgan como garantía de ellas el monto del capital dinerario o de bienes *in natura* que hubieran aportado, es decir que el acervo patrimonial particular no aportado no tiene porque responder por las deudas o cargas sociales que resulten del negocio, como si ocurre por ejemplo en las sociedades colectivas o con los socios colectivos de las Sociedades en Comandita o de alguna manera en la subsidiaria responsabilidad de los socios en las Sociedades Civiles Ordinarias.

No cabe duda que el monto del capital social nos ha de llevar necesariamente en el Sistema Societario Peruano, de las Sociedades Anónimas a la aplicación necesaria del art. 82 de la Ley 26887, que estatuye *"Las acciones representan partes alícuotas del capital, todas tienen el mismo valor nominal y dan derecho a un voto, con la excepción prevista en el artículo 164º y las demás contempladas en la presente ley"*.

Existen en consecuencia un correlato de proporcionabilidad entre los bienes que se aportan y el número de acciones que se reparten en los socios, a los que les corresponde el derecho de establecer cual debe de ser el valor nominal de las acciones.

Nuestro Sistema recogido en la Ley General de Sociedades vigente, establece una pluralidad de bienes que pueden ser aportados; resultando importante al respecto no solo la naturaleza de los bienes que se aportan sino la forma jurídica válida para que se produzca el aporte a fin de que genere el efecto deseado por el aportante de convertirse en socio y la Sociedad en dueña de los bienes aportados. Entre los bienes que se aportan señalaremos los siguientes: el dinero, los bienes muebles y los bienes inmuebles, las patentes de invención, los royalty, contratos de know how, los derechos de uso y usufructo, los títulos valores con las cláusulas al portador, a la orden o nominativos, prohibiéndose que puedan aportarse los servicios o industria entendiéndose esta limitación sustentada en el hecho de que la Sociedad Anónima es una sociedad eminentemente de capitales. Al respecto nosotros tenemos una apreciación distinta, consideramos que en algunos casos, con determinados condicionamientos y formalidades, el socio industrial puede participar en la sociedad anónima otorgándole desde el principio un anticipo de retribución económica, esa a la que tiene derecho con la cual se convertiría en un socio capitalista y confiriéndole algunas obligaciones dentro del negocio societario, desarrollándose un esquema del capital con estructura mixta en la calidad de accionista o también en algunos casos una condición singularísima para el efecto. Refuerza la tesis de la incorporación el hecho cierto de que este socio tiene obligaciones inmanentes que pueden contribuir al mejor logro de las actividades negociables de la empresa mercantil corporativa⁵.

8. EL CAPITAL DE LA SOCIEDAD

Los aportes de los socios son los que han de constituir el capital social de la empresa mercantil una vez que la sociedad se constituye e inicia sus

⁵ Otros aspectos de esta incorporación los hemos desarrollado en un artículo que hemos publicado en la revista VOZ IURIS de la USMP y no es del caso profundizar en ellos en el tema que estamos desarrollando.

actividades; la cifra del capital que constituye parte del patrimonio de la sociedad por la naturaleza del negocio puede ser que se encuentre en algún momento a la par, sobre la par y bajo la par; esto por supuesto influirá en el desarrollo de la actividad negocial de la empresa y puede contribuir al éxito o en algunos casos causarle un detramento significativo al desarrollo futuro de la sociedad. En algunas legislaciones, como por ejemplo la ley española, se tiene unas limitaciones legales para señalar un capital autorizado de tal manera que, desde el punto de vista de la cifra, si se pretende elevar el capital no podrá superar la mitad del capital nominal de la sociedad en el momento de la autorización, la misma que no puede prolongarse más allá de 5 años que comenzarán a contarse desde el momento de la fundación de la sociedad o de la modificación de los estatutos, debiendo tomarse en cuenta también a qué clase de acciones se les autoriza la elevación, que en la mayoría de los casos es para acciones ordinarias. En estos casos la Junta General pueden fijar las condiciones de las futuras emisiones referidas en las aportaciones de dinero o en bienes, así como en los derechos de suscripción preferente; el tema de la autorización del capital puede tener 2 aspectos o una doble forma, se puede dar de acuerdo con la permisibilidad que regulen los estatutos históricos de la sociedad y también conforme al acuerdo de modificación de los estatutos, para que en ellos conste la concesión de la facultad autoritativa que debe señalar oportunidades, cuantías, formas, y periodos del aumento del capital. Al respecto debemos señalar que en la doctrina surge el concepto de Capital Nominal al cual debe considerarse no solo como capital social originario sino el total que haya sido objeto de uno o de varios aumentos.

Refiriéndonos a las modalidades de aplicación para el capital autorizado se reconoce sustancialmente dos: una esta dada por la modificación de la cláusula estatuaría en la que se consagra el enunciado de la cifra de capital por cuyo mérito se deja sin efecto la autorización anterior; pero también puede hacerse mediante una autorización del estatuto mediante las disposiciones transitorias, con una autorización expresa para hacerlo así.

9. DESARROLLO DE LAS AUTORIZACIONES Y PLAZOS DEL AUMENTO DEL CAPITAL EN EL DERECHO COMPARADO

En la ley alemana se dispone un plazo máximo de 5 años a partir de la inscripción de la sociedad para que los estatutos autoricen a la dirección de la empresa el aumento del capital social hasta una cifra nominal determinada a través de la emisión de nuevas acciones desembolsadas. La autorización podrá concederse con ocasión de la modificación de estatutos para un plazo máximo de 5 años a partir de la inscripción de dicha modificación; se señala

en la ley germana que la cifra del aumento no podrá ser superior a la mitad del capital social existente en el momento de la autorización.

En el Código Civil Peruano se precisa que en el acto constitutivo se puede investir a los administradores de las prerrogativas del aumento de capital por una o varias veces a través de la emisión de acciones ordinarias hasta una suma determinada por el periodo máximo de un año de la fecha de inscripción de la sociedad; esta facultad se puede realizar también a través de la modificación del acto constitutivo durante la vida de la sociedad por el periodo máximo de un año desde la fecha del acuerdo.

En la Ley Francesa se establece que la Asamblea General puede delegar en el Consejo de Administración o en el Directorio, según los casos, los poderes necesarios para realizar el aumento de capital por una o varias veces fijando las modalidades del aumento la formalización de la operación y proceder a la modificación correlativa de los estatutos. Se estatuye que además se tendrá por no puesta cualquier cláusula estatutaria que confiera al Consejo de Administración o al Directorio, según los casos, la facultad de decidir el aumento de capital.

10. EL ACUERDO DE REDUCCIÓN DE LA CIFRA DEL CAPITAL

Debemos afirmar que el capital por decisión o por mandato de la ley puede reducirse -y en este caso es una disminución de la cifra abstracta del capital social- conforme a los requisitos establecidos por la ley. Esta reducción se puede proponer con distintos fines económicos puede ser en parte para equilibrar la cifra de capital y patrimonio en los casos en que pudieran existir perdidas sociales contabilizadas o también para hacer posible la devolución a los accionistas de una parte del capital, como también para transformar una parte del capital en reservas. No existe problema para que se reduzca el capital combinándolo con otras operaciones de aumento. En el régimen legal que permite la reducción del capital hay dos fines fundamentales como son: la protección de los acreedores en la sociedad y la búsqueda de la equidad en la reducción en la relación de la sociedad con los accionistas y la relación de estos entre si.

Se pueden distinguir 3 clases de reducción de capital:

- a) Hay una reducción de capital efectiva con devolución de aportaciones o no.
- b) La exigencia de dividendos pasivos, la reducción de capital por causas de pérdidas sociales.

c) La reducción con cargos a beneficios o reservas libres.

La reducción de capital es una modificación estatutaria que debe ser adoptada con los requisitos y solemnidades que establezca la ley. Sin embargo, existen reducciones de capital que se realizan sin la necesidad del acuerdo societario de la Junta General de Accionistas; estas se pueden dar en los casos en que se traten de aportaciones no dinerarias o sobre falta de desembolso de acciones, así como también sobre el derecho de separación de accionistas.

El profesor español Ángel Velasco Alonso⁶ nos ilustra respecto de la reducción de capital sosteniendo que en el Derecho Comparado “En cuanto al Código Civil Italiano, dice el artículo 2445 que la reducción del capital, cuando éste resulta sobrante para la realización del objeto social, podrá tener lugar, bien mediante la no exigencia de dividendos pasivos, bien mediante el reembolso del capital a los socios, dentro de los límites de los artículos 2327 y 2412. El acuerdo podrá ser ejecutado si dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la inscripción en el registro de la empresa ningún acreedor social anterior a la inscripción hubiere hecho oposición. El Tribunal, no obstante, podrá disponer de la reducción que lleve a efecto, previa la presentación de parte de la sociedad de una garantía adecuada”.

Por último, la Ley Francesa expresa en el artículo 2445 que la reducción de capital será autorizada o acordada por la asamblea general extraordinaria, que podrá delegar en el Consejo de Administración o en el Directorio, según el caso, todas las facultades para realizarla. En ningún caso se quebrantará el principio de igualdad de los accionistas. El proyecto de reducción será comunicado a los comisarios de cuentas en el plazo que se fije por Decreto. La asamblea acordará sobre el informe de los comisarios relativo a su aclaración de las causas y condiciones de la reducción. Cuando el Consejo de Administración o el Directorio, según el caso, realice la operación por delegación de la asamblea general, dispondrá el proceso verbal sometido a publicidad y lo necesario para la modificación de los estatutos.

11. LA GARANTÍA DE LOS ACREDITADORES

Otro tema que resulta ser importante en el análisis del capital de la Sociedad Anónima es el relativo al respaldo de la acreencia, es decir la forma como se garantizan los créditos y por ello ha de tenerse en cuenta que “Ningún acuerdo de reducción del capital que implique restitución de sus aportaciones

⁶ VELASCO ALONSO, Ángel. La Ley de Sociedades Anónimas. Quinta Edición. Caracas-Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, p. 529.

a los accionistas, o condonación de dividendos pasivos, podrá llevarse a efecto antes de que transcurra el plazo prudencial que puede ser tres meses, a contar de la fecha del último acuerdo, que en algunas legislaciones se establece que deberá ser publicado por tres veces en el "Boletín Oficial del Estado" y en tres periódicos de los de mayor circulación del lugar en que la Sociedad tenga su domicilio. Durante este plazo los acreedores ordinarios pueden oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción si sus créditos no son satisfechos o la Sociedad no presta garantía. Será nulo todo pago o liberación de dividendos pasivos que se realice antes de transcurrir el plazo de tres meses, o, a pesar de la oposición entablada, en tiempo y forma por cualquier acreedor.

12. PROTECCIÓN DE LOS ACREDITORES

Existen también al respecto un conjunto de medidas de protección que otorga a los acreedores, el derecho de oposición, se concede a los acreedores⁷ un plazo para oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción, en el caso de que sus créditos no sean satisfechos, o la sociedad no presta garantía suficiente, a juicio de los acreedores. Por otra parte, la Ley prohíbe todo pago o liberación de dividendos pasivos dentro de aquel plazo, o a pesar de la oposición formulada por cualquier acreedor.

En consecuencia, el acuerdo quedará en suspenso: a) Durante el tiempo de publicación de los anuncios. b) Durante los tres meses siguientes a la fecha de publicación del último anuncio. c) Durante todo el tiempo que dure la oposición de cualquier acreedor entablada en tiempo y forma. Los tres meses deben comenzar a contarse a partir de la fecha de aparición del último anuncio en cualquier clase de publicación.

El derecho de oposición corresponde a los acreedores ordinarios. No son acreedores ordinarios los hipotecarios o pignoraticios. Tampoco están protegidos en el sistema de la Ley los acreedores cuyos créditos se hubieren generado durante el plazo de suspensión del acuerdo. Los acreedores litigiosos deben entenderse protegidos. Lo mismo los administradores que ostenten créditos contra la sociedad.

13. DERECHO DE OPOSICIÓN

La oposición de los acreedores subsiste mientras sus créditos no sean satisfechos o garantizados. La oposición puede ser formulada judicial o

⁷ *Ibid.*, p. 532.

extrajudicialmente, dentro del plazo de tres meses, contados a partir de la fecha de publicación del último anuncio. Nada se opone a la realización de un convenio colectivo con los acreedores. La petición judicial del pago o afianzamiento de los créditos puede solicitarse por los trámites de los actos de jurisdicción voluntaria. Transcurrido el plazo legal sin dar satisfacción a la oposición, no podrá ejecutarse el acuerdo de reducción.

14. DERECHO A LA GARANTÍA DE LOS CRÉDITOS

Toda clase de garantía, sea de índole personal (fianza civil o afianzamiento mercantil), sea de índole real (hipoteca o prenda), esté o no registrada como forma típica de garantía en los códigos, y se preste por la sociedad, por sus administradores o por extraños, podrá servir para hacer posible la ejecución del acuerdo, si el acreedor la acepta como buena y suficiente. Este derecho debe estimarse que no existe en casos de quiebra o suspensión de pagos de la sociedad, porque para estos casos hay una tutela legal que dispensa a la masa de bienes del deudor en uno y otro procedimiento.

14. NULIDAD DE PAGOS Y LIBERACIÓN DE DIVIDENDOS PASIVOS

Se ha propuesto en el sistema societario como garantía sancionadora la nulidad de los pagos realizados a los accionistas en concepto de devolución de aportaciones, y de los actos de liberación de dividendos pasivos, que se tendrán por inexistentes o no realizados. Todo ello se entiende sin perjuicio de la responsabilidad en que pueden incurrir los administradores de la sociedad. No tienen la consideración de pagos prohibidos la entrega de dividendos a los accionistas. A menos que se trate de dividendos ficticios.

En el Código Suizo las Garantías de los acreedores.- Acordada la reducción de capital por la asamblea general, la administración publicará el acuerdo por tres veces en la "Hoja Oficial Suiza de Comercio" y en la forma prescrita por los estatutos, para conocimiento de los acreedores, los cuales, dentro de los dos meses siguientes a la fecha del último anuncio, podrán exigir el pago o la garantía de los créditos⁸.

Ejecución de la reducción.- La reducción de capital solo podrá ser ejecutada después del transcurso del plazo concedido a los acreedores para pedir el pago o la garantía de sus créditos, y será inscrita en el Registro Mercantil cuando se hiciere constar por documento público que las garantías de esta

⁸ *Ibid.*, p. 533.

Sección han quedado cumplidas. El documento será incluido en el informe especial.

La Ley Alemana establece que: 1) Si no se les satisfacen los créditos, los acreedores cuyos derechos hubieren nacido antes de la publicación del acuerdo de reducción del capital, serán garantizados si lo solicitan dentro de los seis meses siguientes a la publicación. Esta publicación expresará el ejercicio de este derecho. El derecho a las garantías no se concede a los acreedores que en caso de quiebra tengan derecho a cobrar con preferencia de la masa de bienes creada por disposición de la Ley para su garantía y colocada bajo la protección del Estado. 2) Los reembolsos a los accionistas solo podrán ser efectuados después de expirado el plazo de seis meses siguientes a la fecha de publicación de la inscripción, y después de que los acreedores que lo hubiesen solicitado en tiempo hábil recibiesen 1 pago o la garantía de sus créditos. Del mismo modo los accionistas no podrán ser dispensados del pago de dividendos pasivos mientras los acreedores no hubiesen sido pagados o garantizados. 3) El derecho de los acreedores a las garantías es independiente del de los accionistas a recibir el pago de su aportación.

En cuanto a la Ley francesa, el artículo 216 estatuye que cuando la asamblea apruebe un proyecto de reducción de capital no motivado por pérdidas sociales, el representante de los obligacionistas y acreedores de fecha anterior a la del depósito en el Tribunal del acta de la asamblea, podrán oponerse a la reducción en el plazo que se fije por Decreto. La resolución judicial rechazará la oposición y ordenará el reembolso de los créditos o su afianzamiento, si la sociedad lo propone y las garantías se consideran suficientes. Las operaciones de reducción de capital no podrán comenzar durante el plazo señalado para hacer oposición.

15. LA AGRUPACIÓN Y AMORTIZACIÓN DE TÍTULOS ACCIONARIOS EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Cuando la reducción implique la agrupación de acciones para su canje o estampillado, la Sociedad podrá declarar la nulidad de las acciones que no hayan sido presentadas dentro del plazo publicado al efecto en el "Boletín Oficial del Estado". Las acciones emitidas en lugar de las anuladas deberán ser inmediatamente vendidas por la Sociedad por cuenta y riesgo de los interesados y con la intervención de Agente o Corredor colegiado. El importe líquido de la venta de las acciones quedará depositado a disposición de los interesados en el Banco de España.

Cuando la reducción implique amortización de acciones mediante reembolso a los accionistas y la medida no afecte por igual a todas las acciones, será preciso el acuerdo de la mayoría de los accionistas interesados.

Aspectos a Considerar

Debe tomarse en consideración que si bien existe un modo especial de reducción del capital por agrupación y amortización de acciones esta debe darse en la forma propuesta, pero hay acciones que pueden eximirse de esta obligación, las acciones que no hubieran sido presentadas por el canje porque en este caso la sociedad puede proceder a su venta en vez de anularlas por cuenta y riesgo de los interesados no concurrentes a cuya disposición quedará depositado en el Banco el importe líquido de los títulos vendidos.

Requisitos a tomarse en cuenta en la Agrupación por acción:

- a) Que la reducción de capital implique la agrupación de acciones para su canje o estampillado. Estas palabras de la Ley equivalen a establecer que la agrupación sea el único camino posible de la reducción. El canje equivale a una sustitución material de títulos. Tanto en este caso como en el de estampillado, será preciso que los interesados presenten sus acciones voluntariamente en el lugar y plazo señalados al efecto.
- b) Publicación de anuncios en el "Diario Oficial". Los mismos anuncios pueden publicarse en los diarios elegidos por los administradores. Pero la falta de publicación de los mismos en el "Diario Oficial" determinaría la nulidad radical de la operación.
- c) Declaración de nulidad de las acciones no presentadas en el lugar y plazos señalados en el anuncio. La declaración de nulidad se extenderá también a las acciones presentadas en número suficiente, a menos que la sociedad disponga de las mismas por cuenta de los titulares. La Sociedad se encuentra capacitada para declarar la Nulidad de las acciones no presentadas si es que no existe otra alternativa para su enajenación. El efecto de la declaración de nulidad de las acciones consiste en la pérdida de los derechos de socio que nazcan después de la fecha de aquélla. No será necesaria esta declaración cuando en el anuncio se hubiese hecho la advertencia de que los títulos no presentados serían anulados automáticamente por el solo hecho de la falta de presentación.
- d) Venta de las acciones emitidas en lugar de las anuladas y depósito de su importe líquido en el Banco de España a disposición de los interesados. La venta se efectuará con intervención de Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Bolsa colegiado por cuenta y riesgo de los accionistas no concurrentes.

16. AMORTIZACIÓN DE ACCIONES QUE NO AFECTE A TODAS POR IGUAL

En el supuesto de reducción de capital con reembolso a un grupo de accionistas de sus acciones a la par, cuando debían cotizarse más bajas, se exige el acuerdo de la mayoría de los accionistas que conservan sus títulos.

Puede existir un doble acuerdo para la amortización de las acciones que se utiliza para que la reducción no afecte a todos los accionistas por igual.

17. DERECHO COMPARADO

El artículo 266 de la Ley Alemana dispone que: 1) Si para proceder a la reducción de capital fuese necesaria la agrupación de acciones mediante estampillado o procedimiento análogo, la sociedad podrá declarar la nulidad de las acciones que no hubieran sido presentadas. Lo mismo sucederá respecto de las acciones depositadas en cantidad insuficiente para poder ser canjeadas por las nuevas acciones y que no fuesen puestas a disposición de la sociedad para su utilización por cuenta de los interesados. 2) La invitación para la agrupación contendrá la advertencia de nulidad de las acciones no presentadas. La declaración de nulidad solo procederá si la agrupación ha sido publicada en la forma prescrita por el artículo 64, párrafo 2). La declaración de nulidad será publicada en la hoja de la sociedad. El anuncio designará con toda claridad las acciones anuladas, sin necesidad de otro aviso posterior. 3) Las acciones emitidas en sustitución de las anuladas serán vendidas inmediatamente por la sociedad por cuenta de los interesados al precio de cotización oficial, con intervención de agente, y mediante subasta pública en defecto de cotización. Si la subasta en el domicilio de la sociedad no diese resultado, podrá celebrarse en otro adecuado. Previamente se anunciará la fecha, el lugar y las acciones subastadas. Los interesados serán especialmente notificados; se podrá prescindir de este requisito en caso de imposibilidad de ejecución. El anuncio y la notificación serán realizados por lo menos dos semanas antes de la subasta. El importe de la venta será entregado a los interesados o consignado a su disposición⁹.

18. LA REDUCCIÓN DEL CAPITAL EN EL DERECHO COMPARADO

En el Código Suizo de las obligaciones se estatuye que la reducción del capital se ha de realizar sin reemplazar simultáneamente el importe de la reducción

⁹ *Ibid.*, p. 543.

con capital nuevo, se requiere un acuerdo de modificación de estatutos y un informe técnico que asegure que los créditos quedan suficientemente cubiertos por el capital ya existente. El acuerdo debe expresar el resultado del informe y la manera en que debe efectuarse la reducción de capital. El beneficio contable que derive de una reducción de capital deberá ser afectado exclusivamente a las amortizaciones.

La ley alemana estatuye que la reducción del capital social solo puede ser acordada con el voto favorable de una mayoría de las tres cuartas partes cuando menos del capital presente de la Junta. Los estatutos pueden exigir otra mayoría o imponer otros requisitos. Si existieran varias categorías de acciones el acuerdo de la junta general solo podrá ser válido con el consentimiento separado de cada clase de acciones. Los accionistas que pertenezcan a cada serie tendrán que tomar un acuerdo específico. El acuerdo expresará el día de la reducción y la parte del capital social que debe ser reembolsada. El capital social podrá ser reducido porque hay una reducción del valor nominal de las acciones, porque hay una agrupación de las acciones y en este caso debe respetarse el valor mínimo de la acción. El acuerdo que se adopte debe expresar la manera en que se aplicará la reducción.

De lo que hemos mencionado se puede concluir válidamente que el tema de la reducción y amortización de acciones en su caso es de un carácter técnico y jurídico especial, por ello las sociedades que decidan ejercitar este derecho, que en la Ley Peruana 26887 es una prerrogativa de la Junta General de Accionistas, deberán estudiar prudentemente el ejercicio de esta prerrogativa societaria.

Es del caso mencionar que podemos concluir que durante la vigencia de la S.A. se pueden presentar una serie de alternativas que han de influir decisivamente en la gestión social y que la ley nos propondrá normas que deben ser observadas bajo sanción de nulidad si no se ajustan a los rigores normativos que la norma legal dispone; pero no debemos olvidar, como lo indica la doctrina del Derecho de Sociedades, que el estatuto social se convierte en la propia ley de la empresa mercantil y que las habilidades de los personeros de gestión de los órganos de gobierno de la sociedad pueden conjugar las exigencias legales con la realidad empresarial en las que se apliquen y sin desnaturalizarlas las calidades profesionales y morales del que ejerza la gestión para hacerla exitosa con la decisión que adopte para el mejor logro de las actividades negociales.

AUDIENCIA DE TUTELA: FUNDAMENTOS JURÍDICOS (Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116)

J. FERNANDO BAZÁN CERDÁN*

Resumen

Este trabajo realiza un análisis de los fundamentos jurídicos (naturaleza jurídica, aspectos generales y alcances) de la tutela de derechos, novísima institución del ámbito procesal penal, introducida por el artículo 71°, numeral 4 del nuevo Código Procesal Penal del 2004. Finalmente, se concluye cuestionando la taxatividad de los derechos protegidos por la tutela, en función de una interpretación sistemática por ubicación de la disposición que la regula.

Palabras clave: Tutela – Derechos – Audiencia – Taxatividad – Advertencia – Miranda.

Abstract

This article analyzes the legal grounds (legal nature, general aspects and scope) of the protection of rights, a very new institution within the criminal procedural scope, introduced by Article 71°, subsection 4° of the Criminal Procedure Code of 2004. Finally, it concludes by questioning the specific nature of the legally protected rights according to a systematic interpretation of the provision that regulates it.

Key words: Protection – Rights – Hearing – Specificity – Warning – Miranda Rights.

Sumario

1. Introducción. 2. Desarrollo. 2.1. Aspectos Generales. 2.2. La audiencia de tutela. Alcances: a) Definición. b) Oportunidad de ejercicio. c) Sujeto legitimado para solicitarla. d) Derechos protegidos en la audiencia de tutela. e) Finalidad esencial de la audiencia. f) Mecanismo procesal de restablecimiento de afectación de derechos consumados. g) Instrumento para salvaguardar las garantías del imputado y control del ejercicio del *ius puniendi*. h) Carácter residual de la audiencia de tutela de derechos. i) Control de admisibilidad de la solicitud de tutela y rechazo liminar. j) Posibilidad de viciar o excluir actos de investigación por vulneración de derechos fundamentales. K) Exclusión de material probatorio obtenido ilícitamente vía tutela. l) Imposibilidad de cuestionar la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria vía tutela. 3. Conclusiones. Cuestionamiento a la taxatividad de los derechos protegidos por la tutela.

* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca-Poder Judicial del Perú. Profesor de la Universidad Privada “Antonio Guillermo Urrelo” de Cajamarca.

1. INTRODUCCIÓN

La tutela (de derechos) es una novísima institución introducida por el artículo 71º, numeral 4), del nuevo Código Procesal Penal del 2004 (en adelante, NCPP).

No se conocen antecedentes normativos nacionales para la tutela en nuestro ordenamiento jurídico interno. Por tal razón, la tutela siendo una institución jurídica del ámbito procesal penal no tiene ningún parentesco con la institución sustantiva del Derecho de Familia denominada igualmente tutela, institución supletoria del amparo familiar que está formada por el conjunto de derechos y obligaciones que la ley confiere a un tercero para que cuide de la persona y de los bienes de un menor de edad que no se halla sujeto a la patria potestad.

Sin embargo, la tutela peruana presenta muchas afinidades -aunque también marcadas diferencias- con la institución constitucional colombiana conocida como acción de tutela (incorporada por el artículo 86º de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991 y por el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991) y con el proceso constitucional de amparo peruano, en especial en cuanto que ambas son mecanismos procesales de protección de derechos fundamentales -distintos a la libertad personal- cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o particular. Una diferencia estructural de la acción de tutela colombiana y el amparo peruano respecto de la tutela es que las dos primeras constituyen procesos autónomos, mientras que la segunda resulta incidental y se plantea al interior del proceso penal común.

Al ser la tutela de derechos peruana una institución jurídica procesal de reciente regulación, ha generado una diversidad de interpretaciones o criterios sobre su real diseño o configuración, determinando que en su aplicación se hayan generado multiplicidad de planteamientos -muchas veces divergentes entre sí-, en especial sobre aspectos vinculados a los sujetos legitimados para interponerla, los derechos protegidos, su naturaleza jurídica, su finalidad, control de admisibilidad, etc.

La situación anterior originó que se incluyera a la tutela como tema del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República del año 2010, en la que por primera vez se incorporó una metodología “democrática” de tres fases: en

la primera, los Jueces Supremos definieron la agenda; en la segunda, se permitió la participación ciudadana y el aporte de la comunidad jurídica del país; y en la tercera, los Jueces Ponentes procedieron a la discusión y aprobación de los acuerdos plenarios. Es de reconocer las importantes ponencias sobre el tema que formularon en la audiencia pública de la segunda fase Frezia Sissi Villavicencio Ríos por la Escuela de Formación Procesal Penal Garantista (ESPPEGA) de Huaura y Mario Rodríguez Hurtado por el Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP); así como el empleo del texto de César Alva Florián¹.

2. DESARROLLO

2.1. Aspectos generales

De esta manera, los Jueces Supremos de lo Penal aprobaron en el Pleno Jurisdiccional el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, Audiencia de Tutela, señalando como aspectos generales de los fundamentos jurídicos las siguientes consideraciones:

- La tutela de derechos se inscribe en el contexto del conflicto entre los derechos fundamentales y el derecho a punir.
- El artículo 139º de la Constitución Política del Perú reconoce derechos procesales y límites a los poderes públicos. La Constitución ha incorporado garantías genéricas y una relación de garantías específicas, vinculadas a cláusulas de relevancia constitucional que definen la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes.
- Las garantías procesales genéricas son normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal y que sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas, sirven para amparar garantías concretas que no fueron incluidas en forma expresa. Son: i) El debido proceso (139.3); ii) El derecho a la tutela jurisdiccional (139.3); iii) El derecho a la presunción de inocencia (2.24.e); y iv) El derecho de defensa (139.14).
- La Constitución como referente del legislador procesal, de los encargados de la persecución penal y de las personas vinculadas a un

¹ ALVA FLORIÁN, César A. *La tutela de derechos en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 13.

caso penal. Lo anterior implica un deber de protección de los derechos fundamentales.

2.2. La audiencia de tutela. Alcances

a) Definición

La Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado o vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71º del NCPP, en cuyo caso puede acudir al Juez de la Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legalidad y legitimidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales.

b) Oportunidad de ejercicio

La vía de tutela judicial solo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

c) Sujeto legitimado para solicitarla

Solo el imputado, no el agraviado, el actor civil o el tercero civil.

d) Derechos protegidos en la audiencia de tutela

La audiencia de tutela es uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal penal, dirigido a la protección de los derechos fundamentales.

Los derechos protegidos a través de esta audiencia son los recogidos “taxativamente” en el artículo 71º del NCPP: i) Conocimiento de los cargos incriminados; ii) Conocimientos de las causas de la detención; iii) Entrega de la orden de detención girada; iv) Designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de ésta; v) Posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido; vi) Defensa permanente por un abogado; vii) Posibilidad de entrevistarse con su abogado en forma privada; viii) Abstención de declarar o declaración voluntaria; ix) Presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso; x) No ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren

la libre voluntad; xi) No sufrir restricciones ilegales; y xii) Ser examinado por un médico legista u otro profesional de salud, cuando el estado de salud así lo requiera.

Para la efectiva vigencia de la audiencia, de ésta pueden emanar resoluciones judiciales que protejan los desafueros de la fiscalía y de la policía, así como para proteger al imputado.

e) Finalidad esencial de la audiencia

El Juez determina, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en el artículo 71º del NCPP, y realiza un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva -que ponga fin al agravio-, reparadora -que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión- o protectora. Protección, resguardo y efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde tal perspectiva, el Juez de Investigación Preparatoria se erige en Juez de Garantía, durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, ejerciendo su función de control de la vulneración de uno o varios de los derechos del imputado, reconocidos en el art. 71º del NCPP, responsabilizando del agravio a la Policía o al Fiscal.

f) Mecanismo procesal de restablecimiento de afectación de derechos consumados

La tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del *statu quo* de los derechos vulnerados, regulado expresamente en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción -ya consumada- de los derechos que le asiste al imputado. Instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido. Puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de *hábeas corpus*.

g) Instrumento para salvaguardar las garantías del imputado y control del ejercicio del *ius puniendi*

Institución procesal para regular las desigualdades entre perseguidor y perseguido, realizando el control de legalidad de la función del fiscal. El fiscal deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de la Investigación Preparatoria.

h) Carácter residual de la audiencia de tutela de derechos

Opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación de un derecho afectado.

Ello no significa que el imputado o su defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, puesto que solo se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71º, numerales 1 al 3, del NCPP.

Aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneren derechos fundamentales constitucionales, pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela.

El NCPP ha establecido varios mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado que no podrán cuestionarse a través de la tutela, tales como: 1) Las audiencias de control de plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (334.1 y 343.2); 2) La audiencia de reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (231.3); 3) La inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación preparatoria para el esclarecimiento de hechos² (337.4); etc.

i) Control de admisibilidad de la solicitud de tutela y rechazo liminar

El Juez de la Investigación Preparatoria está habilitado para realizar una calificación del contenido de la solicitud (control de admisibilidad) y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando de no dejar en indefensión al imputado.

Regla: La obligación del Juez es convocar a una audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela o respeto de un derecho fundamental que no tiene vía propia.

Excepciones: 1) En la eventualidad que el agravio pueda constituirse en irreparable si se cita a audiencia, se puede resolver de manera directa y sin audiencia. 2) Cuando aprecie la manifiesta intención del imputado o de su

² Desestimación de diligencias de investigación para el esclarecimiento de hechos, solicitadas al fiscal por el imputado y demás intervenientes.

abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía, en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos.

j) Posibilidad de viciar o excluir actos de investigación por vulneración de derechos fundamentales

Los actos de investigación realizados por el fiscal gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, lo que no implica que sean inatacables o incuestionables, en la medida que deben sujetarse a la ley y al principio de objetividad.

En tal sentido, los actos de investigación pueden quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales recogidos en el artículo 71º del NCPP. Ejemplo de ello, puede ser cuando se efectúa una detención sin haber puesto en conocimiento del imputado los derechos fundamentales que le asisten, en cuyo caso el juez en audiencia dictará la medida que corresponda, de acuerdo a ley.

k) Exclusión de material probatorio obtenido ilícitamente vía tutela.

A través de la audiencia de tutela se podrán cuestionar los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos, y que una vez comprobada su ilicitud el juez determinará su exclusión, como medida correctiva o de protección.

Los presupuestos para solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente es que éste sea la base de sucesivas medidas o diligencias, siempre que no exista una vía propia para alcanzar dicho propósito y exista una vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el art. 71º del NCPP.

La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba, establecido en el Artículo VII del Título Preliminar y de la utilización de la prueba regulada en el artículo 159º del NCPP.

l) Imposibilidad de cuestionar la disposición de formalización de investigación preparatoria vía tutela

No es posible activar desde la defensa una vía judicial de control de la referida disposición -que permita su impugnación y dejarla sin efecto-,

por cuanto la vía de la tutela solo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere alguno de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa.

La indicada disposición es una actuación unilateral del fiscal y cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado el contenido de la imputación jurídico penal (hechos y calificación jurídica) que se dirige en su contra.

Iniciado formalmente el proceso, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnicos para evitar un proceso en los que no se hayan verificado los presupuestos esenciales de imputación. Ejemplo: excepción de improcedencia de acción (declaración de atipicidad) y excepción de prescripción ordinaria (antes de formalización se cumplió plazo).

3. CONCLUSIONES

A pesar de la importancia de los aspectos tratados en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, Audiencia de Tutela, es preciso relatar algunos tópicos que merecen un mayor debate y desarrollo jurisprudencial y doctrinal, tales como la supuesta taxatividad de los derechos amparados vía la tutela, la declaración de nulidad de actos procesales a través de la solicitud de tutela, las conexiones de la tutela de derechos con los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus, etc. Solo esbozaremos algunas ideas sobre el primer tema, los otros aspectos requieren un desarrollo mayor y podrán ser materia de análisis específicos posteriores.

Cuestionamiento a la taxatividad de los derechos protegidos por la tutela

Pese a que el Acuerdo Plenario que se reseña, en su fundamento jurídico 10 emplea la expresión «Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71º del NCPP», vale decir, los mencionados en el numeral 2) del indicado artículo, el autor no comparte dicha afirmación categórica puesto que considera que es posible incorporar otros derechos del imputado como susceptibles de ser protegidos vía tutela, en la medida que la enumeración de los derechos consignados en el numeral 2) solo se refieren al deber de las autoridades –jueces, fiscales y policía- para hacer saber de manera inmediata y comprensible al imputado los derechos específicos o “mínimos” que goza al interior del proceso (variante nacional de la Advertencia Miranda o Derechos

Miranda³), aparte del hecho incontrastable que en el numeral 1) del aludido artículo se establece que “El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso”.

Lo anterior implica que no solo los derechos mencionados en el numeral 2) del artículo 71º serían susceptibles de ser protegidos vía la tutela, sino que también cualquier otro derecho que “la Constitución y las leyes le conceden” al imputado durante la investigación preparatoria y que no tenga vía propia de reclamación.

³ La **Advertencia de Miranda** (en inglés *Miranda warning*) o **Derechos Miranda** (*Miranda rights*) es una advertencia que debe darse a un imputado que se encuentra en custodia de la policía de Estados Unidos, antes de que le hagan preguntas relativas a la comisión del ilícito. La policía puede requerir información biográfica como el nombre, fecha de nacimiento y la dirección del domicilio del sospechoso. Las Confesiones no constituirán una prueba admisible en un juicio a menos que el imputado haya tenido conocimiento y haya ratificado su entendimiento de su Advertencia Miranda.

La Advertencia Miranda fue ordenada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en una decisión de 1966 respecto del caso Miranda contra Arizona (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 [1966]) como medio de protección para un imputado de evadir la auto incriminación, prohibida por la Quinta Enmienda (derecho al silencio). Desde su creación por la Corte Warren, la Corte Suprema ha indicado que la Advertencia Miranda ha impuesto una prevención de seguridad en vez de la protección que exige el privilegio de la Quinta Enmienda.

La Corte Suprema no especificó las palabras exactas que se debían usar para informar a un sospechoso sobre sus derechos. Sin embargo, dejaron unas reglas que deben servir como guía a seguir. El fallo establece: “... *La persona en custodia debe, previo a su interrogatorio, ser claramente informado de su derecho a guardar silencio, y de que todo lo que diga será usado en su contra en un tribunal, debe ser claramente informado de que tiene el derecho de consultar con un abogado y tener a ese abogado presente durante todo el interrogatorio, y que, si es indigente, un abogado le será asignado sin coste para representarlo*”.

IMPUTACIÓN CONCRETA APROXIMACIÓN RAZONABLE A LA VERDAD

FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA*

Resumen

La aproximación razonable a la verdad, como presupuesto de un proceso penal constitucionalizado, requiere para su concreción que el objeto del proceso penal sea una imputación concreta que reste cualquier pretensión de realizar una justicia fuertemente intuitiva, basada en la mera sospecha, que no hacen sino desnaturalizar el carácter cognitivo del proceso penal; en línea de construir un programa de contención del poder punitivo que tenga como base la imputación concreta. Para este efecto, la imputación comprende un constructo de proposiciones fácticas estructuradas conforme a la calificación jurídica, que tengan como base los elementos de convicción, el resultado será una imputación concreta que posibilite el ejercicio real del derecho de defensa y genere el contradictorio, y por tanto, configure la esencia misma del proceso.

Palabras clave: Imputación — verdad — proceso — cognitivo — formulismo — contradictorio.

Abstract

In order to attain a reasonable belief of the truth as an assumption of a constitutionalized legal proceeding, the action must be based on specific charges that will rule out any attempt to rule on the basis of intuition alone, grounded on mere suspicion, that denaturalizes the cognitive quality of the criminal proceeding; with a view to building a program to harness the punitive power based on a specific accusation. To this effect, the accusation requires a number of factual elements structured according to their legal qualification, based on elements of certainty which will result in a specific accusation that will enable a person to exercise the right of defense, generating an adversarial proceeding, thereby configuring the very essence of the proceeding.

Key words: Accusation - truth - proceeding - cognitive - formulism - adversarial.

Sumario

1. El carácter cognitivo del proceso penal. 2. Concepto. 3. Estructura de la imputación concreta. 4. Imputación y elementos de convicción. 5. La imputación concreta del dolo. 6. Operatividad funcional: Etapas. 7. Perversión de la Imputación Concreta: 8. Formulismo e imputación.

* Juez Superior Provisional de la Corte Superior de Justicia de Arequipa-Poder Judicial del Perú. Profesor de la Universidad Nacional de San Agustín, Universidad Católica de Santa María, Universidad Privada de Tacna, Universidad Nacional del Altiplano, Universidad José Carlos Mariátegui.

1. EL CARÁCTER COGNITIVO DEL PROCESO PENAL

La reforma procesal –en su desenvolvimiento– afronta un problema central: la precariedad de las imputaciones del hecho punible, en la formalización de la investigación preparatoria y en la acusación. Los defectos que se observan son bastantes serios e inciden directamente en el objeto del debate, en la audiencia. Una precaria imputación, por ausencia o defecto de proposiciones fácticas, determina que el juicio oral ineludiblemente degenera en un debate de prejuicios, sospechas o conjeturas. Esta detestable consecuencia pervierte las audiencias en sesiones rituales de intenso reproche ético, en desmedro de su carácter cognitivo. En ese contexto, los prejuicios y las particulares conformaciones ideológicas de los juzgadores son los determinantes al momento de sentenciar. Este tipo de justicia fuertemente intuitiva, resta cualquier pretensión de aproximarse razonablemente a la verdad y hace iluso un programa de contención del poder punitivo. Esta práctica es contraria al modelo procesal cognoscitivo diseñado conforme a la Constitución.

Las características centrales de un modelo constitucional del proceso son el cognoscitivismo procesal y la estricta jurisdiccionalidad –*epistemología garantista*¹. El *cognoscitivismo procesal* exige la determinación concreta del hecho punible imputado. La imputación debe ser un hecho punible unívocamente descrito de modo que resulte susceptible de prueba y que permita su control empírico². Este es el modelo de un proceso penal como proceso de cognición o de comprobación, que tiene como presupuesto una imputación concreta de un hecho punible, base necesaria para el desarrollo de la actividad probatoria. En efecto, este principio permite la realización de dos condiciones: la verificabilidad o refutabilidad de la hipótesis acusatoria y su prueba empírica; y, en consecuencia el fundamento de la sentencia³, dado que la determinación concreta de la imputación de un hecho punible afecta de manera decidida los fundamentos de hecho y de derecho con lo que el juez justifica sus decisiones⁴.

¹ Ello no significa que las otras características de la epistemología garantista, esto es el convencionalismo penal y la estricta legalidad no sean importantes, claro que lo son, pues son el presupuesto del cognoscitivismo procesal.

² El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha puesto énfasis en señalar que “**la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa**”. Véase Exp. 8123-2005-PH/TC. Exp. 7357-2006-PHC/TC.

³ “Es necesario que en el proceso exista una imputación concreta; en especial, que el juicio se fundamente sobre una acusación precisa y detallada, que sirva de límite al ámbito de decisión del tribunal” (BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p.161).

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, pp. 36 y 37.

El principio acusatorio tiene como base la separación entre acusador y juez; presupone la diferenciación entre los sujetos que acusan, los que controlan la acusación y los que juzgan; una cosa es la atribución de imputar y otra, la de juzgar. Este principio representa la condición esencial de la imparcialidad del juez respecto a las partes de la causa y también el presupuesto de la carga de la imputación⁵. No obstante, esta distribución de roles es inútil si la fiscalía no imputa concretamente un hecho punible definido y el juez de control de acusación no realiza su función. En ese sentido, el principio acusatorio nunca podrá tener realización, dado que la imputación concreta es la piedra angular que delimita el objeto del proceso; si no hay imputación concreta no hay materialización del principio acusatorio.

Ciertamente al Ministerio Público le corresponde delimitar la imputación concreta –aspecto principal de la contradicción-. Pero en la dinámica del proceso, su propia dialéctica genera un espacio para que la defensa (el contradictor) configure el objeto del debate. Así analíticamente la defensa de manera razonable podrá señalar –considerando los *hechos imposibles de cambiar*– convenciones sobre determinadas proposiciones fácticas; con ello focaliza el debate. En este sentido, la concreción de la imputación permitirá fijar un blanco que oriente óptimamente la actividad defensiva del imputado.

La imputación concreta debe ser definida y configurada para posibilitar el ejercicio real del derecho de defensa materializando una resistencia idónea⁶. Es el presupuesto necesario de la *garantía - principio* del contradictorio, en efecto, no es posible materializar un contradictorio si no se tiene una imputación concreta. El imputado sólo puede defenderse de una imputación definida. El derecho de defensa se enerva sino existe imputación concreta y definida susceptible de control⁷. Si las proposiciones fácticas de la imputación no están definidas simplemente no se genera una contradicción entre pretensión y oposición. Solo desde esta perspectiva se comprende porque el *objeto del*

⁵ Es contundente lo señalado por el maestro Montero Aroca: “No puede haber proceso si no hay acusación y ésta ha de ser formulada por persona distinta de quién ha de juzgar: Estamos ante algo tan obvio, pues no existe verdadero proceso si se confunden los papeles de juez y de acusador...” (MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch alternativa, 1997, p. 96).

⁶ En ese orden de ideas San Martín Castro, afirma: “Como quiera que el objeto del proceso penal está conformado por un hecho (acción u omisión), es pues, necesario e imprescindible que se afirme el hecho, debidamente definido, con indicación de sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, lo que a su vez, es una exigencia del derecho de defensa, de la cosa juzgada y, en general, del principio de seguridad jurídica.” (SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. Lima: Editora Jurídica GRIJLEY, 2000, pp. 298, 301, 302, 323, 327, 328).

⁷ El Tribunal Constitucional en el fundamento 30 de la sentencia en el Exp. N.º 03987-2010-PHC/TC ha señalado “El principio acusatorio permite garantizar el derecho de defensa ya que sólo cuando existe un cargo concreto y específico la persona podrá defenderse”.

proceso está definida por la imputación⁸, y el *objeto del debate* por la oposición⁹. Definidos ambos aspectos de la contradicción –pretensión y oposición– surge como resultado un contradictorio pleno, y en consecuencia un debate cognoscitivo pleno de proposiciones contrapuestas.

El contradictorio –*que da vida al proceso*– solo puede configurarse sobre la base de una imputación concreta; por consiguiente, es reductivo estimar que ésta solo optimiza el derecho de defensa. Esto no es así, dado que la imputación concreta genera el contradictorio y, por tanto, configura la esencia misma del proceso.

La connotación jurídica de la imputación impone al juez el deber de verificar la realización del principio de legalidad; en efecto, el contradictorio se desarrolla sobre la base de una calificación jurídica adecuada que condiciona el orden del debate. Una imputación sin una calificación jurídica adecuada condiciona un contradictorio enervado y desordenado; se afecta la propia imputación y el derecho de defensa, vaciando su contenido esencial. Así, los juicios éticos, prejuicios y sospechas cubren el espacio de la ausente imputación, y se imposibilita su control objetivo y empírico. Por tanto, la imputación concreta cobra central importancia, de cara a un proceso contradictorio y cognitivo¹⁰.

2. CONCEPTO

Un concepto operativo de la imputación concreta, sin mayor pretensión teórica, permite definirla como el deber de la carga que tiene el Ministerio Público de imputar a una *persona natural*, un *hecho punible*¹¹, afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del tipo penal¹². En efecto, el tipo penal es el referente normativo para la

⁸ Objeto de proceso es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolida y desarrollan los principios acusatorios y de contradicción, a diferencia del objeto del debate que se conforma con los hechos, pruebas y pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia hecha valer por el acusado. (Acuerdo Plenario 4-2007/CJ-116, fundamento 9).

⁹ En esa línea Montero Aroca: “El acusado nunca puede alterar el objeto del proceso, pero si puede ampliar el objeto del debate” (MONTERO AROCA, Juan. *Op. Cit.* pp. 129 -130).

¹⁰ La concepción cognitiva del proceso asegura dos objetivos políticos, uno la certeza controlable del juicio, y dos, la separación radical entre moral y derecho.

¹¹ Con claridad magistral Kelsen precisa que: “La *imputación* es la vinculación entre un hecho (el objeto de la norma) y una persona (sujeto de la norma) realizada sobre la base de una norma (...)” (KELSEN, Hans. *El Otro Kelsen*. Primera Edición. México: Edit. UNAM -1989, p. 308).

¹² El Tribunal Constitucional en el fundamento 30 de la sentencia emitida en el expediente 03987-2010 citando a Montón Redondo, ha señalado que por imputación se entiende en sentido material o amplio como: “*la atribución, más o menos fundada, que se hace a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como su consecuencia*” (Véase: MONTÓN REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 211).

construcción de proposiciones fácticas¹³. Cada uno de los elementos del tipo exige su realización fáctica y ésta es presentada en la imputación penal con proposiciones fácticas¹⁴. Es necesario reiterar que la afirmación de hechos no es discrecional sino que está vinculada a la aplicación de la ley a los hechos propuestos, por ello, es una imputación legal. Si hay ausencia de proposiciones fácticas realizadoras de algún elemento del tipo, entonces, no se tiene una imputación¹⁵.

La *imputación* es la vinculación entre un **hecho** (el objeto de la norma) y una **persona** (sujeto de la norma) realizada sobre la base de una norma¹⁶; por consiguiente, la imputación se materializa con proposiciones fácticas que, por un lado, afirman un hecho punible; y por otro, imputan este hecho a un sujeto. La afirmación del hecho y su imputación están imbricadas; pero, para efectos prácticos es necesario destacar su diferencia. Las proposiciones fácticas vinculadas al hecho punible son predominantemente objetivas; en tanto que, las proposiciones fácticas que imputan el hecho a un sujeto tienen predominancia subjetiva; empero, se encuentran enlazadas.

Con frecuencia la imputación fiscal satura proposiciones fácticas del hecho punible, sin embargo, las proposiciones fácticas que vinculen al sujeto con el hecho son escasas o ausentes. La descripción extensa del hecho punible con débil atribución al sujeto, pervierte la imputación. La predominancia del debate solo respecto del hecho punible, enerva o anula el debate respecto de los elementos de la imputación que vinculen al imputado con el hecho punible, generando con ello indefensión. Es importante verificar exhaustivamente la concurrencia de ambos tipos de proposiciones fácticas; su ausencia o su generalidad dan lugar al desborde de la intuición -poco controlable- en desmedro de la cognición.

¹³ Las afirmaciones son el medio necesario para introducir los hechos en el proceso. Entre hecho y afirmación se presenta un correlato necesario; en efecto, los hechos para ser incorporados en el proceso requieren de ser afirmados, y la afirmación no es sino afirmación de hechos. De cara a la actividad probatoria la única forma de probar los hechos es comprobando la veracidad de las afirmaciones, precisamente, de los hechos. Por consiguiente, es claro que el objeto de la prueba es el hecho y su afirmación.

¹⁴ Una proposición fáctica es una afirmación de hecho respecto de un caso concreto.

¹⁵ Precisa James Reátegui que: "el juicio de subsunción es un tema estudiado por el Derecho Penal material y el concepto de imputación es un tema de Derecho Procesal Penal. El Juicio de tipicidad es contrastar que el hecho que está investigando es subsumible en un tipo penal, con lo cual, lo que busca dicho juicio es el marco típico de la conducta investigada. En cambio el concepto de imputación está ligada a la individualización de la conducta del sujeto, a la asignación de responsabilidad jurídico-penal a una persona humana...". Esta consideración nos parece correcta, sólo que indudablemente los dos conceptos están imbricados indisolublemente. (REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *El Control Constitucional en la Etapa de Calificación del Proceso Penal*. Primera Edición. Lima: Editorial Palestra, 2008, pp. 46 y 47).

¹⁶ KELSEN, Hans. *El Otro Kelsen*. Primera Edición. México: Edit UNAM, 1989, p. 308.

3. ESTRUCTURA DE LA IMPUTACIÓN CONCRETA

Dos componentes completamente conjugados de la imputación son las proposiciones fácticas y su calificación jurídica. En efecto, las proposiciones fácticas de la imputación de un hecho punible no son libres o discrecionales, están vinculadas a la aplicación de la ley¹⁷, por ello una imputación concreta tiene la estructura de un tipo penal.

Analíticamente, el tipo penal es descompuesto en determinados elementos; sin embargo, el número de éstos no necesariamente tienen correspondencia con el número de proposiciones fácticas. En efecto, esto va a depender de la fortaleza o debilidad de la proposición fáctica¹⁸. Probablemente una proposición fuerte requerirá de una sola proposición fáctica para afirmar la realización de un elemento del tipo. Empero, si es débil, será necesaria la concurrencia de más de una proposición fáctica que configure la realización de un elemento del tipo.

En esta línea de pensamiento, las proposiciones fácticas configuradoras de elementos valorativos del tipo penal, por necesidad, serán más de una, porque lo valorativo exige una estimación conjunta de una pluralidad de proposiciones descriptivas. En tanto, que las proposiciones fácticas vinculadas a la realización de elementos descriptivos del tipo objetivo podrían ser únicas, dependiendo del caso concreto.

Los elementos de convicción son el tercer componente de la estructura de la imputación concreta. Cada uno de los componentes presenta problemas particulares que tienen que ser resueltos¹⁹.

¹⁷ "...es de tener presente que la promoción de la acción penal no es un acto discrecional del Fiscal está sujeta a requisitos legales..." (SAN MARTÍN CASTRO, César. *Op. Cit.* p. 367).

¹⁸ Señala Baytelman que "...las proposiciones fácticas pueden ser fuertes o débiles. Son más fuertes en la medida en que más satisfacen el elemento legal para el que fueron ofrecidas. Hay proposiciones fácticas que son tan fuertes, que ellas solas satisfacen el elemento completamente (...) la debilidad de una proposición fáctica (...) tiene que ver con su ineptitud para satisfacer el elemento legal para el que fue ofrecida" (BAYTELMAN A, Andrés y DUCE J, Mauricio. *Litigación Penal y Juicio Oral y Prueba*. Santiago de Chile: Edit. Universidad Diego Portales, 2004, p. 77).

¹⁹ A propósito de la estructura de la imputación el Tribunal Constitucional, en el expediente 03987-2010-PHC/TC ha señalado "En resumen el derecho a ser informado de la imputación tiene tres elementos configuradores: i) La existencia de un hecho concreto y específico o la apariencia verosímil del mismo (STC N.º 8125-2005-PHC/TC); ii) La calificación jurídica (STC N.º 06079-2008-PHC/TC); iii) La existencia de evidencia o de medios de convicción (STC N.ºs 5325-2006-PHC/TC; 9544-2006-PHC/TC)".

4. IMPUTACIÓN Y ELEMENTOS DE CONVICCIÓN

Formalizar Investigación Preparatoria (FIP) presupone tener definido una imputación concreta²⁰; cada una de las proposiciones fácticas deberá estar vinculada al hecho punible –que realizan los elementos del tipo– y su atribución a una persona. Pero la mera afirmación de proposiciones fácticas no satisface la necesidad de una imputación concreta. En efecto, afirmar un hecho punible y responsabilidad sin base indicativa, es *flatus vocis*²¹. Si se tiene solo proposiciones afirmativas de la realización de un hecho, el imputado no puede defenderse materialmente de meras afirmaciones. Son precisamente los medios de convicción los que van a pautar o guiar la defensa del imputado, proponiendo la realización de actos de investigación para enervar el contenido de los medios de convicción.

Esta digresión entre proposiciones fácticas –*edificación*– e indicios reveladores –*cimientos*– posibilita el ejercicio idóneo del derecho de defensa; condiciona entonces un verdadero contradictorio y optimiza la defensa. Si no concurren indicios reveladores de la comisión de un delito no existe concreción de la imputación.

En definitiva no es suficiente la mera afirmación de proposiciones fácticas; es una condición necesaria pero no suficiente para configurar una imputación concreta. El concepto de imputación exige una base indicativa que sostengan las proposiciones fácticas. Conforme a esta exigencia se define a la imputación como “*la atribución, más o menos fundada, que se le hace a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como su consecuencia*”²². La expresión “*más o menos fundada*”, constituye una exigencia de concreción de cada proposición fáctica sobre la de base indicios reveladores de la comisión del delito e indicios reveladores que vinculen al imputado con este hecho. Por tanto, la imputación solo es concreta en tanto esté sostenida con elementos indicativos reveladores de la comisión del delito e indicios reveladores que vinculen al imputado con la realización del delito²³.

²⁰ Art. 336 del NCPP, (1) “Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito (...), que se ha individualizado al imputado (...), dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria” 2.(b) “La Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria contendrá: Los hechos y la tipificación específica

²¹ “Palabras que se lleva el viento”.

²² Expediente 03987-2010. HC/TC citando a Montón Redondo, (Véase: MONTÓN REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 211).

²³ Empleemos una metáfora e imaginemos a la *imputación* como un edificio; los cimientos son la base de las edificaciones; en esa comparación los elementos de convicción son los cimientos de las proposiciones fácticas edificadas. Una edificación sin cimientos es endeble, provisional y no soportaría un temporal de intensidad

Esta exigencia es menos intensa en la FIP, y es más rigurosa en el Control de Acusación (CA), como resultado del desarrollo del proceso propiamente de los actos de investigación²⁴.

La imputación concreta²⁵ exige para su configuración tres elementos: proposiciones fácticas, calificación jurídica y evidencia o medios de convicción. Es precisamente en la imbricación entre proposiciones fácticas y los medios de convicción donde puede realizarse el fundamento de aproximación razonable a la verdad y el programa de contención de la violencia punitiva. La unilateralidad de los que construyen proposiciones fácticas no vinculadas a elementos indiciarios tiene su esencia en el pragmatismo de la justicia negociada²⁶.

La inicial práctica operativa de los jueces de Investigación Preparatoria fue verificar de manera compartimental primero las proposiciones fácticas y su calificación jurídica, luego los elementos de convicción; pero, que duda cabe, existe un nexo indisoluble entre proposiciones fácticas y los elementos de convicción; su verificación y control debe ser conjunta y no por separado; así cada proposición fáctica debe estar necesariamente vinculada con un elemento de convicción o indicio. De esta manera la imputación sí es concreta.

Es frecuente que la imputación contenga proposiciones fácticas con elementos de convicción, vinculadas a la realización del hecho punible; empero, son carentes de proposiciones fácticas con elementos de convicción que vinculan al imputado con el hecho. Obviamente en este último supuesto no existe imputación sino una mera sospecha; y, una

menor, dado que no tiene unos cimientos que los soporten; la mera presentación de proposiciones sin unos cimientos de convicción no generarían un contradictorio; es endeble, no es concreta.

Las edificaciones se construyen sobre la base de los cimientos; las proposiciones fácticas se edifican sobre la base de convicción; el rendimiento de estos determina el contenido de las proposiciones fácticas. Si se edifica proposiciones fácticas sin cimientos de convicción no se tiene una imputación concreta y, por tanto, estas proposiciones fácticas no vinculan al “imputado”; es mera afirmación.

²⁴ En ese orden de ideas, señala Reátegui Sánchez: “...en las instancias iniciales del procesamiento penal todavía no hay verdaderas pruebas incriminadoras, sino sólo meros indicios de la comisión de un hecho punible; entonces, no puede realizarse –o mejor exigirse– una imputación concreta, sino más bien de tipo genérica...” Sin embargo, no parece adecuado el empleo del término *imputación genérica*, en todo caso se trata de diferentes grados de concreción de la imputación. (REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Op. Cit.*, p. 17).

²⁵ La expresión de imputación concreta permite abarcar los elementos de convicción o los indicios reveladores, son los que concretan la imputación y permiten encontrar el nexo dialéctico entre las proposiciones fácticas calificadas jurídicamente y los elementos de convicción.

²⁶ Por el carácter dispositivo de la pretensión civil, su propuesta no está vinculada a la concurrencia de los elementos de convicción, en tanto que en la Imputación Penal es ajeno al principio dispositivo y que pone en riesgo los derechos fundamentales, deben estar premundadas de elementos indiciarios.

Formalización de Investigación (FIP) sobre una base difusa es insostenible un proceso cognitivo.

5. LA IMPUTACIÓN CONCRETA DEL DOLO

La postulación de proposiciones fácticas vinculadas a la realización de los elementos del tipo subjetivo, corresponden a la subjetividad del agente y obviamente su reconstrucción se presenta con mucha dificultad, dado que humanamente no es posible penetrar en la subjetividad del agente y verificar su particular vivencia psicológica al momento de la realización del hecho delictivo²⁷.

El dolo como conocimiento y voluntad²⁸ de la realización del hecho punible tiene que ser reconstruido con la imputación concreta. El dolo directo es compatible con un concepto *psicológico descriptivo de la voluntad -voluntad descriptiva-*; por tanto, la imputación exige proposiciones vinculadas al conocimiento y a la voluntad. Empero, el dolo indirecto y el dolo eventual solo es compatible con un concepto de **voluntad normativa**; así, será suficiente con imputar que el agente contaba con ciertos conocimientos al momento de realizar la conducta objetivamente típica para atribuirle un comportamiento doloso.

Independiente del problema anterior -voluntad descriptiva o normativa- se presenta el problema de imputar concretamente los conocimientos que tuvo el sujeto activo; se tienen dos respuestas: una de configuración *realista* y otra de configuración *normativa*.

La primera estima que los conocimientos requeridos por el dolo son datos de naturaleza psicológica; por consiguiente, se imputa una realidad que se encuentra en la psíquis del sujeto²⁹; esta opción propende a una aproximación a la verdad que permita contener la violencia punitiva. Por otro lado, las "concepciones normativas"³⁰ señalan que no es posible averiguar el dolo

²⁷ En ese orden de ideas James Reátegui, señala que: "Es necesario no caer en el fácil error de considerar que sólo en la comprobación de la tipicidad objetiva el jurista del Derecho Penal debe recurrir a la subsunción. En efecto, también hay que subsumir los aspectos subjetivos del hecho. Por ejemplo el dolo o el ánimo de lucro. Aquí es necesario, lo mismo que el tipo objetivo, disponer de un concepto de "dolo" o "ánimo de lucro" (REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Op. cit.*, p. 47).

²⁸ El querer como criterio limitador permite distinguir el dolo de la imprudencia, la cuestión se complica cuando se trata de un *dolo de segundo grado o de consecuencia necesarias y el dolo eventual*.

²⁹ Los autores que adoptan esta propuesta la denominan concepción psicológica.

³⁰ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el Proceso Penal*. Prólogo de Jesús María Silva Sánchez, Editorial J.M. Bosch Editor, 1999.

en las concretas vivencias psicológicas del sujeto activo, por consiguiente, recurren a criterios normativos de determinación del dolo; *se atribuye o imputa un determinado conocimiento a un sujeto*, y con ello el dolo, pero empleándose criterios distintos a la verificación empírica de datos psicológicos. Sin embargo, desde esa óptica normativa se enerva la posibilidad de contener la violencia punitiva; y, probablemente dará lugar a que se atribuya dolo donde no existe dolo³¹.

Corresponde entonces presentar proposiciones fácticas de directo contenido subjetivo, pero, a su vez necesariamente proposiciones objetivas *indicativas* de un hecho subjetivo *indicado* –la intencionalidad- que permitan inferir inductivamente la intencionalidad del sujeto activo³². Nótese que no se renuncia a la aproximación razonable a la verdad; pero no se postula ingenuamente solo proposiciones fácticas de directo contenido subjetivo, sino además proposiciones objetivas que sean signos inequívocos de una intencionalidad³³.

El Ministerio Público tiene el deber de la carga de afirmar proposiciones fácticas de una realidad psíquica, y el deber de la carga de probar éstas. Las experiencias psíquicas no pueden probarse de manera directa, carece de sentido pretender su probanza de manera directa. Por ello, la lógica indiciaría cobra capital importancia para probar realidades subjetivas; en efecto, las proposiciones fácticas –indicativos- tienen que ser probados para inferir intencionalidad.

Una postura congrua con un programa de contención de la violencia punitiva no puede renunciar al hecho subjetivo, como objeto de control. Estas pueden armonizar con reglas de sentido social que operen como correctivos de una imputación subjetiva –realidad subjetiva–.

No obstante lo afirmado, algunas veces se pretende la prueba directa de proposiciones fácticas de hechos subjetivos; sin embargo, no se ha puesto mucha atención a las proposiciones objetivas indicativas que posibilitarían

³¹ El caso utopía en el Perú y el caso Cro magnon en Argentina, son claras manifestaciones de ello.

³² Un concepto coherente e impecable teóricamente como el dolo, sin embargo, operativamente no sirva para nada.

³³ Julio César Santa Cruz, realiza una importante distinción entre: a) imputación fáctica: en la que sí cabe imputar directamente proposiciones fácticas de directo contenido subjetivo; b) imputación conviccional (teoría probatoria) en la que habría que indicar los hechos indicarios del dolo a través de proposiciones fácticas; de estos hechos indicarios, a través de determinadas reglas de la experiencia, ciencia o técnica se colegiría el dolo.

inferir el dolo del agente. Probar directamente las proposiciones fácticas subjetivas, es una exigencia de imposible cumplimiento dado que el hecho psíquico solo se presenta en la subjetividad del sujeto. Su exigencia de probanza directa puede generar lagunas de impunidad y, en el contexto de la reforma, puede ser indebidamente aprovechada por ausencia de proposiciones objetivas indicativas de la subjetividad del agente.

6. OPERATIVIDAD FUNCIONAL: ETAPAS

La imputación concreta configura el proceso, pero a su vez tiene funciones específicas en cada una de las etapas del proceso que orientan la actividad de los sujetos procesales; es el punto de referencia necesario que define y delimita el objeto de cada una de las etapas -Diligencias Preliminares, Investigación Preparatoria, Etapa Intermedia y Juzgamiento-³⁴.

Las Diligencias Preliminares³⁵ (DP) tienen como objeto definir los contornos de la imputación concreta y para ello tienen por finalidad realizar los actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión. Su objeto es pues definir la estructura de la imputación concreta: *hechos, calificación jurídica y medios de convicción*. Si concurren estos tres componentes entonces el Ministerio Público tiene una imputación concreta y; por tanto, corresponde formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria (FIP).

Una práctica -*contra legem*- de la fiscalía ha desnaturalizado esta finalidad³⁶; pues, no obstante existir una imputación concreta se dispone, por regla general, Diligencias Preliminares. Se ha pervertido su objeto y finalidad; su recurrencia acarrea consecuencias negativas, enerva el contradictorio con sensible afectación del derecho de defensa, y degenera en dilación. Peor aún, ordenar Diligencias Preliminares policiales sin estrategia, constituye una práctica formularia que anquilosa la investigación. Si se tiene una imputación concreta, entonces, su consecuencia es la Formalización de la Investigación Preparatoria (FIP).

³⁴ Ciertamente el control de imputación es una actividad dinámica que se realiza en todo el desenvolvimiento del proceso.

³⁵ Art. 330º.2 del NCPP.

³⁶ Art. 330.2 del NCPP.- “Las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agravados, y dentro de los límites de la ley, asegurarlas debidamente”.

Si de la denuncia, del informe policial o de las Diligencias Preliminares (DP) que realizó aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito –*imputación concreta*–, entonces el fiscal dispondrá la Formalización de la Investigación Preparatoria³⁷ (FIP) y ésta debe contener los hechos y la tipificación específica correspondiente³⁸.

La imputación concreta determina el objeto de la investigación y su finalidad, por consiguiente, la pertinencia y utilidad de los actos de investigación propuestos por las partes para el esclarecimiento de los hechos. Es sobre la base de esta imputación que las partes puede controlar la imputación, oponer sus medios de defensa³⁹ y ofrecer la realización de actos de investigación para enervar la imputación. Si no se tiene definida la imputación esta etapa degenera en una reproducción de ritualismos anquilosantes sin finalidad; una investigación ciega, sorda, torpe e inhumana siempre exacerba un latente autoritarismo de sus operadores⁴⁰. La reducción de la investigación a un mero expediente sin una imputación concreta esconde el drama humano generado por el conflicto delictivo.

Cualquier audiencia previa al juicio oral –*prisión preventiva, excepciones, cuestión previa, etc.*– esta condicionada por la imputación concreta formalizada. El debate en una excepción o una prisión preventiva gira sobre la base de la imputación concreta definida en la Formalización de la Investigación Preparatoria (FIP). Determina el *objeto del debate* de las audiencias previas al juicio oral pues es su parámetro de congruencia. Pretender incorporar información diferente a la imputación concreta es emboscar a la otra parte y, sorprender al Juez. La incorporación de una base fáctica distinta solo puede realizarse con una ampliación de la Formalización de la Investigación Preparatoria (FIP), nunca en el accesorio de un requerimiento de prisión preventiva u otro tipo de audiencia previa.

Concluida la investigación, el Juez –en la Etapa Intermedia (EI)– realizará un exhaustivo control de la imputación, verificará su base fáctica, la calificación jurídica y los elementos de convicción suficientes para decidir el enjuiciamiento del imputado. Los medios de defensa que se opongan en esta etapa también tienen su punto de referencia en la imputación concreta.

³⁷ Artículo 336º numeral 1 del NCPP.

³⁸ Así se encuentra previsto en el literal “b” numeral 2 del artículo 336º del NCPP.

³⁹ Un típico medio de defensa que cuestiona la imputación, es la excepción de improcedencia de acción por medio del cual se cuestiona la calificación jurídica del fáctico propuesto.

⁴⁰ La práctica autoritaria tenía su cobertura en el secreto que suponía el expediente.

En el enjuiciamiento (JO), de entrada, la imputación concreta delimita el objeto del proceso; y, con la resistencia, el objeto del debate. Sobre este eje se desarrolla el contradictorio de toda la actividad probatoria. Sirve como parámetro de pertinencia conducción y utilidad en la dirección judicial del debate y pauta la litigación oral de los adversarios. Finalmente en la etapa decisoria, la imputación concreta es el elemento de referencia para verificar el principio de congruencia procesal entre acusación y sentencia. En efecto, la determinación concreta de la imputación de un hecho punible afecta de manera decidida los fundamentos de hecho y de derecho con los que el juez justifica sus decisiones.

7. PERVERSIÓN DE LA IMPUTACIÓN CONCRETA

Frecuentes prácticas en la propuesta de la imputación concreta han pervertido su función. Anotemos algunas.

Se pervierte la imputación cuando, a pesar de existir información valiosa en los actos de investigación, las proposiciones fácticas no son construidas sobre la base de esta información. Las partes pueden tener conocimiento de esa información por haber accedido al expediente, pero, esto no exime al Ministerio Público del deber de construir proposiciones fácticas para materializar una imputación concreta. No se realiza la operación de sintetizar la información investigativa –construyendo proposiciones fácticas– sino que se asume erradamente que es suficiente con la información dispersa en la *carpeta fiscal*. Esto es erróneo.

La débil presencia de proposiciones fácticas puntuadas con base en la investigación genera en los jueces el apremio de recurrir al expediente para obtener información por defecto o ausencia de las proposiciones fácticas. Determina a que sean los jueces quienes construyan proposiciones fácticas para fundamentar sus decisiones y con ello el retorno sin ambages al inquisitivo, con jueces haciendo las veces de fiscales. El efecto más pernicioso es la anulación del contradictorio, pues solo con proposiciones fácticas se puede materializar el contradictorio y optimizar el ejercicio de la defensa. Si no hay imputación, no hay defensa, por más que la información se encuentre en la carpeta fiscal. Con todo ello se resiente seriamente el principio acusatorio y el carácter cognitivo del proceso y da lugar a un ritual de sospecha y de atribuciones éticas.

El trabajo fiscal se vertebría sobre la base de construir proposiciones fácticas, sintetizando la información obtenida con los actos de investigación –*conforme a un enfoque jurídico*–. Esta es precisamente su labor central, compleja

pero indispensable. De nada sirve acopiar información sin un norte. Esa información, es el insumo que se sintetiza en proposiciones fácticas calificadas jurídicamente que, a su vez, orientan o reorientan la actividad investigativa, buscando nueva información. La imputación concreta es el resultado de esa tensión dialéctica entre actividad investigativa y proposiciones fácticas. Si el operador fiscal no es consciente de esta dinámica, realizará una labor unilateral de acopio cuantitativo de información, sin proyección estratégica en la obtención de información de calidad.

La falta de destreza en la construcción de proposiciones fácticas, da lugar a que se realicen imputaciones con errados juicios de tipicidad, no obstante que de los elementos indiciarios se tiene base fáctica para construir proposiciones fácticas con un correcto juicio de tipicidad. El Juez de Investigación Preparatoria (JIP) no tiene atribuciones para controlar que el fiscal construya proposiciones fácticas con determinada información de los actos de investigación, solo controla la calificación jurídica de las proposiciones fácticas propuesta por la fiscalía. Sería contrario a su rol constitucional ordenar u orientar la construcción de proposiciones fácticas en determinado sentido jurídico. Por tanto, el desarrollo de destrezas en la construcción de proposiciones fácticas sobre la base de la actividad investigativa es una tarea pendiente y de urgencia que corresponde a la fiscalía.

Otra perversión se presenta cuando la imputación contiene proposiciones fácticas vinculadas a la realización del hecho punible, pero es carente de proposiciones fácticas que vinculen al imputado; otras veces se propone proposiciones genéricas no concretadas en indicios reveladores. Obviamente en ambos supuestos no existe imputación y da lugar a la sospecha como fundamento. Una formalización de imputación sobre base difusa es insostenible en un proceso cognitivo, se anula éste carácter y deviene en un escenario de linchamiento ético; y, el debate moral se impone, saturando el escenario de la audiencia con prejuicios de los operadores jurídicos.

Se impone una activa labor judicial en el control de imputación⁴¹, verificando la existencia en el proceso de una imputación con indicios reveladores de la comisión de un delito y de la intervención del imputado⁴². Es una necesidad

⁴¹ “El Juez penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, por lo que el procesamiento de quien resulte 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 un papel de defensor del ordenamiento jurídico...” (SAN MARTÍN CASTRO, César. *Op. Cit.*, p. 367).

⁴² Art. 336°.1.4 del NCPP.

de *lege ferenda* una audiencia de control de imputación luego de Formalizada la investigación preparatoria (FIP); y, en el Control de Acusación (CA) una exhaustiva verificación –*ajeno a un control formulista*– de una causa probable que justifique el desenvolvimiento de un juicio oral⁴³.

Se perversa la imputación concreta cuando se presenta excesivas proposiciones fácticas no vinculadas al hecho constitutivo, sino a las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores⁴⁴. Esta exuberancia de circunstancias rodea o circundan generalmente débiles proposiciones fácticas del hecho constitutivo. El exceso de proposiciones fácticas *circundantes* esconde la débil presencia de proposiciones fácticas del hecho constitutivo.

Una técnica operativa para construir una imputación exige elaborar en primer orden –*como núcleo*– las proposiciones fácticas de la imputación; solo después las proposiciones fácticas que configuran las circunstancias⁴⁵. Primero la determinación de la imputación –hecho constitutivo– y solo como consecuencia las *circunstancias*; éstas por sí solas no tienen base. Por consiguiente, el Ministerio Público centrará arduamente su labor en la imputación constitutiva de los elementos del tipo; solo luego construirá las proposiciones fácticas que configuran las circunstancias. Se evita así, el exceso de circunstancias en desmedro del hecho constitutivo.

La concurrencia de circunstancias de contexto y con débiles proposiciones de un hecho constitutivo determina que gane terreno la eticidad del proceso en desmedro del carácter cognitivo de éste; por tanto, la brega por la presentación de proposiciones fácticas está directamente vinculada con la caracterización cognoscitiva del proceso.

8. FORMULISMO E IMPUTACIÓN

El formulismo, otra perversión de la imputación concreta, se expresa en la utilización de formatos que al pretender cargarlos da lugar a contenido reiterativo. La acusación es exuberante, pero con débil contenido del hecho punible. El estilo forense no puede ajustarse al cumplimiento del formato de la acusación; puede ser distinto y hacer un uso residual del formulario. La verificación exhaustiva del cumplimiento del contenido por rigurosos rubros formales constituye una práctica formularía que anula la construcción de una imputación conforme a las particularidades del caso.

El estrecho rigor del formato condiciona severas confusiones, así la imputación –hecho constitutivo– es disgregada de manera inarticulada, en circunstancias

precedentes concomitantes y posteriores. El formalismo extremo degenera en un descuartizamiento de la imputación. Esta desagregación de la imputación es consecuencia directa de la utilización del formato, éste exige que la acusación contenga las circunstancias precedentes concomitantes y posteriores al hecho constitutivo y, ante la ausencia de las circunstancias, para satisfacer los requerimientos del formato⁴⁶, se descompone el hecho delictivo en “circunstancias”.

Este formulismo, en apariencia facilita el trabajo fiscal, no permite una práctica eficiente de control de la imputación concreta. Así la robótica práctica formularia debe ser criticada y combatida pues imposibilita la reflexión y torna ineficiente el control de la imputación. Además, no es inocuo, las defensas formalistas utilizan este formato como un esquema de evaluación y es aprovechado para cuestionar la ausencia de proposiciones fácticas constitutivas del tipo, no obstante encontrarse éstas bajo la nominación de circunstancias.

Lo importante es la concurrencia de la imputación fáctica con proposiciones fácticas realizadoras de los elementos del tipo, independientemente de la nomenclatura formularia que se emplee. Es claro que la imputación fáctica –hecho punible– es el núcleo constitutivo de la imputación y que las *circunstancias* rodean este hecho. Son bases fácticas distintas, unas son el núcleo y las otras son periféricas al núcleo, las primeras son esenciales, las segundas no son esenciales. Las circunstancias solo deben ser postuladas en tanto sean generadoras de consecuencias jurídicas⁴⁷. Esta perspectiva procesal permite un control eficiente de los requisitos de fondo de la imputación penal, porque nos permite focalizar el problema.

Si el fáctico constitutivo del hecho punible se encuentren bajo otra denominación formularia, ello no supone ausencia de imputación. Una cosa es que éstas no existan y otra que los hayan desarrollado en otros rubros⁴⁸;

⁴³ Art. 344º.2.d. del NCPP.

⁴⁴ El Juez de control de acusación vería devolver la acusación a fin de que el Fiscal diferencia nítidamente los Hechos de sus Circunstancias.

⁴⁵ La imputación sería el cuerpo sólido que golpea las aguas tranquilas y las circunstancias el efecto de las ondas que circundan el golpe de la imputación.

⁴⁶ Los formatos que se utilizan para presentar la acusación constituyen una especie de formularios más o menos ajustada a exigencias normativas (349º CPP), pero no vincula normativamente.

⁴⁷ Normalmente estos efectos están vinculados a la individualización de la pena.

⁴⁸ Con acierto señala Julio César Santa Cruz que: Debe exigirse al Fiscal que bajo el rubro de Hechos Atribuidos presente a todos los hechos que imputa; pues de esto es de lo que debe defenderse el investigado o acusado.- esta exigencia debe hacerse tanto en relación a la Disposición de formalización de la IP como a la Acusación.

por tanto, no es un supuesto de sobreseimiento⁴⁹, entonces corresponde al Juez disponer su ordenación devolviendo la acusación⁵⁰.

Precisando, la imputación concreta es presupuesto del contradictorio, configura el proceso; sin él simplemente no existe proceso, es eje central del proceso, determina el carácter cognitivo del proceso, en cualquiera de sus etapas. Si la imputación es defectuosa entonces incide directamente en la configuración defectuosa del proceso, y degenera su carácter cognitivo en uno de sospecha y prejuicios. Por esa razón los cuestionamientos a la perversión de la imputación apuntan a generar buenas prácticas en perspectiva de un auténtico proceso centralmente cognitivo y por tanto controlable. El abordaje de la imputación concreta y los problemas de su calificación jurídica, merecerán un enfoque independiente.

De lo contrario, la defensa tendría que defenderse de cualquier afirmación Fiscal que se encuentre a lo largo de las frecuentemente numerosas páginas, lo que introduce un serio escollo al ejercicio de la defensa, que se genera únicamente por inoperancia del Fiscal. No es legítimo cargar al imputado los defectos de preparación del los operadores del sistema penal.

⁴⁹ Art. 344º del NCPP.

⁵⁰ Art. 352º.2 del NCPP.

APUNTES PARA LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

VÍCTOR BURGOS MARIÑOS*

Resumen

En el texto del nuevo Código Procesal Penal peruano existen normas con rezagos inquisitivos que vienen siendo aplicadas de forma literal, impidiendo la consolidación del Modelo Acusatorio en el Perú. Tales rezagos inquisitivos afectan la consolidación de la oralidad y el sistema de audiencias, el sistema adversativo del juicio oral, así como el diseño de una investigación eficiente basada en la coordinación entre la Policía y Fiscalía. El problema se agrava, porque en el Perú no se hizo una reforma integral del sistema jurídico (Constitución y Leyes Orgánicas) que garantice el cambio real de la justicia penal, tal como se hizo en Chile y Colombia. Ante el defecto del legislador, surge la opción de realizar una interpretación constitucional de dichas normas –conforme lo estipula el artículo X del T.P. del NCPP– para garantizar el éxito de la reforma procesal penal en el Perú.

Palabras clave: Modelo acusatorio – Rezagos inquisitivos – Nuevas prácticas – Interpretación constitucional.

Abstract

In the text of New Criminal Procedure Code with lags Peruvian rules exist that are being applied inquisitive literally, impeding the consolidation of the Adversarial Model in Peru. Such lags inquisitive affect the consolidation of oral audiences system and the adversarial system of trial and the design of an efficient investigation based on coordination between the police and prosecution. The problem is aggravated because in Peru there was an integral reform of the legal system (Constitution and Organic Laws) to ensure real change in criminal justice, such as in Chile and Colombia. Before the defect of the legislature, there is the option of a constitutional interpretation of these rules, as stipulated in Article X of TP the NCPP, to ensure the success of the criminal procedure reform in Peru.

Key words: Model accusatory – Questioning lags – New practices, Constitutional interpretation.

Sumario

1. Introducción.
2. Rezagos inquisitivos en el Código Procesal Penal.
3. Apuntes para la interpretación constitucional de los rezagos inquisitivos del Código Procesal Penal.
4. Reforma procesal penal, principio de oralidad y Constitución.
5. La forma oral de las resoluciones judiciales forma parte de la garantía de motivación contenida en el artículo 139º inciso 5 de la Constitución.
6. Conclusiones.

* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de La Libertad-Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura, Universidad Nacional de Trujillo y del Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

1. INTRODUCCIÓN

En el Perú, a partir de la Constitución de 1979, el Ministerio Público se convierte en un organismo autónomo y en el titular del ejercicio de la acción penal (Cubas Villanueva, 2005:230), generando las bases del Modelo Acusatorio a través de la separación de funciones de persecución y jurisdicción penal. Sin embargo, pese a la promulgación de la Ley Orgánica del Ministerio Público (1981), el Código de Procedimientos Penales de 1939, mantenía vigente el modelo mixto inquisitivo, donde el Juez de Instrucción tenía la función de investigación del delito. E incluso, el 12 de junio de 1981 se promulga el Decreto Legislativo N° 124, que regula al proceso penal sumario, un proceso con características inquisitivas propias de la edad media, donde “se elimina el juicio oral y no se toma en cuenta el principio del juez no prevenido” (San Martín Castro, 2003:47), es decir, el mismo Juez que investigaba era el mismo que sentenciaba el caso, en un procedimiento escrito y no contradictorio. Pese a que la Constitución sentaba las bases del Modelo Acusatorio, el legislador, a través de la ley procesal (Decreto Legislativo N° 124), fortalecía la presencia del modelo inquisitivo.

Gracias a los esfuerzos de académicos y magistrados, se impulsó un nuevo intento de reforma, que culminó con la promulgación del Código Procesal Penal de 1991 de corte Acusatorio, mediante el Decreto Legislativo N° 638, publicado el 27 de abril de 1991, sin embargo el Modelo Procesal nunca entró en vigencia, pues el legislador lo dejó en *vacatio legis*, poniéndose en vigencia solo algunos artículos, el modelo imperante siguió siendo el Mixto Inquisitivo. Luego, mediante el Decreto Ley N° 26147, publicada el 30 de diciembre de 1992, se ratifica la vigencia del proceso penal sumario, al disponerse la adecuación de los delitos del Código Penal de 1991 al procedimiento regulado por el Decreto Legislativo N° 124. De esta manera, la reforma del sistema penal peruano operada el año 1991 (este año se promulgaron los Códigos Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal), fue sometida a la cultura inquisitiva del proceso penal sumario.

Con la promulgación de la Constitución de 1993, y la constitucionalización de la dirección fiscal de la investigación, el mismo que para muchos era ya un reconocimiento expreso del Modelo Acusatorio (de forma parcial, pero un gran paso), hacía inminente la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 1991, sin embargo ello nunca ocurrió, a pesar de los proyectos de 1995 y 1997, por supuestos “inconvenientes técnicos” (Oré Guardia, 1999:48). Para finalmente, con la puesta en vigencia de la Ley N° 26689, publicada el 30 de Noviembre de 1996, el proceso penal sumario (inquisitivo) pasa a

consolidarse como la vía procesal hegemónica de la justicia penal en nuestro país, reservándose las normas del proceso penal ordinario (mixto inquisitivo) para un reducido grupo de delitos. Se advierte que pese a que la Constitución de 1993 había recogido un modelo acusatorio, a través de la dirección fiscal de la investigación, en la realidad se venían aplicando las reglas procesales del proceso sumario inquisitivo y del proceso ordinario mixto inquisitivo, lo que revela que la cultura jurídica predominante de los operadores de justicia, era el de preferir la aplicación literal de la ley procesal (inquisitivo), que lo previsto en la Constitución (acusatorio).

A partir del año 2000, hubo un nuevo intento de reforma, Oré Guardia (WEB, 2004) señala que “somos testigos del resurgimiento de un movimiento de reforma promovido en diferentes comisiones; las cuales han producido valiosos documentos. La Comisión del Poder Judicial ha elaborado el Informe de la Comisión de Bases para la Reforma del Proceso Penal; mientras que la Comisión de Alto Nivel del Ministerio de Justicia y el Proyecto Huanchaco han propuesto sus respectivos Anteproyectos de Código Procesal Penal”, que con sus aportes, se promulga el Nuevo Código Procesal Penal también de corte acusatorio, mediante el Decreto Legislativo 957, publicado el 29 de julio de 2004, pero se observa que *esta nueva propuesta legislativa, no había sido acompañada de las reformas legales y constitucionales que se necesitaban para garantizar su correcta implementación, tal como ocurrió en las experiencias de Chile y Colombia.*

Si bien es cierto que el Nuevo Código Procesal Penal no entró en vigencia de inmediato, sino hasta después de 2 años, se debió en ese tiempo realizar las reformas de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la Policía Nacional, y también, de la Constitución, para positivizar el Modelo Acusatorio en forma integral, y así facilitar su implementación, sin embargo, nada de esto sucedió.

Así, el 1 de julio de 2006, en el Distrito Judicial de Huaura, donde se inició su aplicación gradual en nuestro País. Siendo La Libertad el segundo Distrito Judicial que lo aplica a partir del 01 de abril de 2007, y a la fecha, si bien el Código Procesal Penal viene aplicándose a nivel nacional (al menos para los casos de corrupción de funcionarios), lo cierto es, que viene desarrollándose un duelo de prácticas, entre las viejas prácticas procesales inquisitivas y las nuevas prácticas procesales acusatorias (Binder, 2005:25). Este duelo de prácticas tiene que darse en un escenario donde existan las condiciones para sustituir las viejas prácticas procesales y administrativas, basadas en la escrituralidad y la cultura del expediente, por las nuevas prácticas basadas en la oralidad y el sistema de audiencias.

Lamentablemente, no se han generado las condiciones para ese duelo de prácticas, pues, no se cuenta con el presupuesto adecuado, falta consenso de las instituciones, y en el ámbito jurídico, no se ha reformado la Constitución y las Leyes Orgánicas, y existen normas con rezagos inquisitivos en el Código Procesal Penal, cuya aplicación literal viene generando un conflicto de interpretaciones y de prácticas procesales, que ha puesto en grave riesgo el proceso de reforma de la justicia penal en el Perú, la cual se ha orientado hacia el modelo procesal acusatorio.

En efecto, según la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal¹, el legislador señala que "...la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de oficio; el Juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; la garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento y; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso. Es de destacar como una nota trascendental la implantación de la oralidad en la medida que permite que los juicios se realicen con inmediación y publicidad, permitiendo de esa forma un mayor acercamiento y control de la sociedad hacia los encargados de impartir justicia en su nombre".

El hecho que esté vigente el Modelo Acusatorio en el Perú, no significa que realmente estemos "viviendo" (trabajando) conforme al Modelo Acusatorio. Según Aguiló (2008:84) una cosa es tener una Constitución y otra es vivir en Constitución, "...una buena concepción de la Constitución tiene que ser capaz de integrar el sentido de darse una constitución con el de vivir en constitución", para ello tiene que consolidarse una práctica constitucional orientada por principios y valores. Para reformar la justicia, no basta el haberse dado un nuevo modelo procesal de corte acusatorio, nos falta vivir (trabajar) como en un modelo acusatorio, para ello se hace necesario desarrollar una práctica procesal orientada hacia los valores y principios del modelo acusatorio.

En Chile, a partir de la Ley de reforma constitucional N° 19.519, publicada el 16 de septiembre de 1997, que coincidentemente creo al Ministerio

¹ La Comisión de Alto Nivel del Ministerio de Justicia, al concluir la redacción del Nuevo Código Procesal Penal de 2004, elevó un Anteproyecto, el que tenía la exposición de motivos. Sin embargo, al promulgarse el texto legal, se omitió incluir la Exposición de Motivos. Tal omisión, sin duda, no impide conocer la voluntad o intención del Legislador, y en la cita se aprecia con claridad, que el modelo que se adopta, es el acusatorio de proceso penal, y con predominio de la oralidad. Ver el siguiente enlace: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_80.pdf.

Público como un organismo autónomo y jerarquizado que tiene a cargo la investigación penal, el ejercicio de la acción penal pública, y la adopción de medidas para proteger a víctimas y testigos, se dieron una serie de reformas para crear las condiciones para la implementación de un modelo procesal penal de corte acusatorio. Así por ejemplo, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (Ley N° 19.649, de 15 de octubre de 1999); el Código Procesal Penal (Ley N° 19.696, de 12 de octubre de 2000); la Leyes N° 19.665, de 9 de marzo de 2000 y N° 19.708, de 5 de enero de 2001, que modifican el Código Orgánico de Tribunales; la Ley N° 19.718, de 10 de marzo de 2001, que crea la Defensoría Penal Pública (Horvitz Lennon, 2005: 23).

La reforma chilena responde, en general, a un sistema acusatorio, siendo su principal expresión legislativa, el nuevo Código Procesal Penal, que establece la introducción de un juicio oral ante un panel de tres jueces como forma central de juzgamiento, suprime la figura del juez de instrucción y entrega la tarea de preparación del juicio al Ministerio Público, supervisado por un juez especialmente creado para cumplir esa tarea, llamado Juez de Garantía. Al mismo tiempo, el nuevo Código entregó a los fiscales del Ministerio Público diversas facultades destinadas a permitirles utilizar procedimientos alternativos al tradicional, con el fin de dar lugar a soluciones negociadas y descongestionar el sistema judicial del excesivo número de casos que habitualmente se le presentan. Una característica llamativa del proceso de reforma en Chile fue la creación de entidades completamente nuevas para hacerse cargo tanto de la función de persecución como de la defensa pública. Asimismo, los tribunales fueron objeto de importantes reformas orgánicas que abarcaron tanto las funciones jurisdiccionales, al crearse dos nuevas categorías de jueces, como las de administración, donde se estableció todo un nuevo sistema de gestión, por el cual se suprimió el despacho tradicional y se reemplazó por despachos colectivos, que abarcan a todos los jueces de una categoría dentro de cada ciudad, y cuya administración se entrega a un equipo profesional especializado. En términos generales, el proceso de reforma ocurrido en Chile tiene como característica ser un proceso bastante sistemático, gradual y bien financiado. Esto es, todas las instituciones han comenzado a conocer los casos bajo el nuevo sistema de acuerdo con una planificación bastante detallada de los procesos de instalación de tribunales, fiscales y defensores, de la ejecución de programas de capacitación para todos ellos, y de la disposición de infraestructura para el desarrollo de las nuevas funciones, en algunos casos nueva y en otros, acondicionada especialmente (CEJA, Proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina: Chile, 2005).

En Colombia, a fines de la década de los 90s, se dictó un Nuevo Código de Procedimiento Penal a través de la Ley 600, pero durante su difusión, sectores de la academia y la sociedad civil insistieron en la necesidad de reformar integralmente el proceso penal hacia un sistema acusatorio oral, con un juicio público, contradictorio y concentrado. Sin embargo, la ley 600 mantuvo las características del Modelo Mixto, manteniendo así, la estructura básica del proceso penal conforme a la Constitución de 1991. En consecuencia, la ley no podría introducir un sistema de corte acusatorio, sin previa reforma constitucional (CEJA, Informe de seguimiento de la Reforma Procesal Penal en Colombia, 2006). Por ello la Fiscalía presentó una iniciativa de reforma constitucional al Congreso. Con base en ella, se expidió el acto legislativo 03 de 2002, que introdujo las reformas básicas al texto constitucional, diseñó una implementación gradual y conformó una Comisión que debía producir un código en esta materia y vigilar la implementación del sistema. La citada comisión presentó al Congreso un proyecto de Código de Procedimiento Penal, que luego de algunas modificaciones culminó con la promulgación de la ley 906 de 2004.

Las principales características del sistema acusatorio colombiano son: el método de trabajo del sistema es oral, a través de audiencias, y el expediente se reduce a una carpeta informal de recaudo de información para el registro interno de la fiscalía; se introdujo el principio de oportunidad, como un mecanismo para que la fiscalía racionalice el ejercicio de la acción penal, de acuerdo con la política criminal; se creó la figura del juez de control de garantías, quien debe tomar las decisiones que afecten derechos fundamentales del imputado durante la investigación (salvo en materia de restricciones al derecho a la intimidad, en que el control del juez de garantía es posterior, dentro de las 36 horas siguientes; se entregó a la víctima un catálogo de derechos, en el entendido que su rol en el proceso penal no debe reducirse al reclamo de una indemnización, sino que tiene derecho a conocer la verdad y reclamar que se haga justicia. Las decisiones que ponen fin al proceso penal deben tener control judicial, para posibilitar la intervención de la víctima en contra de esta decisión; se introdujo la suspensión del procedimiento a prueba, que permite que frente a ciertos delitos, el imputado presente un plan de reparación del daño y se suspenda el ejercicio de la acción penal por un término, bajo el cumplimiento de ciertas condiciones; se regularon otras formas de terminación del proceso penal con imposición de condena, fuera del juicio oral. Nos referimos a los preacuerdos de pena como forma negociada de poner fin al proceso y la aceptación de cargos, como aceptación anticipada de responsabilidad penal del imputado, con rebaja de pena; se introdujo el juicio oral como fase central del procedimiento, que debe desarrollarse de

forma oral, pública, contradictoria, con inmediación y concentración; y se introdujo el incidente de reparación integral, en el cual una vez declarada la responsabilidad del acusado, la víctima pone en práctica la reclamación de una pretensión económica u otro tipo de reparación.

Así, la reforma procesal penal en Colombia, se encuentra en estado propicio para dotar a la administración de justicia penal, de un sistema ágil que permita combatir eficazmente el delito sin sacrificar la opción positiva de la Constitución a favor de los derechos humanos; que el modelo acusatorio no solo favorece al respeto de las garantías constitucionales, sino también dota de instrumentos a nuestra jurisdicción para alcanzar una mayor eficiencia en la persecución del crimen. Igualmente, es un imperativo para evitar el atraso científico (González Navarro, 2005:59).

Como se podrá observar de las dos experiencias de reforma procesal penal más exitosas en América Latina, como lo son Chile y Colombia, se tuvo que reformar la Constitución y las leyes orgánicas, para garantizar una correcta implementación del Modelo Acusatorio, lo que no ha ocurrido en el Perú. Digamos, que en Chile y Colombia, están viviendo (trabajando) conforme al modelo acusatorio.

En el Perú, a pesar de los 5 años de reforma, aún no se ha consolidado una práctica procesal uniforme y afín al modelo acusatorio, podríamos señalar que existen dos prácticas, una derivada de la aplicación literal de las normas inquisitivas que tiende a mantener el viejo modelo mixto inquisitivo, es decir una práctica inquisitiva, y otra, derivada de la interpretación constitucional de dichas normas, prácticas acusatorias, que se basan en la aplicación de los métodos de "ponderación y el comparativo, con independencia de otros métodos aplicables a instituciones constitucionales...como la de los derechos fundamentales" (Ferrer Mac-Gregor, 2005:XIX), haciendo prevalecer la Constitución y los principios del Modelo Acusatorio a los normas inquisitivas. En suma, a pesar de habernos dado un modelo acusatorio, aún no vivimos (trabajamos) en modelo acusatorio, pues hay quienes viven (trabajan) como en el modelo mixto inquisitivo; pero también hay quienes viven (trabajan) como en modelo acusatorio. Creo que es a nosotros, que nos corresponde elegir como queremos vivir y trabajar.

2. REZAGOS INQUISITIVOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Como es incuestionable, el código procesal penal de 2004 se adscribe a un sistema acusatorio contradictorio (Neyra Flores, 2010:111), sin embargo, el legislador al redactar el texto legal, no pudo evitar la presencia de inconsistencias

normativas, como la existencia de normas con rezagos inquisitivos. Parece que el legislador fue consciente de dicho riesgo, por ello sabiamente previó el artículo X del Título Preliminar, que establece que “Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”. De tal manera, que se puede preservar la coherencia normativa del código procesal penal, si frente a una inconsistencia, se aplican los principios del modelo acusatorio. Caso contrario, si no se aplican dichos principios, y se realiza una aplicación literal, se daría una práctica procesal inquisitiva, incoherente con la necesidad de instalar las nuevas prácticas de carácter acusatorio.

La existencia de normas con rezagos inquisitivos en un Código Procesal de modelo acusatorio genera una inconsistencia de tipo normativa, mientras que la aplicación literal de dichas normas genera incoherencia en la práctica del proceso penal. En efecto, hay lugares donde se vive la práctica del proceso acusatorio-oral, pero hay otros donde se vive la práctica del proceso inquisitivo-escrito, lo que viene impidiendo la consolidación del nuevo proceso penal basado en la oralidad y el sistema de audiencias.

A continuación vamos a hacer una descripción de los principales problemas generados por la interpretación literal de las normas del Código Procesal Penal, y sus efectos en la práctica procesal, para advertir en algunos casos, lo riesgoso que puede ser generar y mantener prácticas incoherentes con el modelo acusatorio.

Veamos en primer lugar las normas relativas a la dirección de la investigación del delito. En el Código se citan las siguientes normas: el Artículo IV inciso 1 del Título Preliminar: *“El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio”*, el Artículo 60º inciso 2: *“El Fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función”*, el Artículo 65º inciso 3: *“Cuando el Fiscal ordene la intervención policial, entre otras indicaciones, precisará su objeto y de ser el caso, las formalidades específicas que deberán reunir los actos de investigación para garantizar su validez. La función de investigación de la Policía Nacional estará sujeta a la conducción del Fiscal”*, y el Artículo 65º inciso 4: *“Corresponde al Fiscal decidir la estrategia de investigación adecuada al caso...”*.

Ciertamente la relación del Ministerio Público y la Policía no fueron buenas, incluso desde antes de la entrada en vigencia del CPP, por muchas razones

que no corresponden explicar ahora. Lo cierto es que la Policía siempre se ha opuesto a un modelo de investigación dirigida por el Ministerio Público. A partir de la interpretación literal de estas normas, se ha llegado a situaciones absurdas como afirmar “que quien dirige la investigación es el Ministerio Público, y por tanto la Policía no puede realizar ningún acto de investigación sin su autorización y dirección” “que la Policía no puede hacer nada hasta que llegue el Fiscal”. Esta forma de interpretación hizo que se confundiera “dirección de investigación” por “control de la actuación policial”, por lo que más esfuerzos se despliegan para el control, que para la dirección. De otro lado, la Policía ha reaccionado a modo de protesta, “no haciendo nada hasta que el Fiscal lo disponga”, generando una significativa disminución de sus intervenciones y protestando en espacios públicos, que “el Nuevo Código Procesal Penal les ha recortado sus funciones y ya no pueden investigar o intervenir como antes”. Entonces, la aplicación literal de las normas citadas, no ha fortalecido el desarrollo de una investigación eficiente, basada en una mayor capacidad operativa, labor de inteligencia y coordinación entre el Ministerio Público y la Policía Nacional.

Respecto a la facultad de la Policía de calificar jurídicamente los hechos, el Código establece en el Artículo 332º inciso 2 que *“El Informe Policial contendrá los antecedentes que motivaron su intervención, la relación de las diligencias efectuadas y el análisis de los hechos investigados, absteniéndose de calificarlos jurídicamente y de imputar responsabilidades”*. En una aplicación literal de esta norma, se ha llegado a prohibir a los miembros de la Policía hacer toda referencia del delito motivo de la investigación, incluso en las comunicaciones que cursa a la Fiscalía o a otras dependencias, como medicina legal, criminalística, etc. Esto ha generado un detrimento en las capacidades investigativas de la Policía, pues el Código no le quita facultades investigativas, sino que por el contrario lo potencia, con una mayor capacidad operativa, sin embargo, mediante interpretaciones literales como ésta, se les limita ostensiblemente. Para hacer una buena investigación se tiene que manejar información sobre la calificación jurídica del hecho, desde los primeros momentos de la intervención policial, para realizar no solo los actos de investigación urgentes, sino también para la actuación de prueba técnica pericial, pues se tiene que saber que elementos del delito deben acreditarse. En efecto, la calificación inicial del hecho es útil como criterio orientador de la investigación. La prohibición a la Policía de no calificar el hecho, es para el final de la investigación preliminar, como conclusión de responsabilidad, y no para realizar la investigación. Si se prohíbe a la Policía que califique el hecho al inicio o durante la investigación, ésta quedará totalmente desorientada e ineficaz, produciendo además, un debilitamiento de las funciones de investigación de la Policía.

Una norma que consideramos como rezago inquisitivo es la prevista en el artículo 268º, inciso 1 “b”, que establece como requisito sustancial para la prisión preventiva *“Que, la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad”*. En el modelo inquisitivo la prisión preventiva era usada como pena anticipada, por ello se ordenaba la prisión con la finalidad de asegurar la futura condena. Como se podrá observar, al imponer la prisión con esa única finalidad, se desnaturaliza su finalidad cautelar, y la presunción de inocencia es sustituida por la presunción de culpabilidad. En nuestro sistema penal, si se impone una pena mayor de 4 años, la pena será efectiva y se ejecutará de inmediato, aun cuando se interponga recurso de apelación. Por ello si el Juez decide imponer la prisión preventiva porque la pena a imponer al procesado será efectiva, entonces la medida cautelar se convierte en pena anticipada y se viola el principio de presunción de inocencia. En muchos casos de la práctica, cuando la Fiscalía no tiene elementos de convicción para acreditar el peligro procesal, o cuando tiene casos por delitos graves, suelen emplear el argumento de la gravedad del delito y la pena, para fundamentar el requerimiento de prisión preventiva. En suma, si se genera una práctica de la prisión preventiva sustentada en asegurar la futura condena, se mantendrá la cultura inquisitiva de la prisión preventiva como pena anticipada; en cambio, si se sustenta en la peligrosidad procesal, se generará la práctica de la prisión preventiva como medida cautelar respetuosa de la presunción de inocencia.

Otra interpretación literal, hasta cierto punto intencionadamente contrareformista, se hizo respecto del Artículo I del Título Preliminar, inciso 2, *“Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio”*. En esta línea interpretativa se llega a considerar que los principios de oralidad, publicidad y contradicción solo deben ser aplicables al Juicio Oral, pues solo se prevé expresamente para el juicio oral y no para la etapa de investigación preparatoria. En consecuencia, las audiencias previas al juicio deben ser realizadas sin oralidad, publicidad ni contradicción. Por suerte, esta interpretación solo tuvo una vigencia pasajera en algunos Distritos judiciales, como algunos recordarán, pues al final se impuso la fuerza de la oralidad. Este tipo de interpretación, parece absurda, pero increíblemente se ha dado.

El artículo 135º inciso 1, es una norma que contiene rezago inquisitivo, pues su interpretación literal promueve la formación de expedientes y afecta la oralidad y el Nuevo Despacho Judicial del Modelo Acusatorio. En efecto, pues según su texto, el Código establece que *“Los requerimientos que el Fiscal formula al Juez de la Investigación Preparatoria deben acompañarse con el expediente original o con las copias certificadas correspondientes...”*. Basta imaginar, cuantos requerimientos puede solicitar el MP en esta etapa, para

inferir -de acuerdo a una interpretación literal- las veces que se va a copiar la carpeta fiscal. Las repetidas copias de la carpeta fiscal son contradictorias al sistema oral, pues lo central ahora es la audiencia y porque no tiene sentido lógico ni práctico, tener varias veces la misma copia. Los Distritos Judiciales donde hacen una interpretación literal de esta norma, centran su mayor preocupación en la gestión de expedientes, pero afrontan el problema de tener expedientes más voluminosos que en el modelo anterior, la falta de personal, la falta de ambientes para almacenar los expedientes y de tenerse que quedar horas extras para tenerlos al día. Sin duda que esta norma es un rezago inquisitivo, que mantiene las viejas prácticas e impide la consolidación del modelo acusatorio.

Otra norma cuya interpretación literal afecta al modelo acusatorio es la prevista en el artículo 468º inciso 1, el que impide la aplicación del proceso especial de terminación anticipada durante la etapa intermedia, pues no propicia las salidas alternativas y tener al juicio oral como una etapa principal y excepcional. También afecta al derecho del imputado a una pena más justa y a la disponibilidad que tiene sobre su derecho al juicio oral. Según su texto se prevé que: *"A iniciativa del Fiscal o del imputado, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, una vez expedida la Disposición Fiscal del artículo 336º y hasta antes de formularse acusación fiscal, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia de terminación anticipada, de carácter privada. Su celebración no impide la continuación del proceso. Se formará, al respecto, cuaderno aparte"*. Esta norma además es discriminatoria y desconoce la naturaleza de salida alternativa al juicio oral que tiene la terminación anticipada, al igual que el principio de oportunidad, con la diferencia que éste si está autorizada su aplicación en la etapa intermedia de forma expresa. Se fomenta la producción de juicios que ocupan la atención de todo el sistema, cuando bien pudieron resolverse alternativamente.

El artículo 370º inciso 1, sobre la Ubicación de las partes en el juicio oral, es sin duda, un rezago inquisitivo, pues veamos, según su texto establece que: *"El Juez Penal tendrá a su frente al acusado; a su derecha, al Fiscal y al abogado de la parte civil; y, a su izquierda al abogado defensor del acusado"*. Según esta norma, el acusado mantiene la misma ubicación en el Juicio Oral del modelo Mixto inquisitivo, donde el acusado era ubicado, solo y al centro en el banquillo de los acusados, en su condición de objeto de prueba. Esta ubicación impide a la Defensa del imputado tener igualdad procesal, promueve que el interrogatorio del acusado siga siendo lo más importante del juicio oral e impide la consolidación del Modelo Acusatorio a través del debate contradictorio, la teoría del caso y las técnicas de litigación oral.

Los artículos 371º, 372º y 373º, tienen como característica el de mantener el orden preclusivo del juicio oral del modelo mixto inquisitivo, así se desprende del texto literal del Artículo 371º inciso 2: “*Acto seguido, el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas*” (luego de instalada la audiencia, se sigue con los alegatos de apertura donde las partes presentan su teoría del caso); El Artículo 372º inciso 1: “*El Juez, después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o participe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil*” (luego de los alegatos de apertura, luego de haber escuchado las teorías del caso, se da inicio al proceso de conformidad); y, el Artículo 373º inciso 1 y 2: “*Culminado el trámite anterior, si se dispone la continuación del juicio, las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba...”; “Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes...*”, (luego de la presentación de las teorías del caso de las partes, se da inicio a un debate para la admisión de nuevas pruebas, que por lo general toma su tiempo y afecta la continuidad del juicio). La aplicación literal de estas normas tienden a mantener el mismo orden del juicio oral del modelo anterior; debilita la credibilidad de la teoría del caso de la Defensa; luego de la tesis de defensa se le pregunta al acusado si se declara culpable (conformidad); se mantiene así, el prejuicio de la presunción de culpabilidad propio del inquisitivo; debilita la inmediación del Juez entre la teoría del caso planteado por las partes y el debate probatorio; se admite nueva prueba y no se modifican las teorías del caso; se impide el desarrollo y consolidación de los principios y valores del Modelo Acusatorio y las técnicas de litigación oral.

El artículo 375º inciso 1, es también un rezago inquisitivo pues mantiene al interrogatorio del acusado, como la primera y más importante actuación probatoria del juicio oral, así parece desprenderse de su texto: “*El debate probatorio seguirá el siguiente orden: a) Examen del acusado; b) Actuación de los medios de prueba admitidos; c) Oralización de los medios probatorios*”. Esta norma mantiene la cultura y la práctica de tratar al acusado como objeto de prueba, afectando su derecho de defensa; se le obliga a declarar antes del debate probatorio, cuando lo más favorable para la defensa es declarar al final para poder cuestionar la prueba de cargo; afecta las reglas del debate contradictorio o adversarial; al Fiscal se le obliga a demostrar su teoría del caso con la declaración del acusado, no con sus pruebas más importantes; el Fiscal

mantiene el mismo interrogatorio del viejo modelo, impidiendo el desarrollo de las reglas del examen directo y el contraexamen; atenta contra el desarrollo de las técnicas de litigación oral y del modelo acusatorio adversarial. Esta norma cuando se aplica literalmente, trae como efecto, que se mantenga la práctica inquisitiva del juicio oral del modelo mixto inquisitivo, donde la declaración del imputado era la prueba por excelencia.

En el mismo sentido, la aplicación literal del artículo 378 inciso 4 que prescribe que “*El Juez moderará el interrogatorio y evitirá que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes...*” fomenta que los jueces mantengan una participación protagónica e intervencionista del debate probatorio, impidiendo el desarrollo de las técnicas de litigación oral. En efecto, la aplicación literal genera que los jueces actúen de oficio durante los interrogatorios para controlar las preguntas, cuando ello en un sistema acusatorio es potestad de las partes. Asimismo, la aplicación literal de este artículo que prohíbe las preguntas sugestivas, viene impidiendo el desarrollo del contraexamen como técnica de litigación oral, ya que el uso de preguntas sugestivas da eficacia al control de la prueba personal.

La aplicación literal del artículo 9º inciso 2, fomenta la permanencia del expediente en los recursos impugnatorios, debilitando la oralidad y el nuevo despacho judicial basado en el sistema de audiencias. El texto legal es el siguiente: “*Concedido el recurso de apelación, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, antes de la elevación del recurso a la Sala Penal Superior, que dentro del quinto día se agreguen a los actuados formados en sede judicial las copias certificadas pertinentes del expediente fiscal. Si transcurre el plazo sin que se haya agregado las copias correspondientes, el Juez inmediatamente elevará los actuados a la Sala Penal Superior, la que sin perjuicio de poner este hecho en conocimiento del Fiscal Superior instará al Fiscal Provincial para que complete el cuaderno de apelación.*”. Esta norma, conjuntamente con la prevista en el artículo 135 inciso 1, son las que vienen generando y manteniendo la práctica de sacar copia del expediente fiscal, cada vez que se realice un requerimiento o apelación, con lo que prácticamente en la actualidad, donde se aplica literalmente estas normas inquisitivas, se está dando más importancia al expediente que a la audiencia, y se están produciendo expedientes más voluminosos, incluso, que en el modelo inquisitivo.

El artículo 420º inciso 5 también constituye un rezago inquisitivo, pues configura a la audiencia de apelación de autos, como si fuera una vista de la causa del anterior modelo inquisitivo. Así se desprende de su texto que prevé “A la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales

que lo estimen conveniente. En la audiencia, que no podrá aplazarse por ninguna circunstancia, se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso y, acto seguido, se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes. El acusado, en todo caso, tendrá derecho a la última palabra". La interpretación literal de esta norma está generando una desnaturalización de la audiencia y una práctica perjudicial para el nuevo Modelo Acusatorio, pues la audiencia de apelación de autos se viene realizando con una sola de las partes, o incluso, sin partes. Esta norma y las prácticas derivadas de su interpretación literal son incoherentes y contradictorias a las reglas de la apelación y la casación previstas en el Código Procesal Penal, donde se exige la concurrencia de la parte apelante y se garantiza el debate contradictorio. En efecto, en un sistema oral, la audiencia tiene que desarrollarse bajo la regla de la contradicción, y para ello deben asistir las partes contrarias, sin embargo de la lectura literal que hacen algunos operadores, entienden que a la audiencia pueden asistir las partes que lo deseen, lo que ha promovido como mala práctica que la audiencia de apelación de autos se realice con una parte o sin partes, y que la audiencia sea vista como algo simbólico y formal, al que nadie tiene interés de asistir. Además, su lectura literal lleva a entender que la parte apelante no tiene la obligación de concurrir a la audiencia, lo que es incoherente y contradictorio con la regla del deber de concurrir del recurrente, prevista tanto para la apelación de sentencias y la casación de autos y sentencias, lo que promueve el uso de recursos inoficiosos, dilatorios y maliciosos, que la Sala se ve en la obligación de resolver con la lectura del expediente.

La aplicación literal del artículo 423º inciso 3, puede generar una grave afectación al derecho de defensa, veamos sino, según el texto legal se señala que "*Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente*". ¿Qué pasa entonces si a la audiencia de apelación de la sentencia condenatoria no asiste el acusado de forma injustificada, pero si su abogado defensor? ¿Se declara o no inadmissible el recurso? ¿Qué pasa en un caso de pluralidad de imputados apelantes de una sentencia condenatoria, cuando algunos acusados no asisten, pero si sus abogados, también se declara inadmissible los recursos de los inconcurrentes? Y, ¿qué pasa si en este último caso, la sentencia es revocada por que no hay delito ni responsabilidad penal?, ¿cómo queda la sentencia firme por efecto de la inadmisibilidad del recurso? Como se podrá advertir, la aplicación literal de esta norma, viene generando la afectación del derecho a la doble instancia del imputado condenado, pese a concurrir a la audiencia de apelación su abogado defensor.

Si hacemos una evaluación de la aplicación literal de estas normas, vamos a darnos cuenta que la forma como se viene trabajando, no es como en un modelo acusatorio, sino como en el modelo mixto inquisitivo. En efecto, aun no se desarrolla una investigación eficiente producto del trabajo conjunto entre el Ministerio Público y la Policía Nacional, no se ha consolidado la audiencia ya que el expediente sigue siendo muy importante, a tal punto que ahora son más voluminosos, el juicio oral sigue el mismo trámite que en el modelo mixto inquisitivo, con el acusado al centro y con su interrogatorio como la más importante actuación probatoria (objeto de prueba), los jueces no resuelven oralmente, sino por escrito y notifican la resolución, se mantiene la delegación y reaparece la carga procesal. Estas prácticas mantienen al viejo modelo, así como sus problemas estructurales, lo que indica que la reforma procesal penal es ineficaz. Todo ello viene impidiendo que las nuevas prácticas se instalen y se desarrolleen para materializar la reforma procesal penal, de continuar y generalizarse, la implementación del modelo acusatorio en el Perú, corre grave riesgo de frustrarse.

3. APUNTES PARA LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS REZAGOS INQUISITIVOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

El Estado eligió como oferta de cambio de la justicia penal, la sustitución del modelo mixto inquisitivo por el modelo acusatorio, así se desprende de los proyectos de 1990, el Código Procesal Penal de 1991, los Proyectos de 1995 y 1997, el Proyecto Huanchaco, el Anteproyecto de la Comisión de Alto Nivel y el Código Procesal Penal, ambos del año 2004. Entonces es evidente que todos los ciudadanos, me incluyo, esperamos que la aplicación del Código Procesal Penal y el Modelo Acusatorio produzca un cambio real en la administración de justicia penal.

En efecto, la vigencia y aplicación del Modelo Acusatorio es una exigencia de la sociedad peruana, y a la vez del deber del Estado frente a la oferta pública señalada en la opción por el Modelo Acusatorio contenido en el Nuevo Código Procesal Penal. También responde a una exigencia de la Constitución y la legislación supranacional sobre derechos humanos, porque el modelo acusatorio es el que mejor responde y cautela los principios del debido proceso penal.

No hay duda que la opción del legislador del Código Procesal Penal del 2004 es por un modelo acusatorio (“relativo”, “con rasgos adversariales”, “moderado”, “con tendencia…”, etc.), que indistintamente como se le quiera llamar (según gustos o colores), debe garantizar la oferta de reformar (cambiar)

la justicia penal en el Perú. Esto quiere decir, que se deben dar las condiciones para generar las prácticas para poder “vivir y trabajar” como en un modelo acusatorio, y para lograr mínimamente aquello, se tiene que dejar de “vivir y trabajar” como en un modelo mixto inquisitivo.

El modelo acusatorio es hoy una demanda de la sociedad, es la oferta del Estado para cambiar la justicia, y es el modelo que mejor responde a las exigencias constitucionales del debido proceso. Es una aspiración social, una política pública y un valor constitucional. La sociedad necesita y demanda un modelo acusatorio, el Estado debe reformar la justicia penal a través del modelo acusatorio, porque el modelo acusatorio es un valor constitucional.

El modelo acusatorio, en todos lados, tiene principios y valores que lo caracterizan, y lo diferencian del modelo mixto inquisitivo. Tomaremos solo dos de ellos, la separación de roles y el sistema de audiencias (predominio de la oralidad), y así podremos afirmar, que en la medida que la separación de roles permita el desarrollo de la práctica adversarial o contradictoria de las partes, mediante la cual deberán buscar y defender su verdad, y llevar sus pruebas al Juez, empezaremos a “vivir y trabajar” como en un modelo acusatorio; de la misma manera, en la medida que el sistema de audiencias permita al Juez y a las partes trabajar públicamente, llevando su verdad a la audiencia, empezaremos a “vivir y trabajar” como en un modelo acusatorio. Esto es en definitiva, necesariamente diferente que en el modelo mixto inquisitivo.

Otra característica que podemos afirmar tiene el modelo acusatorio peruano, es el de ser eficiente y garantista, a diferencia del Modelo Acusatorio Chileno que propuso el modelo garantista (Maier, 2000: 179) y a diferencia del Modelo Acusatorio Colombiano que propuso el modelo eficiente (Maier, 2000: 243). Así se desprende de la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal (Anteproyecto) *“...el Código Procesal Penal que se propone constituye un instrumento normativo cuyo fin último es lograr el equilibrio de dos valores trascendentales: seguridad ciudadana y garantía. Es decir, por un lado dotar al Estado de las herramientas necesarias para que cumpla con su obligación de llevar adelante un proceso rápido y eficaz, que conlleve a la dación de una sentencia que redefina el conflicto generado por el delito satisfaciendo las legítimas expectativas de sanción y resarcimiento y, de otro lado, que la imposición de una sentencia se efectúe con irrestricta observancia de las garantías que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que norman un procedimiento penal en un Estado democrático”.*

El modelo acusatorio peruano en suma, para efecto del presente análisis, lo podríamos caracterizar, como un proceso de partes, fundamentalmente contradictorio y con un Juez imparcial (separación de roles), que trabajan públicamente en las audiencias (predominio de la oralidad), con eficiencia y respeto a las garantías del debido proceso. Esta caracterización nos puede permitir comprobar y medir si estamos o no trabajando como en un modelo acusatorio, sobre todo en la aplicación literal de las normas y de aquellas que mantienen rezagos inquisitivos.

En el Nuevo Código Procesal Penal no existe una etapa policial de investigación autónoma, y tampoco una etapa de investigación donde la Fiscalía la realice por su cuenta y con exclusión de la Policía. Por el contrario, en el **Modelo Acusatorio**, ya en aplicación progresiva en el país, **se produce un cambio radical (cualitativo) e inexorable: quien asume la potestad constitucional de Dirigir la Investigación es el Fiscal**, como titular que es del ejercicio público de la acción penal (Constitución de 1993, Art. 159. 5: *“Ejercer la acción penal de oficio o a petición de parte”*). Por lo tanto, resultan excluidas tanto la idea como la práctica de “dirección policial paralela” o “investigación policial autárquica o autónoma” (Mixán Mass, 2008). Lo que el Nuevo Código Procesal Penal diseña es una etapa de investigación única, basada en el trabajo coordinado entre la Policía y el Ministerio Público, conforme lo estipula el artículo Art. 333º del Código, es obligatorio que “...la Policía Nacional instituya un órgano especializado encargado de coordinar las funciones de investigación ... con el Ministerio Público...” para que en base a la información sobre la criminalidad violenta y organizada, se elabore programas y acciones para la adecuada persecución del delito, y programas de protección y seguridad. Para garantizar una investigación eficiente, no se deben realizar interpretaciones literales, en el sentido que es el Fiscal el único que puede dirigir la investigación, o es solo la Policía, sino que lo que se pretende es un trabajo coordinado. El Nuevo Código Procesal Penal otorga a la Policía una mayor capacidad operativa investigativa, lo que permite al Ministerio Público tener una buena investigación, y un buen juicio oral que garantice la sanción de los delitos.

La prisión preventiva no tiene por finalidad asegurar la futura condena, sino asegurar la presencia del imputado al juicio oral, por ello, al abrir formalmente una investigación penal, la prisión preventiva no debe aplicarse como pena anticipada, como era en el modelo inquisitivo, sin embargo, el requisito sustancial de la pena probable mayor de 4 años que aun mantiene el artículo 268º del Nuevo Código Procesal Penal, mantiene esta práctica de pena anticipada, cuando se le argumenta al Juez que la pena a imponer será mayor de 4 años, se la está diciendo que la futura sentencia será una de

carácter efectiva, por lo tanto, tiene que aplicarse la prisión preventiva para garantizar la futura condena.

La oralidad y el sistema de audiencias, no solo se aplica al Juicio Oral, sino también a todas las decisiones trascendentales que el Juez debe tomar durante las etapas procesales previas al juicio oral. Ahora, la audiencia es una garantía de todos los ciudadanos que el Juez Penal decida, bajo los principios de oralidad, contradicción, inmediación y publicidad. Esta es la principal reforma que genera el cambio de prácticas procesales y administrativas, pues todo aquello que antes se resolvía por escrito, ahora se resuelve luego del debate contradictorio realizado en la audiencia.

El cambio de la justicia hacia la oralidad del Modelo Acusatorio, requiere de la configuración de un nuevo Despacho Judicial, que permita la consolidación de las nuevas prácticas, y la erradicación de las viejas prácticas. Sin embargo, la aplicación literal del artículo 135º viene generando muchos expedientes, de copias de copias por cada requerimiento que haga la Fiscalía, lo que hace que se mantengan las viejas prácticas procesales y administrativas. Estas prácticas ya no tienen sentido en el Nuevo Modelo Acusatorio, pues el Juez ya no debe resolver por escrito, sino en audiencia, y lo que debería de hacer el Fiscal, es llevar sus pruebas a la audiencia para exhibirlas públicamente. La aplicación literal de esta norma, también impide la configuración del Nuevo Despacho, basado en la gestión de audiencias, y no en la gestión de expedientes.

La aplicación de la terminación anticipada como salida alternativa del proceso penal, tiene una serie de aspectos positivos para el imputado y el proceso mismo, así como para la víctima, sin embargo, la aplicación literal del artículo 468º inciso 1, impide que pueda ser aplicado durante la etapa intermedia. En principio, en todo modelo acusatorio, la posibilidad de una salida alternativa siempre está presente, incluso hasta durante el juicio mismo. En nuestro Nuevo Código Procesal Penal también se prevé una salida alternativa, similar al de la terminación anticipada, conocida como proceso de conformidad, que en lo material, es similar a la Terminación Anticipada, pues implica la aceptación de los cargos, la reducción de la pena y el adelantamiento de la sentencia condenatoria. Asimismo, al ser derecho del imputado el juicio oral, un derecho disponible si ello lo favorece, como ocurre en la terminación anticipada, no se le puede impedir al procesado, renunciar al juicio oral a cambio de una reducción de pena (“pena justa”), durante la etapa intermedia.

El modelo acusatorio diseña un juicio oral basado en el debate contradictorio, donde cada una de las partes llega con su teoría del caso y despliega las técnicas de litigación oral, para poder demostrar al Juez, la verdad de su teoría

del caso. Para ello debe darse prioridad al debate de las pruebas de cargo y las pruebas de descargo. Sin embargo, la aplicación literal de las normas que regulan el juicio oral en el Nuevo Código Procesal Penal, como la ubicación del acusado en juicio oral, las incidencias de conformidad y prueba nueva, así como el interrogatorio del acusado, como la primera actuación probatoria del juicio oral, debilitan la instalación de las nuevas prácticas. Por ejemplo, si el acusado se mantiene al centro de la sala de audiencias, va a seguir siendo objeto de prueba, pasando a segundo plano el debate contradictorio; si luego de escuchar la teoría del caso de la defensa, argumentando tesis de defensa, se le pregunta al acusado si acepta responsabilidad penal o no (proceso de conformidad) se debilita su posición de parte; si luego de la presentación de la teoría del caso, se admiten nuevas pruebas a ambas partes, entonces las teorías del caso van a sufrir modificaciones; la existencia del actual orden del juicio oral, que distancia la presentación del caso con la actuación probatoria, afecta la inmediación, concentración y debate contradictorio; conforme al modelo acusatorio, el debate contradictorio se inicia con la actuación de las pruebas del Ministerio Público para que demuestre su tesis acusatoria, sin embargo, la aplicación literal del artículo 375º, obligaría al Fiscal a iniciar la demostración de su teoría del caso, interrogando al acusado, quien de ninguna forma constituye un medio de prueba, y menos es prueba del Ministerio Público. Además, el interrogatorio del acusado como la primera actuación, afecta el derecho de defensa, pues el acusado debe declarar al final del debate contradictorio, para poder ejercer plenamente su defensa y contradecir las pruebas de cargo.

En el nuevo modelo con el solo escrito de apelación no es posible que se resuelva el recurso de apelación planteado, pues se hace necesario que la parte recurrente acuda a la audiencia de apelación, a fin de que se escuchen sus argumentos y se promueva el debate, bajo las reglas de la oralidad, inmediación y contradicción. Y, es que con el nuevo modelo procesal, los Jueces resuelven previa audiencia, y no con el expediente. La parte apelante tiene el deber de acudir a su audiencia, caso contrario su recurso será rechazado. Esta es una regla procesal introducida por el sistema de recursos del modelo acusatorio y el Código Procesal Penal. Esta exigencia que se impone a la parte, de concurrir a su audiencia de apelación, no es un obstáculo insalvable que convierta el derecho a la instancia plural (acceso a todas las instancias), en algo inalcanzable, es una obligación impuesta a la parte, como lo es por ejemplo, el deber de fundamentación de su recurso, lo que en definitiva garantiza mejor, el derecho de defensa, y sanciona a la parte que es negligente, con su inadmisibilidad. Ahora, con el NCPP, si la parte recurrente no concurre a su audiencia de apelación, su recurso también

será declarado inadmisible. Esta regla está presente para el caso de apelación de sentencia condenatoria, el NCPP en el artículo 423º inciso 3 establece de forma expresa que *"si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente"*, así como también para el caso del recurso de casación de autos y sentencias, el recurrente deberá acudir a la audiencia de casación, caso contrario, su recurso será declarado inadmisible, así lo establece el artículo 431 inciso 2. La declaratoria de inadmisibilidad del recurso de apelación de auto, cuando la parte apelante no concurre, se encuentra ajustado a la regla rectora del sistema de recursos impugnatorios del Modelo Acusatorio basado en el sistema de audiencias, modelo que responde mejor al diseño constitucional del proceso penal, y que se ajusta a un principio de legalidad constitucional, pues la garantía del proceso predeterminado por ley en el modelo acusatorio, establece que "la parte debe acudir a la audiencia requerida por ella" "que es deber de las partes probar su pretensión en audiencia", y, "que los jueces en el NCPP no resuelven una apelación sin audiencia". Si bien la lectura literal de la norma que regula la apelación de autos no es compatible con el deber de la parte apelante de concurrir a la audiencia, la facultad de declarar inadmisible el recurso de apelación de auto por inconcurrencia de la parte apelante, si se encuentra expresamente recogido en el artículo 420 inciso 4, sobre trámite de la apelación de autos se precisa que *"El auto en el que la Sala declara inadmisible el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415"*, concordado con el inciso 5 *"En la audiencia que no podrá aplazarse por ninguna circunstancia, se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recursos, y acto seguido, se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes..."*

Efectivamente, la apelación de autos se resuelve previa audiencia, que una vez oralizada la resolución y el recurso, se oirá al abogado del recurrente. Como se podrá advertir, la norma impone el deber de concurrir de la parte recurrente, y, que la facultad de concurrir o no a la audiencia, es para las partes que no son recurrentes. Por lo que la sanción de inadmisibilidad resulta aplicable para el caso de apelación de autos.

En segunda instancia, el proceso penal también se desarrolla bajo las reglas del modelo acusatorio, donde toda apelación o casación, de auto o sentencia, se resuelve en audiencia y conforme a los principios de oralidad, contradicción, inmediación y publicidad, por ello, debe de evitarse la formación de expedientes judiciales como lo dispone el artículo 9º del Nuevo Código Procesal Penal, y promover que las partes lleven sus pruebas a la audiencia. Además, debe de garantizarse plenamente el derecho a la doble instancia, para lo cual, debe de permitirse el desarrollo de la audiencia de apelación,

aun si el acusado no concurre, pero si su abogado defensor, pues si se aplica literalmente el artículo 423 inciso 5, se puede declarar inadmisible su recurso de apelación, y la sentencia condenatoria puede quedar firme, a pesar que su Abogado Defensor acude a la audiencia.

Para hacer frente a los problemas suscitados por la aplicación literal de las normas que contienen rezagos inquisitivos, en varios distritos judiciales se ha acudido a la aplicación del Artículo X del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 138º de la Constitución, que regulan la interpretación constitucional de las normas. De acuerdo a ello, los jueces deben de realizar una interpretación conforme al diseño Constitucional del Proceso penal, es decir, una interpretación constitucional que preserve los valores y principios fundamentales del Modelo Acusatorio Peruano. En todo caso, repito, que la interpretación sistemática y teleológica restringida del Art. 159.4 y parte destacada del Art. 166 de la Constitución despeja cualquier duda o confusión y prevalece el principio de coherencia normativa que, a su vez, sustenta la vigencia formal y real del Modelo Acusatorio. Más aún, téngase presente que desde de 1979 el Estado peruano ha consagrado como Principio Supremo de su ordenamiento jurídico el Principio de Constitucionalidad (que se sustenta en la concepción de la supremacía constitucional); en consecuencia, el Principio de Legalidad (general) tiene validez y eficacia, siempre que sea compatible con la Constitución (Mixán Mass, 2008).

4. REFORMA PROCESAL PENAL, PRINCIPIO DE ORALIDAD Y CONSTITUCIÓN

El modelo que mejor responde a un diseño constitucional de proceso penal es el modelo acusatorio. El modelo acusatorio del Código Procesal Penal de 2004, propone un nuevo proceso penal basado en un sistema de audiencias, con oralidad, contradicción, inmediación y publicidad. El derecho a la presunción de inocencia del imputado y sus demás derechos, se garantizan mejor en una audiencia; el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva, también se garantiza mejor en una audiencia; la transparencia e imparcialidad de los jueces se garantizan mejor en una audiencia; Es donde se garantiza un trabajo más profesional de jueces, abogados y fiscales; la audiencia es donde mejor se garantizan los derechos fundamentales. Por ello, el modelo acusatorio es el que mejor responde a las exigencias constitucionales del debido proceso. Para Chiovenda (1940:153) "... el proceso oral es, con mucho, el mejor de los dos y el que mejor conviene a la naturaleza y exigencias de la vida moderna, ya que sin comprometer en nada, antes bien, garantizando el acierto intrínseco de la decisión, proporciona ésta con mayor economía, sencillez y celeridad".

El modelo acusatorio requiere de la sustitución de las prácticas basadas en la escrituralidad por prácticas basadas en la oralidad. El Modelo mixto inquisitivo se caracteriza por el predominio de la escrituralidad, los ritos y formalidades del procedimiento penal, su excesivo retardo, el lenguaje complicado de las resoluciones y escritos de los abogados. En este modelo, el juez trabaja encerrado en su despacho, ubicado generalmente, en la última oficina del Juzgado, lo que ha generado una subcultura de la corrupción y la mediocridad, como la forma “más práctica” de litigar los casos por parte de los abogados, y que involucra a todo el sistema desde el nivel policial. Sea que la corrupción se origine en el mal funcionario judicial o en el mal abogado, lo cierto es, que el procedimiento escrito crea las condiciones ideales para la corrupción y una práctica mediocre del derecho, que atenta contra los intereses de la recta administración de justicia. Incluso, las etapas orales de este modelo, son predominantemente escritas. En las audiencias de vista de la causa y del juicio oral, los jueces resuelven conforme al expediente, y las actuaciones orales no tienen mayor importancia. Cuando el Fiscal formula su acusación escrita afirma que “el delito y la responsabilidad penal ya estaban probadas fehacientemente con lo actuado en el Atestado Policial y la etapa de Instrucción Judicial”². En este modelo escrito, el delito y la responsabilidad penal era “probada” en la etapa de investigación (con actos de investigación), y no en el juicio oral (actos de prueba). El juicio oral, se reduce a una mera formalidad, y a veces, a un acto mediático. El nuevo Código Procesal Penal al optar por la oralidad y el sistema de audiencias, exige el desarrollo de nuevas prácticas por parte de los operadores penales. Ahora, el Fiscal en su acusación escrita solicita al Juez de Investigación Preparatoria, la realización de un juicio oral para poder demostrar la existencia del delito y responsabilidad penal, y esto es así, porque es en el juicio oral donde se van a producir los verdaderos actos de prueba que van a sustentar, de ser el caso, una declaración legítima de la culpabilidad del imputado. Es en el juicio oral donde se declara la culpabilidad, y ya no en la investigación. Para Gimeno (1992:506), “una decisión tan importante como la reforma del sistema procesal

² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del Exp. N.º 9403-2006-PHC/TC: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09403-2006-HC.html> : consultado el 09/02/2011. Según esta sentencia, las normas que regulaban las actuaciones del Ministerio Público al momento de acusar, bajo las reglas del Modelo Mixto Inquisitivo “Y, respecto de la actuación del Ministerio Público, la conclusión no podría ser de alcances menos categóricos, por ser la entidad encargada de conducir, desde su inicio, la investigación del delito (artículo 159, inciso 4, de la Constitución), siendo determinante la participación del Fiscal Superior, a quien, culminada la fase de instrucción, compete “(...) formular acusación sustancial si las pruebas actuadas en la investigación policial y en la instrucción lo han llevado a la convicción de la imputabilidad del imputado; o meramente formal, para que oportunamente se proceda al juzgamiento del procesado, si abrigase dudas razonables sobre su imputabilidad” (artículo 92, inciso 4, del Decreto Legislativo N.º 052 -Ley Orgánica del Ministerio Público-). En tal sentido, la opinión del Fiscal Superior es un factor de vital importancia para determinar la existencia de mérito para pasar a juicio oral”.

requiere como cuestión previa fijar la función que en el contexto socio-estatal vigente le corresponde al proceso penal, solo así puede individualizarse el norte que debe seguir la reforma. La reforma exige que las audiencias se conviertan en lo más importante del proceso penal. Para ello se debe sustituir al expediente y a sus viejas prácticas, por la audiencia y las nuevas prácticas, a la escrituralidad, por la oralidad.

La oralidad ha pasado de ser una característica de las formas del procedimiento a principio fundamental del proceso. La oralidad, según la doctrina clásica del procesal civil, fue considerada como parte de los principios relativos de la forma de los actos procesales, es decir, como un principio de tercera o cuarta categoría sin ningún entroncamiento con las garantías constitucionales del debido proceso. Tal doctrina empieza a evolucionar a partir de Fairen-Guillén (1988:481), quien en relación con la ZPO austriaca afirma, que si bien el principio de la oralidad aislado de otros tendría tan solo un simple carácter técnico, "ligado con los demás y al servicio de alguna categoría más importante del proceso -política- se puede elevar a pilar fundamental del mismo". En materia penal, la inclusión de la oralidad en los procesos escritos tiene repercusiones más intensas y directas con el respeto de los derechos fundamentales, pues en buena cuenta significa sustituir un proceso inquisitivo-autoritario, por uno de corte democrático basado en las garantías de oralidad, contradicción, inmediación y publicidad. Así, la oralidad en materia penal deja de ser un principio del procedimiento, y se convierte ahora, en un principio viabilizador del debido proceso. La oralidad, convierte a la audiencia en un valor con jerarquía constitucional, y en su principal contenido, pues ahora, con el NCPP, el imputado, el agraviado, el Fiscal y el tercero civil, tienen derecho a la audiencia previa. Es decir, el derecho a llevar sus pruebas y a ser escuchados en la audiencia, antes que el Juez resuelva su caso. Indudablemente, la oralidad también comprende al Juez, quien no podrá resolver sin previa audiencia, sino luego de haber escuchado lo debatido por las partes en la audiencia, y, en la audiencia, a través de decisiones orales. Y, es que como explicaremos a continuación, para que opere realmente la reforma procesal en nuestro país, los jueces deben resolver los casos con resoluciones orales.

La oralidad como estrategia de la implementación de la reforma procesal penal, ha dejado de ser vista como un aspecto formal del acto procesal, hoy la oralidad, además de principio viabilizador del debido proceso, es también una estrategia para la implementación de la reforma procesal penal. La oralidad como estrategia de implementación nos permite diseñar una estrategia de implementación destinada a erradicar el predominio de la escrituralidad,

para instalar el predominio de la oralidad. Sustituir las prácticas basadas en el expediente, por las prácticas basadas en la audiencia. Pues si las primeras se mantienen, será imposible concretar exitosamente la reforma procesal penal y la instauración del modelo acusatorio en nuestro país.

La oralidad es también un principio de la organización y gestión del nuevo despacho judicial. En efecto, otro aspecto clave en la reforma procesal, es la organización del Nuevo Despacho Judicial, el mismo que integra a su nueva concepción a la audiencia y a la división de trabajo entre lo administrativo y lo jurisdiccional. Efectivamente, el modelo acusatorio, basado en la oralidad, requiere de un diseño de Despacho Judicial que tenga a la audiencia, como su principal valor de organización y gestión, y no al expediente. La oralidad como principio de organización y gestión del nuevo Despacho, instaura una separación de roles, existe una Organización Administrativa cuya función es la de preparar las audiencias, y una Organización Jurisdiccional que tendrá como función, el de realizar las audiencias. Esta organización es la forma más eficiente que permite una rápida consolidación de las buenas prácticas administrativas y también jurisdiccionales. La separación de funciones es clave para consolidar la reforma procesal penal, y tiene su fundamento en la propia Constitución como ya se ha sostenido en líneas anteriores. Por ello debemos advertir, que los procesos de implementación en nuestro país deben de esforzarse en consolidar y respetar la separación de funciones, caso contrario, no se consolidará el sistema de audiencias, el despacho del viejo modelo inquisitivo permanecerá, manteniendo el trámite de papeles y del expediente, afectando con ello el diseño constitucional del proceso penal acusatorio.

La oralidad como valor de transparencia y fortalecimiento de la labor judicial, requiere de un trabajo en verdaderas audiencias, donde se garantice la presencia de las partes y la materialidad del principio de contradicción. En este tipo de audiencia tendrá sentido el trabajo más público de los jueces y de las partes. En efecto, el derecho de las partes a la audiencia previa, no es otro que el derecho a que el Juez resuelva su caso en dicha audiencia. Una decisión oral dictada en audiencia, en presencia de las partes y el público, hace más real este derecho, pues las partes escuchan del Juez, en lenguaje sencillo, la decisión judicial y sus fundamentos. No olvidemos, que las resoluciones escritas tienden más a ser ininteligibles a las partes, pues dedican más espacio a describir como se ha desarrollado el proceso, cuáles han sido los argumentos de las partes, o a justificar la adopción de alguna posición jurídico-dogmática, y hasta el adorno o lucimiento académico. Las decisiones orales comunican mejor las decisiones judiciales, garantizando una mayor transparencia y

confiabilidad en el servicio de justicia. Las partes ya no echan la culpa a los jueces de su fracaso legal, y hay una gran disminución de quejas funcionales.

La oralidad como valor para la solución del conflicto penal, contribuye a solucionar el conflicto primario originado por el delito, promoviendo la presencia de las partes a la audiencia. Este hecho trascendental, materializado en la presencia física del autor y víctima, y el derecho a la defensa material que se les concede antes que resuelva el Juez, hace que el conflicto se reduzca a un debate de hechos y pruebas de las partes, cuya solución esté en función a ellas, por lo que cuando un Juez resuelve, no lo hace solo pensando en la consecuencia legal, sino también en dar la razón a la parte que demostró tener la verdad de su lado. La inclusión de las partes en la audiencia, el hecho de oírlas, y de consignar su aporte a la solución del caso, contribuye positivamente la solución del conflicto penal. Esto, lamentablemente nunca se ha logrado con los procesos escritos.

La oralidad como valor para generar eficiencia en el uso de los recursos, es otro de los aspectos positivos para optimizar los servicios de justicia en materia pena. En efecto, con el personal de un Juzgado del viejo modelo, pueden trabajar 4 Jueces del Nuevo Modelo; con el personal de una Sala Penal Liquidadora, pueden trabajar 6 Salas de Apelaciones; Cuando se dictan las resoluciones oralmente en audiencia por el Juez, ya no se necesitan de notificadores; la confusión de roles, genera repetición de actuaciones, copia de copias, en cambio, cuando hay separación de roles, el trabajo es más eficiente; en el viejo modelo los procesos demoraban años para concluir, ahora con el Nuevo Modelo se concluyen en días y meses; un minuto de oralidad equivale a 7 de escrituralidad. Resulta evidente entonces, que un modelo procesal basado en la oralidad optimiza los recursos del sistema judicial y brinda un servicio más eficiente.

La oralidad como baluarte en la lucha contra la corrupción judicial, es otro de los aportes que trae el nuevo modelo. La separación de roles entre lo administrativo y jurisdiccional, determina que el personal administrativo se dedique únicamente a preparar la audiencia, y ya no tenga el manejo del caso ni el proyecto de resolución judicial, que como efecto de la delegación de funciones ejercía, y que era el origen de la corrupción. La separación de roles en el Nuevo Modelo obliga a que sean los jueces y solo los jueces, quienes deban de resolver el caso penal, y la mejor garantía para ello, es que resuelvan oralmente en la misma audiencia. Con la erradicación de la delegación de funciones, se elimina esta mala práctica y se cierra uno de los más importantes escenarios corrupción en el viejo modelo. Además, el trabajo público del Juez

y las partes en la Sala de Audiencias, elimina ese “corredor” entre la puerta del juzgado y la oficina del Juez que estaba al fondo, por el cual discurría con facilidad e impunidad los más oscuros intereses de la corrupción, sea que ésta se origine en el mal juez o en el mal abogado, dentro o fuera del juzgado. Ahora, con el Nuevo Modelo, ese “corredor” ha sido eliminado, pues ahora los jueces trabajan públicamente en las Salas de Audiencia y se garantiza así, una justicia más transparente.

5. LA FORMA ORAL DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES FORMA PARTE DE LA GARANTÍA DE MOTIVACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 139 INCISO 5 DE LA CONSTITUCIÓN

En el Pleno Regional sobre el NCPP de Arequipa, de Julio del 2009, se discutió si las resoluciones debieran dictarse verbalmente en audiencia y ser registrados en audio, y allí se produjo el debate sobre la forma como debía interpretarse el artículo 139 inciso 5 de la Constitución, que exige “la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias...”. La mayoría se inclinó en realizar una interpretación evolutiva de la Constitución y no literal, pues en el contexto de la Constitución de 1979 y la 1993, el proceso era escrito y no oral, por eso la exigencia de la escrituralidad, más la verdadera garantía no estaba en su forma escrita, sino en el deber de motivación de la resolución. En dicho Pleno, se adoptó por MAYORÍA la siguiente CONCLUSIÓN PLENARIA: “El nuevo modelo acusatorio privilegia la oralidad. Las decisiones judiciales deben ser preferentemente orales, en especial aquellas que se dicten en audiencias preliminares. El registro de las mismas se encuentra en audio. Las actas de audiencia contienen una síntesis de lo actuado”.

Meses más tarde, el Tribunal Constitucional respaldó esta línea de interpretación evolutiva de la garantía constitucional del deber de motivación, contenida en el artículo 139 inciso 5, pues en la sentencia recaída en el Expediente N° 02937-2009-PHC/TC-La Libertad, de fecha 25 de setiembre de 2009, revisando los audios de una resolución dictada oralmente, señaló “...no se ha acreditado la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, ni de ningún otro derecho invocado, toda vez que la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad ha cumplido con las exigencias del artículo 139º, inciso 5, de la Constitución Política, al haber motivado la resolución cuestionada de forma razonada y suficiente...” (el subrayado es nuestro). Esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, ha sido reiterada en numerosas sentencias que han llegado, como consecuencias de acciones de hábeas corpus contra autos judiciales dictados oralmente.

Así, la sentencia en el Expediente N° 05260-2009-PHC/TC, el Tribunal Constitucional señaló que “...la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, y al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45.^º y 138.^º de la Constitución Política del Perú) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. Justamente, con relación al derecho a la debida motivación de las resoluciones, este Tribunal ha precisado que la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica congruente entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa [...]” (STC N.^º 1291-2000-AA/TC. FJ 2)... Conforme se aprecia de la copia de audio remitida a este Tribunal (anexa en el cuadernillo del Tribunal Constitucional), la Resolución de fecha 7 de julio del 2009, que confirmó la Resolución de fecha 27 de febrero del 2009 (fojas 69), se encuentra debidamente motivada respecto de que con los argumentos planteados en el escrito de apelación y lo desarrollado en el proceso no se han desvirtuado la vinculación del beneficiario respecto del delito imputado; la pena privativa de la libertad superior a 5 años y el peligro de fuga”.

Para la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, las decisiones judiciales dictadas oralmente son compatibles con la garantía del deber de motivación contenida en el artículo 139 inciso 5, y que la forma escrita de las resoluciones no forma parte del contenido esencial de dicha garantía. Con ello se ha reconocido el valor, la necesidad y legitimidad de las resoluciones orales en el Modelo Acusatorio. Si nos sujetamos a la doctrina del Tribunal Constitucional, ya citada, no sería exigible ninguna forma en particular, sino tan solo el de verificar, una motivación coherente y suficiente. Justamente las decisiones orales no tienen una forma o apariencia externa en particular, lo que guarda relación con la tendencia antiformalista del Modelo Acusatorio. La motivación es coherente cuando la argumentación es estructurada mediante un razonamiento lógico. Para Mixán (1987:193), esto es, “...sin incurrir en contradicciones, en el desorden de ideas, en falacias, en una mera yuxtaposición numerativa de folios o de afirmaciones o negaciones formuladas mecanicistamente (sin derivar las respectivas significaciones probatorias) o en una frondosa, enrevesada y superficial acumulación de digresiones sin mayor relación con el caso a resolver”. La coherencia de la motivación, también tiene que ver con el principio de congruencia. La motivación es suficiente, cuando responde coherentemente a las pretensiones planteadas por las partes. No

es exigible que el Juez responda a cada uno de los argumentos empleados por las partes, pues la motivación no exige "un diálogo con las partes" (STC 168/1987, español, y, STC Exp. N° 1230-2002-HC/TC, peruano).

El sistema de audiencias facilita la delimitación de las pretensiones de las partes. Toda audiencia en el nuevo modelo, tiene la ventaja de delimitar concretamente la pretensión de la parte que solicita la audiencia, y también, de la parte adversaria. Sea un requerimiento fiscal o una solicitud de las otras partes, el debate y la información que se produzcan en la audiencia, se centrará al título de la audiencia. Por ejemplo, si es una audiencia de prisión preventiva, el debate se centrará al hecho si concurren o no los requisitos legales para su procedencia; si es una excepción de improcedencia de acción, el Juez decidirá si procede o no cerrar el proceso, según sea extintiva o dilatorio el medio técnico de defensa; si es un pedido de nulidad, se deberá centrar en demostrar si hubo o no trasgresión al debido proceso, etc. Finalmente, el debate contradictorio con la concurrencia de las partes, permite garantizar la coherencia de la decisión judicial, pues el Juez tendrá que dar la razón a quien demuestra tenerla en la audiencia respectiva. Se debe tener en cuenta que los debates en la audiencia pública, son principalmente sobre hechos y pruebas.

El principal reto del Juez es saber obtener información de la audiencia, para ello se requiere empezar a confiar en la audiencia y en el debate contradictorio. En los primeros meses de implementación esto es algo muy difícil, pues todavía se mantiene la dependencia al Expediente. Por mucho tiempo se ha confiado en el expediente, y ahora con el NCPP se debe confiar en la audiencia, lo cual no es fácil, ya que depende de múltiples factores. Esta confianza en algo nuevo como la audiencia tiene que construirse paso a paso. La experiencia en la implementación nos ha llevado a constatar, que si no suprimimos la presencia física del expediente de manos del Juez, no se dejará de depender de él, y eso a la postre, no permitirá consolidar a la audiencia, las partes no tendrán incentivos para acudir al debate, las resoluciones serán escritas, y todo seguirá igual que en el viejo modelo.

El Juez para obtener información de la audiencia y empezar a confiar en ella, podría seguir los siguientes pasos:

- a) Acreditación de las partes
- b) Delimitación del tema a debatir
- c) Sustentación de la pretensión fiscal, mediante la afirmación de hechos y pruebas en las que se sustentan.

- d) Contradicción de la Defensa, que consiste en la fundamentación de su propia pretensión, y/o la desacreditación de la pretensión fiscal.
- e) Réplica fiscal, dirigida a levantar desacreditación, y/o desacreditar pretensión de la defensa.
- f) Dúplica de defensa, para levantar desacreditación.
- g) Preguntas aclaratorias a las partes, y/o exhibición de la carpeta.
- h) Defensa material del agraviado.
- i) Defensa material del imputado.
- j) Resolución oral, previo un receso, de ser necesario.

DINÁMICA DE UNA AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO ORAL: JUEZ DE GARANTÍAS



El contenido de la resolución oral deberá tener en su relato el siguiente orden:

- 1) La indicación clara y precisa del objeto o motivo de la audiencia y la norma a aplicar (premisa mayor)
- 2) Los hechos fijados como ciertos y creíbles por el Juez en la audiencia, y los elementos de convicción que respaldan el razonamiento (premisa menor).
- 3) Resolución judicial, expresión clara y precisa de la decisión (conclusión o consecuencia).

Este esquema es usado para dictar las resoluciones durante las audiencias distintas al juicio oral, es decir, para resolver los autos judiciales. Toda decisión transcendente durante el proceso penal, se dicta previa audiencia, por lo que

debe conforme al artículo 8 inciso 4, el Juez "... resolverá inmediatamente...o en todo caso en el plazo de 2 días", la forma que sugiere el Código aquí, es la forma de una decisión oral. En efecto, la regla en el caso de los autos judiciales, es la resolución oral, sin embargo, hay que admitir la necesidad en algunos casos -por su complejidad y dificultad- se acuda a la resolución escrita. Pero, no hay duda que la forma como se debe organizar el despacho judicial y se debe predisponer la práctica procesal, es en base a la oralidad, con práctica oral de las partes y con decisiones orales del Juez. No se puede mantener la organización del despacho y la práctica escrita, solo en base a la excepción, pues no resulta coherente con el proceso de reforma.

En el caso de las sentencias, si bien la regla en el Código Procesal Penal es la sentencia escrita, por las mismas razones que sustentan la oralidad podríamos afirmar, que no hay impedimento para dictar sentencias orales -en principio para los casos fáciles-. Además, consideramos, que una práctica de las sentencias orales pueden aportar positivamente a la determinación de la pena concreta. Efectivamente, una de las constataciones que viene haciendo en la práctica del Nuevo Código Procesal Penal es la falta del debate sobre la pena. En los juicios orales, como consecuencia del desarrollo de las técnicas de litigación oral, el debate se ha centrado entre las teorías del caso de las partes, las que están siempre dirigidas a discutir la culpabilidad. Además, dentro del juicio oral, no existe un espacio previsto para debatir la pena y demás consecuencias jurídico penales, por lo que su imposición viene siendo subjetiva y sin motivación. Si se asumiera como práctica que los jueces, luego del debate contradictorio del juicio oral, pudieran dictar *in voce* la sentencia, en caso sea declaratoria de culpabilidad, se podría reabrir el debate para discutir la pena, y así contar con los mayores elementos de convicción posibles para individualizar la pena. Lamentablemente esto no ocurre, pues tanto los alegatos de inicio como de cierre, se refieren a su teoría del caso, por lo que una vez concluido el debate, se escucha la defensa material del agraviado y el imputado, e inmediatamente se suspende la audiencia para emitir sentencia escrita, sin que se halla debatido la pena a imponer y sin que se hayan incorporado pruebas a la audiencia, que ayuden al Juez a individualizar la pena, en los términos más objetivos y razonables, como es la pena justa.

6. CONCLUSIONES

De los resultados de la investigación se llegó a las siguientes conclusiones:

1. La reforma de la justicia penal requiere que se den las condiciones necesarias para la sustitución de las viejas prácticas inquisitivas, por las

nuevas prácticas acusatorias, siendo una de esas condiciones la existencia de una legislación interna favorable al Modelo Acusatorio, tanto al nivel legal como constitucional.

2. En el Perú no se hizo una reforma integral de la legislación orgánica ni de la Constitución, para generar las condiciones favorables para garantizar una correcta implementación del Nuevo Código Procesal Penal y el Modelo Acusatorio, tal como se hizo en Chile y Colombia. Esto ha generado interpretaciones contradictorias en los diferentes distritos judiciales en los que viene operando el Nuevo Código Procesal Penal, lo que ha llevado a que algunos Distritos Judiciales tiendan a mantener las viejas prácticas y a impedir la instalación de las nuevas prácticas del Modelo Acusatorio.
3. Existe en el Nuevo Código Procesal Penal, normas que mantienen rezagos inquisitivos, que favorecen las viejas prácticas, el predominio de la escrituralidad y el expediente, la delegación de funciones, que se contraponen al Nuevo Modelo Acusatorio, en especial, al sistema de audiencias (juicio oral) y al diseño de una investigación eficiente basada en la coordinación entre la Policía y Fiscalía.
4. La interpretación literal de las normas del Nuevo Código Procesal Penal, que mantienen rezagos inquisitivos, mantienen las viejas prácticas procesales, así como la cultura inquisitiva, lo que no hace posible consolidar plenamente el nuevo proceso basado en la oralidad y el sistema de audiencias, y la separación de funciones entre lo administrativo y jurisdiccional.
5. La Constitución de 1993 al adoptar un Modelo de corte Acusatorio, permite la interpretación constitucional de las normas del Nuevo Código Procesal Penal, conforme al artículo 138º constitucional y al artículo X del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal. Concluimos que si se aplica la interpretación constitucional sobre las normas que contienen rezagos inquisitivos, permitirá erradicar las viejas prácticas, y, crear las condiciones favorables para que en la realidad y en el día a día del proceso penal, se consolide el Modelo Acusatorio en el Perú.
6. Para uniformar los diferentes criterios que puedan existir respecto a la interpretación constitucional de las normas que contienen rezagos inquisitivos del Código Procesal Penal, al final resulta necesaria una reforma de todo el sistema legal, a fin de que se adecuen al Modelo acusatorio, una reforma que comprenda la Constitución, la legislación orgánica y el propio Código Procesal Penal.

7. Realizar un programa de monitoreo constante del proceso de implementación, sistematizando la información de las diferentes Cortes Superiores de Justicia que vienen aplicando el Nuevo Código Procesal Penal, y evaluar el progreso de la instalación de las nuevas prácticas del Modelo Acusatorio.
8. La oralidad es hoy un principio viabilizador del debido proceso penal. La oralidad es un factor determinante para la estrategia de implementación de la reforma procesal penal. La oralidad es un principio de organización y gestión del nuevo despacho judicial. La oralidad contribuye a la lucha contra la corrupción, así como a la transparencia y eficiencia de la justicia. Las resoluciones judiciales orales son compatibles con la Constitución y la garantía del deber de motivación del artículo 139 inciso 5.
9. Las sentencias orales pueden contribuir al debate sobre la pena a imponer.
10. La oralidad necesita ser fortalecida, para garantizar plenamente la reforma procesal penal en el Perú.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Vs. PODER JUDICIAL (A PROPÓSITO DE UN PROCESO COMPETENCIAL)

VÍCTOR MALPARTIDA CASTILLO*

Resumen

Las fricciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional no son nada nuevo dentro del derecho comparado. Como recuerda García Belaúnde han existido por lo menos desde la década del sesenta en Italia, de donde nos viene el nombre de “Guerra de las Cortes”, ya que el máximo órgano judicial en el mencionado país es la denominada Corte de Casación y el órgano de control constitucional concentrado se llama Corte Constitucional. Dicho fenómeno se repetiría en España y también en Colombia, en donde se conoce al incidente como “choque de trenes”. En nuestro país, discutir si el Tribunal Constitucional es jerárquicamente superior respecto al Poder Judicial es hacer mención de los alcances del artículo 201º de la Constitución vigente que define al primero como autónomo e independiente y como “el órgano de control de la Constitución”.

Pero, en estricta relación con lo señalado, este trabajo también hace un tratamiento del precedente vinculante, figura que a partir del Código Procesal Constitucional se introdujo en el artículo VII de su Título Preliminar y que el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 0024-2003-AI/TC ha definido como “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga”, y que por tanto, “el precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”. Finalmente, se plantea una reflexión acerca de la cosa juzgada constitucional.

Palabras clave: Competencia del Tribunal Constitucional – Competencia del Poder Judicial – Guerra de Cortes – Intérprete supremo de la constitución – Precedente vinculante – Cosa juzgada constitucional.

Abstract

In comparative law, frictions between the Judiciary and the Constitutional Tribunal are not new. As García Belaunde recalls they have existed since the 60's in Italy, from where the name “Battle of the Courts” originated, because the maximum judicial body in said country is the Court of Cassation and the concentrated body for constitutional control is the Constitutional Tribunal. The aforementioned phenomenon is replicated in Spain and in Colombia, where the incident is known as a “train crash”. In our country, to debate

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

whether the Constitutional Tribunal is hierarchically superior to the Judiciary is to mention the scope of Article 201° of the Constitution in force that defines the Constitutional Tribunal as the autonomous and independent “controlling body of the Constitution”.

However and strictly in relation to the foregoing, this article also tackles the binding precedent, a figure that was introduced in Article VII of the Preliminary Title of the Constitutional Procedural Code and that the Constitutional Tribunal, in its Judgment No. 0024-2003-A1/TC, defined as “it is a legal rule in a specific and particular case which the Constitutional Tribunal decides to establish as a general rule”, thereby becoming a normative parameter for the resolution of future similar proceedings. In consequence, due to its very condition, the constitutional precedent has similar effects to those of a law. In other words, “the general rule established as a precedent based on a specific case becomes a common precept for all defendants which is effective against the public powers”. Finally, it proposes a reflection of the constitutional res judicata.

Key words: Jurisdiction of the Constitutional Tribunal – Jurisdiction of the Judiciary – Battle of the Courts – Supreme interpreter of the Constitution – binding precedent – Constitutional res judicata.

Sumario

1. Introducción.
2. Tribunal Constitucional y Poder Judicial: ¿Guerra de las Cortes?
3. A propósito de un proceso competencial.
 - 3.1. Introducción.
 - 3.2. Reconstrucción de la resolución
 - 3.2.1. Aspectos generales.
 - 3.2.2. Argumentos del Tribunal: afectación de las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las leyes, y, cumplir y hacer cumplir las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales.
 - 3.2.3. Análisis de los argumentos del Tribunal.
 - 3.2.4. Aspectos esenciales de la sentencia.
 - 3.2.4.1. ¿Es el Tribunal Constitucional el intérprete supremo de la Constitución y jerárquicamente superior?
 - 3.2.4.2. Precedentes constitucionales vinculantes.
 - 3.2.4.3. Cosa juzgada constitucional.
 4. Aspectos conclusivos.

1. INTRODUCCIÓN

A medida que se ha desarrollado la labor del Tribunal Constitucional peruano, se han ido presentando fricciones entre su labor y la que cumple el Poder Judicial, que en mucho nos lleva a pensar en una asfixia de éste último poder del Estado. Esto propicia preguntarnos sobre cuáles son los límites entre una y otra institución dentro del Estado y cuáles son los parámetros establecidos en la Constitución Política vigente.

Dichas fricciones entre dos poderes constituidos –Poder Judicial y Tribunal Constitucional– no es nada nuevo. Como recuerda Domingo García Belaunde

han existido por lo menos desde la década del sesenta en Italia¹, de donde nos viene el nombre de “Guerra de las Cortes”, ya que el máximo órgano judicial en el mencionado país es la denominada Corte de Casación y el órgano de control constitucional concentrado se llama Corte Constitucional. Dicho fenómeno se repetiría en España² y también en Colombia, en donde se conoce al incidente como “choque de trenes”³.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente 006-2006-PC/TC, se resumen y culminan muchos de los aspectos que representan los roces o fricciones que a lo largo de estos años se han generado entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. De allí, la necesidad de analizarlos dentro de un contexto que involucra una concepción institucional muy marcada del primero sobre una democracia constitucional y su rol en ella.

2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL: ¿GUERRA DE LAS CORTES?

Cuando se analizan los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano, se encuentran, en esencia, los términos en los cuales se basa la forma cómo se relaciona con la judicatura ordinaria.

Así, se tiene al principio de la “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional, que se ha proyectado en un actuar concreto de la mencionada institución. Como proyección de la “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional se tiene un despliegue no solo en lo que respecta al Reglamento Normativo

¹ Francisco Javier Díaz Revorio señala en relación a Italia: “Pero en cualquier caso la experiencia italiana pone de manifiesto otros problemas que son aplicables a la mayoría de los Estados que cuentan con un sistema de jurisdicción constitucional concentrada en un órgano específico y distinto al que se sitúa a la cabeza del Poder Judicial. Y es que es fácil que se produzcan conflictos cuando unos órganos son soberanos en la interpretación de la ley(entre los cuales uno posee además una específica función de unificación de la interpretación legal), y otro es el máximo intérprete constitucional, lo que incluye como consecuencia que su “interpretación constitucional de la ley” tienda a imponerse o prevalecer sobre la que cualquier juez pueda hacer”. (Díaz Revorio, Francisco Javier: *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*. Editorial Porrúa. México 2009, p. 242).

² Díaz Revorio en relación a lo ocurrido en España señala: “Y en efecto, aunque no es posible realizar un examen exhaustivo de todas las leyes que han sido objeto de interpretación por el Tribunal Constitucional en las sentencias que resuelven procedimientos de inconstitucionalidad – tanto en sentencias interpretativas como de otro tipo –, parece que en la generalidad de los casos el Tribunal Supremo ha aceptado las interpretaciones legales del supremo intérprete de la Constitución, y por su parte éste solo ha indicado cuál debe ser la interpretación de la ley cuando los preceptos constitucionales imponían esa interpretación. O al menos, no ha habido “roces” o conflictos significativos por este motivo” (ibidem, p. 248).

³ GARCÍA BELAUNDE, Domingo: «Presentación». En: *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*. Coordinador: Domingo García Belaunde. Palestra del Tribunal Constitucional 4. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Editorial Palestra, Lima 2007, p. 8.

del órgano contralor, sino sobre todo a través de sus resoluciones. Es el propio César Landa quien explica las manifestaciones que ha tenido dicha “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional, a través de la acción, la jurisdicción y el proceso. No obstante lo expuesto por César Landa, en cuanto a la proyección en el actuar del Tribunal Constitucional de la “autonomía procesal”, lo cierto es que existen líneas de desarrollo que emprendió el órgano de control constitucional concentrado, en las que también se evidencia la proyección de la “autonomía procesal”, o, al menos, dichas líneas son la consecuencia del pensar en el rol del Tribunal.

Se encuentran dos marcadas líneas de acción en cuanto a la relación existente entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Una línea se identifica con la reconducción del trámite de ciertas pretensiones hacia la judicatura ordinaria mediante medios ordinarios de tutela, no a través de procesos constitucionales, y, como consecuencia de ello, sea el Poder Judicial quien en exclusividad conozca temas que antes eran competencia del Tribunal Constitucional. En este punto resultan importantes los casos: Exp. 1417-AA/TC(Caso Manuel Anicama Hernández), Exp. 0168-2005- PC/TC(Caso Maximiliano Villanueva Valverde), Exp. 0206-2005- PA/TC(Caso César Baylón Flores).

Por otra parte, la segunda línea de acción, está relacionada con el control de constitucionalidad sobre resoluciones judiciales. En éste desarrollo del Tribunal resulta de interés lo establecido en los casos: Exp. 3846-2004-PA/TC (Caso Municipalidad Provincial de San Pablo), Exp. 3179-2004-AA/TC (Caso Apolonia Ccollcca Ponce), Exp. 4853-2004-PA/TC(Caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad), así como el Exp. 006-2006-CC/TC (Caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el Poder Judicial). A los anteriores se suma lo establecido en los casos: Exp. 03173-2008-HC/TC (Caso Teodorico Bernabé Montoya), Exp. 03908-2007-PA/TC (Caso Proviñas Nacional). Como anota Eloy Espinosa al respecto, “(...)si algo tienen en común estas sentencias, emitidas como precedente vinculante, es que apuntan a configurar un escenario en el cual se busca consagrar un control prácticamente total de la actuación de la judicatura ordinaria por el Tribunal Constitucional, bajo parámetros que en puridad parecieran ir más allá que aquellos que permitiría la normatividad actualmente vigente”⁴.

⁴ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. «El Juez Constitucional y sus márgenes de acción frente a la judicatura ordinaria: algunas reflexiones a propósito de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el Perú». En: AA. VV. *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima 16-19 de Septiembre de 2009)*. Tomo II. Lima, 2009, p. 543.

La sentencia en análisis en el presente capítulo no es otra cosa que la culminación de ese actuar del Tribunal Constitucional y, asimismo, de la proyección del principio de “autonomía procesal”.

3. A PROPÓSITO DE UN PROCESO COMPETENCIAL

3.1. Introducción

Siendo la resolución más importante por los alcances expresados en cuanto a la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, es necesario haberle reservado un análisis diferenciado a la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente 006-2006-PC/TC.

El proceso competencial analizado se inicia por demanda del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y, el Poder Judicial, como demandado, por considerar el primero, que en sede judicial, se vienen afectando las esferas de competencia del Poder Ejecutivo, concretamente, el artículo 118º, incisos 1 y 9 de la Constitución, así como el artículo 121º y 128º de la Carta Magna.

3.2. Reconstrucción de la resolución

3.2.1. Aspectos generales

El proceso competencial se inicia por demanda interpuesta por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el Poder Judicial, solicitando: 1.- Que se determine si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos; 2.- Que se declare la nulidad de diversas resoluciones judiciales recaídas en procesos de amparo y de cumplimiento, incluyendo algunas ya en calidad de cosa juzgada.

El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo fundamenta su demanda en que después de la promulgación de la legislación que regula la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, ciertos grupos empresariales recurrieron al Poder Judicial con el objeto de sustraerse de los alcances de dicha regulación, principalmente mediante la interposición de procesos constitucionales de amparo. Que, no obstante existir la mencionada legislación que faculta al mencionado Ministerio para ser competente en cuanto a la actividad económica de casinos y máquinas tragamonedas, lo cierto es que el

Poder Judicial, mediante sus resoluciones otorga licencias de funcionamiento, pese a que ello implica dejar sin efecto normas convalidadas por el Tribunal Constitucional e, incluso, han implementado plazos de adecuación distintos a los que la ley confiere.

El Poder Judicial respondiendo a la demanda, señala que la entidad demandante quiere la revisión de sentencias judiciales que han adquirido la calidad de cosa juzgada y que, por tanto, son inmodificables, irrevisables y de obligatorio cumplimiento. Señala además, que la demandante pudo interponer en los procesos acabados, los respectivos recursos impugnatorios regulados en cada uno de los procesos; y, asimismo, que se ha limitado el Poder Judicial a ejercer legítimamente sus atribuciones constitucionales, y que igualmente, mediante el proceso competencial instaurado se está afectando su independencia.

3.2.2. Argumentos del Tribunal: afectación de las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las leyes, y, cumplir y hacer cumplir las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales

Son dos las afectaciones que el Tribunal Constitucional señala como las producidas en las atribuciones del Poder Ejecutivo. En primer lugar, la afectación en lo concerniente a la atribución establecida en el artículo 118º inciso 1 de la Constitución, en el cual se prescribe que corresponde al Presidente de la República: “Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales”. Y, asimismo, se plantea la afectación producida en lo concerniente a la atribución del Poder Ejecutivo de “cumplir y hacer cumplir las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales”, establecida en el artículo 118º inciso 9 de la Carta Magna.

En primer lugar, en relación a la afectación de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, se debe tener en cuenta que la Ley N° 27153 fue cuestionada por medio de una demanda de inconstitucionalidad, y el Tribunal declaró fundada en parte la demanda -STC 009-2001-AI/TC-, y, “con ello la inconstitucionalidad de los artículos 38º, inciso 1, 39º, Primera y Segunda Disposición Transitoria y, por conexidad, el artículo 1º de la Ley 27232, refrendando la constitucionalidad de sus demás disposiciones”. En este mismo apartado, el Tribunal hace la indicación que esta sentencia, mereció la intervención del legislador a través de la Ley N° 27796, a fin de proveerla de la conformidad reclamada. (Fundamento Jurídico 30)).

Asimismo, citando el Tribunal Constitucional el precedente vinculante habido en la STC 4227-2005-AA/TC, en el cual se señala que al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17º, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley 27796 y de una variada normatividad, “en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional -que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad- dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de normas”.

De allí que el Tribunal en relación siempre a la afectación de la atribución del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las leyes, señale que “al Poder Ejecutivo le corresponde ejercer su atribución constitucional de hacer cumplir, efectivamente, la Ley 27153, modificado por la Ley 27796”(Fundamento Jurídico 32). Por ello en este punto añade: “De ahí que la estimación, ilegítima, de las demandas de amparo y de cumplimiento por parte del Poder Judicial, en el ejercicio de su función jurisdiccional, comporta un menoscabo de la atribución del Poder Ejecutivo para cumplir y hacer cumplir las leyes que la Constitución le reconoce”(Fundamento Jurídico 34).

Por otra parte, en cuanto a la afectación de la atribución del Poder Ejecutivo de hacer cumplir las resoluciones judiciales y sentencias de los órganos jurisdiccionales, se tiene que debe hacer cumplir “la sentencia del Tribunal Constitucional 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC tal como expresamente lo prevé el artículo 118º, inciso 9 de la Constitución”.

Ahora bien, fundamentando lo dicho, el Tribunal -en relación a la STC 009-2001-AI/TC- señala que “las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal emitidas por el Tribunal Constitucional tienen una triple identidad: fuerza de ley, cosa juzgada y vinculan a todos los poderes públicos. La afirmación de que la sentencia de inconstitucionalidad de una ley, por su carácter de cosa juzgada, tiene efectos vinculantes u obligatorios para los poderes públicos, se deriva del carácter general que produce los efectos derogatorios de su sentencia...”(Fundamento Jurídico 39). Lo anterior queda remarcado con lo siguiente: “El juez ordinario no puede ampararse en su independencia para desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución. Ello pone en evidencia, además, los límites constitucionales de la facultad

de ejercer el control difuso que reconoce el artículo 138º de la Constitución. En definitiva uno de los límites del ejercicio del control difuso judicial lo constituyen las sentencias y los precedentes vinculantes de este Colegiado(...)"(Fundamento Jurídico 46).

Por otro lado, en cuanto al precedente vinculante dictado en la sentencia en el Exp. 4227-2005-AA/TC, "es menester indicar que también se ha afectado la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las resoluciones de los órganos jurisdiccionales [...] En este caso, la ilegitimidad constitucional de la estimación de las demandas de amparo y de cumplimiento por parte del Poder Judicial, en detrimento del Poder Ejecutivo, es aún más notoria" (Fundamento Jurídico 48).

Se explica seguidamente que en la sentencia en el Exp. 4227-2005-AA/TC, al confirmarse varias disposiciones, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas. A ello -agrega la sentencia en comento- se debe tener en cuenta que los jueces son independientes y autónomos en el ejercicio de la función jurisdiccional, pero "su actuación será constitucional solo si respetan las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales". Por tanto, "si el constituyente, en nuestro ordenamiento, ha decidido consagrar al Tribunal Constitucional como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo "de control de la Constitución"(artículo 201º), entonces, si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de lo que es o no constitucional, y ningún poder u órgano constitucional puede contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo" (Fundamento Jurídico 52).

Concluye sobre el particular que al estimar las demandas de amparo y de cumplimiento, el Poder Judicial desconoce los efectos normativos de las sentencias mencionadas y menoscaba la atribución constitucional establecida para el Poder Ejecutivo en el artículo 118º inciso 9.

Asimismo, dos aspectos finales resultan interesantes en la sentencia en análisis. El primero tiene que ver con la consecuente nulidad de las resoluciones y sentencias que han estimado las demandas de amparo o de cumplimiento con desconocimiento de las sentencias a las que se ha aludido anteriormente. Resulta interesante pues el Tribunal señala que al ser sus sentencias "concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de

fuentes, son parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos e, incluso, jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, *prima facie* su nulidad. Ello es precisamente lo que determina, en el presente caso, la ilegitimidad de las resoluciones estimatorias de amparo y cumplimiento expedidas por el Poder Judicial; lo que finalmente causa un detrimiento en las atribuciones del Poder Ejecutivo ya aludidas supra". (Fundamento Jurídico 62).

El segundo aspecto a resaltar es sobre la "cosa juzgada constitucional". Se invoca este concepto en cuanto sirve al Tribunal para descartar que al anular las resoluciones en los procesos de amparo y cumplimiento se está afectando la cosa juzgada. Se señala que lo que la Constitución garantiza, a través del artículo 139º inciso 2 es la "cosa juzgada constitucional", la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

Con la cosa juzgada constitucional se cierra una serie de argumentos que, repetimos, van a constituir la culminación de una línea de desarrollo doctrinal del Tribunal Constitucional. Así, como aspectos propios de la sentencia en análisis en el presente proceso competencial, van a estar los argumentos que serán tratados en el siguiente acápite. Pero también es necesario, más allá de estos últimos, detenernos en conceptos como la "relación de grado inferior", del Poder Judicial con respecto al Tribunal Constitucional expuesto(Fundamento Jurídico 51 y 52); también lo concerniente a la manera como se asumen los precedente vinculantes constitucionales; y , finalmente la propia "cosa juzgada constitucional". Existen otros aspectos interesantes de analizar pero entre ellos nos parecen esencialmente analizables los mencionados.

3.2.3. Análisis de los argumentos del Tribunal

Siguiendo en esto a Castillo Córdova, tenemos que coincidir en cuanto a dejar establecido que la función de control difuso de la constitucionalidad por parte de los magistrados del Poder Judicial en cuanto a la Ley 27153 y la Ley 27796 no ha quedado anulada, pudiendo dichos magistrados inaplicar dichos dispositivos.

Así, en lo que respecta a la Ley 27153, el autor citado señala que podrá ser objeto de control, al menos respecto de dos tipos de preceptos: "El primero está referido de aquellos preceptos que no fueron cuestionados a través de la demanda de inconstitucionalidad. Estos preceptos no solo se encuentran plenamente vigentes, sino que adicionalmente sobre ellos no ha habido una confirmación de su constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional y, consecuentemente, respecto de ellos no es posible exigir el deber de aplicación contenido en el segundo párrafo del artículo VI CPConst: "Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad"".

Castillo Córdova argumenta así: "En efecto, como se recordará, la demanda de inconstitucionalidad que dio origen a la sentencia al EXP. N° 009-2001-AI/TC, no fue interpuesta contra todos los dispositivos de la Ley 27153, sino solo contra algunos de ellos. De modo que cuando el Tribunal Constitucional resuelve declarando inconstitucionales algunos preceptos de la mencionada ley, los únicos preceptos que quedan confirmados en su constitucionalidad son los dispositivos cuestionados y examinados en su constitucionalidad y no declarados inconstitucionales. Sobre el resto de los dispositivos los jueces del Poder Judicial son competentes para examinarlos en su constitucionalidad y decidir inaplicarlos en un caso concreto de encontrarlos inconstitucionales"⁵.

Ahora bien, en cuanto al segundo grupo de preceptos -siguiendo al autor mencionado-, "está conformado por aquellos preceptos de la Ley 27153 que han sido cuestionados en su constitucionalidad, y respecto de los cuales el Supremo intérprete de la Constitución ha decidido confirmar su constitucionalidad, y lo ha hecho en referencia a determinados preceptos de la Constitución". Señala Castillo Córdova, fundamentando lo anterior que: "En efecto, si en la sentencia de inconstitucionalidad el mencionado Alto Tribunal declara que un precepto legal es constitucional porque no vulnera determinado artículo de la Constitución (regla o principio o valor o bien jurídico constitucional), lo único que vincula al juez que resuelva casos posteriores es la declaración de constitucionalidad del precepto legal en relación al artículo de la Constitución que sirvió de parámetro de evaluación. De modo que el juez del Poder Judicial podrá inaplicar el mismo precepto legal declarado constitucional en un proceso de inconstitucionalidad si llega a considerar que en un caso concreto la aplicación de ese precepto resulta inconstitucional por vulnerar un distinto precepto de la Constitución"⁶.

⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Lima: Editorial Palestra., 2008, pp. 232-233.

⁶ *Ibid.*, pp. 233-234.

Por lo anterior, entonces, se coincide plenamente cuando se afirma que el Tribunal no acierta porque “la confirmación de constitucionalidad no se puede predicar de modo general respecto de todas las disposiciones de la Ley 27153 no declaradas inconstitucionales”⁷. Sin embargo, el órgano de control constitucional señala: “El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda (*refiriéndose a la sentencia en el EXP. N° 009-2001-AI/TC*) y, con ello, la inconstitucionalidad de los artículos 38º, inciso 1, 39º, Primera y Segunda Disposición Transitoria y, por conexidad, el artículo 1º de la Ley 27232, refrendando la constitucionalidad de sus demás disposiciones”(Fundamento Jurídico 30).

Asimismo, respecto de la Ley 27796, se puede decir que al darse la demanda de inconstitucionalidad -que va a dar lugar a la sentencia al EXP. N° 009-2001-AI/TC- en relación a la Ley 27153 y no la Ley 27796, entonces “los jueces y magistrados del Poder Judicial no pierden su competencia para examinar la constitucionalidad del texto reformado de esos mismo preceptos” como anota Castillo Córdova; sin embargo, existe una excepción a la regla antes dicha, vale decir, será posible extender la confirmación de constitucionalidad de un texto original hacia el texto modificado, solo cuando del examen y de la confirmación del texto original es posible extraer una regla plenamente aplicable al texto modificado⁸.

Como conclusiones de esta parte, en cuanto a que si los jueces se han extralimitado en el ejercicio de su función jurisdiccional a la hora de inaplicar preceptos de la Ley 27153 que no habían sido declarados inconstitucionales por el Tribunal en la sentencia en el EXP. N° 009-2001-AI/TC, se tiene: “La primera, negar que los jueces del Poder Judicial se encontraban impedidos de evaluar la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 27153 tanto en su texto original como en su texto modificado por la Ley 27796 y por la Ley 28945. Segunda, los jueces podían examinar la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 27153 que no fueron confirmados en su constitucionalidad en la referida sentencia al EXP. N° 009-2001-AI/TC. Tercera, podían también evaluar la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 27153 confirmados en su constitucionalidad en esta sentencia, siempre y cuando el juicio de constitucionalidad se realizase con respecto a normas de la Constitución distintas a las que sirvieron de parámetro para confirmar su constitucionalidad. Cuarta, podían examinar también la constitucionalidad de la Ley 27796, ya que esta no ha sido objeto de cuestionamiento a través de una demanda de

⁷ *Ibid.*, p. 235.

⁸ *Ibid.*, pp. 237.238.

inconstitucionalidad tal y como lo exige el segundo párrafo del artículo VI CPCConst., sin embargo, el juicio de constitucionalidad que sobre ella realicen los jueces debe sujetarse a los criterios jurisprudenciales presentados por el Tribunal Constitucional en los fundamentos a la sentencia al EXP. N° 009-2001-AI/TC, en lo que sea pertinente por así exigirlo el tercer párrafo del artículo VI CPCConst.”⁹.

Igualmente, Castillo Córdova hace una salvedad en cuanto a que los jueces no podían ejercer un control difuso en cuanto a los preceptos de la Ley 27153 que fueron declarados constitucionales y, asimismo, si la inaplicación es en base a los mismos artículos de la Constitución que fueron empleados por el Tribunal para declarar la constitucionalidad de los referidos preceptos. Concluyendo esta parte, el autor citado remarca que no se puede saber, por falta de fundamentación en la sentencia en el Exp. 006-2006-PI/TC, si las resoluciones y sentencias que fueron declaradas nulas se apoyaban en los casos en que no podían los jueces inaplicar los preceptos, antes mencionados¹⁰.

Por otra parte, en lo que toca a si los jueces del Poder Judicial han incurrido en un ejercicio extralimitado de la función judicial a la hora de inaplicar el artículo 17, Primera y Décima Disposición Transitoria de la Ley 27796, debido a que según la sentencia al EXP. N° 4227-2005-AA/TC, constituía precedente vinculante la confirmación de constitucionalidad de estos preceptos legales, se tienen las siguientes conclusiones expuestas por Castillo Córdova: “Primera, que los referidos preceptos de la Ley 27796 no han sido declarados constitucionales en un proceso de inconstitucionalidad, sino en un proceso de amparo, por lo que no puede reconocérsele un efecto *erga omnes*, propio del producto jurisprudencial recogido en el segundo párrafo del artículo VI CPCConst. Segunda, la constitucionalidad examinada y declarada por el Tribunal Constitucional en la sentencia al EXP. N° 4227-2005-AA/TC ha sido en referencia a las concretas circunstancias del demandante de amparo. Tercera, esta constitucionalidad podría extrapolarse solamente a otros casos sustancialmente semejantes. Cuarta, es el juez del Poder Judicial el que tiene que examinar y decidir cuales casos futuros son sustancialmente semejantes”¹¹.

Aclara seguidamente el autor citado que: “Como consecuencia de esto, no es verdad –como mal refiere el Tribunal Constitucional– que haya quedado siempre proscrita la inaplicación de los artículos 17, primera y décima

⁹ *Ibid.*, p. 240.

¹⁰ *Ibid.*, p. 241.

¹¹ *Ibid.*, p. 248.

disposición transitoria de la Ley 27796 para los concretos casos futuros, por lo que no es verdad que deban ser consideradas nulas todas aquellas resoluciones judiciales en las que se ha inaplicado el precedente vinculante. El juez ha mantenido plenamente la facultad de revisar la constitucionalidad de los mencionados dispositivos legales y -eventualmente- inaplicarlos. Por lo tanto, el juez no ha incurrido necesariamente en inconstitucionalidad por exceso en el ejercicio de su función jurisdiccional, cuando ha declarado inaplicables algunos de estos preceptos legales en las demandas de amparo resueltas con posterioridad a la sentencia al EXP. N° 4227-2005-AA/TC¹².

3.2.4. Aspectos esenciales de la sentencia

Como se ha señalado anteriormente, existen aspectos esenciales en esta sentencia que deben ser tratados de manera especial como el considerar jerárquicamente superior al Tribunal Constitucional en relación al Poder Judicial; asimismo, lo respectivo sobre los precedentes vinculantes; y, finalmente en lo referente a la cosa juzgada constitucional.

3.2.4.1. ¿Es el Tribunal Constitucional el intérprete supremo de la Constitución y jerárquicamente superior?

En la Constitución vigente, en el artículo 201º se define al Tribunal Constitucional como autónomo e independiente, pero así mismo se prescribe que “es el órgano de control de la Constitución”. Este texto constitucional repite lo que se había establecido para el Tribunal de Garantías Constitucionales, en la Constitución de 1979.

Comentando ambas constituciones, Eguiguren Praeli¹³ sostiene que en la primera no se le atribuye la calidad de “supremo intérprete” de la Constitución, por lo menos no expresamente, mientras que en relación a la vigente, aunque se repite la misma definición, al leerla sistemáticamente con la Primera de las Disposiciones Generales de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional pasada -hoy derogada¹⁴- con los artículos 39^º¹⁵ y

¹² *Ibid.*, p. 249.

¹³ EGUILUREN PRAELI, Francisco. «Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: La evolución del Modelo y los nuevos problemas». En: *Pensamiento Constitucional*. Año V. N° 5. Lima, 1998, pp. 128-129.

¹⁴ “Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

¹⁵ Los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal. Los jueces suspenden la tramitación de los procesos de acción popular sustentados en normas respecto

48¹⁶ del mismo cuerpo normativo, se apunta en esa dirección. Entonces concluye: “De modo que el criterio de interpretación plasmado por el TC tendría que primar y no podría ser contradicho por las instancias del Poder Judicial. Con ello se evitaría la repetición de conflictos anteriormente suscitados, como cuando el TGC desestimó la inconstitucionalidad de alguna ley, no obstante lo cual –en acciones de amparo– algunos jueces o tribunales consideraron inconstitucional la misma norma y dispusieron inaplicarla al caso concreto”.

Algo similar se dice actualmente para sustentar que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución. Así, Roger Rodríguez Santander advierte que “en contra de lo que algunos consideran la condición del TC como supremo intérprete de la Constitución no emana en última ratio de lo previsto por el artículo 1 de su Ley Orgánica, pues éste no es sino una plasmación a nivel legal de una previsión que emana de la propia sistemática constitucional.

“En efecto, si es a través de los procesos constitucionales(artículo 200) que se garantiza jurisdiccionalmente la fuerza normativa de la Constitución, y es(el TC) el encargado de dirimir en última(en el caso de las resoluciones denegatorias expedidas en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) o única instancia(procesos de inconstitucionalidad y competencial) tales procesos(artículo 203), resulta que al interior del Poder Jurisdiccional –llamado a proteger en definitiva(artículos 138 y 200 a 204) la supremacía normativa de la Constitución(artículos 38, 45 y 51)– el Tribunal Constitucional es su órgano supremo de protección (artículo 201) y, por ende, su supremo intérprete. No el único pero sí el supremo.

Es por ello que así lo tiene estipulado actualmente el artículo 1 de su Ley Orgánica –Ley N° 28301- y el artículo 1 de (su) Reglamento Normativo. Y es por ello que el artículo VI del Título Preliminar del CPConst., luego de recordar el poder-deber de los jueces de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución (artículo 138 de la Constitución) establece que no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por este Colegiado en un proceso de inconstitucionalidad, y que deben interpretar y aplicar la leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según

de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el tribunal hasta que éste expida su resolución”.

¹⁶ “cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste suspenderá el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional”.

los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. Éstas no son creaciones ex novo del legislador del CPConst., sino concretizaciones de una interpretación conjunta de los artículos 138, 201 y 203 de la Constitución”(Cfr. STC Exp. N° 0030-2005-PI/TC, f.j. 46 y 47)¹⁷.

Por su parte, Castillo Córdova habla de “posición preferente” del Tribunal Constitucional en relación al Poder Judicial. Así señala: “De entre estos dos encargados de la jurisdicción constitucional en el Perú, el Tribunal Constitucional tiene una posición preferente. Ésta posición preferente se manifiesta no sólo en las mayores facultades que respecto de los jueces del Poder Judicial tiene asignado el referido tribunal (la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y la resolución de los conflictos de competencias), sino que incluso en las competencias que comparte con los jueces del Poder Judicial, actúa como instancia última (procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data). Esto hace del Tribunal Constitucional el supremo velador de la Constitución, y en la medida que velar por la Constitución exige interpretarla, se convierte también en el supremo intérprete de la Constitución (artículo 202 CP y artículo 1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)”¹⁹.

Éste mismo autor señala en otro texto, que es particularmente conveniente “preguntarse si en el caso peruano se puede establecer alguna jerarquía entre los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional en tanto que Comisionados del poder constituyente. La respuesta a esta pregunta no es otra que afirmar una supremacía del citado Tribunal sobre los jueces ordinarios en lo que se refiere al control de la efectiva vigencia de la Constitución. Esto es así, no sólo porque la Constitución llama expresamente controlador de la Constitución

¹⁷ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger: «El precedente constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos». En: CARPIO MARCOS, Edgar y GRANDES CASTRO, Pedro (Coordinadores). *Estudios del Precedente Constitucional*. Lima: Editorial Palestra, 2007, pp. 58-59.

Ruiz Molleda opina al respecto: “En efecto, el carácter de supremo y definitivo intérprete es el resultado de una comprensión sistemática del conjunto de la Constitución, en especial de su artículo 201 (...); del artículo 202 y del artículo 204.” (RUÍZ MOLLEDA, Juan Carlos. *En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas*. Lima: Justicia Viva. Instituto de Defensa Legal. Pontificia Universidad Católica del Perú - Facultad y Departamento Académico de Derecho, 2006, pp. 33). Es interesante también lo dicho por Herrera Vásquez: “(...)El TC es conceptualmente hablando, antes que nada un primus inter pares, un poder moderador o armonizador entre los poderes del Estado en relación a la Constitución. No está intrínsecamente hablando por encima de poder estatal alguno, pues lo contrario tentaría contra el Estado de Derecho contemporáneo(...).” (HERRERA VÁSQUEZ, Javier Ricardo. *La difícil relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial: ¿Guerra de las Cortes?* Tesis presentada para optar el grado de Magíster en Derecho Constitucional. Escuela de Postgrado Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, enero 2009, pp. 25-26).

¹⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luís. «¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?. A propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En: Revista Jurídica del Perú. N° 77, p. 25.

sólo al Tribunal Constitucional; sino también -y principalmente-, por lo mayores poderes que para el cumplimiento del encargo tiene este respecto de los jueces ordinarios”²⁰.

Asimismo, Santisteban de Noriega parte de considerar que la interpretación de la Constitución emanada del Tribunal Constitucional tiene carácter obligatorio para los jueces pues el mencionado papel contralor que le corresponde al Colegiado constitucional, “le da preeminencia intrínseca sobre otras interpretaciones a la luz de lo dispuesto por la Norma Fundamental y lo establecido en el último párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional referido al valor de la doctrina constitucional”. Concluye diciendo: “Esta superioridad que se opone al poder legiferante y subordina a todos los poderes públicos, precisamente para hacer prevalecer la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, ¿es denigrante para el Poder Judicial? ¿Limita la independencia de los jueces y la autonomía institucional del poder que los representa? No lo creemos. En primer lugar, porque no hay otra manera de batallar jurídicamente por la jerarquía máxima e indiscutida de la Ley Suprema y los derechos fundamentales que estableciendo con claridad el papel contralor de la constitucionalidad que le corresponde al Tribunal. Pero más allá de ello, es preciso distinguir que tal supremacía abarca únicamente el campo constitucional, no supone que el Tribunal va a inmiscuirse en asuntos que no sean de su estricta competencia ni va a sustituir el criterio de los jueces en los asuntos especializados que se ventilan y deciden en instancia final en el seno del Poder Judicial”²¹.

Por otra parte, existen algunas posiciones críticas, como la de Aníbal Quiroga León. Señala que nada hay en nuestra Carta Constitucional que nos diga que la labor del Tribunal Constitucional subordina, hacia abajo, a la del Poder Judicial, o a la del Ministerio Público. El error se vuelve más evidente, aclara, cuando se observa la competencia del Poder Judicial en los procesos constitucionales: “Así, la última palabra en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento en el Tribunal Constitucional sólo estará reservada al Tribunal Constitucional frente a fallos adversos en sede

²⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luís. «El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana». En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo I. Montevideo: Honrad Adenauer, 2006, p. 900.

²¹ SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge. «Supremacía de la Constitución y de las interpretaciones del Tribunal Constitucional: límites y perspectivas a propósito de la sentencia recaída en el proceso competencial incoado por el Poder Ejecutivo(Mincetur)contra el Poder Judicial». En: *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*. Coordinador: Domingo GARCÍA BELAUNDE. Palestra del Tribunal Constitucional 4. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Editorial Palestra, Lima 2007, pp. 82-83.

judicial, más no frente a los fallos estimativos del Órgano Jurisdiccional, los cuales no serán revisados ni por el Tribunal Constitucional ni por nadie en el Estado peruano. Luego, la interpretación que en los casos estimados haga el Poder Judicial también habrá de constituir jurisprudencia constitucional vinculante e intangible. ¿Cómo entonces se puede concluir que el Poder Judicial se halla subordinado al Tribunal Constitucional? ¿De qué parte, no tergiversada, de la Constitución surge ésta, por demás interesada, conclusión? Pues de ninguna, tanto más si, como ya se ha expresado, en el Perú el sistema de control constitucional es mixto, habiendo la Constitución provisto de una serie de instrumentos (de control orgánico y de la jurisdicción de la libertad) en sede judicial como en sede del Tribunal Constitucional, formando un todo, una distribución sistemática y no jerárquica. Nada hay, pues, en el texto ni en el espíritu de nuestra actual Carta Constitucional que avale semejante conclusión interpretativa...”²².

Todo lo anterior viene a colación ya que en la sentencia en comento, en los Fundamentos Jurídicos 51 y 52 se establecen unas consideraciones muy especiales en relación a la calidad del Tribunal Constitucional.

Así, en el Fundamento Jurídico 51 se señala que: “No se niega, como ya se señaló, que los jueces son independientes y autónomos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Pero su actuación será constitucional sólo si respetan las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales. Más aún, en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en materia de procesos constitucionales, existe una relación de grado inferior de éste con respecto a aquél, por hecho de que el Tribunal Constitucional es instancia final de fallo ante las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento (artículo 200º, inciso 2 de la Constitución) e instancia única en el proceso de inconstitucionalidad y en el proceso competencial”.

Lo anterior es reforzado en el Fundamento Jurídico 52 al señalarse: “Por eso mismo, si el constituyente, en nuestro ordenamiento, ha decidido consagrar al Tribunal Constitucional como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo “de control de la Constitución” (artículo 201º), entonces, si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de

²² QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Análisis del conflicto de competencias del Poder Ejecutivo(Mincetur) con el Poder Judicial en el Tribunal Constitucional:¿una relación de jerarquía?». En: *¿Guerra de las Cortes?. A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*. Coordinador: Domingo García Belaunde. Palestra del Tribunal Constitucional 4. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Editorial Palestra, Lima 2007, p. 127.

lo que es o no constitucional, y ningún poder u órgano constitucional puede contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo”.

Lo anterior es sumamente importante, pues es un argumento que está presente siempre en el actuar del Tribunal. Cuando en esta sentencia se señala expresamente que “en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en materia de procesos constitucionales, existe una relación de grado inferior de éste con respecto a aquél”, se culmina un razonamiento al respecto y una línea de desarrollo del propio Tribunal que unido a otros conceptos que ha establecido hacen que se explice el control de la judicatura ordinaria.

Con la afirmación de la calidad jerárquica superior del Tribunal Constitucional, se desconoce –como hace ver Aníbal Quiroga León–, que existe en cuanto a procesos constitucionales una distribución sistemática y no jerárquica de competencias, es decir, como se ha explicado en acápite anteriores, la configuración de un sistema o modelo paralelo o dual de justicia constitucional, hace que tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial tengan ámbitos competenciales propios. Si bien, entonces, puede darse el caso que el Tribunal Constitucional corrija algunos pronunciamientos del Poder Judicial, también resulta claro constitucionalmente que éste último mantiene una competencia propia. Se puede concluir, por tanto, que constitucionalmente no hay ninguna razón o fundamento que avale lo que tan entusiastamente se afirma en la sentencia en análisis.

Por ello, es precisamente esa distribución sistemática y no jerárquica de competencias, la que desconocen Sáenz Dávalos, Carpio Marcos y Rodríguez Santander, en el Informe al Pleno del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que modifica algunas de sus funciones (Proyecto de Ley N° 14321/2005-CR)²³. Así, los autores parten de la afirmación que entre órganos constitucionales no existe una relación de jerarquía. No obstante ello, “al interior del Poder Jurisdiccional sí existe una jerarquía constitucional, pues aún cuando todo juez se encuentra obligado a preferir la Constitución frente a las leyes (artículo 138º de la Constitución) y, consecuentemente, facultado a interpretarla, el Poder Constituyente ha establecido que el contralor, por autonomía, de la constitucionalidad es el TC (artículo 201º de la

²³ SÁENZ DÁVALOS, Luis; CARPIO MARCOS, Edgar; y RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. «Informe al Pleno del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que modifica algunas de sus funciones». En: *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año II, N° 4, julio-diciembre, Lima 2006, p. 320-321.

Constitución)". Lo nuevo de éste planteamiento es que se especifica que la "jerarquía constitucional" es al "interior del Poder Jurisdiccional", aspecto no señalado expresamente en la sentencia en el Exp. 006-2006-PC/TC. Sin embargo, como ya se dijo, se mantiene el criterio de la relación de jerarquía entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en atención a una consideración errónea de observar una jerarquía de competencias donde en verdad existe una distribución sistemática de las mismas, como bien aprecia Aníbal Quiroga León. Todo los demás argumentos esgrimidos caen al caer el sustento anterior.

Pensamos que debe distinguirse entre ser el Tribunal Constitucional el "supremo intérprete de la Constitución", con una "superioridad jerárquica" en relación al Poder Judicial. Si bien lo primero ha sido establecido en el artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional -mas no en la Constitución, ni en el Código Procesal Constitucional- no puede aceptarse que el Tribunal devenga en jerárquicamente superior que el Poder judicial, ya que ambas instituciones constitucionalmente mantienen sus ámbitos interactuando.

Lo anterior debe ser corroborado, en tanto se tiene en cuenta que en un Estado Constitucional, no puede hablarse de jerarquías entre los poderes constituidos, como son el Poder judicial y el Tribunal Constitucional.

3.2.4.2. Precedentes constitucionales vinculantes

Se señala que hacia el siglo XIV ya se citan los precedentes en el derecho inglés, sin embargo -como recalca Juan Monroy Gálvez- carecían del efecto vinculante que se le reconoce ahora. Victoria Iturrealde -citada por el procesalista peruano- señala que "el significado que hoy en día tiene el precedente es distinto al que tuvo en sus orígenes. Entonces las decisiones de los tribunales eran consideradas expresiones de opiniones acerca del derecho cuyo peso dependía del juez o jueces que la pronunciaban, pero no obligaban a los jueces a seguir las. Aunque los casos se decidían por referencia a decisiones anteriores, éstas no eran prácticas que se veían como obligatorias, ni como un conjunto que formaba un sistema de leyes. La cita de precedentes era un poderoso instrumento retórico o argumentativo ya desde la mitad del siglo XIV, pero los juristas de este periodo tenían claro que "ningún precedente es tan persuasivo como la razón"²⁴.

²⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan, «Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law», En: *Hechos de la justicia*. N° 4, septiembre-diciembre, 2006.

Luego, de manera creciente se iba a acentuar la práctica de los jueces de resolver los casos de la forma como se habían resueltos casos análogos. A esta práctica se le incorporaron dos rasgos. De un lado, la importancia social del fallo, vale decir, su contenido didáctico y, asimismo, de otra parte, empezó a adquirir significación la calidad del tribunal que había expedido la decisión a ser seguida. Para Monroy Gálvez, “este es el punto de partida histórico de lo que ahora se da en llamar *stare decisis* o doctrina del precedente”²⁵.

Por su parte, Francesca Moretti citando lo resuelto en el caso *Mirehouse v. Rennel* 1833, por el Juez Park, señala que se resume sustancialmente los elementos que componen la *doctrine of judicial precedent*: “Nuestro sistema del common law consiste en aplicar a los nuevos supuestos las reglas de derecho que nosotros, jueces, derivamos de los principios jurídicos y de los precedentes judiciales; y con el fin de garantizar la uniformidad, la coherencia y la certeza del derecho debemos aplicar estas reglas, con tal que no sean claramente ilógicas o estén fuera de lugar, a todos los casos iguales que se presenten; y no tenemos posibilidad alguna de desatenderlas o de rechazar su aplicación analógica prefiriendo otras no consagradas nunca judicialmente, sólo porque consideremos que tales reglas no sean tan oportunas y ajustadas como deseáramos. Considero de extrema importancia mantener este canon absolutamente firme, no sólo para la resolución del caso en cuestión, sino sobre todo por el interés superior del derecho como sistema científico”²⁶.

De similar manera, Magaloni²⁷ parte de resaltar que en el sistema jurídico norteamericano los tribunales desempeñan dos funciones. La primera, es la de resolver disputas jurídicas, esto es, administrar justicia ante casos concretos. La segunda función de los tribunales es la de proveer a la sociedad de reglas jurídicas. Magaloni señala que “el principio de *stare decisis* hace que las decisiones judiciales que resuelvan alguna cuestión de derecho deban ser consideradas como parámetro normativo en la resolución de casos similares que se presenten con posterioridad. Esta facultad para crear derecho en forma casuística se denomina función institucional”.

Si tuviéramos que mostrar una definición operativa de la doctrina del precedente se tendría: “cuando en un sistema jurídico se conforma un conjunto de reglas y principios -que reciben el nombre de *case law*- que

²⁵ *Ibid.*, p. 11.

²⁶ MORETTI, Francesca: «El precedente judicial en el sistema inglés». En: GALGANO, Francesco: *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2000, p. 29.

²⁷ MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: McGraw Hill, 2001, pp. 30-31.

son extraídos de las decisiones que toman los jueces en un contexto histórico determinado y los cuales vinculan –sea de manera persuasiva u obligatoria– a otros jueces del mismo sistema en casos en donde se presente analogía con el caso ya resuelto”²⁸.

Ahora bien, un aspecto importante en relación con los precedentes es su clasificación. Así, atendiendo a su vinculación e influencia futura se tiene que pueden darse los precedentes obligatorios y aquellos persuasivos.

Los obligatorios “son precedentes que los jueces deben de seguir, sea que lo aprueben o no. La fórmula que determina la vinculación es como sigue: Una proposición afirmada en el caso A es obligatoria en el caso B si: 1. Se trata de una fundamentación jurídica; 2. Esta proposición tiene la calidad o es parte de la ratio decidendi del caso A; 3. El juez o tribunal que estableció el caso A tiene vinculación de obligatoriedad (es decir, hay en el plano jurídico una relación vertical) con el juez o tribunal que está por decidir el caso B; y 4. No existe diferencia relevante que permita considerar que el caso A pueda ser declarado un caso “distinguible””²⁹.

De otra parte, los persuasivos serán aquellos que no teniendo la categoría de los anteriores, poseen esa calidad de convencimiento o persuasión que le da la autoridad correspondiente para ser invocados en un momento determinado.

Lo importante de este criterio clasificatorio es representar a una tendencia: “procurar que la eficacia vinculante del precedente no sea absoluta ni rígida por un lado y, por otro, permitir que el juez vinculado pueda apartarse del precedente cuando hayan razones de considerable importancia que así lo determinen”³⁰.

Lo anterior tiene mucha relación con preguntarse sobre si es posible apartarse del precedente vinculante. Como se encarga de explicar Monroy Gálvez, se guarda un equilibrio entre la regla que es el seguimiento obligatorio del precedente y la posibilidad del apartamiento del mismo por razones de utilidad social o pública, llegando a una flexibilidad acentuada: “Sea por considerar al common law como un organismo vivo que crece y evoluciona conforme lo hace la sociedad –por lo que se debe permitir su desarrollo aunque dentro de límites en los cuales se pueda concretar esta capacidad de maniobra–, sea por considerar que siendo los precedentes sólo la aplicación

²⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan. «Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law». En: *Hechos de la justicia*. N° 4, septiembre-diciembre 2006, p. 11.

²⁹ *Ibid.*, p. 17.

³⁰ *Ibid.*, p. 17.

de principios que subyacen en el espíritu del pueblo, cuando éste deviene en contrario al principio, debe dejar de ser obligatorio, lo trascendente es que la evolución contemporánea de la doctrina del precedente está íntimamente ligada las posibilidades técnicas de que produzcan apartamientos de los ratios sin afectar sustancialmente el *stare decisis*”³¹ ³².

Esa flexibilidad, al parecer, es una característica muy marcada de la doctrina del precedente. Matttei explica que una multitud de factores determinan el carácter más o menos rígido de la regla del *stare decisis* en el mundo contemporáneo del common law. Así, señala la unidad o pluralidad de las pirámides judiciales, con su relativa mayor o menor posibilidad de precedentes conflictivos; la presencia o la ausencia de constituciones escritas que incorporan o hacen inmediatamente actuables reglas jurídicas de amplio contenido y de notable alcance político; el nivel de madurez de la cultura jurídica nacional, con su correspondiente impacto crítico en las decisiones de los jueces a las que hay que atenerse; las características de los repertorios jurisprudenciales, y la cantidad de decisiones publicadas. Señala Mattei que en los Estados Unidos todos los factores contribuyen a hacer elástica la regla de *stare decisis* ya que existen más de cincuenta pirámides distintas, teóricamente independientes; la Constitución induce a una decisión en clave de public policy; la cultura académica es hasta demasiado crítica: la cantidad de decisiones publicadas ha superado desde hace tiempo un nivel crítico, de modo que -como manifiesta Mattei- “para todo se puede encontrar una cita favorable y contraria”. Ahora bien, en cuanto a los otros sistemas del common law Mattei señala que se sitúan en posiciones intermedias entre los ingleses y los americanos, en tanto el sistema inglés es más rígido que el norteamericano³³.

La razón que nos ocupemos del precedente vinculante es no solo por el hecho que en la sentencia en el Exp. 006-2006-PC/TC se haya hecho mención, sino que esta figura a partir del Código Procesal Constitucional se introdujo en el artículo VII del Título Preliminar de la manera siguiente: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de

³¹ *Ibid.*, p. 20.

³² López Guerra señala: “En los países pertenecientes al sistema jurídico del common law el principio *stare decisis*(de *stare decisis et non quiesca movere*)se configura como clave para conseguir la realización del principio de seguridad jurídica, superando posibles divergencias entre las diversas instancias jurisdiccionales, y haciendo posible la introducción de criterios comunes a todas ellas(…)”(LÓPEZ GUERRA, Luis. «El Tribunal Constitucional y el principio “*stare decisis*”». En: AA. VV. *El Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp. 1439, 1440).

³³ MATTIEL, Ugo: «*Stare decisis* en los Estados Unidos». En: GALGANO, Francesco. *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2000, p. 50.

cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

El Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 0024-2003-AI/TC, que “el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga”. Seguidamente añade a lo dicho que: “El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”.

En la misma sentencia, el Tribunal se refiere en cuanto a la naturaleza del precedente: “La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.

De otra parte, se debe establecer las diferencias existentes entre el precedente constitucional vinculante y la jurisprudencia constitucional vinculante. Esta última es incluida en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: “Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

Asimismo, en la STC 3741-2005-AA/TC, el Tribunal ha establecido que: “Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado(...)La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo”.

En esta misma sentencia citada se establece la diferencia entre el precedente constitucional vinculante y la jurisprudencia constitucional vinculante: “(...) si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en

común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto”.

Igualmente, es necesario establecer la diferencia entre el precedente judicial y el precedente constitucional vinculante. En la STC 3741-2005-AA/TC, se señala: “(...)el precedente judicial en el sistema del Common Law se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema(para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. O sea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces(...)El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales.(...)el efecto sobre todos los poderes públicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, prima facie, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos(...)”.

Cabe preguntarnos sobre si lo correspondiente al precedente constitucional vinculante tiene alguna peculiaridad que lo singulariza del referente anglosajón. Esa peculiaridad puede verse en relación al cambio de precedente vinculante. Así, la segunda parte del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ha previsto de manera expresa la posibilidad de que el Tribunal Constitucional varíe su propio precedente vinculante, añadiendo César Landa, que el legislador “ha reservado para el propio TC la competencia exclusiva del cambio de su precedente(...)Claro está que ello no impide que el juez dejando salvada su interpretación particular falle de conformidad con el precedente vinculante por mandato expreso de la ley; pero, sí requiere de un juez leal con la interpretación realizada por el TC, más aún cuando el incumplimiento de la misma ha dado lugar a que el órgano de control administrativo de los jueces del Poder Judicial, la Oficina de Control de la Magistratura(OCMA), haya establecido mediante resolución que su incumplimiento es mérito de responsabilidad administrativa”³⁴.

Con esto entonces, podemos concluir que a diferencia del precedente vinculante del sistema anglosajón en el cual prima la flexibilidad e impera la elasticidad –sobre todo en el sistema norteamericano más que en el inglés– aquí se ha plasmado un sistema particular, rígido, en el que aparte de reservar

³⁴ LANDA, César: «Los precedentes constitucionales». En: *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año III, N° 5, enero-junio, Lima 2007, p. 57.

el cambio en el precedente solo al Tribunal Constitucional, el juez no tiene posibilidad de fallar distinto que el precedente, ya que, como bien lo apunta Landa, es motivo de responsabilidad administrativa.

Al respecto Roger Rodríguez Santander³⁵, de manera muy didáctica señala que el sistema de precedente constitucional vinculante establecido en el Perú puede ser etiquetado como “entre lo anglosajón y lo continental”. Señala: “(...)la principal diferencia entre el precedente constitucional previsto en el art. VII CPConst. y el precedente del *common law*(además del hecho mismo de encontrarse regulado), sea que mientras en éste es al juez posterior a quien corresponde determinar la *ratio decidendi* que servirá de norma aplicable para los futuros casos análogos, en el caso peruano, la regla es determinada por el propio TC, pues conforme señala el referido artículo, es a éste al que corresponde precisar “el extremo de su efecto normativo” (...)mientras que en el *common law*, el juez posterior tiene abierto un margen para determinar las consideraciones de Derecho y los hechos relevantes en la configuración del precedente, en nuestro sistema dicha determinación viene realizada por el propio TC.”.

Para Rodríguez Santander “se presenta una fusión entre la tradición anglosajona del precedente y determinada forma de concebir el Derecho en la tradición continental. Los signos anglosajones se observan, fundamentalmente, en la intención de dotar de fuerza vinculante plena a los precedentes constitucionales del tribunal de máxima jerarquía en la materia, asegurando su entendimiento como verdadera fuente creadora de Derecho. Mientras que los caracteres del *civil law* se evidencian en la regulación del instituto como una fuerza impositiva que se proyecta con la misma rigidez con la que lo hace el Derecho legislado”^{36 37}.

Se cercena esa flexibilidad o elasticidad del sistema de precedentes anglosajón más aún cuando en dicho sistema se está acentuando esa flexibilidad y

³⁵ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *Op. Cit.*, pp. 62-63.

³⁶ *Ibid.*, p. 63. Una opinión matizada sobre la obligatoriedad del precedente vinculante se encuentra en Javier Antonio Adrián Coripuna: “El cambio de la orientación jurisprudencial (overruling) contenida en un precedente vinculante del Tribunal Constitucional solo puede ser realizado por el mismo Tribunal. En otros términos, el precedente sólo lo puede cambiar el órgano que lo expidió. Ciertamente, los jueces de nivel inferior no pueden cambiar el precedente, aunque si, excepcionalmente, podrían apartarse del mismo, justificando su decisión, con lo que motivarían que el TC se pronuncie nuevamente cambiando, si así lo estima, el precedente instaurado(...)el juez de instancia inferior puede apartarse del precedente(nunca cambiarlo pues esto solo lo puede hacer el Tribunal Constitucional), mediante una motivación específica adicional de por qué se hace tal alejamiento, de modo tal que se ponga en conocimiento del Alto Tribunal la exigencia de que el precedente debe cambiar o en todo caso motivar en este una justificación que, manteniendo el precedente, responda al nuevo contexto planteado(...)”.(ADRIAN CORIPUNA, Javier Antonio: «La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial». En: CARPIO MARCOS, Edgar y GRANDEZ CASTRO, Pedro(Coordinadores). *Estudios del Precedente Constitucional*. Lima: Editorial Palestra, 2007, p. 132).

elasticidad actualmente. Por ello, no nos parece real que -como manifiesta Rodríguez Santander- al no ser un precedente una ley, “no enerva la posibilidad de que los jueces evalúen razonablemente y comparan los elementos jurídicos y fácticos que fueron considerados relevantes por el TC y que traslucen en el precedente establecido, con los que caracterizan su caso, de forma tal que identificado un componente significativo que los distinga, resuelvan su causa siguiendo una línea diferente”.

Y no nos parece real pues, como ocurrió en el Exp. 0525-2011-PA/TC, se establece que toda resolución judicial que vaya en contra del precedente vinculante era nula por contravenirlo en forma manifiesta, recordando que todos los jueces “tienen la obligación de acatar el precedente vinculante mencionado a fin de no vulnerar los derechos constitucionales de los pensionistas y preservar el principio de seguridad jurídica.”(Fundamento Jurídico 5), desautorizando lo señalado por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima -integrada por los vocales superiores Romero Díaz, Emilia Bustamante Oyague y Rómulo Torres Ventocilla-, quienes resolvieron incrementar el monto económico fijado para el reclamo de los pensionistas que presentaban demandas de amparo ante el Poder Judicial estableciéndolo en 600 nuevos soles, al considerar que el monto fijado en el precedente vinculante de la STC 1417-2005-AA/TC, había quedado desfasado porque su fecha era de 12 de julio de 2005.

Por todo lo anterior, nos parecen atinadas las críticas que se efectúan a esta forma de asumir los precedentes constitucionales vinculantes. Así, por ejemplo, Monroy Gálvez señala: “Algunos entusiasmos frente a algunas aparentes novedades y un desconocimiento de sus aspectos técnicos son los causantes de esta situación increíble que vivimos ahora en donde un apartamiento de un precedente del Tribunal Constitucional provoca la nulidad ipso iure de la decisión tomada. Esta es una dictadura jurídica, reitero por necesario, inexistente en el mundo. En este tema, entonces, somos el único olmo que da peras”³⁸.

³⁷ Grández Castro relaciona el modelo de precedente adoptado en nuestro país y la concepción de juez que subyace a dicho modelo: “Tal como ha sido presentado hasta aquí, el precedente peruano se ha apartado de modo radical de esta tradición del common law. Aquí la regla precedente viene estatuida en el propio fallo y con precisión de una regla que no admite confusiones. Quizá la explicación a esto haya que buscarla en la permanente falta de confianza hacia la capacidad de juicio de los jueces del Poder Judicial”.(GRÁNDEZ CASTRO, Pedro: «Las “peculiaridades” del precedente constitucional en el Perú». En: CARPIO MARCOS, Edgar y GRANDES CASTRO, Pedro(Coordinadores). Estudios del Precedente Constitucional. Lima: Editorial Palestra, 2007, pp. 99-100).

³⁸ “Fundamentos, problemas y posibilidades del precedente constitucional vinculante en el Perú. Entrevista a Juan Monroy Gálvez y Aníbal Torres Vásquez”, en: JUS Constitucional N° 1 Editorial Grijley, enero 2008, p. 120.

Similarmente Domingo García Belaunde señala que con el precedente vinculante “han querido imponer una dictadura virtual sobre el resto de los operadores jurídicos”, añadiendo: “Si bien es cierto que el concepto que ha acogido nuestra dogmática ha permitido estos excesos y hay necesidad de matizarlo, o mejor aún, de reformularlo”³⁹.

Pensamos asimismo que no se debe renunciar a la mencionada flexibilidad, en tanto se arguye que para un país como el nuestro no había otra posibilidad de plantearlo como se hizo⁴⁰.

3.2.4.3. Cosa juzgada constitucional

El procesalista italiano Giuseppe Chiovenda señala que “el bien de la vida que el actor ha deducido en juicio (*res in iudicium deducta*) con la afirmación de que una voluntad concreta de ley lo garantice en su favor o lo niegue al demandado, después que ha sido reconocido o desconocido por el juez con la sentencia estimatorio o desestimatoria de la demanda, se convierte en cosa juzgada (*res iudicata*)”.

La *res iudicata* no es otra cosa para los romanos – aclara el maestro a quien seguimos en esta parte⁴¹ – que la *res in iudicium deducta* después de que ha sido *iudicata*: *res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronunciatione iudicis accipit, quod vel comdenatione vel absolutione contingit*. Podemos igualmente decir – aclara el jurista – que la cosa juzgada no es nada más que el bien juzgado, el bien reconocido o desconocido por el juez (...)”^{42 43}.

³⁹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Op. Cit.*, p. 32.

⁴⁰ Rodríguez señala: “¿Había alguna otra manera de tentar que la doctrina del precedente tenga una verdadera presencia en nuestro medio? Con sinceridad no lo sabemos. Pero lo que sí sabemos es que ello no se iba a dar como consecuencia de un milagroso cambio en la concepción del Derecho por parte de nuestros jueces o legisladores. Por ello, es probable que los creadores del CPConst. hayan acertado”. En: RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *Op. Cit.*, p. 63.

⁴¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, p. 432 y ss.

⁴² De manera muy sencilla Jordi Nieva explica el fundamento de la cosa juzgada: “El principio básico del que parte el concepto de cosa juzgada es el siguiente: Los juicios sólo deben realizarse una única vez.(...) La razón de ello es muy evidente, y puede resumirse de este modo: la seguridad jurídica requiere que sobre cada asunto solamente pueda decidirse una única vez.(...)”(NIEVA FERROLL, Jordi. *La Cosa Juzgada*. Barcelona: Editorial Atelier, 2006, pp. 119-120).

⁴³ Ana María Arrarte, al respecto dice que para entender el sustento de la autoridad de la cosa juzgada, se debe partir de un tema central: el principio de preclusión, constituyendo el núcleo de toda racionalidad de ese instituto. (ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada en el proceso civil peruano». En: AA. VV.: *Doctrina Contemporánea*. Trujillo Editora Normas Legales, 2003, p.458).

Por otra parte, Juan Monroy Gálvez⁴⁴, destaca que si el fin abstracto del proceso es la paz social en justicia, tal encargo solo va a poder ser cumplido cuando las decisiones judiciales no admitan ningún cuestionamiento, es decir, cuando los obligados con ellas las cumplan, sea espontáneamente o a través del uso de la facultad coercitiva del Estado.

Para que los fines del proceso se concreten –advierte Monroy– es indispensable que la decisión final que se obtenga en este sea de exigencia inexorable. Esta calidad de indiscutibilidad y de certeza en su contenido es una autoridad intrínseca que acompaña a las resoluciones judiciales y recibe el nombre de cosa juzgada –concluye–. Asimismo, Susana Castañeda⁴⁵ precisa que cuando se señala que una resolución ha adquirido la calidad de cosa juzgada, equivale a decir a que no puede ser modificada ni que el proceso sea reabierto⁴⁶.

Los primeros antecedentes de la cosa juzgada en el ámbito nacional a nivel constitucional se remontan –como aclara Castañeda– a las Constituciones de 1828(artículo 161), 1834(artículo 127), 1839(artículo 129), 1856(artículo 130), 1860(artículo 129), 1867(artículo 127), 1920(artículo 155), y de 1933(artículo 228). Todos ellos establecen “la prohibición de revivir procesos fenecidos”.

Castañeda precisa que en la Constitución de 1979, el artículo 2 inciso 20 consagró el derecho a la libertad y seguridad personales, estableciendo en el literal II) que: “La amnistía, el indulto, los sobreseimientos definitivos y las prescripciones producen los efectos de cosa juzgada”. Además en el inciso 11 del artículo 233, estableció como una garantía de la administración de justicia la prohibición de revivir procesos fenecidos, no pudiendo nadie ser juzgado nuevamente por hechos por los cuales haya sido absuelto o condenado por sentencia firme.

La actual Constitución –siguiendo a Castañeda– regula la cosa juzgada en el artículo 139 incisos 2 y 13 como un principio y derecho de la función

⁴⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1996, pp. 86-87.

⁴⁵ CASTAÑEDA OTSU, Susana. «Cosa Juzgada». En: AA. VV. *La Constitución Comentada*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, pp. 568 y ss.

⁴⁶ Hitters explica la exigencia de la cosa juzgada: “(...como bien puntualizaba Couture, la cosa juzgada es una exigencia política y no propiamente jurídica, no es de razón natural, sino una necesidad práctica. De lo expresado se desprende una conclusión anticipada: la institución aludida si bien es una pieza fundamental de la maquinaria judicial; su estabilidad se apontoca en el principio de seguridad, y en determinadas circunstancias razones de equidad admiten su alteración(...)En suma, el principio de inmutabilidad de los decisarios firmes está previsto por razones de política jurídica y esas mismas fundamentaciones pueden en determinadas y excepcionalísimas ocasiones aconsejar la necesidad de variar el criterio”(HITTERS, Juan Carlos. «Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual». En: *Revista Peruana de Derecho Procesal IV*. Lima, 2001, p. 93).

jurisdiccional. Así, en el inciso 2 se deja establecido que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada; y en el inciso 13 se establece la prohibición de revivir procesos feneidos mediante una resolución ejecutoriada, señalándose en éste último además que como supuestos que surten los efectos de la cosa juzgada a la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional en la STC 006-2006-PC/TC plantea el concepto de “cosa juzgada constitucional”, ante la argumentación de los afectados sobre la declaración de fundada la demanda en cuanto a la violentación de la cosa juzgada reconocida en el artículo 139º inciso 2 de la Constitución.

El Tribunal plantea que lo que la Constitución garantiza en el numeral señalado es la “cosa juzgada constitucional”, “la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la Interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Solo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales”. (Fundamento Jurídico 70).

De este concepto de “cosa juzgada constitucional”, a lo que tradicionalmente se tiene como cosa juzgada, se añade –y es lo resaltante- que tendrá la calidad de tal aquella sentencia de acuerdo con la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes que devienen del Tribunal –los que al integrarse “en el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico”(Fundamento Jurídico 69)-, se convierten en parámetros de validez y legitimidad constitucionales. En pocas palabras, si lo que se resuelve, particularmente, no va de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional no es válido y no será posible de adquirir la calidad de cosa juzgada constitucional.

Con lo anterior se cierra el círculo de la influencia y control del Tribunal Constitucional sobre el Poder Judicial y lo dice al final de la cita: “Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales”. Lo que no dice el Tribunal es que cuando se refiere a decisiones jurisdiccionales se tiene en mente “sus decisiones jurisdiccionales”, interesando solo lo que ellos determinan como conveniente. Finalmente ellos –el Tribunal- son los que pueden establecer que es verdad y que no lo es.

Por otra parte, es importante conocer de dónde deviene el concepto de “cosa juzgada constitucional”. Al respecto, Néstor Pedro Sagüés⁴⁷ es claro en conceptuarla, catalogándola como uno de los asuntos más atractivos del derecho procesal constitucional. Se entiende, dice “el efecto que pueda tener una sentencia dictada en materia constitucional, mediante un proceso constitucional por un órgano jurisdiccional de la magistratura constitucional”.

De lo anteriormente desarrollado se tiene que por los elementos que encierra el concepto de “cosa juzgada constitucional” (un fallo proveniente de la magistratura constitucional jurisdiccional; pronunciamiento sea emitido en el curso de un proceso y un procedimiento constitucional destinado a tutelar la supremacía de la Constitución, y respetuoso de las exigencias procesales de ella; y, que aborda temas constitucionales), entonces estaría preferentemente ligado a los procesos de inconstitucionalidad, cuyas sentencias tendrían tal calidad, lo que entonces, se distanciaría de lo que ha establecido el Tribunal Constitucional peruano, el cual alude al cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos, y el más importante para el órgano de control constitucional nacional, la conformidad con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Uno de los aspectos que se debe abordar, es la relación entre cosa juzgada e independencia judicial. Así, resulta sintomático que el inciso 2 del artículo 139º de la Constitución peruana vigente se establezca a la independencia del Poder Judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional como principio, y en el mismo texto más adelante la referencia a la cosa juzgada⁴⁸.

Entonces, se establece una relación directa entre cosa juzgada e independencia judicial, ya que la primera es parte de la esencia de la función jurisdiccional y si la cosa juzgada emanada de los procesos resueltos finalmente por el Poder Judicial va a ser subordinada por una cosa juzgada emanada del Tribunal Constitucional, entonces asistimos a una pérdida de la esencia misma del Poder Judicial como poder del Estado. Como manifiesta Juan Monroy Gálvez, “de ahora en adelante todas las sentencias expedidas por los jueces adscritos

⁴⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*. Segunda edición. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, pp. 193 y ss.

⁴⁸ Jorge Carrión Lugo, comentando este inciso señala: “Debemos señalar que el Poder Judicial no tiene independencia o autonomía en el aspecto económico (Art. 145º Const.) ni en el control de la conducta funcional de sus integrantes (...) Pero sí constituye una de las garantías de la administración de justicia y a su vez se erige como un principio esencial de ésta: la independencia y autonomía de los jueces en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”. En: *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Lima: Editorial Grijley, 2000, p. 38.

al Poder Judicial, son capitis diminutio. Así, por ejemplo, si se expiden en un proceso ordinario, el cual por organización competencial no es revisado por el TC, solo producirá cosa juzgada, es decir, una inmutabilidad de segundo nivel. Y esto debido a que, para su desgracia, dicha sentencia no recibió ni recibirá un examen de validez y legitimidad que, como acabamos de aprender, solo puede ser dado por el TC”⁴⁹.

4. ASPECTOS CONCLUSIVOS

- 4.1.-** El Tribunal Constitucional en la STC 006-2006-PC/TC plantea el concepto de “cosa juzgada constitucional”, con lo cual se cierra el círculo de la influencia y control del Tribunal Constitucional sobre el Poder Judicial y lo dice al final de la cita: “Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales”. Lo que no dice el Tribunal es que cuando se refiere a decisiones jurisdiccionales se tiene en mente “sus decisiones jurisdiccionales”, interesando solo lo que ellos determinan como conveniente. Finalmente ellos –el Tribunal– son los que pueden establecer que es verdad y que no lo es.
- 4.2.-** Se pone en discusión, además, la aseveración en cuanto a que los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo el riesgo –señala el Tribunal– de vulnerar no solo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico, añadiendo a lo dicho que si fuera el caso así, se habría subvertido el ordenamiento constitucional en su totalidad, introduciendo elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Esto es complementado, con lo dicho más adelante, cuando el Tribunal señala que en materia de procesos constitucionales, existe una relación de grado inferior del Poder Judicial con respecto al Tribunal Constitucional.

Lo cierto es que, como manifiesta Ana Cristina Neyra⁵⁰, la afirmación del Tribunal implica equiparar a quien interpreta de manera suprema la Constitución con la Constitución misma, y conlleva a obligar a los

⁴⁹ MONROY GÁLVEZ, Juan. «Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional». En: *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder ejecutivo y el Poder judicial*. Palestra del Tribunal Constitucional. 4 Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Domingo García Belaúnde (Coordinador) Editorial Palestra. Primera edición. Lima 2007, p. 21.

⁵⁰ NEYRA ZEGARRA, Ana Cristina. «La eficacia del proceso competencial». En: *Gaceta Constitucional*. N° 3. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, marzo 2003, p. 59.

órganos de la judicatura ordinaria a un seguimiento de los precedentes y sentencias del Tribunal Constitucional sin posibilidad de contradecir o desvincularse. Llama la atención la autora citada, que ello no parece condecirse con la propia naturaleza del precedente a nivel de Derecho Comparado, donde puede un órgano jurisdiccional apartarse del precedente, haciendo uso del overruling o revocación del precedente, haciendo las precisiones y fundamentar las razones del cambio. En el mismo sentido de la autora anteriormente citada, Juan Monroy Gálvez tampoco encuentra una situación similar a la descrita de no apartamiento del precedente establecido por el Tribunal Constitucional, dentro del derecho comparado⁵¹.

4.3.- Otro punto controvertido y necesariamente discutible es en cuanto a la nulidad de las sentencias estimatorias en casos de amparo y cumplimiento del Poder Judicial. Lo cierto es que no solo se anula cualquier sentencia sino aquellas que constituyen cosa juzgada. Como manifiesta Ana Cristina Neyra⁵², se anulan decisiones sin entrar a evaluar las particularidades o detalles de cada proceso en donde se expidió las mencionadas sentencias, afectando a quienes no forman parte en el presente proceso y por tanto, planteando una situación de indefensión, vulnerándose el debido proceso de los justiciables^{53 54}.

4.4.- Asimismo, se puede señalar que un modelo del constitucionalismo no debe suponer una extensión desmesurada de los poderes de los jueces constitucionales. Sin embargo, en un país como el Perú, en el cual, la tradición democrática –que es el mensaje y proyección del Estado Constitucional– no es desarrollada, sino al contrario, se encuentra en cierres, ha hecho que el Tribunal Constitucional adopte una posición de control y de establecer lineamientos interpretativos discutibles en cuanto a la Constitución y a su propia función, viéndolas muchas veces como ex-

⁵¹ MONROY GÁLVEZ, Juan: «Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional». En: *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*. Palestra del Tribunal Constitucional. 4 Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Domingo García Belaúnde (Coordinador). Editorial Palestra. Primera edición. Lima 2007, pp.33-34.

⁵² Neyra Zegarra, Ana Cristina: Ob. Cit., p. 59.

⁵³ Véase al respecto: JIMÉNEZ VARGAS – MACHUCA, Roxana y ABANTO TORRES, Jaime David: «La abolición de la cosa juzgada». En: *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*. Palestra del tribunal Constitucional. 4 Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. Domingo García Belaúnde (Coordinador). Editorial Palestra. Primera edición. Lima 2007, pp. 225 y ss.

⁵⁴ De similar opinión es Luís Castillo Córdova (En: *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Lima: Editorial Palestra, Setiembre 2008, p. 230).

⁵⁵ LLANOS, Marino, Prólogo a García Zárate, Oscar Augusto: *Cuadernos de Lógica: Falacias*. Segunda Edición. Lima: Editorial Mantaro, 1997.

tensiones desmesuradas. Entonces, siempre es necesario que el Tribunal Constitucional recuerde que es intérprete de la norma constitucional, pero no es la Constitución misma, la cual no promueve que la justicia ordinaria siga a pie juntillas sus precedentes y sentencias sin posibilidad de cuestionamiento, atentando contra la independencia del Poder Judicial, y, en el caso concreto que comentamos, la seguridad jurídica y cosa juzgada -a la que el Tribunal le añade el adjetivo de constitucional-. Por tanto, sí se amenaza otros bienes constitucionalmente valiosos cuando no se advierte que la intervención del juez constitucional debe ser medida y con las particularidades que hemos reseñado anteriormente.

4.5.- Igualmente, cabe indicar que las falacias son -según el profesor Marino Llanos- "formas de razonamiento no válidas, pero que por su sentido, forma y contenido resultan muy engañosas y pasan normal e inadvertidamente como válidas en muchas argumentaciones jurídicas, políticas y de sentido común".⁵⁵ Asimismo, García Zárate señala que "...las falacias nos engañan, haciéndonos admitir como válidos razonamientos que no lo son. El peligro de la falacia reside en que el error que quita valor al razonamiento permanece encubierto o disimulado. Como se comprende, un error visible sería detectado de inmediato. En las falacias los errores se hallan revestidos de una apariencia de corrección". Aclara seguidamente el profesor citado que "los lógicos usan el término falacia en un sentido más estricto o más técnico de error en el razonamiento: una falacia es un tipo de razonamiento incorrecto. Algunos razonamientos son tan obviamente incorrectos que no engañan a nadie(...). En lógica se acostumbra reservar el nombre de "falacia" a aquellos razonamientos que, aunque incorrectos, son psicológicamente persuasivos: una falacia es una forma de razonamiento que parece correcto, pero resulta no serlo cuando se lo analiza cuidadosamente". Por otra parte, se tiene que las falacias se dividen en dos clases, las formales y las no formales, ésta últimas denominadas también materiales o retóricas⁵⁶.

Ahora bien, al parecer estamos ante una falacia fundamental – aunque por momentos podría pensarse en una mentira⁵⁷ – elaborada por el Tribunal

⁵⁶ GARCÍA ZÁRATE, Oscar Augusto. *Cuadernos de Lógica: Falacias*. Segunda edición. Lima: Editorial Mantaro, 1997, pp. 7 y ss.

⁵⁷ Como expresa el profesor Atienza, "hay una importante diferencia entre las falacias y las mentiras, las primeras pueden no ser intencionales" (ATIENZA, Manuel. *La guerra de las falacias*. Tercera edición. Alicante: Librería Compas, 2008, p. 226). Se hace alusión a esta distinción en atención a que el Tribunal Constitucional peruano actúa muchas veces inducido por una situación del país, en el cual frente a la inacción del Poder Judicial de desarrollo de los derechos fundamentales y de propender a la seguridad y predictibilidad

Constitucional, falacia correspondiente al orden de las no formales o materiales, cuando señala que sus precedentes constitucionales vinculantes son de obligatorio cumplimiento e inmodificable, constituyéndose –entonces– en la Constitución misma y no en lo que le toca un intérprete de la misma, utilizando para ello aspectos como la “interpretación sistemática” del articulado constitucional y establecer en su Ley Orgánica y en el Código Procesal Constitucional, la condición de “intérprete máximo”. Igualmente sucede con la instrumentalización de la “cosa juzgada constitucional”, la cual subvierte la “cosa juzgada” emanada de la judicatura ordinaria, como consecuencia de dotar de un significado y contextualización distinta de la cosa juzgada constitucional obrante en el derecho comparado, como se ha visto en lo señalado por Néstor Pedro Sagüés.

Lo curioso de todo esto es que el actuar del Tribunal Constitucional, estaría dado por una interacción con el Poder Judicial avasallado. Así, puede ser representativo de lo que se viene diciendo la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ de fecha 13 de marzo de 2006 –citada en la propia resolución en comento aquí–, en la cual se dispuso: “todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes (...)N° 4227-2005-AA/TC(...)”. Esto no haría sino corroborar lo que Vega Reñón señala en cuanto a que “la argumentación falaz se perpetra y desenvuelve en un marco no solo discursivo sino interactivo –donde la complicidad del receptor resulta esencial para la suerte del argumento–, de modo que la dualidad de sofismas y paralogismos presenta una curiosa correlación: el éxito de un sofisma cometido por un emisor trae aparejada la comisión de un paralogismo por parte de un receptor”.⁵⁸

Es cierto que luego de la Resolución de OCMA mencionada, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a través de un comunicado de fecha 4 de abril de 2006, desconoció los efectos normativos del precedente vinculante también mencionado. Sin embargo, el hecho mismo que el Poder Judicial no asuma su rol –situación que ha venido cambiando con las últimas gestiones–, de control constitucional activo, de generar sus propios precedentes vinculantes, de desarrollo de conceptos a través de su jurisprudencia, hace que pueda considerarse su actuar dentro de esa calidad de “falacia compartida”.

jurídicas, entonces en este afán habría cometido más que una mentira intención de engañar) una falacia en su sentido de paralogismo.

⁵⁸ VEGA REÑÓN, Luis: «La argumentación a través del espejo de las falacias». En: SANTIBÁÑEZ YÁNEZ, Cristián y MARAFIOTI, Roberto (Editores). *De las falacias. Argumentación y comunicación*. Bs. As.: Editorial Biblos, 2008, p.186.

EN DEFENSA DE LA PROPIEDAD INDEBIDAMENTE EMBARGADA

ALEXANDER RIOJA BERMÚDEZ*

Resumen

En el presente artículo se desarrolla doctrinaria y jurisprudencialmente la figura de la tercería de propiedad como una institución que garantiza el derecho de propiedad de quien se ve afectado ante una medida cautelar de embargo en un proceso en el cual no es parte. De esta forma analiza los fundamentos y condiciones que se requieren para efectivizar la institución materia de estudio.

Palabras clave: Tercería - Propiedad - Embargo - Derecho de propiedad.

Abstract

This article develops the existing scholar doctrine and case law on third party claims to ownership as an institution that guarantees the ownership rights of the person affected by the precautionary measure of attachment in proceedings in which he is not a party, thereby analyzing the grounds and conditions required to enforce said institution.

Key words: Outsourcing - Third party claims to ownership - Attachment - Ownership Rights.

Sumario

1. Introducción.
2. Etimología.
- 2.1. Antecedentes históricos.
3. Concepto.
- 3.1. Desde el punto de vista sustantivo.
- 3.2. Desde el punto de vista procesal.
4. Fundamento.
- 4.1. La tercería en términos amplios.
- 4.2. Términos a diferenciar.
5. Competencia en materia de tercería.
6. Clases.
- 6.1. Acción de tercería de propiedad o de dominio.
- 6.1.1. Concepto.
- 6.1.2. Fundamento.
- 6.2. Condiciones de la acción de tercería de dominio.
- 6.2.1. Presupuestos relativos a la admisibilidad de la demanda.
- 6.2.1.1. Un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista.
- 6.2.1.2. La existencia del embargo sobre bienes y derechos.
- 6.2.1.3. Prestación de caución.
- 6.2.2. Presupuestos relativos al fondo de la pretensión.
- 6.2.2.1. No tener la condición de parte en la ejecución.
- 6.2.2.2. Tener la calidad de propietario o titular del bien o derecho materia de embargo.
- 6.2.2.3. Adquisición del bien o derecho con anterioridad a la afectación del embargo.
- 6.3. Tercería de mejor derecho o tercería de pago.
- 6.3.1. Concepto.
7. Oportunidad.
8. Efectos de la tercería de propiedad.
9. Conclusiones.

* Juez Especializado Titular de la Corte Superior de Justicia de Loreto-Poder Judicial del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

Las tercerías sean las de dominio como las de mejor derecho, se caracterizan por ser un instrumento de protección previstas en nuestro ordenamiento jurídico y que se encuentran a disposición de terceros afectados por un proceso de ejecución en el que no son parte, permitiéndoles hacer valer sus derechos e intereses y evitar de esta manera los efectos negativos de la ejecución.

El sub capítulo 5 del Título II, Sección quinta del Código Procesal Civil regula dentro de los llamados procesos que se tramitan en la vía abreviada la figura de la tercería. La cual se sustenta en el hecho por el cual se busca que la eficacia de una medida cautelar o para la ejecución respecto de determinados bienes que no le pertenezcan al ejecutado sea dejada sin efecto, lo que le da sentido a la figura de la tercería de dominio como instrumento del titular del bien materia de carga para hacer valer sus derechos.

La Tercería de dominio aparece en los casos de embargo preventivo y en el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados.

La Tercería de mejor derecho aparece en los supuestos en los que el tercero, ajeno al proceso de ejecución, afirma ser titular de un derecho de crédito preferente al presentado por el acreedor-ejecutante y solicita al juez que se pronuncie sobre qué crédito es preferente, para que éste sea satisfecho, en primer lugar, con las sumas obtenidas del embargo.

Así el artículo 533º de la norma procesal civil establece que: "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".

En tal sentido resulta que esta figura constituye el medio más específico para impugnar una medida cautelar o para su ejecución por el titular real de los bienes trlabados indebidamente, o poder garantizar su derecho preferente. Se trata, como después analizaremos, de un procedimiento especial, de carácter incidental, pero con tramitación propia, siguiendo los cauces del llamado proceso declarativo. Su carácter incidental resulta de su vinculación al procedimiento de ejecución donde se ha dispuesto el gravamen, pero tiene un objeto propio, de regulación especial, al margen de las "cuestiones

incidentales" reguladas en los artículos 533º y siguientes que se han de analizar brevemente por cuestiones de tiempo y espacio.

2. ETIMOLOGÍA

2.1. Antecedentes históricos

No se han encontrado antecedentes de las tercerías en el derecho romano, ni en el medieval, ni en el canónico, las leyes españolas desde el futuro juzgo hasta la novísima recopilación, tampoco las reglamentan, solo en la ley de enjuiciamiento española de 1855, se encuentran algunos antecedentes de ordenamiento jurídico.

La tercería de propiedad es aquella acción por la cual el propietario de un bien, afectado equivocadamente por una medida cautelar o de ejecución dictada en otro proceso para hacer efectiva una obligación ajena y en el cual no es parte, recurre ante el órgano jurisdiccional alegando que tiene la propiedad de los bienes embargados a fin de lograr la desafectación del bien.

Para Lama¹, los bienes del deudor responden por sus obligaciones. Este principio, vigente desde la Roma imperial, impide al acreedor el "ataque" a los bienes que pertenecen a personas distintas a su deudor; ello se sustenta en la naturaleza relativa de la relación jurídica obligacional; es decir, del hecho cierto que el sujeto activo de dicha relación -acreedor- solo puede formular exigencia en el cumplimiento de determinada prestación -de dar, de hacer o de no hacer- al sujeto pasivo -deudor- de la misma relación; el incumplimiento de la obligación por el deudor, habilita al acreedor a formular ante el órgano jurisdiccional pretensiones tendientes a lograr el cumplimiento por el deudor de la obligación asumida; si la obligación es de aquellas que pueden ser apreciadas patrimonialmente, y que llegado el momento el cumplimiento se reduce al abono de una determinada suma de dinero, corresponde al acreedor solicitar al juez la afectación jurídica o gravamen de los bienes que pertenecen al deudor a efecto de que, de alcanzar sentencia firme a su favor, puedan dichos bienes ser objeto de subasta o venta pública, con el objeto de recaudar el dinero que sirva para pagar al acreedor. Tales bienes, como se indica, tienen que ser necesariamente del deudor o en todo caso, de quienes, en virtud de la ley o del convenio, deban asumir la misma obligación que el deudor incumplió.

¹ LAMA MORE, Héctor Enrique. *Acercá de las tercerías de propiedad contra gravámenes que provienen de garantías reales*. En: <http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/tercerias.htm>.

Si el bien afectado jurídicamente por el juez con medida cautelar o para su ejecución –por ejemplo embargo– no pertenece al deudor, sino a una persona ajena a la relación jurídica sustantiva existente entre el demandante –acreedor– y el demandado –deudor–; corresponde a ésta persona hacer valer su derecho de propiedad a efecto de que el juez, que dictó el gravamen, detenga la subasta pública, deje sin efecto tal medida y le entregue el bien libre del mencionado gravamen. La acción que éste tercero hace valer ante el órgano jurisdiccional se conoce como la *tercería excluyente de propiedad o tercería de dominio*; la doctrina y los sistemas procesales contemporáneos, han establecido que el juez que debe conocer de esta acción es el propio juez que dictó el embargo o medida cautelar; es decir, el juez que conoce del proceso principal.

3. CONCEPTO

El artículo 533º del Código Procesal Civil ha establecido que “[l]a 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”.

“La tercería de propiedad es la acción que corresponde al propietario de un bien que resulta afectado por una medida cautelar o de ejecución dictada para hacer efectiva una obligación ajena y, tiene como finalidad la desafectación del bien.”².

Para Hinostroza “la tercería (en general), *estrictu sensu*, es el proceso por el cual el tercero (que actúa aquí como demandante) se opone a los intereses de los sujetos activo y pasivo de la relación jurídico procesal que encierra en forma accesoria la medida cautelar que perjudica al primero de los nombrados, ya sea para exigir el levantamiento de una medida precautoria indebidamente tratabada sobre un bien de su propiedad o para reclamar su derecho a ser reintegrado de su crédito de manera preferencia con el producto obtenido del remate de los bienes de su deudor afectados por una medida cautelar a favor de otro acreedor”³.

En palabras de Enrique Falcón⁴: “se llama tercería a la pretensión independiente de un tercero ajeno al proceso, que pretende el dominio de

² CAS N°: 991-98 / HUANUCO.

³ HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2008). *Procesos civiles relacionados con la propiedad y la posesión*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 321.

⁴ FALCÓN, Enrique M. (1978). *Derecho Procesal Civil, Comercial y laboral*. Bs. As.: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. p. 86.

los bienes embargante sobre dichos bienes". En opinión de Lino Palacios "en términos generales, denominase tercería a la pretensión que puede interponer una persona ajena a las partes que intervienen en un determinado proceso a fin de que se disponga el levantamiento de un embargo en ese proceso sobre un proceso de su propiedad que se le reconozca al derecho a ser pagado con preferencia al embargante al producto de la venta que ha sido objeto de dicha medida".

Sin embargo, consideramos que es posible encontrar dos puntos de vista desde los cuales puede ser definida la institución bajo comentario:

3.1. Desde el punto de vista sustantivo

Derecho que deduce un tercero entre dos o más litigantes, reclama por un derecho propio. Punto de vista acogido en sede casatoria cuando se precisa que: "Se entiende por tercería de propiedad, aquel derecho que deduce un tercero entre dos o más litigantes, o por suyo propio, o coadyuvando en pos de alguno de ellos, teniendo por objeto el recuperar, por tercera persona, los bienes embargados que al tiempo de ejecutarse una medida de embargo eran de su propiedad".⁵

Podetti anota lo siguiente: "En su acepción común, aun dentro del vocabulario jurídico, tercero es una persona ajena a una relación o a una controversia suscitada entre otras.

Yo lo empleo con un significado más amplio, que es diverso del precedente. El proceso común y también considerado históricamente tiene dos sujetos: actor y reo demandado, que con el juez constituyen la trilogía romana que da origen a la idea de la relación jurídica, simples o compuestas, los sujetos clásicos son dos: actor (primus) y demandado (secundus). Pero puede intervenir voluntariamente o por llamados por las partes o por el juez, antes o después de trabado la contienda, otro sujeto (tertius) que bien puede ser como (litis consorte, coadyuvante substituto o sucesor del actor) o Demandado, pero que es siempre un nuevo sujeto distinto físicamente a los anteriores y jurídicamente también, aun cuando sea solo en matices de su interés.

A este Nuevo Sujeto, lo llamo tercerista o tercero, con el significado de que nos es *Premius* (actor originario) ni *secundus* (demandado originario). Así llamo tercerista: llamado en garantía real (real o personal) el denunciado por

⁵ CAS N°: 1859-97 / LA LIBERTAD 28-12-1999. El Peruano 28-12-1999. p. 4424.

ficto poseedor y todo aquel que por su interés propio directo o por defender un interés ajeno a fin defender el propio, sea ese interés originario o por cesión, sucesión o substitución, interviene en un proceso pendiente, sea como litisconsorte de los sujetos originales, en lugar de uno de los o en forma incluyente.

En resumen, cuando posteriormente a la demanda, o sea al ejercicio por el actor de la facultad de pedir protección jurídica interviene otros sujetos (fuera del demandado o demandados contra quienes se dirigió la demanda), sustituyendo coadyuvando con los sujetos principales, sostengo que hay TERCERIA. Puede haber pluralidad de actores o de demandados o no, pude haber un nuevo sujeto frente a actor o demandado originario (tertius en sentido restringido) o no. Puede haber o varios litis o controversias"⁶.

3.2. Desde el punto de vista procesal

Pretensión jurídica que se tramita vía proceso abreviado por el cual una tercera persona reclama ingresar en la relación jurídica procesal expresando un derecho incompatible con el remate o un derecho preferente de pago. Persona que ejecuta una acción ajena a un juicio, invocando a su favor un derecho de tercería.

Punto de vista que también es acogido en sede civil cuando se precisa que "La tercería de propiedad es la acción que corresponde al propietario de un bien que resulta afectado por una medida cautelar o de ejecución dictada para hacer efectiva una obligación ajena y, tiene como finalidad la desafectación del bien"⁷.

Señala Ortells Ramos que "desde el punto de vista procesal, este embargo es válido y eficaz. Esto supone que podrán acordarse las medidas de garantías del embargo trulado, que los bienes podrán ser sometidos a los procedimientos de realización forzosa previstos en la Ley y que podrán ser adjudicados los mismos. Todo ello sin que la circunstancia de no pertenecer los bienes al ejecutado repercuta, por sí sola, en la falta de validez y eficacia procesales de estos actos de ejecución"⁸.

Podemos señalar que la tercería viene a ser aquella pretensión deducida por un tercero en un proceso, del cual no es parte sustantiva ni procesal, en cuya

⁶ PODETTI (1949). *Tratado de tercería*. Bs. As.: Ediar S.A. Editores. pp. 32-34.

⁷ CAS N°: 991-98 / HUANUCO.

⁸ ORTELLS RAMOS, M. *Proceso Civil Práctico*. Ob. Colectiva (Coord. GIMENO SENDRA, V.). Madrid: Ed. La Ley, 2002. p. 969.

virtud reclama el levantamiento de un embargo trabado sobre un bien de su propiedad, o el pago preferencial de su crédito con el producido de la venta del bien embargado. Estos son los únicos supuestos en que resulta posible plantear una Tercería, debiendo diferenciarse de los casos de Intervención de terceros en un proceso, que fueran mencionados anteriormente y cuyos presupuestos son mucho más amplios que los de las Tercerías.

Si señalamos la necesaria existencia de un embargo trabado sobre un bien de propiedad del tercerista, debemos dejar en claro que el embargo debe hacerse efectivo y no solo decretado, puesto que recién al hacerse efectivo el embargo ocurre la afectación del bien. También cabe mencionar que al referirnos a un Bien, incluimos en el término a los bienes inmuebles, muebles, derechos intelectuales, industriales, etc.

Existe criterios jurisprudenciales en los cuales se acepta la posibilidad de interponer la tercería en los proceso de ejecución de garantía hipotecaria, así, se señala que: “(...) la tercería... resulta factible su interposición en un proceso de ejecución de garantía hipotecaria; toda vez que, la hipoteca es un acto jurídico sustantivo, que crea un derecho real de garantía que se constituye voluntariamente, para respaldar obligaciones propias o de terceros. (...) en este caso el derecho de los terceristas, para ser opuestos al derecho del acreedor hipotecario, debía ser inscrito con anterioridad al de éste; por lo que, su trascendencia para prevalecer o no sobre la garantía real tiene que merecer análisis en sentencia”⁹.

4. FUNDAMENTO

4.1. La tercería en términos amplios

El proceso, en principio, vincula solo al demandante y al demandado, pero, frecuentemente, se extiende también a terceros que pueden encontrarse afectados de dos maneras, según se trate de un proceso de conocimiento o de ejecución. Así también lo ha hecho saber nuestra Corte Suprema cuando ha precisado que; “Se entiende por tercería de propiedad, aquel derecho que deduce un tercero entre dos o más litigantes, o por suyo propio, o coadyuvando en el de alguno de ellos, teniendo por objeto el recuperar, por tercera persona, los bienes embargados que al tiempo de ejecutarse una medida de embargo eran de su propiedad”¹⁰.

⁹ CAS. N° 1162-02 JUNIN. El Peruano: 03-02-2003, p. 9991.

¹⁰ CAS N°: 1859-97 / LA LIBERTAD. El Peruano 28-12-1999, p. 4424.

En el primer caso, el tercero defenderá su derecho interviniendo en la relación procesal para evitar las consecuencias de una sentencia desfavorable; en el segundo, lo hará conservando su calidad de tercero para reclamar el dominio del bien embargado, o una preferencia sobre el producido de la venta de la misma para el pago de su crédito.

4.2. Términos a diferenciar

En nuestro proceso judicial, el trámite se realiza entre dos partes: demandante y demandado; así también, la Sentencia resultante del litigio solo se referirá a dichos sujetos, pero suele ocurrir que la Sentencia que recaiga en el juicio pueda afectar los intereses propios de un tercero, o bien ese tercero, según las normas legales, hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en el juicio. Dicho de otra manera, esta persona puede tener un interés legítimo en el modo como dicha litis será decidida.

En este supuesto, aparece en la litis quien se denomina como **tercero interviniente**, una persona que comparece por iniciativa propia, en defensa de su patrimonio o derechos, en un pleito iniciado por otros, cualquiera sea el estado y la instancia en que se encuentre aquél.

Tercero: persona que nada tiene que ver con la relación jurídica sustancial. Ej. Contrato de compra venta. Extraño en proceso.

Tercería: persona que está legitimada para ingresar a una relación procesal. Pretensión procesal: acción procesal.

Tercerista: el juez acepta participación de tercera persona como parte del proceso.

La tercería se entiende con el demandante y demandado y solo 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. Al respecto FALCON precisa que la tercería de dominio es aquella “(...) en la que el tercerista reclama la propiedad de la cosa embargada”¹¹.

Otorga una legitimación *ad causam* plenaria y da al interveniente el carácter de sujeto procesal primario. Se da cuando existe una relación de hecho provocada por un proceso suscitado entre otras personas y el derecho del tercerista.

¹¹ FALCÓN, Enrique (1978). *Derecho procesal Civil, comercial y laboral*. Bs. As.: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, p. 86.

5. COMPETENCIA EN MATERIA DE TERCERÍA

Los procesos de tercería se tramitan en la vía abreviada, conforme lo precisa el artículo 486º del Código Procesal Civil. Por lo tanto los jueces competentes para su conocimiento son los civiles y los de paz letrado (artículo 488º del CPC).

No obstante, en la medida de que la tercería presupone un proceso ya iniciado en el cual se encuentra pendiente la ejecución de un bien que no es de propiedad del deudor principal de la obligación incumplida (o de un tercero responsable), su trámite corresponde que lo conozca el mismo juez que conoce el proceso ya iniciado, o el juez que ordenó la medida cautelar que afecta el bien (artículo 100º del CPC). Por esa razón se dice que la naturaleza de este proceso es incidental, en tanto su trámite no puede desligarse de la competencia del juez que conoce el proceso principal.

Con relación a la norma antes señalada existe un posición muy interesante por parte de la Profesora Eugenia ARIANO, para quien “Quizá la clave para determinar quien es el Juez competente esté justamente en el artículo 100º del CPC, artículo en el que cayendo en un viejo equívoco, se concibe a la tercería como una “intervención de terceros”, cosa que obviamente no es tal pues la tercería promueve un proceso declarativo autónomo a instancia del tercerista en contra de las partes del otro proceso y no una inserción de un (hasta ese momento) tercero en un proceso pendiente *inter alios*. Pero la (quizá única) valía del artículo 100 del CPC está justamente en que al discutir impropriamente de “intervención” nos está indicando ante quien se debe plantear la tercería como toda “intervención” ante el juez del proceso”¹².

Respecto de la competencia Lama More precisa que el juez competente para conocer la demanda de tercería de propiedad es el mismo juez que tiene a cargo el proceso donde se dictó la medida cautelar o para la ejecución. No se incluye en este supuesto, el gravamen originado en una garantía real, como es el caso de la hipoteca, pues tal afectación jurídica no tiene su origen en una decisión jurisdiccional, sino en una decisión voluntaria celebrada entre el acreedor y el constituyente de la garantía o en todo caso en una disposición legal –hipoteca legal–, pues aún cuando el tercero acredite la propiedad del bien afectado con hipoteca, tal afectación no podrá levantarse en dicho proceso abreviado de tercería, pues el título registral que da origen

¹² ARIANO DEHO, Eugenia. «La tercería de “propiedad” en el CPC de 1993: sus problemas y sus atajos». En: *Dialogo con la Jurisprudencia. Cuadernos Jurisprudenciales*. N° 39, Primera edición. Setiembre 2004. pp. 03-17.

al gravamen hipotecario no se origina en una decisión judicial, como es el caso del embargo o medida cautelar; en tal caso el interesado deberá acudir con una demanda -distinta a la de tercería- donde el objeto del proceso sea la ineficacia o invalidez de la garantía real; invalidada la garantía o declarada la ineficacia de tal derecho, recién se puede disponer el levantamiento de la hipoteca, lo que no es posible jurídicamente en el proceso de tercería.

Como ya ha quedado claramente establecido puede intervenir en un proceso un tercero (es decir aquel ajeno a la relación sustantiva que la originó y a la relación procesal instaurada, quien pretende se le reconozca su derecho en posición a los litigantes en dicho proceso, como consecuencia de una medida cautelar ejecutada respecto de un bien o bienes de su propiedad o respecto del cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar concedida. El juez de la pretensión principal resulta competente para que conozca la acción de tercería interpuesta.

6. CLASES

Conforme se aprecia de la norma procesal y de la doctrina, se señala la existencia de dos clases de tercería, la primera llamada tercería de propiedad (o excluyente de dominio) y la segunda llamada tercería de derecho preferente (o de pago).

6.1. Acción de Tercería de Propiedad o de dominio

6.1.1. Concepto

La tercería de propiedad es la acción que corresponde al propietario de un bien que resulta afectado por una medida cautelar o de ejecución dictada para hacer efectiva una obligación ajena y, tiene como finalidad la desafectación del bien.

Para Hinostroza la tercería de propiedad es el proceso destinado a acreditar el dominio de un bien sobre el cual recae una medida cautelar o para la ejecución dictada en otro proceso, para si lograr su desafectación por haber sido dicha medida indebidamente solicitada y decretada. Sin embargo precisa además que, la tercería de propiedad también puede ser promovida con el objeto de lograr la cancelación de las garantías reales que afectan el bien del tercero perjudicado, siempre y cuando su derecho de propiedad se encuentre inscrito con anterioridad a la afectación real en cuestión¹³.

¹³ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2010). *Procesos Abreviados*. Tomo VIII. Lima: Jurista Editores. p. 397.

Igualmente al respecto, Lama More señala que históricamente la tercería de propiedad o excluyente de dominio ha sido pensada con el objeto de que juez que dispuso un embargo –o medida cautelar– sobre un bien que no es del demandado, disponga su levantamiento –o desafectación– si el tercero acredita la propiedad del referido bien; ello supone el dictado de una medida provisoria de suspensión del proceso –solo respecto del bien cuya propiedad invoca el tercero–, aún cuando éste se encuentre en la etapa de ejecución, con sentencia firme; el juez competente para conocer la tercería de propiedad es el mismo que dictó la citada medida cautelar.

Al tratar la tercería de dominio, Juan Montero Aroca manifiesta lo siguiente, *“Por medio de esta tercería se formula por el tercero oposición a un acto concreto de embargo, pidiendo que se levante la afección decretada sobre un bien determinado. Para ello el tercero tiene que afirmar, bien que es dueño de ese bien (y que no lo ha adquirido del ejecutado una vez decretado el embargo), bien que es titular de un derecho que, por disposición legal, puede oponerse al embargo o a la realización forzosa del bien embargado como perteneciente al ejecutado. El objeto de la tercería se reduce así al alzamiento del embargo, que es pedido por el tercerista y que es negado por el ejecutante y, en su caso, por el ejecutado, los cuales no pueden pedir cosa distinta”*¹⁴.

6.1.2. Fundamento

Al respecto debe precisarse que el sustento de esta figura está íntimamente vinculada con el derecho de propiedad, derecho real a través del cual determinado bien se encuentra sometido a la acción y voluntad de una persona. Por ello Hinostroza¹⁵ precisa que el proceso de tercería se basa en la protección del indicado derecho real, significando el ejercicio de la acción reivindicatoria cuando en alguna litis se afecten los derechos del titular. Cabe resaltar que si bien el bien sobre el cual recae la medida precautoria o para la ejecución fuese solo poseído por el sujeto procesal que la sufre en forma inmediata, será el propietario quien podrá reivindicarlo haciendo uso de la tercería de propiedad.

Para Alsina “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona, es exclusivo y el propietario puede impedir a terceros el uso, goce o disposición de la cosa;

¹⁴ MONTERO AROCA, Juan. (2001). *El Nuevo Proceso Civil Ley 1/2000*. 2da Edición. Valencia: Edit. Tirant Lo Blanch, pp. 763-764.

¹⁵ HINOSTROZA (2010). *Op. Cit.*, p. 400.

es perpetuo y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública previa desposesión y una justa indemnización.

Por ello señala que: "Cuando se embargan bienes pertenecientes a un tercero, éste puede oponerse invocando su derecho de dominio, para el cual se le autoriza por la ley a deducir la acción de tercería. Pero esta es una facultad que se le acuerda, porque tratándose de inmuebles, no pierde el dominio por el hecho de que se hubiera vendido en la ejecución ya que podrá reivindicarlo del tercer adquiriente mientras su derecho no se haya extinguido por prescripción"¹⁶.

Así, también lo entiende la norma procesal artículo 533º del Código en el cual se establece que la tercería se entiende con el demandante y el demandado, y solo **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 embargo, puede fundarse en **la propiedad** de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación.

En tal sentido, la tercería de propiedad tiene por finalidad específica la desafectación de aquel bien que ha sido afectado por una medida cautelar o de ejecución dictada para hacer efectiva una obligación ajena. En este sentido, a través de la tercería de propiedad el legislador faculta al *verus dominus* de un bien para que pueda desafectarlo y así evitar que su bien responda por una obligación de la cual él no es el titular, como consecuencia de un proceso del cual tampoco es parte.

Si bien conforme lo señalan los artículos 100º y 533º del Código Procesal Civil, la tercería de propiedad tiene como finalidad que se reconozca el derecho del tercerista en oposición al de aquellos que litigan en un proceso donde un bien que se atribuye de tercero ha sido afectado por medida cautelar o se encuentra para la ejecución, situación que cuando se confronta derechos reales inscritos solo puede ocurrir si se examina la buena fe de quien inscribió primero, asunto que resulta ajeno a lo debatible en tercerías de propiedad y que origina una manifiesta inconexión lógica entre los hechos y el petitorio. Demandas con la fundamentación planteada ante el inferior en grado llevan

¹⁶ ALSINA, Hugo (1963). *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*. Tomo III. Bs. As.: Compañía argentina de Editoriales S.R.Ltda. pp. 346-347.

in situ el cuestionamiento al acto jurídico contenido en el documento que encierra a la garantía real (por nulidad absoluta o por anulabilidad), lo que tampoco es materia del proceso de tercería de propiedad, ratificándose con esto la presencia, en todo caso, de la precitada causal de improcedencia en el inciso 5 del artículo 427º del Código Procesal Civil.

6.2. Condiciones de la acción de tercería de dominio

Los artículos 533º y 535º del Código Procesal Civil establecen los presupuestos, tanto objetivos como subjetivos, cuya concurrencia determina la obtención de la tutela judicial correspondiente a la tercería de dominio. Dentro de dichos presupuestos podríamos distinguir aquellos relativos a la admisibilidad de la demanda de tercería; y aquellos relativos al fondo de la pretensión.

6.2.1. Presupuestos relativos a la admisibilidad de la demanda

Señala el artículo 535º de la norma procesal que: "La demanda de tercería no será admitida si no reúne los requisitos del Artículo 424º y, además, si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta, en su defecto, si no da garantía suficiente a criterio del Juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar." Así pues, podemos señalar que, con carácter previo al pronunciamiento sobre el derecho de tercerista, y como requisitos para la admisibilidad de la demanda, deben concurrir los siguientes:

6.2.1.1. Un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista

Se trata, en definitiva, de que junto con la demanda se acompañe medio probatorio suficiente (documento público o privado señala la norma) que permita, sin prejuzgar el fondo del asunto, poner de manifiesto al magistrado la titularidad del tercerista sobre el bien o derecho embargado. Como señala Ortells Ramos "nos hallamos ante un especial requisito de admisión de la demanda, cuya exigencia está justificada porque la repercusión que la admisión de la tercería tiene sobre la ejecución -suspensión de la actividad ejecutiva sobre los bienes y derechos a los que se refiera- hace aconsejable que el tercerista acredite que su pretensión cuenta con un mínimo de fundamento"¹⁷.

¹⁷ ORTELLS RAMOS, M. (2002). *Proceso Civil Práctico*. Ob. Colectiva (Coord. GIMENO SENDRA, V.). Madrid: Ed. La Ley, p. 980.

Dicho requisito de admisibilidad de la demanda no debe confundirse con la obligación de la parte de acompañar a su escrito de demanda todos aquellos documentos en que la misma sustente su pretensión, ni con la idea de que la aportación documental inicial sea el único medio para probar el fundamento de la pretensión.

Para oponer con éxito una tercería excluyente resulta imprescindible que se acredite que la fecha de adquisición sea cierta y confiable y que preceda en el tiempo a la de medida cautelar.

Conforme señala Rodríguez Garcés¹⁸ “el tercerista debe probar de acuerdo con las reglas generales su derecho de dominio sobre los bienes embargados. Debe probar que la cosa embargada es la que reclama, y precisar la identidad de ella en tal forma que lleve al convencimiento del juez que lo que se reclama y le pertenece es precisamente el objeto embargado y no otro”.

Al demandante le corresponde acreditar en los actos postulatorios de su pretensión de manera plena su derecho de propiedad. En tal sentido debe tenerse en cuenta que en el caso de bienes muebles el accionante acreditará su derecho con la correspondiente escritura pública o Copia Literal de dominio en la que se pueda corroborar dicha afirmación. En el caso de bienes muebles deberá bastar con que se pueda establecer la posesión del bien, la misma que detentaba al momento de la ejecución de la medida cautelar dispuesta.

Al respecto Alsina¹⁹ precisa que: “cuando lo embargado fuese mueble es necesario hacer un distingo. Si el tercerista se encontraba en posesión de la cosa en el momento del embargo, probada la posesión corresponde hacer lugar a la tercería, porque el poseedor tiene a su favor la presunción de la propiedad. Aunque ninguno de los documentos presentados para justificar la posesión prueben por si solos la verdad de la fecha expresada en ellos, respecto de terceros, el conjunto de indicaciones concordantes que ellos suministran autoriza la procedencia de la tercería deducida si no hay antecedentes b de la posesión anterior del ejecutado”.

La acreditación del derecho de propiedad debe encontrarse debidamente sustentada en documento idóneo en el cual se pueda corroborar el derecho

¹⁸ RODRIGUEZ GARCÉS (1967). *Tratado de tercerías*. Tomo I. Segunda Edición. Concepción: Libotec Ltda. Editores. p. 309.

del tercerista, así en el caso que el demandante presente una minuta de compra venta que no se encuentre legalizada o certificada por notario, no otorga el sustento necesario al Juez para que admita a trámite la demanda, así, en sede casatoria se ha señalado que “La tercerista pretende acreditar su derecho con una minuta (...), la que no se encuentra legalizada o certificada notarialmente no bastando la existencia de un sello de la Notaría, por lo que dicho documento no puede ser oponible al derecho de terceros”²⁰.

Igualmente, resulta improcedente la demanda de tercería si el demandante no acredita la propiedad del bien inmueble a la fecha de formalización de la medida de embargo en forma de inscripción del referido inmueble.

De igual forma en sede casatoria se ha precisado que: “La desafectación de un gravamen hipotecario no puede lograrse a través de un proceso de tercería, sino en uno de nulidad de acto jurídico. Ya que la tercería de propiedad, tiene como presupuesto procesal fundamental que se acredite la propiedad de los bienes afectados o bien en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes”²¹.

6.2.1.2. La existencia del embargo sobre bienes y derechos

Pese a que resulta evidente la existencia de este requisito, habida cuenta que la finalidad de la tercería de dominio es que se deje sin efecto el embargo indebidamente trabado, lo cierto es que el artículo 534° de la norma procesal establece unos límites temporales a la interposición de la tercería de dominio. Según ella la tercería debe ser interpuesta en cualquier momento antes de que se inicie el remate del bien, el momento inicial debe situarse en el momento en que se haya embargado el bien o bienes a que se refiere, aunque el embargo sea preventivo, pero que incluso se encuentre en ejecución y para su correspondiente remate. En este sentido, y para atender al momento concreto del embargo hay que acudir al artículo 611° de la norma procesal que establece el contenido de la decisión cautelar así como el artículo 638 y 641° referido a la ejecución de la medida efectuada por funcionario público o realizada por secretario respectivo.

El momento final, como indica el apartado segundo del artículo 534° en relación a la tercería de propiedad puede realizarse en cualquier momento

¹⁹ ALSINA (1963). *Op. Cit.*, p. 351.

²⁰ CAS. N°. 125-2000 / LA LIBERTAD.

²¹ CAS. N°. 444-2004 LAMBAYEQUE El Peruano, 01-06-2006.

hasta antes de que se inicie el remate del bien y para el supuesto de derecho preferente hasta antes que se realice el pago al acreedor.

No obstante, si durante la sustanciación del procedimiento de tercería, el embargo es alzado mediante resolución firme, nos encontraremos ante una carencia sobrevenida del objeto por lo que, el procedimiento de tercería finalizará al haberse sustraído la materia.

Lino Palacio²² al respecto apunta que: “la admisibilidad de las tercerías cualquiera sea su clase, se haya condicionada a la existencia de un embargo. En caso contrario no existiría interés jurídico que la sustentase, porque aun en la hipótesis de que en un proceso pendiente entre otras personas la controversia versará sobre un proceso pendiente entre otras personas la controversia versará sobre el dominio de un bien de propiedad del tercerista, o sobre un crédito de éste relacionado con la cosa litigiosa, la sentencia que en ese proceso se dictará le sería inoponible y carecería por tanto de toda virtualidad para despojarlo del bien o de un derecho preferencial sobre él.

No basta, por otra parte, que el embargo haya sido ordenado, Además es necesario que haya sido efectivamente trabado. Cabe señalar asimismo, que la jurisprudencia ha extendido la admisibilidad de tercerías frente a la existencia de otra clase de medidas o situaciones procesales cuyas consecuencias equivalen esencialmente a las del embargo. De allí que se haya decidido que la pretensión de tercería puede ser interpuesta con motivo del secuestro”.

6.2.1.3. Prestación de caución

El Código Procesal Civil, en la parte final del artículo 535º establece un tercer presupuesto de admisibilidad de la demanda de tercería que no es exigible en todo caso, sino cuando no se haya acreditado el derecho por parte del demandante con documento privado o público, por lo que a criterio del juez deberá otorgar garantía suficiente.

Se trata, en definitiva, tal y como señala Montero Aroca “de proteger al acreedor frente a las dilaciones provocadas por demandas abusivas o carente de fundamento y de asegurarle, en su caso, un adecuado resarcimiento por el perjuicio que ello pudiere ocasionarle”²³.

²² PALACIO LINO (1983). *Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Tercera reimpresión. Bs. As.; Abeledo Perrot, p. 276.

²³ MONTERO AROCA, J y Otro (2004). *La tercería de dominio*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. p. 309.

Consideramos en este caso que a criterio del Juez aplicando supletoriamente la norma relativa a la contracaute, podrá disponer que se preste una de naturaleza real o personal. En este último caso se puede incluir a la caución juratoria, la que podrá ser admitida siempre que esta sea proporcional y eficaz.

Si se presenta una garantía de naturaleza personal esta deberá ser ofrecida en el escrito de tercería, siendo requisito necesario la legalización de la firma ante el secretario o especialista legal respectivo.

En el caso de la garantía de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución que admite la tercería y recae sobre los bienes de propiedad de quien la ofrece, no pudiendo ser el mismos o los mismos objeto de tercería, en tal sentido el Juez remitirá el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente.

6.2.2. Presupuestos relativos al fondo de la pretensión

Señala el artículo 533º de la norma procesal que: "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".

A tenor de la redacción de dicho artículo se puede hablar de tres requisitos relativos al fondo de la pretensión:

6.2.2.1. No tener la condición de parte en la ejecución

No solo tienen la condición de tercero el sujeto que es ajeno al procedimiento principal, sino aquel que es extraño a la deuda que mantienen ejecutante y ejecutado.

Tal como señala Montero Aroca, "el actor de la tercería ha de tener necesariamente la condición de tercero respecto del proceso de ejecución, lo que significa que no tiene legitimación quien ya es parte en ese proceso o sujeto pasivo de la ejecución forzosa"²⁴.

²⁴ MONTERO AROCA. *Op. Cit.*, p. 94.

Pero ser parte en la ejecución no es estar personado como tal en la misma, sino como ha señalado Ortells Ramos “no haber sido puesto en la posición de partes ejecutadas como consecuencia de la actividad ejecutiva”²⁵.

En definitiva quedan excluidos no solo aquellos supuestos en que la ejecución se ha despachado frente a una persona (ejecutado) sino también aquellos que, tal y como señala la norma procesal, se han visto afectados por una extensión de la responsabilidad en la vía ejecutiva, “al ser propietarios de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede”.

6.2.2.2. Tener la calidad de propietario o titular del bien o derecho materia de embargo

Como establece la norma procesal la tercería solamente puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente o para la ejecución.

Así, pues, la tutela de la tercería de dominio no solo puede concederse al titular de un derecho de propiedad sobre el bien embargado sino a aquellos otros titulares de derechos, distintos del de propiedad, pero susceptibles de ser objeto de un embargo indebido (*v.gr.* titularidad de cuentas bancarias, derecho de usufructo, derecho de copropiedad, etc.). No obstante lo anterior, lo cierto es que la gran mayoría de los supuestos que en la práctica originan el planteamiento de una tercería de dominio tienen como base el derecho de propiedad.

En relación con lo señalado, es importante precisar que el tercerista debe acreditar que en la adquisición de su derecho han concurrido todos los requisitos exigidos por la legislación civil para que tenga lugar dicha adquisición y, en particular, cuando se trate de adquisiciones derivativas, y por actos *inter vivos*, que hayan concurrido el título y el modo.

El derecho de posesión también puede ser considerado título que acredite la propiedad si se tiene en cuenta la presunción legal de la misma, de igual forma lo ha precisado la Corte Suprema²⁶ cuando señala que: “El derecho de propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; y que además, los bienes muebles se transfieren por tradición y que existe presunción de propiedad de aquel qué de buena fe y como propietario recibe la posesión de la cosa mueble”.

²⁵ ORTELLS. *Op. Cit.*, p. 975.

²⁶ CAS. N° 1066-03-UCAYALI.

Para Ramiro Podetti, quien comentando el requisito sobre el cumplimiento de formas legales de la demanda en el juicio de tercería, entre nosotros el artículo 535 del CPC, expresaba: "El título al cual se refieren estas disposiciones legales, no es necesariamente el título traslativo de dominio, otorgado de acuerdo con las prescripciones legales sino el que *prima facie*, acredite el derecho del tercerista (no olvidemos que estamos tratando aquí solo la admisibilidad de la demanda)"²⁷.

La tercería de propiedad es una pretensión propia del tercero afectado con medida cautelar o para la ejecución, y como tal, no constituye una petición al interior de este proceso. En sede casatoria se hapreciado que es nula la resolución, que pronunciándose sobre el fondo de la controversia, declara improcedente de plano la demanda, pues, debe verificar si cumple los requisitos del artículo 534º y 535º del Código Procesal Civil para su admisibilidad.

En efecto se trata de un requisito de admisibilidad, no siendo necesario que el documento acredite de manera incontrovertible el derecho invocado del tercerista, pues el juez deliberará sobre esto en la etapa procesal correspondiente. Recordemos que "el juez, lo mismo que el historiador, está llamado a indagar sobre los hechos del pasado y a declarar la verdad de los mismos; del juez, como del historiador, se dice también que no debe llevar a cabo una labor de fantasía, sino una obra de elección y de construcción sobre datos preexistentes. En la historia y en el proceso se habla de pruebas, de documentos, de testimonios, de fuentes, y de su crítica"²⁸.

6.2.2.3. Adquisición del bien o derecho con anterioridad a la afectación del embargo

La exigencia de este requisito es evidente, toda vez que la anotación de embargo no limita las facultades de disposición del titular del bien embargado. Ahora bien, debido a que la transmisión de bienes o derechos embargados es perfectamente posible y válida en el ámbito de las relaciones jurídicas y, en virtud del principio de seguridad jurídica, esa transmisión no puede perjudicar la expectativas de cobro del acreedor ejecutante, ni amparar la sustracción de un bien del deudor perseguido en un procedimiento de ejecución.

²⁷ PODETTI, Ramiro (2004). *Tratado de la tercería*. Tercera edición ampliada y actualizada por Víctor Guerrero Leconte. Bs. As.: Editorial Ediar, p. 80.

²⁸ CALAMANDREI, Piero (1945). *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Argentina: Editorial Bibliográfica, p. 107.

Pero no basta que el tercerista sea propietario o titular del derecho embargado en el momento de la interposición de la tercería, sino que como señala la norma procesal, y como venía exigiendo la Jurisprudencia, ha de serlo en el momento anterior a aquel en que se produzca el embargo, con independencia del momento en que se le de publicidad a la misma. En este sentido, debe tenerse en cuenta que una vez que se haya ejecutado la medida cautelar existe la posibilidad de que el afectado con la misma pueda interponer su pretensión.

En definitiva, la prevalencia entre el derecho del tercerista y el del acreedor ejecutante, vendrá determinada por el momento cronológico en que se produjo la adquisición de bien o derecho y aquel en que se produjo el embargo y, ello, con independencia de la publicidad registral.

No hay que olvidar, tal y como antes se ha dicho que la adquisición de la propiedad y demás derechos exige la concurrencia del título y de la tradición, en cualquiera de sus modalidades antes de que se haya producido el embargo.

En sede casatoria²⁹ se ha precisado que el Derecho del tercerista debe ser inscrito con anterioridad al del acreedor hipotecario. Para oponer el derecho de los terceristas al derecho del acreedor hipotecario, debía ser inscrito con anterioridad al de éste; por lo que, la trascendencia de aquél derecho para prevalecer o no sobre la garantía real tiene que merecer análisis en sentencia.

De igual forma si al haberse decretado la medida de embargo y encontrarse esta inscrita con anterioridad a la compraventa efectuada, no resulta amparable la tercería, toda vez que para poder oponer derechos reales es necesario que el derecho se encuentre inscrito con anterioridad al de aquel que se opone.

6.3. Tercería de mejor derecho o tercería de pago

6.3.1. Concepto

Llamada también tercería de Mejor Derecho o derecho preferente, y de igual derecho, llamada también coadyuvante, es aquella en la que el tercerista no alega ser propietario de los bienes en litigio, sino tener sobre ellos un

²⁹ CAS. N° 1162-02 JUNIN El Peruano, 03/02/2003.

derecho preferente al que pretenden los litigantes. Tiene por objeto lograr que el tercerista sea reintegrado de su crédito con los bienes embargados, y con preferencia al acreedor ejecutante.

Para ALSINA³⁰, “la tercería de mejor derecho tiene por objeto reclamar el pago de un crédito, con preferencia al del ejecutante, una vez realizados los bienes embargados. La preferencia puede resultar, en primer término de la existencia de un privilegio especial, o sea de la situación legal en que un crédito se encuentra con relación a otro frente a determinados bienes. (...) Pero, además de los privilegios, existe otra causa de preferencia que es el embargo; pues, como hemos visto, la fecha de sus inscripción en el registro de la Propiedad tratándose de inmuebles o de la notificación si fuesen créditos, determina la prelación para el pago”.

En tal sentido, esta clase de tercería denominada mejor derecho, por la que se pretende tener un crédito que debe ser pagado con preferencia al del ejecutante con el producto de la venta del bien embargado. Así también se ha precisado en reiterada jurisprudencia en sede casatoria respecto del pago de remuneraciones: Prioridad. “El pago de las remuneraciones y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. El artículo primero del Decreto Legislativo ochocientos cincuenta y seis señala que constituyen créditos laborales: i) las remuneraciones, ii) la compensación por tiempo de servicios, iii) las indemnizaciones, iv) en general, los beneficios establecidos por ley que se adeudan a los trabajadores, v) los aportes impagos tanto del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones como del Sistema Nacional de Pensiones, y los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran devengarse”³¹.

7. OPORTUNIDAD

Con arreglo al artículo 534º del Código Procesal Civil, la tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien; es decir, el verdadero propietario del bien puede interponer la demanda de tercería de propiedad, aun cuando el bien afectado haya sido convocado a remate, pero no adjudicado, logrando de esta forma la suspensión del remate y la correspondiente desafectación del bien.

³⁰ ALSINA, Hugo (1963). Op. Cit. Pp. 355-356.

³¹ CAS N° 752-05 SANTA.

Para Pietro Castro y Ferrández citado por Hinostroza³² “La demanda (de tercería de dominio) se ha de presentar dentro del tiempo conveniente para que sea útil, esto es, antes de que se haya otorgado la escritura de venta de los bienes embargados o se haya consumado ésta a favor del rematante, o se haya entregado al acreedor en adjudicación para pago. Pasados estos momentos preclusivos el tercero solo podrá hacer valer su derecho sobre los bienes mediante la correspondiente persecución civil o penal”.

En sede civil se ha precisado que: “La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien, debiendo entenderse por inicio del remate, la lectura de la relación de bienes a venderse, al acto mismo de la venta y posterior adjudicación en propiedad a favor de algún postor, que se producen en el mismo acto”³³.

Se trata de un recurso de casación interpuesto por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, relativa a la contravención de normas que garantizan el debido proceso. Estableciendo el recurrente que su demanda de tercería no ha sido presentada irregularmente. Los Magistrados de la Corte Suprema, al resolver la presente causa señalaron, que la tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien, debiendo entenderse por inicio del remate, la lectura de la relación de bienes a venderse, al acto mismo de la venta y posterior adjudicación en propiedad a favor de algún postor, que se producen en el mismo acto. En consecuencia, al haberse presentado la demanda de tercería con anterioridad a este acto, se entiende que ésta ha sido interpuesta oportunamente. Por tal razón, la Sala declaró fundado el recurso de casación interpuesto por el recurrente.

Igualmente, en el caso en el cual el bien se encuentre sujeto a ejecución (en remate) del bien, se señaló que: “Debe entenderse que la interposición de la tercería excluyente de dominio puede efectuarse hasta antes de que se inicie el acto de remate, esto es, hasta antes de que se de lectura de la relación de bienes y condiciones del remate, y no hasta antes de que se adjudique el bien a uno de los postores³⁴. Es decir, que el inicio del acto de remate se da con la lectura de los bienes y condiciones en los que se va a realizar el citado acto, por lo que resulta pertinente platear la tercería hasta dicho momento y no con posterioridad caso contrario no será ampara la pretensión del tercerista.

³² HINOSTROZA (2010). *Op. Cit.*, p. 403.

³³ CAS. 181-2002-LAMBAYEQUE, El Peruano 30-06-2003.

³⁴ CAS. N° 1064-2000 (Publicada el 30 de noviembre del 2000).

8. EFECTOS DE LA TERCERÍA DE PROPIEDAD

Tal como se ha venido señalado en líneas anteriores, la tercería de propiedad constituye un proceso a través del cual un tercero afirma: Que es titular del derecho de propiedad sobre el bien embargado o en ejecución en otro proceso; y, que su derecho de propiedad es oponible al derecho del acreedor - demandante. El objeto consiste en que el Juez ordene la desafectación de bien que afirma le pertenece. En tal sentido, podría señalarse como naturaleza. La tercería es un proceso no una intervención de terceros.

Respecto de los efectos del auto que admite la demanda de tercería de propiedad, la norma establece dos situaciones:

- 1) Si el tercerista acredita su derecho de propiedad con documento público o privado de fecha cierta. Admitida la tercería de propiedad, se suspenderá el proceso si estuviera en la etapa de ejecución, aunque esté consentida o ejecutoriada la resolución que ordena la venta de los bienes. En los casos que los bienes estén sujetos a deterioro, corrupción o desaparición o que su conservación resulte excesivamente onerosa, el producto de la venta queda afectado al resultado de la tercería.
- 2) Si el tercerista no acredita su derecho de propiedad con documento público o privado de fecha cierta, el tercerista puede obtener la suspensión de la medida cautelar o de la ejecución del bien afectado, si la garantía otorgada es suficiente a criterio del Juez.

Para Hinostroza, La admisión de la demanda de tercería de propiedad no suspende la tramitación del cuaderno cautelar, sino del proceso principal, siempre que éste se encuentre en está de ejecución forzada y no se haya dado inicio al remate. La suspensión opera entonces - en forma automática. A partir del requerimiento que hace el juzgado al demandado para que cumpla lo ordenado en la sentencia firme; de ningún modo tiene lugar antes de dicho momento procesal. esto se explica porque la tercería de dominio tiene por finalidad principal evitar la venta forzosa de los bienes del tercerista y el alzamiento de la medida cautelar indebidamente trabaada, lo que no avala la dilación del proceso principal en relación al cual se solicitó y dispuso una medida cautelar.

De igual forma señala que, la suspensión de la medida cautelar que puede obtener el tercerista en caso que no acredite que los bienes son de su propiedad obedece no tanto al objeto de la tercería, sino más que todo a la garantía

que presta con la finalidad de asegurar el resarcimiento de los daños que pueda causar tal suspensión. Es en virtud de esta garantía que se suspende la medida preventiva, siempre que sea suficiente para cubrir la obligación. Al respecto se precisa que: "El perjudicado por una medida cautelar dictada en el proceso que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado.

Si las facturas, guías y boletas de venta que acompañen no acreditan de modo alguno la propiedad alegada, debe el accionante hacer valer su derecho a través de la tercería"³⁵.

Si resultara fundada la demanda de tercería de propiedad interpuesta por el propietario del bien afectado, el juez ha de decretar el levantamiento de la medida cautelar dispuesta y cesa la suspensión del proceso principal, debiendo la parte ejecutante solicitar la afectación de otros bienes para seguir o proseguir con la ejecución forzada.

Caso contrario, si fuese declarada infundada la demanda de tercería de propiedad cesa de igual forma la suspensión del proceso principal, continuándose con la prosecución de la ejecución forzada respecto de los bienes que fueron objeto de tercería, sin perjuicio de las responsabilidades civil y penal que hubiere lugar por parte del tercerista, el pago de las cotas y costos del proceso, la multa y además la ejecución de la garantía si con la demanda incurrió en daños y perjuicios para el ejecutante.

Para Solís se puede agrupar los efectos de la siguiente manera: 1) Efectos de la admisión de la tercería.- La admisión de la demanda de tercería produce la suspensión del proceso si estuviera en la etapa de ejecución, así lo establece el artículo 536° del Código Procesal. Entiéndase entonces que, si el proceso no estuviera en la etapa de ejecución, la demanda de tercería no producirá la suspensión del proceso. Igualmente, el artículo 598°, inc. 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil española establece como efecto de la admisión de la tercería, el tema de la mejora de embargo, situación que no ha sido considerado por nuestro Código Procesal Civil, lo cual creemos que debería corregirse, pues la demanda de tercería pone en peligro la venta del bien y, consecuentemente, la obtención del dinero con el cual el ejecutante espera ver satisfecho el pago de su acreencia. 2) Efectos de la estimación en la sentencia

³⁵ Exp. N° 464-97, Cuarta Sala Civil, Corte Superior de Justicia, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 1, Gaceta Jurídica, p. 502.

de la demanda de tercería.- Si la demanda de tercería es declarada fundada, entonces se levantará el embargo y/o secuestro decretados contra los bienes del tercerista. Montero Aroca señala que lo más importante de la sentencia que decide la tercería es que su pronunciamiento principal es el relativo a la procedencia del embargo y a los únicos efectos de la ejecución en curso. Para efectuar ese pronunciamiento puede ser necesario tener que pronunciarse, de modo lógicamente previo, sobre la pertenencia del bien, pero este otro pronunciamiento no producirá cosa juzgada, por lo que es posible un proceso posterior.

En sede civil se ha precisado al respecto que: "La Sala Superior ha resuelto revocar la sentencia apelada y reformándola declaró fundada la demanda (de tercería de propiedad); en consecuencia, **dispuso la suspensión del remate del inmueble sub litis**; (...) en ese contexto la suspensión del remate ordenada en autos implica que este quede sin efecto de modo definitivo, ya que uno de los fundamentos de la acción de tercería es el derecho de propiedad."³⁶ Las negritas son nuestras.

Como ya hemos señalado los efectos de la tercería solo se producirán cuando la demanda sea admitida. A partir de la expedición del auto admisorio se suspenderá el proceso si estuviera en la etapa de ejecución, aunque la resolución que ordena la venta de los bienes esté consentida o ejecutoriada (artículo 536º, primer párrafo del Código Procesal Civil), esto es una resolución sobre la que no proceda ningún medio impugnatorio o sobre la cual no exista órgano jurisdiccional superior competente para cuestionarla.

En caso de que los bienes afectados estén sujetos a deterioro, corrupción o desaparición o que su conservación resulte excesivamente onerosa, el efecto de la admisión de la tercería recaerá sobre el producto de su venta y en esa medida el monto quedará condicionado al resultado de la tercería (artículo 536º, primer párrafo, del Código Procesal Civil). Ahora bien, si el tercerista no ha llegado a acreditar de manera fehaciente que los bienes afectados son de su propiedad, puede obtener la suspensión de la medida cautelar o de la ejecución del bien afectado si es que otorga al Juez una garantía (la cual permite respaldar el derecho del acreedor de ver satisfecho su crédito, en la medida de que cabe la posibilidad de que la tercería sea declarada infundada) siempre que, a criterio del magistrado resulte suficiente (artículo 536º, segundo párrafo del Código Procesal Civil). Por ello, "Es infundada el

³⁶ CAS N° 384-2004-JUNIN El Peruano 01-12-2005. pp. 15107-15108.

pedido de desafectación de los bienes materia de medida cautelar si no se ha acreditado fehacientemente que los bienes pertenecen a persona distinta al demandado”³⁷.

Conviene precisar que la suspensión de una medida cautelar también puede ser obtenida sin necesidad de iniciar un proceso de tercería por un sujeto que no forma parte del proceso, siempre que acredite su propiedad con título registrado. La resolución que suspenda la medida es irrecusable, sin embargo, si el pronunciamiento del juez no es favorable para el interesado todavía le queda la opción de interponer una tercería de acuerdo con lo dispuesto por al artículo 533 (artículo 539 del Código Procesal Civil).

En sede civil, se ha señalado que: “El perjudicado con una medida cautelar dictada en proceso en que no es parte, puede pedir la suspensión sin interponer tercería, anexando el título de propiedad registrado. Se presume que el poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario; ante tal presunción, corresponde al ejecutante demostrar que el bien del tercero no le pertenece a este, sino al deudor”³⁸.

9. CONCLUSIONES

- La tercería viene a ser aquella pretensión deducida por un tercero en un proceso, del cual no es parte sustantiva ni procesal, en cuya virtud reclama el levantamiento de un embargo trabado sobre un bien de su propiedad, o el pago preferencial de su crédito con el producido de la venta del bien embargado.
- El sustento de esta figura está íntimamente vinculada con el derecho de propiedad, derecho real a través del cual determinado bien se encuentra sometido a la acción y voluntad de una persona.
- La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien, debiendo entenderse por inicio del remate, la lectura de la relación de bienes a venderse, al acto mismo de la venta y posterior adjudicación en propiedad a favor de algún postor, que se producen en el mismo acto.

³⁷ Exp. N° 2276-95, Cuarta Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Ejecutorias, Tomo 4, Cuzco, 1996, pp. 357-358.

³⁸ Exp. N° 1089-98, Segunda Sala Civil, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 2, Gaceta Jurídica, pp. 511-512.

LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA CONTRATACIÓN MASIVA

REYLER YULFO RODRÍGUEZ CHÁVEZ*

Resumen

Mediante el presente ensayo se aborda el tema de la contratación masiva desde la perspectiva del análisis económico del derecho (AED), con la finalidad de delinear las pautas que fundamentan la función económica que viene cumpliendo esta forma de contratación dentro del actual escenario de intercambios económicos, caracterizado por la presencia de dos factores con especiales distinciones, la sociedad de masas y la producción masiva de bienes y servicios. Entre ellos, es la contratación masiva a través de sus diversas formas, como los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, la que permite entrelazar las transacciones mercantiles consolidando vínculos jurídicos entre los empresarios a cargo de la oferta de los bienes y servicios y los consumidores demandantes de aquellos bienes y servicios. La contratación masiva, a la vez que dota de seguridad jurídica a aquellas relaciones jurídicas de intercambio masivo, las hace rápidas y eficientes, acorde a las exigencias del mercado. Es por ello, que esta forma de contratación no solo es un "medio fin" que permite entrelazar y constituir ambos polos (empresarios y consumidores) sino que además, al consolidar el andamiaje jurídico del contrato permite reducir costos de transacción en tiempo, dinero, esfuerzo. De allí que la contratación masiva también constituya un "fin en sí misma".

Palabras clave: Contratación masiva — Función económica de la contratación masiva — Análisis económico del derecho — Producción masiva de bienes y servicios.

Abstract

This article addresses the issue of mass contracts from a perspective of law and economics, with the aim of providing guidelines on the economic function of this form of contracts within the present context of economic exchanges, characterized by the presence of two distinct factors, mass society and the mass production of goods and services. Among these, it is mass contracting, in its different forms, such as the standard form contract (contract of adhesion) and the general contracting articles that allow the articulation of trade operations thereby consolidating legal bonds between the businessmen in charge of supplying goods and services and the consumers who demand them. At the same time, mass contracting not only provides legal security to those mass contracting relations but also makes them efficient and effective according to the market requirements. Thus, this form of contracting is not solely an "objective/means" that links both poles (businessmen and consumers) but also enables the reduction of transactional costs in time, money and effort, thereby constituting a means to an end.

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

Key words: Mass Contracts – Economic Function of Standard Form Contracts
– Economic analysis of the law – Mass production of goods and services.

Sumario:

1. Introducción. 2. Génesis de la contratación masiva. 2.1. El advenimiento de la sociedad de las masas. 2.2. Los fenómenos masivos. 2.2.1. El fenómeno de la producción masiva de bienes y servicios. 2.2.2. La masificación del intercambio económico: el tráfico masivo. 2.3. Génesis de la contratación masiva. 3. La contratación masiva. 3.1. Definición de contratación masiva. 3.2. Características de la contratación masiva. 3.2.1. Falta o limitación de la negociación. 3.2.2. Despersonalización de las relaciones contractuales. 3.2.3. Elaboración en forma masiva o estandarizada. 3.3. Funciones de la contratación masiva. 4. El análisis económico del derecho contractual. 4.1. El derecho y la economía. 4.2. El análisis económico del derecho (AED). 4.3. El análisis económico del contrato. 5. La función económica de la contratación masiva. 5.1. El principio de eficiencia contractual. 5.2. El principio de rapidez contractual. 5.3. El principio de economía contractual. 5.3.1. El factor tiempo en la contratación masiva. 5.3.2. El factor dinero en la contratación masiva. 5.3.3. El factor esfuerzo en la contratación masiva. 5.4. El principio de simplificación contractual. 5.5. La función económica de la contratación masiva como fin en sí misma. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

No pasa por desapercibido en estos tiempos, la presencia cada vez más vertiginosa y generalizada de lo que autores como Atilio Aníbal Alterini denominaron “*formas modernas de contratación*”, como lo es sin duda alguna la contratación masiva o en masa. Aunque debemos hacer referencia que estas formas de contratación tienen su origen en las etapas de transformación y cambio que han venido experimentando las sociedades como producto de los avances científicos, tecnológicos y demográficos, con la consecuente implantación y auge del modelo económico capitalista, que actualmente se nos presenta con ciertos matices, como una economía social de mercado como es en el caso peruano.

Estos factores, generan el fenómeno denominado “*sociedad de masas*”, con la consiguiente pérdida del individualismo de las personas que la componen, quienes simplemente son consideradas como un conjunto uniforme, un bloque humano fácilmente manipulable por los medios de comunicación, sobre todo en el ámbito económico en donde se produce lo que se conoce como el *consumo masivo* de bienes y servicios para satisfacer las múltiples necesidades de los individuos que forman parte de las masas y que adquieren la calidad de consumidores.

Es aquí donde tienen lugar de manera muy peculiar las relaciones de intercambio masivo entre éstos y aquellos que generan bienes o servicios en forma estandarizada o en serie, relaciones que son canalizadas y dotadas de vinculación jurídica a través de los contratos masivos.

Es así que la contratación masiva, indudablemente obedece a las necesidades del tráfico masivo, es decir, de que frente a la producción en serie o en masa de bienes y servicios, corresponda la presencia de un instrumento capaz de canalizar en forma adecuada, con rapidez y eficiencia, la adquisición de estos bienes y servicios y; la mejor forma de lograr tal objetivo ha sido mediante la contratación masiva. Pues por un lado presenta la ventaja de permitir la celebración casi inmediata de innumerables contratos, evitando de esta manera la posible existencia de una "*carga contractual*", y por otro, evita que la existencia de costos excesivos en las transacciones hagan inviable e inaccesible para las partes la contratación.

Pese a que estos contratos son duramente criticados por el hecho de que eliminan, de manera total o parcial, la capacidad de negociación de una de las partes del contrato, a la que se le ha denominado la parte débil o débil contractual, pues nos hallamos ante contratos cuyos esquemas son predispuestos unilateralmente, pretendemos con el presente ensayo resaltar la gran importancia y la función trascendental que la contratación masiva viene cumpliendo para el derecho contractual y el tráfico económico.

Precisamente nos interesa describir los elementos que hacen que esta forma de contratación configure una función económica peculiar y complementaria a la función de contrato tradicional, acorde a las condiciones que exige el tráfico masivo.

2. GÉNESIS DE LA CONTRATACIÓN MASIVA

2.1. El advenimiento de la sociedad de las masas

A fines del siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX, a la par del desarrollo industrial con la invención de sofisticados inventos y el descubrimiento de nuevas fuentes de energía, se desarrollaba rápidamente un fenómeno que entraría a calar en las esferas mundiales, el aumento vertiginoso de la población y con ello el aumento de las necesidades de lo que más adelante se denominaría "*la sociedad de masas*".

Este hecho, fue en su momento objeto de numerosos estudios a fin de entender su verdadera naturaleza e implicancias, de forma que incluso Diez Picazo

llegó a considerarlo como “*uno de los fenómenos más espectaculares e importantes del acontecer histórico en los tiempos modernos*” y además como la “*causa evidente de transformaciones sociales*”¹.

Tal fue el asombro y las diversas reacciones que provocó el aumento demográfico de la población que incluso Ortega y Gasset llegó a considerarlo como “*la rebelión de las masas*” dado que su aparición alteró el curso de las relaciones en las sociedades de aquél entonces².

Pero cuál es la idea que se tiene de la “*sociedad de masas*”. Philipp Lersch señala que el término “masa” debe entenderse como “pura cantidad, una acumulación o conglomerado sin trabazón interna y sin forma externa, implica la homogeneidad de sus componentes o, cuando menos, la insignificancia de las diferencias que pudieran existir”³.

Trasladando el significado del término masa al de sociedad, el resultado preliminar que tendremos en frente es un conjunto o conglomerado de seres humanos reunidos bajo determinadas características que conforman un ente dinámico –las masas- que constituye el escenario en el cual tienen lugar un conjunto de interrelaciones también masivas protagonizadas por lo que se denominó en su momento el “hombre-masa”⁴.

En base a las características descritas, podemos ensayar una definición de lo que actualmente constituye una sociedad de masas o sociedad masiva, entendiéndola como aquél “*ente dinámico*” conformado por un conglomerado de individuos que se interrelacionan constantemente en función a los mismos factores –cuantitativos y cualitativos-, estableciéndose entre ellos una aparente uniformidad. Al interior de las masas, las relaciones se suscitan en total despersonalización y anonimato y es más, el cúmulo de personas

¹ DIEZ PICAZO, Luis. *Derecho y Masificación Social. Tecnología y Derecho Privado*. Madrid: Editorial Civitas, 1979, p. 19.

² ORTEGA Y GASSET, José. *La Rebelión de las Masas*. Primera edición. Lima: Editorial Universo, 1975, p. 48. El autor citado describía así este acontecimiento: “sencillísima de enunciar, aunque no de analizar, yo la denominó el hecho de la aglomeración, del “lleno”, “la muchedumbre, de pronto, se ha hecho visible, se ha instalado en los lugares preferentes de la sociedad. Antes, si existía, pasaba inadvertida, ocupaba el fondo del escenario social; ahora se ha adelantado a las baterías, es ella el personaje principal. Ya no hay protagonistas: sólo hay coro” (íbid., p. 49).

³ Citado por: SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predisuelto». En: *Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea* (Alterini, Atilio, De los Mozos, José Luis y Soto Coaguila, Carlos: Directores). Bogotá: Temis y Palestra Editores. Tomo I, 2000, p. 372.

⁴ El término “*hombre-masa*” apareció en la obra “*La Rebelión de las Masas*” de José Ortega y Gasset publicada en 1930. Fue utilizado para describir aquél hombre que no se diferenciaba de los demás, así como el comportamiento y las características singulares que presentaba este personaje como protagonista principal de las sociedades masivas o masificadas en pleno surgimiento.

masificadas determina los parámetros en base a los cuales el individuo-masa debe asimilar su forma de vida.

2.2. Los fenómenos masivos

La presencia y desarrollo de la sociedad de masas influyó en el curso de toda la humanidad, pues todo lo que hasta ese entonces permanecía sujeto a determinados procedimientos, cambiaría drásticamente para seguir el curso que imponía la masificación universal. De modo que los aspectos más diversos de la vida que hasta ese entonces se tenían, tuvieron que adecuar sus estructuras para hacer frente a las exigencias de la sociedad de masas con todas las consecuencias que ello implicaba.

Es así que, durante esta fase de expansión de las masas hacia los diferentes sectores del mundo contemporáneo, se originan los llamados fenómenos masivos que como anota Diez Picazo no son otra cosa que “todos aquellos donde intervienen masas de personas y en los que se tratan lógicamente relaciones masivas”⁵, fenómenos caracterizados por la despersonalización y de anonimato de las relaciones sociales.

Si bien estos fenómenos masivos tuvieron un carácter eminentemente social, pronto dejarían de ser hechos distanciados del ámbito jurídico. Por el contrario, hoy en día estos fenómenos masivos son fuente de problemas con significativa repercusión en el Derecho. Ya no son lo que Diez Picazo denominaba como problemas de “*infraderecho*” o “*subderecho*”, sino más bien actualmente se formulan como un problema de dimensiones “*macro jurídicas*”⁶.

Dentro de estos fenómenos, nos interesa particularmente el fenómeno de la producción masiva de bienes y servicios, para entender su trascendencia la contratación masiva.

2.2.1. El fenómeno de la producción masiva de bienes y servicios

Como complemento del bloque humano conformado por la sociedad de masas, se desarrolló vertiginosamente la producción, gracias sobre todo a los avances en la ciencia y la tecnología. Estos nuevos protagonistas, conformaron el elemento necesario, preciso y justo para que la insuficiente y precaria empresa

⁵ DIEZ PICAZO, Luis. *Derecho y Masificación Social. Tecnología y Derecho Privado*. Op. Cit., p. 25.

⁶ Vallet De Goytisolo había advertido la trascendencia que tendrían los fenómenos masivos, para ello trató de estudiar las interrelaciones entre el Derecho y la sociedad de masas, llegando incluso a denominar “Derecho de Masas” a aquellas relaciones o efectos que ocurrían en el Derecho a consecuencia de la masificación social, así lo dejó sentado en su obra “Sociedad de Masas y Derecho” publicada en 1968.

o taller, guiada en su mayoría por maquinaria a base de energía hidráulica, eólica o simplemente por la fuerza humana, pudieran abastecer mediante un proceso sofisticado de producción de bienes y servicios, la enorme demanda que exigían los actores de las masas.

Este aparente “*feliz resultado de acoplamiento*” completado por el engranaje de la producción, fue en su momento expresión de un complejo pero interesante proceso de transformación, donde la conjugación de una serie de elementos influidos por la ciencia y la tecnología, terminarían por afectar a la producción de bienes y servicios permitiendo así su evolución.

E. Moore describe que el empleo de la ciencia en la producción se manifestó principalmente en tres formas: “mayor complejidad y coordinación de la producción semiautomática (a máquina); incremento e intensificación de la producción mediante un dominio cada vez mayor de la energía mecánica; y multiplicación y estandarización de los productos industriales, con aumento en la variedad y en la cantidad de los artículos de consumo”⁷.

En este contexto, surge en primer término una relación “*hombre-máquina*”, cuya representación más sofisticada es la organización industrial. La antigua relación “*hombre-herramienta*” que equivalía al pequeño “*taller*”, ahora se ha convertido en una relación del hombre con la máquina, siendo su expresión principal la fábrica y la organización empresarial de la gran industria.

El punto central de este proceso evolutivo como destaca Drucker es que casi de un día para otro, “*de la noche a la mañana*”, la producción a base del trabajo artesanal, pasó a basarse en las bondades que ofrecía la tecnología⁸.

Este hecho no escaparía al pensamiento de Carlos Marx, para quien la aparición de la fábrica en aquel periodo se caracterizó por constituir “un enorme autómata compuesto de numerosos órganos mecánicos e intelectuales –máquinas y obreros– que obran al unísono y sin interrupción para producir un mismo objeto, subordinados todos estos órganos a una potencia motriz que se mueve por sí misma”⁹.

⁷ MOORE, E. «El desarrollo de la industria moderna». En: *Antología. De la Sociedad Tradicional a la Sociedad de las Masas*. GRACIARENA, Jorge y SAUTU, Ruth: Directores. Bs. As.: Editorial J.M. Álvarez, 1964, p. 270.

⁸ DRUCKER, Peter F. *La Sociedad Post Capitalista*. Título original en inglés: “*Post-Capitalist Society*”. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 1994, p. 32.

⁹ MARX, Carlos. *EL Capital*. Lima: Editorial Mercurio, 1997, p. 100. Marx advierte además que la máquina, punto de partida de la revolución industrial, reemplaza ventajosamente al operario, quien sólo maneja una herramienta; mientras la máquina trabaja a la vez muchos utensilios semejantes y actúa con el impulso de una sola fuerza, sea cual sea quien la genere (Ídem, p. 109).

Aparece así la gran industria, impulsada por nuevas fuentes de energía. El petróleo y la electricidad en reemplazo del carbón y el vapor. Las tradicionales formas de producción de bienes y servicios en talleres reducidos, a lo artesanal, con una producción limitada de artículos, son abandonadas para dar paso a la producción masiva o en serie de bienes y servicios.

Un nuevo agente se hace presente el escenario, la empresa, que gracias a su especialización, organización y el apoyo en la tecnología, lleva la batuta y el ritmo de la producción masiva de bienes y servicios. El empleo de la máquina por la empresa y en segundo término, la organización y distribución especializada del trabajo serían determinantes para alcanzar esta super producción. Como destaca Fromm, los hombres "trabajan juntos a un ritmo que señalan los expertos, con métodos que formulan los expertos, ni con demasiada rapidez, ni con demasiada lentitud, pero juntos; cada uno forma parte del todo"¹⁰.

Surge así una nueva relación "*empresa-máquina*". Pues la compleja pero eficiente organización empresarial permitió según Vallespinos, que hoy en día sea posible "obtener determinados bienes-servicios mediante el simple hecho de apretar un botón, tirar de una palanca, oprimir una tecla"¹¹. Pues debido a un conjunto organizado de elementos: máquinas equipadas a son de la tecnología, organización empresarial y la división y especialización del trabajo, se pudo aumentar la producción a gran escala de bienes y servicios. Se crea una tendencia en la forma de producción hacia la uniformidad de los artículos, los bienes y servicios producidos en masa, en forma estandarizada.

La empresa tiene desde ya una sola finalidad: producir por miles bienes y servicios acorde a lo requerido por las masas. Para Delfino Cazet la empresa cumple un rol esencial que es "el cumplimiento de operaciones sucesivas de la misma especie. Se está entonces ante la industria que produce y vende el mismo producto, la empresa que actúa entre oferta y demanda por medio de

¹⁰ FROMM, Erich. «La sociedad del siglo XX: cambios caracterológicos, sociales y económicos». En: *Antología. De la Sociedad Tradicional a la Sociedad de las Masas. Op. Cit.*, p. 379. Este mismo autor agrega lo siguiente: El cambio más manifiesto del siglo XIX al XX, es el de la técnica, el mayor uso de la máquina a vapor, del motor de combustión interna, de la electricidad, y el comienzo del empleo de la energía atómica. El proceso se caracteriza por la creciente sustitución del trabajo manual por el trabajo mecánico, y además por la sustitución de la inteligencia humana por la inteligencia de las máquinas. Mientras en 1850, el hombre proporcionaba 15 por ciento de la energía de trabajo, los animales 79 por ciento y las máquinas el 6 por ciento, la proporción en 1960 será de 3 por ciento, el 1 por ciento y el 96 por ciento respectivamente. (Ídem. p. 376).

¹¹ VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *El Contrato por Adhesión a Cláusulas Generales*. Bs. As.: Editorial Universidad, p. 186.

iguales bienes y servicios. Ello tiene un único marco posible: uniformidad en la producción o circulación de bienes o servicios, estandarización productiva”¹².

De manera que una pertinente y adecuada combinación de factores reflejaron un incremento importante en la producción y con ello se logró corresponder a la necesidad de la sociedad de masas por el consumo de bienes y servicios. Surge entonces el “*acoplamiento*” entre la necesidad masiva de bienes y servicios que emana de la sociedad de masas, y la producción masiva de aquellos por parte de la empresa.

Sin embargo, la masificación no solo afectó a la manera de producir los bienes y servicios por parte de la empresa sino también, repercutiría en la otra cara de la relación, los consumidores de tales bienes y servicios, activos integrantes de la sociedad de masas.

Antes del desarrollo tecnológico, durante “*la primera ola*” existía un protagonista en la sociedad, lo que Toffler llamó “*prosumista*” es decir aquellas personas que consumían lo que ellas mismas producían, nos dice Toffler que no eran ni productores ni consumidores. Luego, con los avances científicos y la aparición de la industria con fuentes de energía diferentes a la actividad humana, como el carbón y el vapor, se consolida una nueva relación, la de “*productor a consumidor*”. Quienes producen ya no solo se dedican a consumir lo producido, sino que existe un exceso en la producción de artículos y que sale de sus esferas de consumo para ser intercambiado en el mercado por un sector de consumidores, por un público expectante de dichos bienes y servicios producidos. Había llegado la era de “*la segunda ola*”¹³.

Así entonces, la masificación logra establecer claramente las esferas de actuación de los protagonistas de las relaciones masivas, pues como señala Vega Mere, “se acentuó la diferencia de roles entre los productores y los consumidores. Aquéllos producen, éstos consumen. Aquéllos deben crear necesidades de toda índole, éstos deben consumir todo cuanto se ofrezca en el mercado. Los industriales hacen uso de los procedimientos más adecuados para fomentar y masificar el consumo: más clientes, más consumo por cada cliente”¹⁴.

¹² Citado por: REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con Cláusulas Predispuestas. Condiciones Negociales Generales*. Bs. As.: Editorial Astrea, 1987, p. 9-10.

¹³ TOFFLER, Alvin. *La Tercera Ola*. Título original: “The Third Wave”. Traducida por: Adolfo Martín, Plaza y Juanes Editores, Undécima edición, España, 1995, p. 343. Toffler alcanza que la revolución industrial introdujo una “cuña” que separó estas dos funciones y con ello se dio nacimiento a los denominados productores y consumidores.

¹⁴ VEGA MERE, Yuri. *Contratos de Consumo. Consideraciones Preliminares Sistémáticas a Favor de su Construcción Dogmática*. Lima: Editorial Grijley, 2001, p. 32.

2.2.2. La masificación del intercambio económico: el “tráfico masivo”

La masificación de la sociedad aunada a la producción masiva de bienes y servicios reflejó un aumento considerable de las relaciones de intercambio dentro del mercado. El tráfico económico que hasta entonces circulaba con relativa calma entre productores y consumidores, tendría que hacer frente a estos factores que lo convertirían también en un “tráfico masivo”¹⁵. Había que estar acorde a los acontecimientos que se venían originando en el mundo contemporáneo. El intercambio de bienes y servicios y su consumo por parte de las masas, se había masificado.

Inicialmente existió una correlación casi equitativa, un *tráfico natural* y más o menos homogéneo de que a igual producción de bienes y servicios correspondía igual consumo de los mismos -lográndose un binomio eficiente para la asignación de los recursos-. Sin embargo, la diversificación de la empresa y su especialización en la producción, determinarían el surgimiento de una nueva situación, ya no de armonía y de correspondencia, sino más bien de desequilibrio: la producción masiva había rebalsado la capacidad de consumo en ciertos campos.

Entraba en escena un *tráfico artificial*, caracterizado la existencia de un excedente de bienes y servicios en relación a la necesidad de su consumo por parte de los consumidores, donde se recurre a la publicidad y el marketing para disminuir la brecha que se había creado, para generar mediante técnicas apropiadas, el consumo restante y agotar así el “*stock*” de todos bienes y servicios producidos “*artificialmente*”. Se generan nuevos bienes y servicios, inicialmente sin un grupo de consumo definido y suficiente como para agotarlos, para luego generar artificialmente este consumo a través de la publicidad y del marketing¹⁶.

Pero el asunto no se agotó con el hecho de utilizar a la publicidad y al marketing para autogenerar ese “*consumo faltante*” que originalmente se había hecho

¹⁵ Diez Picazo describía este hecho señalando que la evolución económica y social de nuestro tiempo se ha visto condicionada merced a la dinámica interna del capitalismo por el fenómeno de la producción en masa y, por ello mismo, se ha visto forzada a una ampliación de la masa de consumidores, que determina un ensanchamiento del número de personas que aspiran a adquirir o disfrutar de los bienes y servicios que las grandes empresas proporcionan. Este hecho ha determinado un tráfico económico, cada vez más acelerado, que se ha ido convirtiendo en lo que rigurosamente puede llamarse un “*tráfico en masa*”. (DIEZ PICAZO, Luis. *Derecho y Masificación Social. Tecnología y Derecho Privado*. Op. Cit., p. 42).

¹⁶ Esta circunstancia ya había sido descrita con precisión por De La Puente, quien afirmaba que muchas veces la verdadera necesidad de consumo por el público coincide con la provisión empresarial de bienes y servicios, de tal manera que el tráfico se realiza naturalmente. Otras, la producción de bienes y servicios supera la necesidad de consumo, por lo cual se recurre a fomentar, aunque sea artificialmente, esta necesidad. Surge la utilización de la publicidad como medio de influir sobre el pensamiento del público. (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2001, pp. 686-687).

evidente, sino que se comenzó a “*crear el consumo*”. Así lo señala Soto Coaguila cuando manifiesta que “la necesidad de que esta sociedad de masas adquiera o consuma bienes y servicios, de una u otra manera se multiplica. Objetivo de que así sea, es tarea de los productores; y la creación de estas necesidades se debe a la publicidad que juega un rol importante en este fenómeno”¹⁷.

A la luz de estos hechos, se perfecciona el anonimato de la sociedad de masas que se hace extensivo al consumo masivo. Ahora lo que importa es el individuo pero como “*dato estadístico*”, como la principal herramienta donde ejerce y despliega toda su actividad el marketing y la publicidad para proyectar cual será la capacidad de respuesta, en términos de consumo, del *hombre-masa* respecto a determinado bien o servicio que esté listo para ser lanzado al mercado. Aparece como destaca Rezzónico, el “*cliente abstracto*” identificado por lo general por el “*número de cliente*”, que es un “*dato precioso*” para ser colocado dentro del engranaje organizado por las computadoras¹⁸.

El *hombre-masa* es considerado pues como potencial agente de consumo, traducido en cifras manipulables a petición de los entes productivos. Si no existe necesidad, se la crea. Pues lo que las empresas necesitan como anota Fromm, son “hombres que cooperen sin razonamiento en grandes grupos, que deseen consumir cada vez más, y cuyos gustos estén estandarizados y fácilmente puedan ser influidos y previstos”¹⁹.

Para este mismo autor, el hombre contemporáneo presenta dos características singulares. Por un lado “*el consumismo*”. El hombre consume todo cuanto el mundo produce, éste constituye “*su gran mamadera*” y concluye indicando figurativamente que el hombre se ha convertido en “*lactante*”, “*eternamente expectante y eternamente frustrado*”. La otra cualidad es la “*enajenación*”, pues el hombre “*se siente así mismo como extraño*”, disociado de sí mismo, ya no es amo de sus propios actos sino que éstos “*se han convertido en amos suyos*”²⁰.

¹⁷ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato». En: *El Contrato en una Economía de Mercado*. Trujillo: Editorial Normas Legales, 2004, p. 145. Sobre el asunto Diez Picazo se pronuncia señalando que la empresa hoy en día se ve en la necesidad de realizar una producción masiva a base de un número probable de clientes que serán “*captados*” a través del marketing y la publicidad, a los que considera como “*fenómenos muy singularizados*”, Véase: DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Volumen primero. Quinta Edición. Madrid: Editorial Civitas, 1996, pp. 130-131.

¹⁸ REZZÓNICO, Juan Carlos. *Op. Cit.*, p. 6.

¹⁹ FROMM, Erich. «La sociedad del siglo XX: cambios caracterológicos, sociales y económicos». *Op. Cit.*, 379. Este mismo autor señala que todo el mundo es incitado a comprar todo lo que puede aún antes de haber ahorrado lo suficiente para pagar sus compras. La publicidad y todos los demás medios de presión psicológica estimulan poderosamente la necesidad de consumo mayor (ídem, p. 378).

²⁰ Citado por: REZZÓNICO, Juan Carlos. *Op. Cit.*, p. 6-7.

Entonces, el tráfico económico a la vez que se masifica, también se torna complejo. La circulación de la producción a gran escala o en serie no solo se produce espontáneamente, sino que ahora es *generada artificialmente*. El protagonista principal de tales intercambios, el hombre masificado, es manipulado para que consciente o inconscientemente adquiera aquellos productos en cuya elaboración y lanzamiento al mercado se emplearon estrategias de marketing y publicidad para lograr una respuesta instantánea de consumo. Estas relaciones conforman el tráfico económico masivo.

2.3. Génesis de la contratación masiva

La producción masiva de bienes y servicios aunada a las necesidades de la sociedad de masas que confluían en un acelerado tráfico económico, requerían que el Derecho Contractual cuente con un instrumento igual de ágil y eficiente, con la capacidad de viabilizar relaciones masivas de intercambio. En términos de Forzí, “*la producción en masa ha dado origen a la uniformidad tecnológica y esta última a la uniformidad contractual*”²¹. Para Vallespinos los contratos en masa no son sino una consecuencia de la atomización del sujeto, es decir de la masificación social, lo que hace que las relaciones contractuales comiencen a manifestarse por medio de un “*tipo contractual*” o de un “*contrato de masas*”²².

Surge entonces, un mecanismo de intercambio, una nueva estructura de contrato que partiendo de las estructuras clásicas también se masifica, se adecua a las expectativas demandadas por el tráfico masivo. Aparece el contrato masivo, en serie, estandarizado a razón del flujo económico de intercambios que así lo exige. Pues, para vincular jurídicamente a la producción masiva de bienes y servicios con el consumo de los mismos, se consolida una “*nueva forma de contratación también masiva*”, más rápida, e inspirada en la brevedad para regular y efectivizar relaciones de intercambio económico.

²¹ Citado por: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. Cit.*, p. 689.

²² VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Op. Cit.*, p. 180. Alfaro Pinillos por su parte señala como principales causas del surgimiento de la contratación masiva las siguientes: 1) acelerado desarrollo tecnológico y acentuado incremento poblacional, 2) necesidad de suministro masivo de bienes y servicios, 3) presencia de monopolios empresariales, 4) aún, no habiendo monopolios, se hace necesario la contratación en masa, 5) creación de nuevos, mejores y más rápidos modos de producción (producción en serie, masivos o a gran escala); y 6) estandarización en el modo masivo de producción de bienes y servicios (exclusión de la etapa de negociación o tratativas, ALFARO PINILLOS, Roberto y VELARDE SUSSONI, Jorge. *Compendio Práctico de Contratos Civiles, Comerciales, Bancarios e Informáticos*. Lima: Editorial San Marcos, 2003, p. 83.

3. LA CONTRATACIÓN MASIVA

3.1. Definición de contratación masiva

El maestro De La Puente considera que la contratación masiva constituye un *"sistema de contratación"*, en el cual el contenido del contrato ya no es el producto, el resultado del acuerdo conjunto de las partes, sino que éste es predispuesto total o parcialmente por una sola de ellas con antelación a su celebración. Y en este sentido, hoy en día esta forma de contratación se ha convertido en la regla, desplazando a la contratación negociada que a pasado a constituirse en un medio de contratación excepcional²³. Pues las negociaciones y los tratos preliminares tendientes a lograr un acuerdo acorde a los intereses de las partes, han sido dejados de lado. El tráfico masivo ha coaccionado hacia el uso generalizado del contrato masivo o predispuesto.

Es fácil advertir que la contratación masiva se desarrolla bajo un esquema contractual previamente determinado por uno de los sujetos contratantes, con la consecuente disminución y en algunos casos hasta la eliminación de la etapa negocial. Lo importante, dada la celeridad exigida, es la preeminencia de la predisposición unilateral del contenido del contrato.

Los sujetos que intervienen en las relaciones contractuales masivas presentan algunas peculiaridades que los diferencian de los intervenientes en otro tipo de contratos. Las partes contractuales que concurren en el mercado por lo general comprenden a quienes producen o proveen de bienes y servicios, y a quienes los consumen, pero ambos sumidos dentro de relaciones de intercambio masivas. Se trata de contratos diseñados para realizar innumerables transacciones entre los individuos que conforman las masas. Esa es la cualidad, uno de los motivos de la existencia de la contratación masiva. Pues ante la existencia de productos masivos y un consumo masivo, corresponde un contrato también masivo que los vincule jurídicamente y distribuya en cada parte contractual individualizada, derechos y obligaciones.

Así pues, la masificación generalizada impuso las condiciones que debería reunir esta nueva forma de contratación, más rápida, menos onerosa y que haga en lo posible más eficientes las transacciones patrimoniales en el mercado. Pero estas *"condiciones"* impuestas por el tráfico económico se reflejaron en la disminución y hasta la supresión de una etapa que resultaba trascendental en la celebración de un contrato paritario: *"la negociación"*. La

²³ Véase: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. Cit.*, p. 71.

rapidez dispuso obviar esta etapa contractual, lo cual ha conllevado incluso a negarle cualquier “*carácter de contrato*” a la contratación masiva²⁴.

En esta línea, Diez Picazo anota que el contrato ha dejado de ser la obra común, el fruto del esfuerzo conjunto de los contratantes, capaz de consolidarse en una regla de conducta para las partes, pues ha sucedido que una de ellas tenga que limitarse a aceptar –o en su caso rechazar– el único contrato posible²⁵. De igual forma, Soto Coaguila destaca que “*el eje central de esta forma de contratar es que las partes ya no negocian el contenido del contrato, por lo tanto, la etapa previa del contrato –negociación o tratativas– no existe en sentido lato, ya que los contratantes no se reúnen y empiezan a discutir el contenido del contrato que pretenden concertar*”²⁶. Existe una evidente carencia de negociación, pues así lo exige la rapidez con que suelen ocurrir las transacciones económicas en el mercado.

La contratación masiva es entonces, un mecanismo contractual de intercambio masivo que hace posible la concatenación de los dos factores concurrentes del mercado, la producción masiva de bienes y servicios, y el consumo masivo, dotándoles de un vínculo jurídico obligacional. Constituye una forma de contratación que atiende a las exigencias del tráfico económico, manifestándose para ello a través de formularios prerrredactados que permiten la contratación en serie de bienes y servicios, cuyos contenidos han sido fijados con anticipación a su celebración por una de las partes. Por su misma condición, limita y en ciertos casos no admite la negociación del contenido del contrato, pues lo que prima es la predisposición del esquema contractual.

3.2. Características de la contratación masiva

3.2.1. Falta o limitación de la negociación

De acuerdo a lo expuesto, es fácil identificar que una de las principales características de la contratación masiva es “*la limitación o falta de negociación*” en la formulación del contrato. Así lo hace notar Jimenez Vargas al señalar que “*las partes no negocian el contenido de estos contratos; no existen tratativas, los*

²⁴ De este criterio es por ejemplo Bullard, quien denomina a esta forma de intercambio como “*transacciones estándar*”, puesto que considera que no existe contrato alguno, al haberse negado o suprimido la libertad de negociación de una de las partes del contrato. (Véase: BULLARD GONZALES; Alfredo. «*Contratación en masa. ¿Contratación?*». En: *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima: Editorial Ara, 1996, p. 49-70).

²⁵ DIEZ PICAZO, Luis. «*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*». *Op. Cit.*, p. 131.

²⁶ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «*La contratación masiva y la crisis de la contratación clásica*», *Op. Cit.*, p. 118.

*contratantes no se sientan en una mesa a discutir las particularidades del contrato que pretenden celebrar*²⁷. Lo que prima en los contratos masivos es la presencia de un “contenido” previamente elaborado de manera unilateral por una de las partes, generalmente aquella que de alguna manera se encuentra en una posición privilegiada que le otorga la facilidad de confeccionar el contenido negocial.

Esto conlleva, a que se genere un estado de compulsión en una de las partes para aceptar la oferta sin tener siquiera la posibilidad de negociar, de discutir o de proponer modificaciones al contenido contractual. Según Gorla esta situación representa una “restricción” que se emplaza a la libertad contractual o de autorregulación negocial cuando una de las partes, por no ser igual y, por ende, libre, carece del poder de participar en la redacción del contrato que viene, finalmente, predisposto por quien ocupa una posición contractual predominante²⁸.

Así pues, la anulación parcial o total de la capacidad para negociar el contrato en una de las partes, viene impuesta por la propia naturaleza de la contratación masiva. Las exigencias económicas y sociales que emplazan a los sistemas de contratación, reflejan la necesidad de contar con un medio expeditivo y ágil para concretar acuerdos masivos, con la consecuente alteración de la etapa negocial durante el curso del acuerdo²⁹.

Esta característica trae como consecuencia inmediata lo que se conoce como la “*predisposición contractual*”, pues solo una de las partes contractuales elabora previamente todo o la mayor parte el contenido del contrato, de manera que el otro contratante se encuentra ante la alternativa de aceptar en su integridad todos y cada uno de los términos estipulados unilateralmente, o en el mejor de los casos, tendrá la posibilidad de poder negociar pero solo determinados aspectos del contrato predisposto.

La predisposición contractual del contrato masivo se materializa mediante esquemas o formularios prerrredactados que permiten la celebración de contratos en serie, a gran escala. En la contratación masiva expone Ghersi, “*el contrato está diagramado por el predisponente donde solo se ingresan a posteriori*

²⁷ JIMENEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *Op. Cit.*, p. 522.

²⁸ Citado por: STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A. *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*. Bs. As.: Editorial Depalma, 1985, p. 28.

²⁹ Ampliando este aspecto Friedmann señala que la “uniformidad” es un aspecto inevitable de la mecanización de la vida moderna y en este sentido, la redacción de miles de condiciones contractuales individuales para transacciones esencialmente análogas, sería tan antieconómica como el uso de maquinaria anticuada. (Citado por: REZZÓNICO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 10).

*los datos personales del adquiriente o usuario*³⁰. En este tipo de contratación se emplea un “único modelo”, uniforme, que se usa sin variantes para todos los contratos que se celebren.

Esto ha permitido como explican los Stiglitz, de que frente a la producción masiva de bienes y servicios y un consumo igual de correlativo a las cantidades producidas, exista “*homogeneidad de los esquemas contractuales*”.

3.2.2. Despersonalización de las relaciones contractuales

Otra característica que encontramos en la contratación masiva es la “*despersonalización de las relaciones contractuales*”, es decir el anonimato que existe entre las partes que intervienen en la celebración de un contrato con características masivas. Para Soto Coaguila, lo más característico de este tipo de contratación es que su celebración se realiza en forma inconsciente, puesto que al consumidor o usuario simplemente le interesa adquirir el bien o utilizar el servicio a un menor precio y en forma rápida; y al proveedor, comercializar el mayor número de bienes o servicios³¹.

De modo, constituye una nota característica de estos contratos, que las relaciones contractuales se establezcan con prescindencia de la identificación e interés en conocer recíprocamente al otro contratante, pues así lo exige la agilidad con que suceden las transacciones económicas masivas.

3.2.3. Elaboración en forma masiva o estandarizada

Finalmente, también es una característica de la contratación masiva, su “*elaboración en forma masiva o estandarizada*”. Los contratos masivos se generan en serie y por lo general tienen el mismo contenido, pretendiendo de este modo satisfacer las exigencias de rapidez y eficiencia que requieren las múltiples transacciones que tienen lugar dentro de la sociedad de masas, dentro de las necesidades que también son masivas requieren lógicamente de la presencia

³⁰ Citado por: BORDA, Alejandro. «La contratación en masa. Una actualización a la luz de la ley de defensa del consumidor argentina», *Op. Cit.*, p. 269.

³¹ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «La contratación contemporánea, el respeto a la autonomía privada y la protección a los contratantes débiles» En: *Revista jurídica del Perú*. Año LI, N° 23, p. 68. El mismo autor ha comentado el hecho señalando lo siguiente: no hay duda de que nos encontramos inmersos en una sociedad de consumo, donde las personas contratan todo el tiempo sin saberlo, sin tener la mínima conciencia de que lo está haciendo, convirtiendo de este modo al contrato en un instrumento jurídico de mero intercambio de bienes y servicios entre sujetos despersonalizados y donde las condiciones vienen impuestas por el productor o proveedor». (SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto», *Op. Cit.*, pp. 672-675).

de este tipo de contratación como el mecanismo más adecuado para agilizar los intercambios. Si en el mercado se producen bienes y servicios en grandes cantidades, y a la vez existe un bloque igual de numeroso de consumidores, el contrato que vincule jurídicamente a estos dos factores, consecuentemente, también tiene que ser elaborado por miles.

3.3. Funciones de la contratación masiva

Con la presencia de la contratación masiva, se complementa la función que hasta ese entonces tenía el contrato tradicional. Conforme afirma Soto Coaguila³², la contratación masiva cumple una función económica, una función social, y una función netamente jurídica.

En cuanto a la función económica, el maestro Messineo señala que el contrato tiene una función y un contenido constante, “el de ser el centro de la vida de los negocios”. Y en este sentido nos dice que realiza las más variadas finalidades de la vida económica³³. Este papel que cumple la contratación masiva le permite agilizar el intercambio patrimonial de bienes y servicios en un medio con las características de rapidez y exigencia de requerimientos masivos.

La contratación masiva cumple también una función social al constituirse en el medio que permite la satisfacción de necesidades e intereses. De manera inmediata ayuda a concretar las aspiraciones de las partes contractuales, y de manera mediata, contribuye a lograr el bienestar general de la sociedad³⁴. Pues, unos podrán vender o colocar sus productos en el mercado y otros podrán adquirirlos, al hacer esta operación económica de intercambio a través del instrumento de la contratación masiva, ambas partes logran satisfacer sus necesidades.

Finalmente, también cumple una función jurídica, connatural a su esencia contractual, pues como mecanismo jurídico de vinculación dota de eficacia jurídica a las relaciones masivas de intercambio de bienes y servicios.

³² SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «La contratación masiva y la crisis de la contratación clásica». *Op. Cit.*, pp. 154-155.

³³ MESSINEO, Francesco. *Doctrina del Contrato General*. Tomo I. Bs. As.: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 34.

³⁴ Messineo describe al respecto que dichos intereses, por el trámite del contrato hallan su satisfacción, generándose una utilidad de la que participan cada uno de los contratantes e indirectamente se beneficia también la sociedad. (Idem, p. 34). También es conocida la teoría de “la mano invisible”, consistente en que cuando el hombre actúa libremente en un mercado también libre, al satisfacer sus intereses prácticamente de modo natural, contribuye con la satisfacción de los intereses de los demás. (Véase: GUTIERREZ CAMACHO, Walter. «Economía de mercado y constitución». En: *Contrato y Mercado*. *Op. Cit.*, p. 130).

4. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CONTRACTUAL

4.1. El derecho y la economía

No cabe duda que entre Derecho y Economía, existen puntos o áreas de conexión en las cuales ambas ramas confluyen y se relacionan mutuamente. Así, El hombre como ente biológico y social, se ve necesariamente inmerso dentro de toda una gama de necesidades que deberá satisfacer, pues como sostienen GRACIARENA y SAUTU, “toda sociedad es una manera organizada de vivir, pero también es una manera organizada de satisfacer las necesidades de todo tipo de sus miembros”³⁵.

Frente a estas necesidades el hombre, “para obtener su sustento, para alimentarse, para buscar y seleccionar los bienes que satisfagan sus necesidades, ha tenido que desarrollar su ingenio. Esta actitud individual es la actividad económica, el *homo economicus*”³⁶, compuesta por aquella inclinación natural destinada a la búsqueda de los elementos necesarios para satisfacer una serie de necesidades del hombre. Ello implica consecuentemente, la búsqueda de los medios necesarios para satisfacer tales necesidades, originándose un proceso que ha sido regulado por la economía y al cual se le ha denominado “*proceso económico*”, el mismo que consiste en la búsqueda de los bienes y recursos que se requieren para satisfacer las múltiples necesidades del hombre.

No obstante, existe aquí un gran problema a resolver. Las necesidades que se buscan satisfacer son ilimitadas y por el contrario, los recursos requeridos para satisfacerlas son escasos y muy limitados. Surge así el clásico dilema que ha llevado a considerar actualmente a la economía como una ciencia que estudia las decisiones racionales en un mundo –como el nuestro– en el que los recursos son escasos frente a las necesidades humanas que tiene que satisfacer³⁷.

De no existir el Derecho, este problema económico (necesidades ilimitadas y escasez de recursos), que es uno de los más importantes que tiene que resolver la Economía, ocasionaría desorden, caos, una pugna constante entre los hombres y las naciones, quienes unos a otros tratarían de arrebatarse a

³⁵ GRACIARENA, Jorge y SAUTU, Ruth. «Conceptos básicos de economía». En: *Antología. De la Sociedad Tradicional a la Sociedad de las Masas*. Bs. As.: Editorial J.M. Álvarez, 1964, p. 224.

³⁶ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Introducción a la Juseconomía*. Segunda Edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1996, p. 8.

³⁷ POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 3.

cualquier costo los mismos bienes escasos que a su vez otros desearían para satisfacer sus múltiples necesidades.

En este estado de cosas, de eventuales conflictos, del requerimiento de un sistema adecuado para la asignación de los recursos, es necesario contar con medios adecuados de regulación. Pues, “la restitución de esa armonía, que a la vez permite una utilización acorde de los bienes, ocasiona la necesidad de ordenar el actuar humano. Una nueva actividad: el *homo iuridicus*”³⁸.

De esta manera, el Derecho interviene para regular las conductas de los individuos y de las sociedades, con el objeto de evitar la existencia de eventuales conflictos, resolviendo los ya producidos y permitiendo la satisfacción de las necesidades de la manera más armoniosa y eficiente posible. Así también lo entiende Bullard, “las leyes buscan que las personas ajusten su comportamiento a cierto conjunto de reglas, y el objetivo es que esos patrones nos conduzcan a una auténtica convivencia social, es decir a un mundo ideal en el que no haya conflictos”³⁹.

Según lo anotado, compartimos la idea de que las primeras manifestaciones en que conjugan el Derecho y la Economía son en el disfrute posesorio de los bienes, el derecho los protege permitiendo su goce pacífico⁴⁰.

Para el maestro De Trazegnies, “la influencia de lo económico sobre el Derecho puede darse como una transposición sobre el Derecho. Puede darse como una transposición inmediata del interés económico en términos jurídicos, es decir, de manera que esta transparencia de la norma permita determinar directamente el interés económico que la inspira”⁴¹.

4.2. El análisis económico del derecho (AED)

Sierralta expone que el origen del análisis económico del derecho (en adelante AED) es el sistema anglosajón y se sustenta en “la regla de los precedentes, del instrumento teórico y los principios consuetudinarios que obligan

³⁸ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Op. Cit.*, p. 8.

³⁹ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «¿Qué es el análisis económico del derecho?». En: *Scribas, Revista de Derecho*. Número 13, 2002, p. 173.

⁴⁰ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Op. Cit.*, p. 6. En el mismo sentido, el autor citado precisa que la intervención del Derecho como regulador en la obtención de los bienes para la satisfacción de las necesidades, que es el objetivo fundamental de la Economía y el origen común que tienen ambas ciencias, determina su evidente relación, pero no significa la sujeción de la primera a la segunda, ni que el Derecho sea fundamentalmente una consecuencia de la producción, pues aun cuando se interprete en muy amplio sentido el concepto de Economía, no puede constituir su contexto exclusivo. (Ídem., p. 19).

⁴¹ Citado por MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. *Introducción al Derecho Económico. Análisis Económico del Derecho y Derecho al Desarrollo*. Lima: Editorial San Marcos, Lima, 1996, p. 46.

jurídicamente a los individuos porque las han observado o mantenido en un horizonte dado de tiempo y se convierten en derecho positivo (positive law), cuando son aplicadas por los tribunales”⁴².

En AED en palabras de Pastor Santos “consiste en la aplicación del análisis económico al estudio del funcionamiento del sistema jurídico, de los problemas más importantes del Derecho. Este análisis es un método o enfoque que se aplica a un objeto distinto de aquel para el que fue concebido (el sistema económico), sustituyéndolo por el sistema jurídico”⁴³.

El AED ha contribuido con criterios, mecanismos y procedimientos mediante los cuales trata de explicar los efectos y la eficiencia, desde un enfoque económico, de las leyes y de las instituciones jurídicas. Mackay destaca la idea anotando que “es esencial considerar los efectos (económicos) que tales instituciones tienen sobre la sociedad y que resultados generan para los ciudadanos”⁴⁴.

Bullard González, uno de los más grandes exponentes y difusores del AED en nuestro país, manifiesta que el AED “se trata de la aplicación del método del razonamiento económico al Derecho. Debe destacarse, sin embargo, que no se pretende reemplazar el razonamiento jurídico; sólo se pretende complementarlo a través del uso de una perspectiva diferente”⁴⁵. Esto nos lleva a considerar por un lado, que el Derecho no es una isla alejada de las demás áreas del conocimiento, sino que es un aspecto más que conjuntamente con otros complementan el saber humano y, por otro lado, mediante la aplicación de los métodos económicos, se busca salir del análisis tradicional para obtener nuevos enfoques que proporcionan una explicación fuera de lo usual y sobre todo útil para la conducción y el fortalecimiento del sistema jurídico en su conjunto.

En tal sentido, el AED puede ayudarnos a observar e incluso descubrir perspectivas interesantes en las distintas manifestaciones del Derecho, permitiéndonos “entender los fenómenos económicos frente al Derecho, a la administración de la justicia, así como a los criterios para estructurar la ley”⁴⁶.

⁴² *Ibid.*, pp. 36-37. El análisis económico del derecho también conocido como “AED”, es denominado en Estados Unidos y en algunos países bajo la influencia del sistema jurídico anglosajón como “*Law & Economics*” o “*Economics of Law*”.

⁴³ Citado por MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. *Op. Cit.*, p. 52.

⁴⁴ Citado por ALFARO PINILLOS, Roberto y VELARDE SUSSONI, Jorge. *Op. Cit.*, p. 106.

⁴⁵ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «¿Al fondo hay sitio! ¿Puede el teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público?» En: *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima: Editorial ARA, 1996, p. 140.

⁴⁶ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Op. Cit.*, p. 110.

En todas las definiciones que se han ensayado acerca del análisis económico del derecho y que no difieren sustancialmente unas de otras, es posible destacar dos aspectos en esta disciplina, su rol normativo y su rol positivo. El primero se presenta como una función reguladora y preventiva de cambios futuros para mejorar el sistema jurídico, y el segundo, como alcanza Posner radica "en el intento de explicar las reglas y los resultados legales tal como son"⁴⁷.

Con la aparición del AED, se admitieron diversas aplicaciones en las esferas jurídicas como el Derecho Penal, el Derecho Civil, el Derecho Constitucional, el Derecho Comercial, el Derecho Procedimental, entre otras ramas, a fin de analizar con métodos proporcionados por el AED, el funcionamiento de las diversas normas e instituciones jurídicas.

Estas aplicaciones giran en torno al elemento central que sustenta la teoría del AED: "*la eficiencia*". Así, el sistema jurídico es analizado para determinar la eficiencia de sus normas e instituciones jurídicas, partiendo de la estrecha relación entre el Derecho y la Economía. Pues debe tenerse en cuenta que "El Derecho y la Economía no están para explicarse así mismas, sino para permitirnos entender, de una mejor manera, la propia realidad con la que están comprometidas"⁴⁸.

Dentro del AED, particularmente no interesa el análisis económico de Ronald Coase basado en los "*costos de transacción*", que permitió un mejor entendimiento de cómo funciona el sistema jurídico. Pues como destaca Bullard, el concepto de costos de transacción nos explica por qué no todo se puede solucionar a través del mercado⁴⁹.

A partir de allí se empieza a delinear que la función del sistema jurídico consiste "en primer lugar, en intentar reducir lo más posible los costos de

⁴⁷ POSNER, Richard A. *Op. Cit.*, p. 28.

⁴⁸ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «Ronald Coase y el sistema jurídico. Sobre el Nobel en Economía». En: *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima: Editorial ARA, 1996, p. 135.

⁴⁹ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «Ronald Coase y el sistema jurídico. Sobre el Nóbel en economía». *Op. Cit.*, p. 135. Ronald Harry Coase, es considerado como el fundador del análisis económico del derecho o *Law of Economics*. En 1960 publica su obra cumbre "*El Problema del Costo Social*" o "*The Problem of Social Cost*", a la que posteriormente se la conoce como el "*Teorema de Coase*". Ronald COASE, considerado como uno de los mejores tratadistas del análisis económico del derecho, fue galardonado con el Premio Nobel a la economía en el año 1991. Este destacado profesor formula un postulado, el "*Teorema de Coase*", basándose en un concepto fundamental conocido como los "*costos de transacción*" cuya definición radica básicamente en la idea que "*celebrar un contrato cuesta*". La genialidad de Coase radica en haber descubierto y explicado el significado de los costos de transacción y de los derechos de propiedad económicos para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía, haciendo con ello una aporte valioso para el entendimiento del sistema jurídico.

transacción -origen de toda externalidad- y en segundo lugar, cuando ello sea virtualmente imposible, cuando no puedan ser reducidos los costos de transacción, la función de la intervención pública consiste en decidir la cuestión (asignar los costos y los beneficios, los derechos) tal y como lo habría hecho el mercado, como un mercado simulado, asignando los recursos a aquella parte en que éstos resultan más valiosos”⁵⁰.

El empleo conceptual de los costos de transacción en el ámbito contractual permite evidenciar que todo contrato implica un costo, y que depende del nivel que implique dicho costo, la adopción de una “*decisión eficiente*”. Desde este punto de vista para Sierralta el Teorema de Coase se puede resumir en el principio de que “el intercambio solamente puede ser hecho cuando beneficia a ambas partes”⁵¹.

4.3. El análisis económico del contrato

En el campo del Derecho de los Contratos, el empleo del AED ha proporcionado nuevas luces que han permitido el mejor funcionamiento de las instituciones contractuales. El análisis económico ha facilitado la comprensión de la enorme importancia del contrato como mecanismo de vinculación jurídica y facilitador del intercambio patrimonial en el tráfico económico.

Bullard nos explica claramente: “para que el mercado funcione requiere de una asignación inicial de los recursos de manera que el titular de cada uno esté en capacidad de excluir a los demás de su uso y disfrute. Esto se logra, primordialmente, a través del sistema de propiedad. Pero se requiere adicionalmente que dichos recursos cuenten con cierta movilidad que le permita dirigirse a sus usos más valiosos. Esta función está asignada al sistema contractual, que presta las garantías para una fluida circulación de los recursos y para impedir la aparición de fenómenos anómalos que distorsionen la función que se le ha asignado”⁵².

Carbone y D’angelo precisan que la regulación contractual es un elemento imprescindible dentro del plano económico, pero no obstante indican, la regulación jurídica de la relación no es el ropaje formal con que vive el negocio, sino que constituye el esqueleto de la estructura misma de la

⁵⁰ FALLA JARA, Alejandro. «Responsabilidad civil y eficiencia económica: Matrimonio por conveniencia». En: *Themis, Revista de Derecho*. Segunda época, 1992, N° 24, p. 84.

⁵¹ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Op. Cit.*, p. 118.

⁵² BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «Contrato e intercambio económico». En: *Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales*. Primera edición. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 192.

operación económica⁵³. El contrato, es en esencia, el mecanismo jurídico en que concluye el intercambio patrimonial. Es la estructura, el esquema que adopta toda transacción económica y que se hace evidente a través del contrato. En este sentido, es indudable el carácter económico, connatural y constitutivo que prospera en el contrato, y que básicamente se hace evidente a través de una función económica, que deriva del propio ordenamiento legal. Pues así se desprende de nuestro ordenamiento civil, que en su artículo 1351º lo considera como un acuerdo contenido patrimonial. La propia concepción legal del contrato, le otorga el estatus de medio de regulación patrimonial o económica por excelencia, de los intereses de los contratantes.

Así entonces, la confluencia entre el Derecho y la Economía en la tarea de la asignación de recursos escasos se manifiesta concretamente en el contrato, que representa el instrumento jurídico que aporta el Derecho para canalizar el tráfico económico de bienes y servicios. Malpartida precisa "el derecho contractual cumple la función de permitir que los sujetos contratantes intercambien recursos, y a través de este intercambio se dé una asignación de recursos escasos a su uso más valioso. Esto permitirá alcanzar el máximo beneficio social"⁵⁴. Hay que tener en cuenta que es precisamente en el intercambio patrimonial de bienes y servicios que se canaliza a través del contrato, donde los costos de transacción que deben soportar las partes a fin de realizar sus transacciones, nos pueden ayudar a explicar cuando un contrato puede resultar viable y eficiente para las partes y cuando no.

A partir de los postulados del Teorema Coase, el contrato representa la evidencia más clara de que los costos de transacción han sido lo suficientemente bajos que han permitido a las partes llegar a un acuerdo, con prescindencia de alguna regulación jurídica⁵⁵. Pues hay que tener en cuenta que los costos de transacción son los costos de celebrar un contrato, y que en ciertas circunstancias, si éstos resultan demasiado elevados, podrían evitar que el acuerdo se perfeccione, o llevar a que éste se perfeccione en términos ineficientes. Es decir, la presencia del contrato manifiesta que el producto de una transacción ha tenido un resultado eficiente para los intereses de los contratantes⁵⁶.

⁵³ Citado por D'ANGELO, Angélica. «Contrato y operación económica». En: *Estudios sobre el Contrato en General*. Segunda edición. Lima: Ara Editores, 2004, p. 650.

⁵⁴ MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. *Op. Cit.*, p. 61.

⁵⁵ Alfredo Bullard indica al respecto que si los costos de transacción son lo suficientemente bajos como para hacer viable una solución contractual, la existencia de una regla legal es inocua para alcanzar el resultado final. (BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «¡Al fondo hay sitio!: puede el teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público», *Op. Cit.*, p. 147).

⁵⁶ Idem, p. 145. Sin embargo precisa Bullard que el Teorema de Coase nos enseña que la diferencia radica no en si hay o no contrato, sino en la capacidad que tiene el sistema contractual, dados los costos de transacción

La viabilidad del contrato y su posterior concreción, dependerá de cuan significativos sean los costos de transacción originados según destaca Malpartida, en la identificación, reunión, posterior negociación y efectivo cumplimiento de lo acordado, costos que las partes tienen que soportar para poder llevar a cabo la celebración del contrato. Pues como precisa el mismo Coase, para llevar a cabo transacciones de mercado, es necesario descubrir con quien deseamos transar, comunicar nuestro deseo de intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que conlleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo las diligencias necesarias para asegurarnos que los términos del contrato tengan que cumplirse y demás⁵⁷.

Los costos de transacción no son otra cosa que los costos de información, identificación, dinero, tiempo y esfuerzo que tienen que tolerar los particulares si su deseo es llevar a cabo alguna relación contractual. En palabras de Bullard, *“celebrar un contrato cuesta”*. De aquí la enorme importancia que cumplen los costos de transacción durante toda la secuencia del contrato, durante la fase preparatoria, y desde que existe hasta que se extingue. En esta línea, los costos de transacción constituyen una suerte de factores condicionantes de la existencia del contrato, pues cuando los costos de celebración sean sumamente onerosos, costosos para las partes, puede frustrarse cualquier iniciativa de concertar algún contrato.

Esto repercute directamente en el grado de eficiencia del contrato. Según ilustra Cantuarias estos costos pueden conllevar a que aún cuando una transacción pudiera ser eficiente, los costos presentes podrían evitarla o en todo caso permitir que se genere pero en condiciones más onerosas. Así también lo destaca Soto Coaguila cuando señala que es un rasgo característico de los costos de transacción que cuando sean demasiado elevados, las partes optarán por no contratar, o si contratan, deberán asumir el riesgo de que dicho contrato resulte ineficiente⁵⁸.

La eventualidad de que se generen situaciones de ineficiencia explica Cantuarias, “demanda a que el Derecho debe ingresar a regular el campo contractual, creando los mecanismos que reduzcan dentro de lo posible los “costos de transacción”, a fin de viabilizar la celebración de transacciones

existentes, para llegar a una eficiente asignación de recursos”. (BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «Al fondo hay sitio!: puede el teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público», *Op. Cit.*, p. 147).

⁵⁷ Citado por MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. *Op. Cit.*, p. 62.

⁵⁸ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto», *Op. Cit.*, p. 698.

privadas eficientes”⁵⁹. Es así como el Derecho Contractual ha creado determinados mecanismos que hacen posible no solo la existencia del contrato, dotando a los particulares de la posibilidad de contratar, sino además que su celebración se realice con costos accesibles para las partes.

Bullard indica que son dos los mecanismos que el Derecho Contractual ha desarrollado para reducir los costos de transacción a efectos de permitir una contratación eficiente:

- a. *La existencia de normas supletorias de la voluntad de las partes*, que reducen la necesidad de las partes de prever todas las contingencias posibles en el periodo de la negociación y,
- b. *La existencia de cláusulas generales de contratación y de contratos por adhesión*, que reducen al mínimo los costos de transacción existentes en la etapa de negociación⁶⁰.

La incidencia del AED, específicamente en el contrato, se evidencia mediante la implantación de dos medios para reducir los costos de transacción. Por un lado, mediante normas civiles contractuales de carácter dispositivo, que son supletorias de la voluntad de las partes y que constituyen el telón de fondo del contrato, donde se prevé todos aquellos aspectos que fueron obviados por las partes y que de ser regulados privativamente resultarían demasiado onerosos. El mismo Bullard anota que “no es necesario que las partes al negociar el contrato, se pongan de acuerdo sobre todas las posibles contingencias que pudieran surgir, pues en lo que no se haya acordado se aplican las normas del Código Civil que son supletorias al acuerdo de voluntades”⁶¹.

El otro mecanismo de reducción de costos de transacción que ha previsto el Derecho Contractual, son las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión, que son modalidades de la contratación masiva que han sido regulados por nuestro Código Civil vigente. Estas modalidades contractuales tan comunes en el comercio, simplifican la etapa de negociación del contrato, limitándola al mínimo o anulándola por completo. Los gastos que comúnmente afrontaban las partes para negociar un contrato son eliminados o reducidos mediante estas formas de contratación masiva.

⁵⁹ CANTUARIAS, Luis Felipe. «La función económica del Derecho; a propósito de los derechos reales de prenda e hipoteca». En: *El Derecho Civil Peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, mayo de 1993, p. 59.

⁶⁰ Véase: BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «¡Al fondo hay sitio!: puede el teorema de Coase explicarnos el problema del trasporte público». *Op. Cit.*, p. 150.

⁶¹ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor». En: *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. *Op. Cit.*, p. 242.

La presencia de estos contratos obedece a que nos encontramos en la segunda formulación del Teorema de Coase. Cuando los costos de transacción son tan significativos que hacen imposible arribar a un acuerdo, se requiere una decisión legal, en este, de unos contratos masivos que abrevien los costos de transacción.

En este supuesto del Teorema coasiano los costos de transacción tienen una participación esencial en el contrato, pues al ser los costos sumamente elevados, requieren de la provisión o reconocimiento de mecanismos jurídicos, en este caso por medio de las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión, para reducir e internalizar los costos de la transacción, que bajo el contexto de los intercambios masivos en el mercado, no podrían ser asumidos por las partes.

De este modo, el Derecho de los Contratos a partir de los postulados del Teorema de Coase, nos ayuda a explicar que cuando el contrato resuelve las discrepancias de las partes a través de un acuerdo es que los costos de transacción son sumamente reducidos y pueden ser asumidos por las partes sin problema alguno. Así lo destacan también Alfaro y Velarde al sostener que “el derecho de los contratos se aplica en los casos en los que, típicamente, los costos de transacción son lo suficientemente bajos como para permitir a los individuos llegar a la solución más eficiente”⁶². Pero cuando estos costos son prohibitivos, es necesaria la intervención de las normas del sistema contractual para que reduzcan prudentemente los costos de transacción, simulando el acuerdo, entendido como negociación o tratativas, al que las partes se hubieran sometido, pero que al resultar sumamente oneroso jamás hubieran podido concluir un contrato, o de haberse dado el contrato, este se vuelve ineficiente por los enormes gastos que para su celebración han tenido que soportar las partes.

Finalmente, Cooter⁶³ señala que el Derecho de los Contratos visto desde el análisis económico del derecho, cumple los siguientes propósitos:

- a. *Primer propósito:* Es el de permitir que los individuos conviertan los juegos de soluciones ineficientes en juegos de soluciones eficientes.
- b. *Segundo propósito:* Es obtener el compromiso óptimo de cumplir.
- c. *Tercer propósito:* Es asegurar una confianza óptima.

⁶² Citado por PINILLOS ALFARO, Roberto y VELARDE SUSSONI, Jorge. *Op. Cit.*, p. 136.

⁶³ *Ibid.*, pp. 128-129.

- d. *Cuarto propósito: Es la minimización de los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficiente. (Ver: C.C. Peruano de 1984 art. 1356, aplicación supletoria de las normas contractuales).*
- e. *Quinto propósito: Es corregir las fallas del mercado mediante la regulación de los términos de los contratos. (Ver: C.C. Peruano de 1984 art. 1440 y s.s., "excesiva onerosidad de la prestación" o teoría de la imprevisión y art. 1346 "modificación del monto de la cláusula penal").*
- f. *Sexto propósito: Es promover las relaciones permanentes, las que resuelven el problema de la cooperación con la menor utilización de los contratos.*

A ello cabría agregar, la presencia de los contratos masivos, como son las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión, que hacen más rápido y expeditivo el intercambio económico de bienes y servicios en el tráfico masivo, reduciendo los costos de negociación, al abstraer esta etapa del contrato de la esfera privada de los contratantes.

5. LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA CONTRATACIÓN MASIVA

Los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación son dos modalidades o expresiones de la denominada contratación masiva. La consolidación de estos contratos en nuestro Código Civil vigente como formas contractuales masivas, obedece a cuestiones eminentemente económicas y sociales, a la celeridad del tráfico de bienes y servicios, y a la necesidad de un medio de vinculación jurídica "*masiva*", con capacidad de responder sus exigencias.

Desde el Teorema de Coase las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión, constituyen uno de los dos mecanismos reductores de costos de transacción que a puesto en funcionamiento el Derecho Contractual para canalizar de manera rápida y eficiente, la producción masiva de bienes y servicios hacia la satisfacción de innumerables necesidades también masivas. Ambos contratos masivos operan reduciendo los términos contractuales de la etapa de negociación, haciendo accesible para los contratantes la posibilidad de adquirir tales bienes y servicios cuya asignación, dentro del escenario actual del intercambio económico se ha vuelto de imperiosa necesidad.

La simplificación de la negociación en el contrato acarrea como consecuencia que la elaboración de esta etapa contractual sea realizada por una sola de

las partes. En este sentido se señala: "la estandarización de los bienes y servicios que concurren al mercado lleva, indefectiblemente, a estandarizar las relaciones jurídicas vinculadas a dicha concurrencia. Las relaciones jurídicas se producen en serie. Ello exige eliminar los costos externos que ocasiona la negociación, lo que no es posible sin eliminar o limitar a ésta última. Así, la consecuencia lógica es la eliminación de la voluntad de una de las dos partes, de manera que la configuración de la relación jurídica sea una labor encargada a una de ellas"⁶⁴. Con ello se alcanza reducir los costos de transacción sobre todo para una de las partes del contrato, aquella que carece de los medios económicos y de la posibilidad para afrontar la eventual negociación de un contrato de naturaleza masiva que en términos de eficiencia, dados los enormes costos que implica contratar en el mercado, resultaría inviable la negociación.

La única forma de reducir los costos para contratar es limitando o en ciertos casos eliminando la negociación del contrato. Bullard anota que así como las empresas han logrado reducir los costos en la producción estandarizando el proceso productivo, también han logrado reducir los costos de transacción estandarizando los términos contractuales de los bienes que ellas mismas producen⁶⁵.

Morello y Stiglitz, señalan que los mecanismos de formación del contrato han experimentado una alteración debido al encarecimiento de la atmósfera consensual⁶⁶. Es decir, si contratar cuesta, es lógico que desde la perspectiva del análisis económico la tendencia sea la de reducir al mínimo los costos de transacción que implica celebrar un contrato en el mercado, a fin de permitir a los eventuales contratantes celebrar un acuerdo eficiente, aunque para ello se requiera limitar o en ciertos casos anular por completo la negociación contractual.

Para Vega Mere, "los productos requieren ser colocados prontamente en el mercado, sin trabas, sin ataduras, sin necesidad de negociar de modo

⁶⁴ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «La contratación en masa. ¿contratación?». En: Estudios de Análisis Económico del Derecho. *Op. Cit.*, p. 56.

⁶⁵ Véase: BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor». *Op. Cit.*, p. 241.

⁶⁶ Citados por: STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A. *Op. Cit.*, p. 27. Soto Coaguila expone sobre el asunto: "En este sistema de contratación la libertad contractual o de configuración interna del contrato se encuentra reducida o anulada en aras de la fluidez del intercambio de bienes y servicios a un menor costo, pues en la contratación masiva se reducen los costos que genera la contratación individual de cada contrato". (SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «La autonomía privada y la buena fe: fundamentos de la fuerza obligatoria del contrato». En: *Cuadernos de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*. Buenos Aires, Septiembre, 2002, p. 63).

diverso bienes similares: el contrato de los Códigos debe ser reemplazado por el contrato prerrredactado por las empresas, por sus provisiones, por sus cláusulas de aplicación general a todos sus acuerdos, aun a costa de la preciada libertad contractual de una de las partes (la anónima, la masificada, la que sólo vale en estadísticas, en números)"⁶⁷.

Sin embargo, esa es la función reductora de costos de transacción que cumplen los contratos masivos como las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión, costos que resultarían demasiado prohibitivos para ser asumidos por los negociantes. Es así que en aras de evitar estos costos y a fin de dotar de mayor fluidez al tráfico contractual, se recurre a este tipo de contratos como mecanismos para asignar de manera rápida y eficiente la enorme producción de bienes y servicios.

En tal sentido, los contratos masivos son una exigencia real de carácter económico y social. De índole económica, por cuanto evitan que los contratantes soporten costos excesivos cuando deseen celebrar un simple contrato, facilitando el intercambio económico. Y de carácter social, por cuanto constituyen dos mecanismos que facilitan el intercambio de bienes y servicios producidos en forma masiva, contribuyendo a la satisfacción de necesidades masivas y en última instancia, a la búsqueda de un bienestar general⁶⁸.

Para acercarnos hacia una mejor comprensión de la verdadera función que viene desempeñando la contratación masiva, como los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, es necesario describirlos desde el campo de cuatro principios que gobiernan el tráfico económico masivo: el principio de eficiencia, el principio de la rapidez contractual, el principio de economía contractual y el principio de simplificación contractual.

5.1. El principio de eficiencia contractual

Polinsky, definiendo la eficiencia desde la perspectiva del AED señala que eficiencia "es la relación entre los beneficios totales de una situación y los costos totales de la misma"⁶⁹. Aplicando el término al Derecho, Sierralta a manera de

⁶⁷ VEGA MERE, Yuri. *Op. Cit.*, p. 32. (*Ibid.*, p. 32).

⁶⁸ La finalidad de la contratación masiva radica en la fluidez del intercambio masivo de bienes y servicios, reduciendo al máximo los costos de negociación de los contratos que se celebren o concerten a fin de lograr un mayor tráfico patrimonial en forma eficiente. Todo esto permitirá, a su vez, que un número cada vez mayor de personas puedan acceder al consumo o a la utilización de los bienes y servicios. (SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto», *Op. Cit.*, p. 410).

⁶⁹ POLINSKY, A. Mitchell. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Barceona: Editorial Ariel, 1985, p. 19.

ejemplo señala que una empresa puede producir un bien de alta calidad, pero si sus costos de producción son demasiado altos, nadie estaría dispuesto a comprarlo puesto que su adquisición implicaría pagar un precio muy elevado. Concluye sosteniendo que esa empresa en ese supuesto es ineficiente. De igual forma, si una norma es técnicamente perfecta, en su origen, su formación, con exposición clara y conocida, pero sin embargo nadie o pocos están dispuestos a cumplirla, ni los jueces a aplicarla, entonces se puede decir que esa es una regla ineficiente⁷⁰. Eficiencia en términos sencillos y concretos, es un beneficio esperado o alcanzado a base del empleo de costos más o menos equilibrados y capaces de ser soportados por las partes en relación directa al beneficio buscado.

En el derecho contractual existirá eficiencia si los costos que se requieren para celebrar un contrato –costos de transacción–, no sobrepasan el beneficio o la utilidad que buscan los contratantes dentro de los límites máximos de gastos en tiempo, dinero y esfuerzo que éstos hayan previsto para afrontar una situación contractual determinada.

El problema radica en que dado los costos de celebrar un contrato, es decir, de viabilizar un acuerdo a través del mercado, son demasiado caros para las partes, la única forma de disminuirlos es mediante los contratos masivos como las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión, que actúan reduciendo del contrato los tratos preliminares, el área de negociación de las partes, permitiendo de este modo celebrar un contrato bajo los términos que exigen las relaciones de intercambio masivo. La presencia de estos contratos masivos torna más eficientes las relaciones contractuales, las hace menos onerosas para las partes y por tanto, realizables en términos de eficiencia. “Por lo tanto, para que el intercambio de bienes y la prestación de servicios en forma masiva sea eficiente para ambos contratantes – empresarios y consumidores–, es necesario utilizar un contrato estandarizado o predisuelto”⁷¹.

Diez Picazo ha destacado la idea de que el contrato tradicional no concuerda con la contratación en masa de hoy en día. Pues un mínimo de criterio de racionalización y de organización empresarial determina la necesidad de contar

⁷⁰ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Op. Cit.*, p. 160.

⁷¹ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predisuelto», *Op. Cit.*, p. 376. Friedrich Kessler manifiesta al respecto: “De la misma manera como la reducción de los costos de producción y distribución se refleja en precios más reducidos, la sociedad en su conjunto se beneficia finalmente del uso de los contratos standards”. (BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor». *Op. Cit.*, p. 241).

con un contrato único, previamente elaborado y preestablecido por medio de impresos o formularios, lo cual reduce o evita los costos de negociación que la empresa tendría que afrontar para entablar relaciones contractuales con sus eventuales clientes⁷². Esto demuestra que la eficiencia en la contratación contemporánea mejora notablemente las relaciones contractuales para ambas partes, para el empresario y para el consumidor o usuario, al evitarles enormes costos de negociación de un contrato. Así lo destaca también el gran Messineo cuando diserta: “Dichos intereses, por el trámite del contrato, se combinan de manera que cada cual halla su satisfacción; de esto deriva, en el conjunto, un incremento de utilidad, de la que participan en varias medidas cada uno de los contratantes, mientras que indirectamente se beneficia también la sociedad”⁷³.

Ello explica la función económica que cumple la contratación masiva, como mecanismo que tiende hacia la búsqueda de la ansiada eficiencia mediante la reducción de los costos en las transacciones contractuales. Así por ejemplo, si deseo adquirir un servicio de telefonía móvil, y en la eventualidad de que no existiesen los contratos masivos, deberé soportar una serie de gastos o costos de transacción, informarme sobre cual servicio tiene mayor cobertura, que empresas prestan el servicios, las marcas y modelos que existen, y elegir el que se encuentra dentro de mis posibilidades. Luego, tendría que reunirme con el propietario de la empresa telefónica elegida para negociar cada cláusula que irá en el contrato, prevenir cualquier tipo de riesgo y redactar el contrato. Así sucesivamente, tendría que incurrir en una “*serie de gastos*” (tiempo empleado, dinero, pérdida de oportunidades para el empresario y para mí de celebrar otros contratos etc.), costos que finalmente harían que los recursos empleados para celebrar el contrato superen grandemente mi beneficio buscado (adquirir un servicio de telefonía móvil), lo que equivale a decir que estaríamos frente a una situación ineficiente.

Dentro de la esfera del principio de eficiencia, siguiendo la opinión de Malpartida, el Derecho Contractual cumple la función de permitir que los sujetos intercambien recursos, y a través de este intercambio -por medio del acuerdo voluntario-, es decir del contrato, se dé la asignación de los recursos escasos a su uso más valioso, permitiendo el máximo beneficio social⁷⁴.

⁷² DIEZ PICAZO, Luis. «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial». *Op. Cit.*, p. 131.

⁷³ MESSINEO, Francesco. *Op. Cit.*, p. 34.

⁷⁴ Véase MALPARTIDA CASTILLO, Víctor, *Op. Cit.*, p. 61. Para Bullard la idea esencial consiste, en lograr decisiones eficientes mediante el aprovechamiento racional de los recursos existentes. (BULLARD GONZÁLES, Alfredo, «Al fondo hay sitio! ¿Puede el teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público?», *Op. Cit.*, p. 142).

A partir de este principio, las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión, al permitir el intercambio de bienes y servicios no solo hacen eficiente directamente la relación contractual que afecta el ámbito privado de las partes reduciendo los costos de transacción que se verían obligados a afrontar; sino que repercute mediataamente en el bienestar de la sociedad, al complementar el puente de la asignación de recursos. Pues de darse un contrato oneroso por resultar excesivos los costos de transacción, la relación contractual podría resultar ineficiente para una o para ambas partes⁷⁵.

5.2. El principio de rapidez contractual

Con el auge y la generalización de las relaciones de intercambio económico masivo, el contrato tradicional empezó a carecer de la rapidez necesaria para lograr la vinculación jurídica de innumerables transacciones comerciales, puesto que se requería de un mecanismo jurídico que otorgase esta nota de velocidad al comercio de bienes y servicios. Así, según Vallespinos “las exigencias del moderno tráfico en masa y la concentración de las necesidades de racionalización impuesta por la civilización industrial y urbana, con sus relaciones de velocidad y precisión, han traído, como sabemos, la estandarización de las relaciones contractuales”⁷⁶.

La contratación masiva representa la “solución jurídica” desde el Derecho Contractual a este acontecer económico, siendo una de sus características más saltantes la rapidez en la celebración masiva o en serie de contratos, otorgando agilidad y fluidez al tráfico patrimonial, pues como anota De La Puente, la velocidad es un factor determinante de este tráfico. Hedemann sostiene que un dato positivo de la contratación privada contemporánea es que al uniformizar los textos contractuales, esto es, mediante la concreción de contratos masivos, se “aumenta la seguridad y la rapidez” de la contratación, evitando caer en largas negociaciones⁷⁷.

De este modo, la dinámica del Derecho Contractual debe estar acorde, guardar si es posible, una relación de correspondencia con el tráfico económico, con la rapidez que exigen las transacciones económicas que se presentan bajo el

⁷⁵ No sería posible como anota Bullard a manera de ejemplo, imaginar al Presidente de la General Motors negociando, bajo la asesoría de un conjunto de abogados, todos los contratos de compraventa de automóviles que celebra la empresa. La burocratización administrativa, el tiempo y recursos perdidos, las demoras en la colocación de automóviles en el mercado, las dificultades para interpretar y en su caso cubrir los posibles incumplimientos de los particulares referidos a relaciones jurídicas de contenido diverso, hubieran hecho imposible el eficiente desarrollo que esta empresa ha alcanzado en el presente siglo (BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «Contratación en masa: ¿Contratación?». *Op. Cit.*, p., 56).

⁷⁶ VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Op. Cit.*, p., 219.

⁷⁷ Citado por STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A. *Op. Cit.*, pp. 27, 20.

contexto del mercado⁷⁸. Pues al ser el tráfico económico de carácter masivo, caracterizado principalmente por la producción estandarizada de bienes y servicios y el consumo masivo; entonces, la dinámica contractual a través de la contratación masiva debe otorgar eficacia práctica al Derecho Contractual a fin de evitar una suerte de divorcio entre la realidad jurídica y la realidad económica que exige velocidad, rapidez y fluidez en las transacciones contractuales.

Ferri destaca con gran precisión que “la moderna economía, caracterizada por la producción ‘estandarizada’ y en masa de bienes y servicios y el vasto consumo y comercio de ellos, ha favorecido la difusión de un tipo particular de negociación orientada a permitir la rapidez de la circulación de productos a través de la predisposición de esquemas contractuales uniformes y la consiguiente simplificación del *iter* contractual formativo del contrato”⁷⁹.

En suma, la presencia de los contratos masivos dentro del tráfico masivo torna más ágil y fluido el intercambio patrimonial de bienes y servicios, y además permite reducir los costos de transacción para las partes contractuales. Así también lo ha señalado Soto Coaguila para quien la contratación masiva ha hallado su justificación al afirmarse que tiene por finalidad agilizar el tráfico patrimonial y reducir los costos de contratar o de transacción⁸⁰.

De acuerdo al principio de rapidez contractual, la contratación masiva a través de los contratos por adhesión y de las cláusulas generales de contratación, tiene como función económica la de permitir no solo el intercambio o la asignación de bienes y servicios entre empresarios o proveedores hacia los consumidores a escala masiva, sino principalmente que tal intercambio se realice de la manera más rápida y con la mayor brevedad posible.

5.3. El principio de economía contractual

Este tercer principio que coadyuva en la función económica de la contratación masiva, como función específica que debe ser entendida en su sentido más

⁷⁸ Para Vallespinos lo ocurrido en las últimas décadas de nuestro siglo ha asumido tal particularidad que se distingue netamente de lo sucedido en otras etapas de la historia, en especial, por la constante movilidad y el agudo dinamismo que caracterizan nuestra sociedad. (VALLESPINOS, Carlos Gustavo; *Op. Cit.*, p. 179).

⁷⁹ Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «El Contrato en general». *Op. Cit.*, p. 688. En definitiva, lo que se busca con este sistema de contratación es viabilizar y agilizar la celebración de numerosos contratos, de forma tal que sin suprimir el consentimiento, pueda lograrse rápidamente el acuerdo contractual mediante la reducción de la negociación de las condiciones del contrato, siendo para ello necesario la predisposición del esquema contractual. (SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «La contratación contemporánea, el respeto a la autonomía privada y la protección de los contratantes débiles», *Op. Cit.*, p. 69).

⁸⁰ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «La autonomía privada y la buena fe: fundamentos de la fuerza obligatoria del contrato». *Op. Cit.*, p. 63.

amplio y en relación con tres importantes factores: el tiempo, el dinero y el esfuerzo.

5.3.1. El factor tiempo en la contratación masiva

Este factor guarda directa relación con el principio de rapidez contractual. Las transacciones económicas actuales exigen el empleo de un mínimo indispensable de tiempo para celebrar un contrato masivo, ya que el empleo de un tiempo mayor al exigido por la dinámica del tráfico económico, conllevaría a la ineficiencia del contrato al resultar demasiado elevados los costos de transacción.

Hay que tener en cuenta lo indicado por Bullard: "En el mundo de hoy no hay lugar ni tiempo para largas negociaciones, en especial en mercados donde los propios productos y servicios están estandarizados"⁸¹. Y, siendo una nota característica la "urgencia" en la contratación de un bien o servicio, la presencia de cualquier medio que signifique el ahorro de tiempo en la negociación, comporta al acelerado intercambio patrimonial.

De igual opinión es Rezzónico, cuando expone que el tiempo de conclusión del contrato se acorta cuando se evita en lo posible largas negociaciones entre las partes, repetitivas de un contrato a otro; basta que mediante la sola firma del cliente o su interiorización respecto del conjunto de cláusulas, para que se logre la disminución de costos fijos de conclusión⁸².

Por ello, mediante la presencia de los contratos por adhesión y de las cláusulas generales de contratación se pretende lograr una mayor "*celeridad contractual*", para que las partes o los potenciales contratantes, celebren un contrato con la mayor rapidez que les sea permitido, lo cual claro está, conlleva intrínsecamente al ahorro del tiempo que las partes previamente han calculado para la celebración de un contrato masivo, atendiendo a que actualmente lo que se busca es emplear el menor tiempo posible. Solo así, el contrato resultará un medio de intercambio eficiente para las partes⁸³.

⁸¹ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor». *Op. Cit.*, p. 237. Montaigne considera que el Derecho, al ser dinámico por excelencia, frente a las exigencias de la "economía de tiempo" necesita de cierta flexibilidad, seguridad, rapidez y simplicidad. (Citado por: VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Op. Cit.*, p. 235).

⁸² REZZÓNICO, Juan Carlos. *Op. Cit.*, p. 183.

⁸³ FERRI refiriéndose a la contratación masiva señala que "tal tipo de contratación que además se adecua también al rápido ritmo de la vida moderna, a la necesidad de 'no perder tiempo' común también al consumidor, el cual, si de un lado debe estar sujeto a una especie de 'diktat' del otro contratante, por otro lado está garantizado de ser las condiciones generales vinculantes para quien las ha ideado y predispuesto

5.3.2. El factor dinero en la contratación masiva

El dinero es otro factor que determina la posibilidad de hacer viable la celebración de un contrato. Visto desde la perspectiva de la contratación masiva, el dinero no es sino un costo de transacción que en la mayoría de los casos resulta ser un elemento determinante en la conclusión del contrato.

Los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación reducen estos gastos dinerarios que están presentes antes, durante y después de la celebración del contrato, permitiendo de esta manera que las partes contractuales puedan acceder al intercambio patrimonial, empleando al mínimo los recursos que se encuentren a su alcance. En igual sentido destacan los Stiglitz para quienes la contratación masiva constituye un mecanismo que al reducir la negociación, permite el consecuente ahorro de gastos concerniente a ambos contratantes⁸⁴.

5.3.3. El factor esfuerzo en la contratación masiva

No cabe duda que este factor también importa costos de transacción. El despliegue importante de esfuerzos para celebrar un contrato puede resultar excesivo, insoportable para uno o para ambos contratantes y llevar a que se trunque toda contratación.

Aquí también juegan un rol fundamental los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación que de alguna manera simplifican este conjunto de esfuerzos y los hacen accesibles, alcanzables para las partes. La forma como se materializa la reducción de los costos de transacción es mediante la limitación o la supresión de la negociación, que comúnmente es la etapa contractual donde las partes tienen que emplear mayores esfuerzos si es que desean contratar.

Lèauté confirma lo anotado al manifestar que los contratos tipo, ubicando entre ellos a las cláusulas generales de contratación, responden a una necesidad profunda del comercio contemporáneo, pues al reducir la duración de la fase precontractual, permiten seguir el ritmo cada vez más rápido de la vida de los negocios⁸⁵.

y de asegurar con su aplicación uniforme, en orden al mismo tipo de relación, igualdad de tratamiento (FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil*. Traducción de Nélvar Carreteros Torres. Lima: Editorial Grijley, 2004, p. 106).

⁸⁴ Véase STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A. *Op. Cit.*, p. 20.

⁸⁵ Citado por REZZÓNICO, Juan Carlos. *Op. Cit.*, p. 183.

Cabe anotar que es justamente en la reducción de esfuerzos, donde se encuentra el “*Talón de Aquiles*” de la contratación masiva. Esta forma contractual reduce a casi cero la capacidad de negociación de una de las partes contractuales, hecho que sin duda ha sido fuertemente debatido, por originar una suerte de desequilibrio contractual en una de las partes del contrato, la que ha tomado el nombre de “*débil contractual*”.

Sin embargo, concordamos con Bullard cuando señala que “la paradoja es que para eliminar los costos de transacción se reduce la negociación que es, en la teoría tradicional del contrato, el mecanismo de garantía para que la autonomía privada exprese la libertad del individuo”⁸⁶. Además, el autor citado afirma que el diseño contractual tradicional obedece a una idea de mercado artesanal, reducido y poco desarrollado. Hoy en día, este esquema es impensable; es necesario que se reduzcan los costos de transacción para que el mercado pueda funcionar como un adecuado asignador de recursos.

Debemos dejar postura de que el tema es muy cuestionable y seguirá siendo discutible, pues necesariamente conlleva a la necesidad de replantear el sistema contractual clásico desde las nuevas concepciones de la contratación masiva, propiamente consolidada en un sistema de contratación privada, cuya presencia hace más evidente y notoria las deficiencias del contrato tradicional. Su presencia es una realidad, que bien o mal, permite satisfacer una gran necesidad actual, alcanzar la rapidez que exige el tráfico contractual masivo, y además, en este camino permite reducir los costos de transacción que circundan la celebración de un contrato de naturaleza masiva, al punto que sean accesibles para las partes contractuales.

5.4. El principio de simplificación contractual

Indudablemente, este principio guarda estrecha relación con el principio comentado anteriormente, sobre todo en lo que concierne al factor esfuerzo, pero que sin embargo, dada su importancia, hemos creído conveniente darle un comentario particular ya que asocia una serie de factores que circundan el área de génesis y conformación de los contratos por adhesión y de las cláusulas generales de contratación.

Dejamos sentado que la contratación masiva, bajo las dos formas estudiadas, en términos generales reduce los costos de transacción existentes en el

⁸⁶ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor». *Op. Cit.*, p. 243.

contrato, este efecto se refleja en el principio que hemos denominado simplificación contractual de la relación jurídica negocial, el cual comprende diversas ópticas, la del cliente o contraparte del contrato por adhesión o de las cláusulas generales de contratación, la de la empresa o industria y la perspectiva de ambos contratantes.

La simplificación es precedente a la celebración concreta del contrato por adhesión o del contrato con arreglo a cláusulas generales de contratación. El contrato clásico normalmente viene antecedido de un conjunto de tratos previos y negociaciones entre las partes que resultará finalmente, si todo sale bien, en la celebración del contrato. Pero estas tratativas preliminares, comportan una serie de costos de transacción, que tratándose de los contratos estudiados, pueden resultar impeditivos para concluir la celebración del contrato de manera eficiente. Pues, ni al oferente del contrato por adhesión o al predisponente de las cláusulas generales de contratación; ni al destinatario, cliente o consumidor que desean contratar por medio de estos contratos que resultan más expeditivos, les interesa identificarse, conocerse, entablar cierta amistad, ni realizar negociaciones ínter partes de contrato en contrato; esto es "*inviable*", tanto para quienes buscan proveerse "*rápidamente*" de bienes y servicios como para quienes tratan de colocarlos también rápidamente en el mercado.

En este caso, la labor de los contratos por adhesión y de las cláusulas generales de contratación es justamente la de simplificar estas cuestiones, para ahorrar tiempo, dinero y esfuerzos que se distribuyen a ambas partes. De esta manera, se reduce también el trecho entre quienes producen o proveen bienes y servicios y los consumidores o usuarios de los mismos.

En ambos contratos, se evita el inconveniente de tener que tratar con cada contratante, que de darse, puede conllevar a la existencia de una suerte de "*carga contractual*" que haga sumamente difícil la celebración de grandes cantidades de contratos masivos conforme lo exige el tráfico económico.

Asimismo, hablamos de simplificación porque la elaboración del contrato por adhesión y de las cláusulas generales de contratación queda al encargo de una sola de las partes, el oferente del contrato por adhesión o el predisponente de las cláusulas generales de contratación, quienes poseen los medios técnicos adecuados para ello. Y es más, tal elaboración previa, en muchos casos, es hecha con miras a uniformizar el contenido contractual de innumerables contratos a celebrarse en el futuro, lo que facilitará contratar con grandes grupos de personas. Deutch considera como beneficios de la estandarización

de contratos los siguientes: a) Para el estipulante, los formularios a base de CGC (condiciones generales de la contratación) les resultan fáciles de elaborar, llenar y examinar, se evita la negociación de contratos numerosos y uniformes logrando el cálculo de riesgos y la exclusión de contingencias imprevistas, b) para el consumidor, la reducción de los costos de la empresa se reflejará en la reducción de costos, y al permitir los *standard forms* por su uniformidad y aplicación igualitaria evitan un examen al adherente, quien no siempre tendrá el tiempo ni el conocimiento para analizar en detalle tales contratos y, c) Para el tipo particular de comercio, por cuanto no se pueden prever todas las contingencias propias del negocio⁸⁷.

Desde el punto de vista de la empresa o industria, este principio se halla en estrecha relación con la racionalización empresarial que conlleva a simplificar los términos contractuales, es decir, a estandarizar los contratos a fin de que mediante el ahorro de estos recursos se obtengan mayores beneficios. Y, su incorporación en el Derecho Contractual puede venir aunada al empleo de los contratos por adhesión o de las cláusulas generales, uniformizándolos para alcanzar aquella finalidad⁸⁸.

La consecuencia de esta racionalización contractual puede significar un importante ahorro de recursos para la empresa y lo que a su vez puede significar para el cliente una reducción del costo de los bienes y servicios, así como en la facilidad que tendrá para contratar en base a un modelo ya predispuesto, no tendrá que negociar sólo declarar su conformidad, de modo que la adquisición de los bienes o el uso de determinados servicios se hace cada más expeditivo⁸⁹.

Lo importante del asunto es que la simplificación contractual importa ventajas importantes para ambos potenciales contratantes que deben tenerse en cuenta. Por su lado, la empresa estandarizando los contratos por adhesión o a

⁸⁷ Citado por REZZÓNICO, Juan Carlos. *Ob. Cit.*, pp. 180 -181.

⁸⁸ DIEZ PICAZO señala por ejemplo que las condiciones generales cumplen una función económica plausible, porque sólo uniformando el contenido contractual es posible una racionalización de las operaciones comerciales, que permite la contratación en masa con la consiguiente reducción de los costos y facilitación de las prestaciones". (DIEZ PICAZO, Luis. «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial». *Op. Cit.*, pp. 367-368).

⁸⁹ Vallespinos alcanza al respecto que: "con la utilización de esta modalidad, las empresas, que en definitiva terminarán en ser los estipulantes de todas las relaciones contractuales contemporáneas, pueden realizar un estudio de costos y por ende de precios que les permitirá alcanzar un eficiente programa de producción. Además señala que la racionalización aplicada por las grandes empresas también ha seguido ese principio trasladándose al campo jurídico a fin de encontrar las técnicas apropiadas a esa directiva general. El resultado de esa búsqueda ha determinado que la contratación en base a condiciones generales sea la expresión jurídica más acorde para sus objetivos económicos (VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Op. Cit.*, pp. 264-265).

base de cláusulas generales de contratación, evita invertir una serie de costos para identificar y negociar con cada uno de sus contrapartes, previniendo los riesgos posibles y regulando las contingencias; mientras que los clientes o quienes en general decidan contratar en base a contratos por adhesión o por medio de contratos con arreglo a cláusulas generales de contratación, también evitan las arduas negociaciones que consumen tiempo, dinero y esfuerzos, adquiriendo con facilidad los bienes o servicios que necesiten.

5.5. La función económica de la contratación masiva como fin en sí misma

Al llegar a este punto, pretenderemos sustentar que la contratación masiva desde los presupuestos del AED, posee una función económica basada principalmente en lo que hemos denominado, la función de haberse constituido en "*fin en sí misma*".

Al concebir al contrato tradicional, no cabe ninguna duda que éste también posee una función económica que es la de "*medio-fin*". El contrato clásico es el medio, el instrumento más importante que permite a las partes contractuales lograr la satisfacción de sus necesidades e intereses, pues como ha sido establecido por nuestro ordenamiento civil, el contrato viabiliza un acuerdo con el objeto de crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, alcanzado tal fin, el contrato paritario ha alcanzado su función económica trascendental al haber facilitado la concreción de las transacciones deseadas por las partes, canalizando el intercambio patrimonial de bienes y servicios.

Sin embargo, cuando abordamos los contratos masivos, específicamente los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, apreciamos que además de cumplir con la función de "*medio-fin*", manifiestan una función económica adicional y complementaria, la de ser "*fin en sí mismos*". Ello quiere decir que estos contratos masivos en comparación al contrato tradicional, ya no son meramente un canal o un medio para alcanzar determinadas aspiraciones económicas, sino que además estos mecanismos de contratación contemporánea, buscan que la satisfacción de determinadas necesidades e intereses de las partes sean materializados y concretizados de la manera más eficiente, eliminando toda complejidad en la celebración de innumerables contratos masivos y reduciendo al mínimo los costos de transacción en la celebración de un contrato, costos que para las partes, tratándose de la contratación masiva, serían en su mayoría sumamente onerosos e inalcanzables, y es más, aunque haya la posibilidad de alcanzar la configuración de tales contratos, éstos resultarían ineficientes para las partes.

Indudablemente, ambas funciones, la de “*medio-fin*” y la “*fin en sí misma*”, que interactúan en estas modalidades de la contratación masiva, tienen gran implicancia en el tráfico jurídico, en la fluidez que exigen las transacciones económicas actuales.

De allí que cobra vigencia la importancia de la función económica que viene cumpliendo la contratación masiva en el mercado, al haberse consolidado como el mecanismo más avanzado que ha elaborado el sistema contractual para hacer frente a una serie de fenómenos que se presentan bajo la característica de estandarizados, en masa y que muchas resultan ser factores impeditivos de la celebración eficiente de un contrato. Esto nos conduce a acoger la idea de Soto Coaguila expresada en los siguientes términos: “*El derecho contractual debe estar diseñado por los legisladores de forma tal que contemple soluciones que no sólo reduzcan los costos de transacción, sino que además logren un mayor beneficio para las partes, generando un intercambio eficiente, un tráfico patrimonial seguro y eficaz que beneficie no sólo a las partes contratantes, sino también a la sociedad, puesto que un buen contrato evitará -o por lo menos las posibilidades serán mínimas- conflictos futuros*”⁹⁰..

6. CONCLUSIONES

- 6.1. La contratación masiva constituye una respuesta de la capacidad de adaptabilidad del Derecho, específicamente del derecho contractual, ante los cambios científicos, tecnológicos, económicos y sociales que en su conjunto conforman la gran sociedad de masas, de manera que su aparición y regulación por el derecho civil se hace una cuestión necesaria.
- 6.2. La contratación masiva es una realidad, que permite satisfacer una gran necesidad, alcanzar la rapidez que exige el tráfico contractual masivo, y además, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, permite reducir los costos de transacción que circundan la celebración de un contrato de naturaleza masiva, al punto tal que sean accesibles para las partes contractuales, logrando la satisfacción de sus necesidades e intereses.
- 6.3. Hemos considerado que la rapidez contractual, la eficiencia contractual, la economía contractual y la simplificación contractual son factores que nos pueden servir para configurar la función económica de la contratación masiva desde el análisis económico del derecho.

⁹⁰ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «La trasformación del contrato: Del contrato negociado al contrato predispuesto». *Ob. Cit.*, p. 399.

6.4. La función económica de los contratos por adhesión y de las cláusulas generales de contratación a partir del análisis económico del derecho consiste en su capacidad para reducir los costos de transacción que circundan la celebración de un contrato de naturaleza masiva permitiendo que sean accesibles para las partes contractuales. Dicha función comprende a su vez dos elementos esenciales y constitutivos, la función de "*medio fin*", pues facilita la fluidez del tráfico económico creando, regulando, modificando y extinguiendo relaciones jurídicas patrimoniales, y la función de ser "*fin en sí mismos*", al ser los mecanismos más avanzados que ha elaborado el sistema contractual para dar mayor velocidad a las transacciones contractuales y reducir los costos de transacción presentes en estos contratos.

— DOCTRINA NACIONAL

RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO CIVIL RESPECTO AL DELITO DE HURTO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

JOSÉ HURTADO POZO*

Resumen

En el proceso de interpretación y comprensión de los tipos legales referentes a los delitos contra el patrimonio, el aspecto decisivo está relacionado con la función que se atribuya al derecho penal respecto a otras ramas del derecho, en especial al derecho civil. Los factores civiles o comerciales que contienen los tipos legales penales, deben ser comprendidos de acuerdo a las limitaciones, fundamentos y finalidades del derecho penal. Sin embargo, las clasificaciones y los criterios de distinción empleados por el derecho civil no siempre concuerdan con las distinciones realizadas en derecho penal, ni con los fines de las disposiciones penales concernidas, lo cual muestra la relativa autonomía del derecho penal frente el derecho civil.

Palabras clave: Principio de legalidad – Bien jurídico – Patrimonio – Propiedad – Posesión – Bien mueble – Hurto – Sustracción – Apoderamiento.

Abstract

In the process of interpreting and understanding the legal identities of crimes against property, the decisive aspect is related to the function given to criminal law with respect to other branches of the law, particularly to civil law. The civil or commercial factors contained in criminal laws must be understood according to the limitations, grounds and purpose of the criminal law. However, the classifications and distinctions used in civil law do not always coincide with those distinctions used in criminal law nor with the goals pursued in the relevant criminal provisions, a fact that evidences a relative autonomy between civil and criminal law.

Key words: Principle of legality – Legal interest – Property – Ownership – Possession – Real Estate Property – Theft – Takeover – Seizure.

Sumario

1. Introducción. 1.1. Interpretación. 1.2. Bien jurídico. 1.3. Patrimonio y propiedad.
2. Relaciones entre derecho civil y derecho penal en materia de delitos contra la propiedad. 2.1. Noción de posesión. 2.1.1. En derecho civil. 2.1.2. En derecho penal. 2.1.3. Esfera de posesión.
- 2.2. Bienes muebles: noción y clasificación.
- 2.3. Apoderarse.
- 2.4. Sustraer.
- 2.5. Objeto de la infracción.
3. A manera de conclusión.

* Dr. Iuris, Dr. h. c. mult., Profesor de derecho penal y procesal penal en la Université de Fribourg (Suiza).

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Interpretación

La aplicación de toda disposición legal supone su interpretación. La explicación de este proceso ha dado lugar a múltiples debates desde diversas perspectivas. A pesar de constituir el mismo proceso de esclarecimiento y valoración, se le atribuyen ciertas particularidades respecto a cada dominio del derecho. En derecho penal, su especificidad esencial radica en que su límite fundamental es el principio de legalidad.

Aun cuando, corremos el riesgo de repetir nociones bastante conocidas, creemos conveniente explicar, aún de manera breve, lo que entendemos por interpretación. En nuestra opinión, siguiendo la de muchos otros autores, se trata de un proceso lógico y axiológico mediante el cual se atribuye a un texto uno de sus sentidos posibles¹. De modo que el intérprete debe partir de las palabras de la disposición (gramatical), considerar su posición en el sistema en la que se encuentra y sus relaciones con las demás (sistemático), tener en cuenta el contexto en que fue dictada (histórico) y, sobre todo, la situación en la que es aplicada, considerando de la evolución de la sociedad y del mismo orden jurídico (teleológico).

No es, por tanto, un procedimiento rígido por el que se descubre el verdadero y único sentido de la ley. Más bien, el intérprete dispone, en ciertos límites, de un margen de libertad que le permite, después de haber evidenciado los sentidos posibles del texto, escoger uno de estos últimos por considerarlo el más justo para el caso *sub iudice*. El principio de legalidad, su límite esencial, no puede ser más comprendido con la rigidez que se le atribuyó en sus orígenes. Esto se debe, por ejemplo, a que el lenguaje es ambiguo, polisémico, vago². A pesar de esto, las palabras de la ley no pueden ser ignoradas; por el contrario, constituyen el objeto, punto de partida y ámbito de la interpretación. Además, el texto no es un factor inmutable (permanente y verdadero) que somete de manera absoluta al intérprete.

Un aspecto interesante y decisivo –cuando se aborda, por ejemplo, la comprensión de los tipos legales referentes a los delitos contra el patrimonio–

¹ MENNICKEN, Axel. *Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie*. Hamburg, 1970, p. 101; HURTADO POZO, José. «A propósito de la interpretación de la ley penal». En: *Doctrina Penal*. 1991, pp. 495 ss.

² NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, 1980, pp. 247 ss; cf. SOLER, Sebastián. *Las palabras de la ley*. México, 1962, pp. 11 ss.

está relacionado con la función que se atribuya al derecho penal, respecto a otras ramas del derecho, en especial al derecho civil. Si se le reconoce una función accesoria, se admite que los conceptos o nociones tomados de este último deben ser fielmente seguidos al interpretarse las disposiciones legales que los contienen. En caso contrario, si se admite que es autónomo, al menos de modo relativo, se concluye diciendo que, en el derecho penal, se les puede atribuir un sentido diverso y adecuado con los fines de éste y, en especial, de las disposiciones interpretadas.

En esta perspectiva, hay que subrayar que el proceso de interpretación supone una precomprensión³, que el intérprete disponga de conocimientos relativos a los factores sociales y concepciones jurídico-políticas que han condicionado la elaboración de las normas y que enmarcan su aplicación. Esto permite explicar y justificar los cambios de jurisprudencia y de la doctrina. Los mismos que deben tener lugar respetando la relativa coherencia, parcial o global, del sistema normativo.

1.2. Bien jurídico

La expresión “bien jurídico” designa un concepto operativo que permite referir que existen cosas, situaciones, relaciones, finalidades valiosas, presentes o futuras (aspiraciones), que el ordenamiento jurídico busca proteger. No debe comprendérse de modo tan amplio que llegue a vaciárse de todo contenido, como a veces se hace para justificar la represión de ciertos comportamientos. Tampoco debe concretársele a tal extremo que impida sostener la protección penal de ciertos intereses que son realmente importantes para la vida comunitaria.

Se evitan malentendidos, si no se considera a los bienes jurídicos como entidades preexistentes a la legislación, como lo son los fenómenos naturales y sociales. Su significado no puede ser extraído de la constatación de una realidad concreta, diferente de las cosas materiales, relaciones, intereses y estados de hecho relativos a los comportamientos delictuosos⁴. Por el contrario, ellos implican, con referencia a estas realidades –que son las cosas materiales y los intereses– juicios de valor de quien ejerce el poder punitivo. Este proceso

³ KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie im Wandel* : Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung, in *Festschrift für W. Gallas*. Berlin/New York, 1973, pp. 7 ss. Cf. LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6^a edición. Berlin, 1991, pp. 87 ss.

⁴ NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México, 1974, pp. 66 ss., considera la noción de bien jurídico como un “término teórico”, que no se refiere directamente a una entidad observable. Da como ejemplos de este tipo de términos los de átomo, protón, campo magnético.

valorativo permite individualizar las entidades calificadas de bienes jurídicos, las que pueden ser circunstancias y finalidades necesarias para la comunidad, pero también deberes instituidos por el mismo ordenamiento jurídico.

La noción de bien jurídico debe ser distinguida de la noción de objeto material del delito. Mediante esta última, se hace referencia al sustento en el que se manifiesta el bien jurídico penalmente protegido, y que constituye el objeto sobre el que recae la conducta delictiva. Por ejemplo, en el delito de hurto el bien protegido es la propiedad (comprendida en el patrimonio, en su expresión de posesión) y el objeto material es el bien concreto que se sustrae. En este sentido, el bien jurídico es siempre inmaterial y su vigencia es cuestionada por la acción delictuosa que recae de manera inmediata sobre un objeto determinado. De modo que la protección de los bienes jurídicos implica en buena cuenta la ratificación de la vigencia de los valores tomados en consideración por el legislador y, por tanto, el reforzamiento de la norma que prohíbe el comportamiento incriminado.

En esta perspectiva, la noción de bien jurídico resulta útil para determinar el real contenido del tipo legal, armonizar el sentido de las disposiciones penales con los objetivos cambiantes de la sociedad, exigir que no se reprima en base a la violación de un simple deber de fidelidad o de la sola actitud contraria al sistema social, comprobar por qué el legislador ha incriminado un comportamiento y, llegado el caso, proponer la derogación o reforma de la disposición concernida.

1.3. Patrimonio y propiedad

La configuración y comprensión de los tipos legales relativos a los delitos contra el patrimonio están condicionadas por la manera en que éste es concebido. Diversas son las concepciones elaboradas, por lo que nos limitaremos a resumir las más difundidas. Según la **concepción jurídica**, completamente superada, el patrimonio está constituido por los derechos patrimoniales reconocidos por el ordenamiento jurídico (derechos subjetivos), sin considerar si tienen o no valor económico. La **concepción económica** considera, por el contrario, que es el conjunto de bienes con valor económico de los que puede disponer una persona, sin importar si son o no protegidos por el orden jurídico. Según la **concepción jurídico-económica**, predominante en doctrina, se trata de los bienes con valor comercial sobre los cuales una persona tiene el poder de disponer bajo el amparo del orden jurídico. Por último recordemos, en consideración a la frecuente citación de corrientes llamadas "modernas", que se sostiene también un **criterio funcionalista**, conforme al cual el patrimonio

es el conjunto de bienes que se adjudican a una persona en razón de derechos transferibles. Dicho de otra manera, se trata del poder que tiene una persona para disponer del conjunto de bienes apreciables económicamente⁵. La adopción de una u otra de la concepciones sobre el patrimonio condiciona la interpretación de las disposiciones relativas a los delitos contra el patrimonio y, por tanto, también de los delitos contra la propiedad.

Entre los delitos contra el patrimonio, hay que distinguir aquellos que constituyen atentados contra el patrimonio globalmente considerado, como es el caso de la estafa y otras defraudaciones, de los delitos contra la propiedad. Entre estos últimos figura el hurto que, precisamente, es concebido como un ataque contra el derecho de propiedad mediante la ruptura de posesión del propietario y la constitución de una nueva posesión. Otras figuras delictivas son reprimidas porque mediante su realización se niega simplemente la propiedad de otro, se dificulta o frustra el ejercicio del derecho de propiedad⁶. Al respecto, hay que tener en cuenta que, según nuestro sistema, la propiedad goza de una protección exclusiva y, por tanto, los ataques que no están previstos en la ley son impunes. En cambio, la protección del patrimonio (noción global) es incompleta por no reprimir todos los innumerables y variados atentados contra los intereses económicos ajenos. Así, el derecho penal, debido a su índole accesoria, no puede ser considerado como el simple gendarme del cumplimiento de obligaciones contractuales y del mantenimiento de las buenas costumbres en los negocios⁷.

2. RELACIONES ENTRE DERECHO CIVIL Y DERECHO PENAL EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

2.1. Noción de posesión

2.1.1. En derecho civil

La **posesión** ha sido regulada en el Código Civil peruano (a continuación CC) según el criterio objetivo de Ihering, conforme al cual se trata del ejercicio de facto de uno o más de los poderes inherentes a la propiedad. No sería necesaria la existencia de un *animus* de actuar como propietario desconociendo la propiedad de otro, como lo exigía Savigny (criterio subjetivo). La relación de hecho con el bien no es necesariamente material y directa, sino que es

⁵ KINDHÄUSER, Urs. Strafrecht, Besonderer Teil, 4^a edición, 2005, § 26, N. 22 s.

⁶ STRATENWERTH, Günther. Strafrecht, Besonderer Teil I, Straftaten gegen Individualinteressen, 6a edición, Berna 2003, § 12, N. 5.

⁷ CASSANI, Ursula. *La protection pénale du patrimoine. Autonomie et détermination par le droit civil*. Lausanne, 1988, p. 57.

concebida como un factor jurídico y económico, variable de acuerdo a las circunstancias. En este sentido, se explica por qué se prevé en el art. 904 del mismo Código que la persona que está impedida de acceder temporalmente a su bien (sin interesar la causa, por ejemplo, inconsciencia de la persona) conserva la posesión. Esta última es protegida, siempre siguiendo la tesis de Ihering, debido a que constituye la exteriorización de la propiedad, ya que los propietarios no siempre pueden probar el dominio⁸.

En el CC se distingue entre posesión real y posesión ficta, así como entre inmediata y mediata. Lo que comporta que poseer no supone necesariamente, en derecho civil, tener físicamente la cosa en su poder, utilizarla o aprovecharla. De acuerdo con el art. 896 CC, “la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”. Ella concluye, por tanto, cuando termina el hecho consistente en comportarse de alguna manera como el propietario de la cosa. Al respecto, por ejemplo, los civilistas sostienen que el hurto y la pérdida son circunstancias que impiden claramente el ejercicio de la posesión de parte de su titular. La titularidad queda suspendida hasta que vuelva al “poder posesorio efectivo del titular”.

2.1.2. En derecho penal

La noción de posesión en derecho penal no es la misma que la utilizada en derecho civil⁹. La identidad en la terminología utilizada dificulta su comprensión respecto a la noción empleada en derecho privado. Al respecto, es necesario referirse a la terminología alemana, pues la distinción es de origen teutón. En alemán, se emplea la palabra *Gewahrsam* (tenencia de un bien) para designar la posesión en sentido penal y el término *Besitz* (posesión) para referirse a la posesión en derecho civil. El origen común de ambas nociiones es el criterio germánico de la *Gewehre*, que supone la necesidad de proteger la tenencia pacífica de los bienes. El elemento común a las dos categorías es “el dominio efectivo” (*tatsächliche Gewalt*). Este dominio o poder debe ser comprendido de acuerdo con las reglas de la vida social, las mismas que permiten determinar si una relación bastante relajada sobre la cosa puede ser considerada como “dominio efectivo”.

La divergencia de sentidos es debida a las diferentes funciones que cumplen en cada uno de los ámbitos del derecho. Sin embargo, la oposición no es frontal, pues debe admitirse, en principio, que la noción penal y la de

⁸ MEJORADA CHAUCA. Art. 897, in Código Civil Comentado, T. V, Derechos Reales, pp. 79 ss; *ibid.*, in Cátedra - Espíritu del derecho, N. 1 - Año 1, Noviembre 1997, http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Catedra/1997_n1/La_Pos_Conte_Contr.htm.

⁹ STRATENWERTH, Günther. *Op. Cit.* (nota 7), § 13, N.º 74.

posesión inmediata del derecho civil coinciden en su aspecto central. Es en los aspectos marginales donde la posesión penal adquiere, con independencia de las cuestiones civiles, sus características particulares en razón a la función específica que cumple el derecho penal. Además, hay que destacar que, generalmente, las ficciones del derecho civil no deben ser retomadas sin más en el derecho penal. De modo que no es indispensable distinguir, de manera detallada y con pretensiones de valor absoluto, las diferencias existentes entre ambas nociones de posesión (*Gewahrsam y Besitz*).

En derecho penal, la noción de posesión ha sido sometida, desde hace bastante tiempo, a un proceso de "desmaterialización", sin llegar, sin embargo, a los extremos alcanzados en derecho civil. Por ejemplo, se concibe una posesión de parte de los herederos sobre los bienes del *cujus* antes de ser informados del fallecimiento o cuando se prevé como posible la transmisión de la posesión sin transferencia de la relación material que supone el dominio efectivo, conforme se desprende del art. 660 CC. Las restricciones en derecho penal dependen de que se considera, junto al "poder de hecho de disponer de un bien", la llamada "voluntad de ejercer este poder" como factores constitutivos de la posesión. La presencia de la voluntad hace, justamente, que se atenúen los efectos de admitir un dominio de hecho bastante amplio, comprendiendo, por ejemplo, la "posesión mediata". En el mismo sentido, es cuestión de decidir si se acepta o no la ficción civil de considerar que los herederos poseen automáticamente los bienes del causante, como prevé el art. 660 CC, aun cuando no saben del fallecimiento del causante y el deceso se produce lejos de su esfera de influencia. De la respuesta depende que esos bienes sean o no objetos de un hurto.

2.1.3. Esfera de posesión

La posesión de un bien es determinada con mayor facilidad en la medida en que la esfera de influencia sea delimitada físicamente (los ámbitos de la casa, del automóvil). Pero, también existe cuando los bienes se encuentran en un lugar público (automóvil aparcado al borde de una calle). El propietario debe tomar ciertas medidas que pongan en evidencia que no ha abandonado el bien. De esta manera, muestra que tiene la voluntad de ejercer su poder efectivo de dominio. Esta voluntad supone que sabe realmente que tiene la tenencia del bien. Esta condición ha sido flexibilizada de manera a considerar suficiente un "conocimiento virtual". Es el caso, cuando se admite la posesión respecto a quien tiene la voluntad general de poseer las cosas que ingresen en su esfera de influencia (como sucede con los envíos postales introducidos en el buzón de cartas de alguien).

El poder o dominio sobre una cosa puede ser compartido por dos o más personas. Esta coposición es fácilmente determinable, por ejemplo, en el caso de mujer y marido habitando la misma casa; pero resulta complicado establecer su existencia en los casos en que las personas se encuentren en relación de subordinación: por ejemplo, entre propietario de una tienda, los vendedores y la cajera. La respuesta se obtiene teniendo en cuenta criterios normativos, es decir el contexto social. Debido a la organización y dimensiones de la tienda, los empleados pueden ser solo auxiliares del propietario que pretende conservar el dominio efectivo sobre las mercaderías y la caja. Por el contrario, tratándose de grandes tiendas en las que los empleados, debido a la distribución y autonomía de cada función que desempeñan, disponen de los bienes que llegan a su poder (el dinero que recibe la cajera de los clientes). En todos estos casos, según las circunstancias, se admitirá la posesión exclusiva o la coposición. Esto es decisivo, por ejemplo, para precisar si se trata de hurto o de apropiación ilícita.

Si se aplica rígidamente el criterio económico-jurídico de patrimonio, la posesión protegida es la que es amparada por el derecho civil y, en consecuencia, no la posesión que tiene el ladrón sobre la cosa que hurtó. De modo que quien se apodera, mediante sustracción, de una cosa robada no comete hurto, pues el propietario no la posee, debido a que el comportamiento del ladrón suspendió el ejercicio de hecho de uno de los poderes inherentes a la propiedad. Y la posesión creada por éste no es protegida por el orden jurídico penal. La conclusión es diferente si se tiene en cuenta que conforme al art. 904 CC, “se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera”. En el caso del ladrón, el impedimento es por causa que no depende del propietario, sino que es contraria a su voluntad. En estos casos excepcionales, el orden jurídico continúa considerando como posesión una situación que no cumple las condiciones del art. 896 CC.

Esta ficción no necesita ser considerada en el derecho penal, debido a que en éste se aplica una noción de posesión diferente a la admitida en derecho civil. La misma que se destaca claramente cuando se recuerda, conforme a la concepción germánica que ha sido tomada en cuenta, que en el hurto se trata de *Gewahrsam* (detención) y no de *Besitz* (posesión). La relación de poder fáctico que supone la primera existe sin importar la causa jurídica que la origina (lícita o ilícita)¹⁰. Además, lo decisivo es que la cosa no pertenezca al agente, que su propietario no la haya abandonado ni perdido.

¹⁰ CASSANI. *Op. Cit.*, p. 122 (nota 8).

2.2. Bienes muebles: noción y clasificación

En el Código civil se consideran **bienes** al conjunto de cosas y derechos. **Se distingue entre bienes** muebles e inmuebles de acuerdo con su movilidad o inmovilidad. Este criterio, sin embargo, no fue aplicado de manera estricta, ya que ciertos bienes móviles (por ejemplo, los barcos, aviones, las vías de ferrocarriles, etc.) eran considerados como inmuebles por una ficción jurídica tradicional que fue recogida en el CC, art. 885, incs. 4 y 9. Esta situación fue corregida mediante la Ley de garantía mobiliaria (Ley N° 28677, del 1 de marzo de 2008) que, en su art. 4 incs. 19 y 21, les niega la condición de bienes inmuebles.

En relación con la comprensión de los tipos legales referidos a los delitos contra la propiedad, en especial al hurto, es necesario analizar el empleo del término “bien” (objeto material del delito) en lugar de “cosa”. Este cambio de denominación fue inspirado por la **evolución de la legislación civil**, que reemplazó el término “cosa” (CC de 1936) por “bien” (según el vigente modelo del CC de 1984). Este cambio tuvo como objetivo, por un lado, comprender en un solo concepto los objetos corporales e incorporales de la relación jurídica de los derechos reales; por otro, calificar, para los fines antes indicados, el conjunto constituido por los bienes corporales y los bienes incorporales en muebles e inmuebles; finalmente, excluir del ámbito jurídico a aquellas ‘cosas’ que carecen de valor patrimonial.

Estas clasificaciones y los criterios de distinción empleados por el derecho civil no concuerdan con las **distinciones realizadas en derecho penal**, ni con los fines de las disposiciones penales concernidas. Por ejemplo, la tradicional ficción por la que se considera como bienes inmuebles a las naves y aeronaves no tiene sentido en derecho penal, ya que el objetivo no es proteger las garantías que pueden recaer sobre ellas, sino antes bien la posesión y, con ello, proteger la propiedad. Para el derecho penal, las naves y aeronaves siguen siendo muebles y, por tanto, objetos del delito de hurto. En el mismo sentido, una casa prefabricada para ser instalada en un terreno determinado, como se hace actualmente, puede también ser hurtada mientras no haya sido fijada definitivamente en la parcela. Esto muestra la relativa autonomía del derecho penal frente el derecho civil y, nuestros cuestionamientos han sido confirmados mediante la citada Ley de garantía mobiliaria, la cual califica dichos bienes como muebles.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 886, inc. 2 CC, las **fuerzas naturales** son bienes muebles a condición que sean “susceptibles de apropiación”.

La expresión utilizada en la disposición citada no se refiere a las fuerzas naturales como tales (solar, eólica, acuífera, magnética, etc.), sino más bien al estado que puedan adoptar y que permite puedan ser aprehendidas. No es un bien mueble lo que aprehende quien capta la energía solar para calentar las habitaciones de su casa. Lo que es considerado bien mueble es más bien el producto resultante del proceso de aprehensión de dicha fuerza natural; es decir, de la energía eléctrica obtenida. Cuando, en la legislación penal, no se había equiparado la energía a los bienes, el problema era de saber si cometía hurto quien se “apoderaba” de dicha energía ya que se dudaba que ésta fuera o no una “cosa”. La respuesta en derecho penal no es muy clara debido a la deficiente redacción del art. 185, segundo párrafo. Según esta disposición: “Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético”. Por tanto, pueden ser objeto de hurto la energía (la eléctrica es mencionada expresamente y como ejemplo), todo otro elemento semejante a los mencionados y que tenga valor económico y, por último, el espectro electromagnético (que, según la redacción del citado tipo penal, no sería ni energía, ni elemento).

Como las fuerzas naturales (eólica, solar, atómica, etc.) son transformadas en **energía eléctrica** mediante usinas, el propietario de éstas será perjudicado mediante la sustracción clandestina de la electricidad que aquél distribuye a los usuarios, contra el pago de un monto determinado. Lo mismo sucede con la sustracción de gas (u otro elemento, como el gas), sin el acuerdo del concesionario y sin contraprestación, de la red de distribución instalada por este último. Así mismo, respecto a la generación de fuerza electromotriz por la acción de la luz (fotovoltaico), quien sustrae a su vecino la fuerza eléctrica que éste produce, mediante los paneles solares que ha instalado en el techo de su casa, comete hurto. Si el legislador, en el art. 185, “equipara” (considera equivalentes) estos productos (energías) a los “bienes”, se debe a que estima que no son bienes ni corporales (cosas) ni inmateriales (derechos). Si los hubiera considerado iguales o de la misma índole, no hubiera necesitado mencionarlos expresamente. O en su caso, para evitar dudas, se hubiera limitado a indicarlos como ejemplos de bienes. En otros sistemas legales se busca salvar esta dificultad interpretativa estableciéndose disposiciones especiales. Así, en el CP francés, art. 311-2, se dice: “La sustracción fraudulenta de energía en perjuicio de tercero es asimilada al hurto”. El art. 142, CP suizo, prevé un tipo penal especial para reprimir la sustracción de energía.

La deficiencia del art. 185, párrafo segundo, es más grave cuando se refiere al “**espectro electromagnético**”, porque su explotación no genera un producto

sino que tiene lugar mediante la utilización de una frecuencia determinada. La misma que es concedida por el Estado, por ejemplo para la emisión radial o televisiva. El hurto se daría porque la posesión estatal de dicho espectro es violada por el uso indebido y no mediante la sustracción (imposible de realizar por la naturaleza del espectro electromagnético). En el caso de una emisora radial clandestina¹¹, esta disposición no fue aplicada porque resultó imposible cuantificar con precisión el perjuicio que representó para el Estado "el uso indebido del espectro electromagnético materia del ilícito". De esta manera se desnaturaliza completamente el tipo legal del hurto y, por tanto, debería admitirse y tratarse dicho comportamiento como un delito particular.

Los **minerales** son bienes muebles cuando son extraídos de las minas. Según la Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (Ley N° 26821), art. 23, tercer párrafo, la "concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse". En su art. 19, establece además que: "en cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre éstos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares". En esta perspectiva, resulta poco claro que se pueda considerar la aplicación directa del art. 885, inc. 53 CC (que reconoce como inmuebles a las minas y concesiones) y del art. 19 de la Ley N° 26821, ambos en relación al delito de hurto, ya que ello haría imposible calificar como hurto al hecho de sustraer productos minerales sin ser concesionario, pues el Estado conserva siempre el dominio sobre dichos bienes muebles. La ficción de que los minerales sustraídos sin autorización permanecen en el dominio del Estado, es inaceptable en derecho penal.

Es claro, por el contrario, que los mineros pueden ser víctimas de hurto, pues si bien ellos no son propietarios de los yacimientos mineros sino solo concesionarios, sí son propietarios de los productos extraídos del yacimiento minero y, por tanto, disponen de éstos con plena libertad.

El art. 886, inc. 5 CC, considera como bienes muebles a los "**títulos valores de cualquier clase o los instrumentos** donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales". Estos últimos constituyen los certificados de participación en fondos mutuos y fondos mutuos de inversión en valores¹², conforme se prevé en el art. 261, inc. 1, de la Ley de Títulos Valores (Ley

¹¹ Exp. 858-98 Lima, in JurPeGaceta, I, p. 257.

¹² Los certificados de participación en fondos mutuos son títulos valores representativos de un derecho de participación, conforme se prevé en el art. 261 de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores.

Nº 27287). Los primeros son documentos que representan o incorporan derechos patrimoniales, establecidos conforme a las formalidades exigidas por la ley. Cuando figuran en un documento cartular, se les califica de títulos valores materializados¹³. Por el contrario, se les llama desmaterializados¹⁴ si “requieren su representación y anotación en cuenta y su registro ante una institución de compensación y liquidación de valores”¹⁵. En ambos casos los derechos de los titulares se encuentran representados materialmente (en documentos o en registro).

Si puede concebirse sin mayores dificultades que los títulos valores materializados pueden ser objeto de un hurto, es debido a que los documentos por ser objetos corporales son aprehensibles y susceptibles de valor económico. Por el contrario, resulta problemático imaginar que los títulos valores desmaterializados, reconocibles y comprobables únicamente por la inscripción legal, sean comprendidos como objetos del delito de hurto. No está demás repetir que cuando el legislador ha querido comprender, además de bienes muebles corporales, a los valores, los ha mencionado expresamente en el tipo legal correspondiente. Así, por ejemplo, en el art. 190, apropiación ilícita, se refiere a “un bien mueble”, a “una suma de dinero” y a “un valor”.

En el ámbito penal, resulta interesante tomar en consideración ciertos casos particulares. Así, por ejemplo, la previsión respecto al hurto de la agravante consistente en la **utilización de transferencia electrónica**, de la telemática o de la violación de claves secretas (art. 186, segunda parte, inc. 3). Esta regla constituye una muestra clara de desconocimiento teórico y deficiente técnica legislativa de parte del legislador. Desconocimiento, por ejemplo, de lo que son los delitos informáticos y, en particular, del mal denominado “hurto informático”, lo que lo lleva a confundir un caso de esta figura delictiva *sui generis* con la del hurto previsto en el art. 185.

La dificultad de considerar como hurto la transferencia electrónica de una suma de dinero de una cuenta a otra se ha debido, precisamente, a que el sistema bancario no funciona transfiriendo materialmente dinero (caudales o fondos) sino créditos. Cuando un cliente ordena a su Banco que, de su cuenta 007, se transfieran cien mil soles a la cuenta 077 de XY, el bancario no toma físicamente dicha suma del “depósito” del primer cliente y la coloca

¹³ Art. 279, inc. 15, de la Ley Nº 27287, Ley de Títulos Valores.

¹⁴ Art. 279, inc. 16, de la Ley Nº 27287, Ley de Títulos Valores.

¹⁵ AVENDAÑO, Francisco. Art. 886, in Código Civil Comentado, T. V, Derechos Reales, pp. 45 s.

materialmente en el “depósito” del segundo. Lo que hace en realidad es inscribir un débito y un crédito respectivamente. Del mismo modo, quien ilegítimamente, mediante la utilización indebida del sistema informático del Banco, transfiere fondos de la cuenta de un tercero a su propia cuenta (en el mismo Banco o en otro), lo que hace es acreditar a su favor (mediante inscripción) un crédito por ese monto en su cuenta. Ahora bien, el art. 186 solo sería aplicable si el término bien fuera interpretado comprendiéndose también los “derechos” (créditos). En caso contrario, el problema sería más bien de saber si ha habido sustracción, siempre y cuando se siga pensando, equivocadamente, que se trata realmente de la figura del hurto y no de un tipo especial de delito, por ejemplo, informático.

Debido a que **no existe sustracción de “créditos”**, los legisladores, que han enfrentado problemas parecidos, prefieren hablar de “utilización de valores patrimoniales”. Esto es lo que sucede cuando alguien recibe en su cuenta bancaria una suma de dinero que no le corresponde y, no devolviéndola, la saca del Banco y se la gasta. Lo que entró en su posesión por error fue un crédito y no dinero efectivo. Tampoco sería de aplicación el art. 192, inc. 2 (apropiación ilícita de bien perdido), porque no cabe interpretar el término “bien” en sentido amplio comprensivo de bienes corporales e inmateriales, muebles e inmuebles. Ya que resulta difícil admitir que, por ejemplo, el propietario ha “perdido” su casa; es decir que no sabe donde está, ni puede acceder a ella.

Para conservar la **relativa coherencia de las disposiciones** referentes a los delitos contra la propiedad, no debería forzarse la interpretación al extremo de tratar de adecuar, cueste lo que cueste, el comportamiento previsto “como agravante” a la figura del hurto (art. 186, segunda parte, inc. 3)¹⁶. Para no desnaturalizar el tipo legal, la descripción del comportamiento previsto como circunstancia agravante de este delito debería ser leída de manera diferente. La expresión “mediante” no debe ser interpretada en relación con la sustracción, sino más bien con el verbo principal “apoderarse”. El apoderamiento se da mediante la utilización indebida de los “fondos” acreditados en la cuenta del autor. De modo que no se presenta la dificultad de si ha habido o no sustracción en el sentido estricto del primer párrafo del art. 185. El agente se apodera de “fondos” (dinero, caudales, capital) por el medio peculiar de manipular uno de los sistemas de transferencia expresamente indicados. Estaríamos, sin embargo, frente a otro caso de equiparación analógica; esta vez no entre bienes muebles y energías (art. 185,

¹⁶ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. *El delito informático en el Código Penal peruano*. Lima, 1997, pp. 61 ss.

pf. 2), sino entre la sustracción y la utilización de sistemas electrónicos. Otra manera de lograr el mismo objetivo de coherencia es admitir que, por una defectuosa comprensión del comportamiento grave que se busca reprimir, los redactores del inc. 3 de la segunda parte del art. 186 consideraron que los fondos (por ejemplo, el dinero) eran realmente objeto de la apropiación. Este sentido concuerda con el lenguaje común y no es incompatible con la descripción del delito de hurto.

En cuanto al objeto del delito de hurto, se presenta también la cuestión de saber si tienen esta calidad los **objetos, cosas, bienes que están fuera de comercio** y, por tanto, no tienen un valor pecuniario. Este aspecto económico del bien mueble, objeto del hurto, se deduce, sobre todo, del segundo párrafo del art. 185. En éste se dice, expresamente, que los elementos equiparados a "bien mueble" (energía eléctrica, etc.) deben tener "valor económico".

Al respecto, se presentan dificultades, por ejemplo, cuando el objeto de la sustracción indebida es un cadáver. De acuerdo con el art. 8 CC, "es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana". La persona o institución beneficiada con este don adquiere la posesión y la propiedad del cuerpo (o de una de sus partes). Si alguien se apodera de este "bien" sustrayéndolo, cabe preguntarse si ha cometido un hurto. El bien hurtado no tiene valor económico (determinado por el mercado), debido a que está fuera de comercio, conforme al art. 116 de la Ley general de salud (Ley N° 26842). Según esta disposición, está "prohibido el comercio de cadáveres y restos humanos" (así se deducía también del art. 22 del DS 014-88-SA). El cadáver es un objeto especial en cuanto carece de significado económico-patrimonial y, por ser diferente a todos los demás objetos, no es un bien y, por tanto, no cae en ninguna de las categorías en que se clasifican los bienes. Por tanto, el art. 185 CP sería inaplicable. Lo que sería conforme a la regulación civil.

Sin embargo, el legislador penal se aleja de la ley civil cuando regula el delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos (art. 318-A), al describir esta infracción como el hecho de quien, "por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa, exporta, almacena o transporta órganos o tejidos humanos de personas vivas o de cadáveres". Se trata, en buena cuenta, de un caso agravado del delito contra la paz de los muertos (art. 318). Lo interesante respecto al carácter accesorio del derecho penal es que al modificarse el art. 318, se establece, contrariamente a la regulación civil,

que existen partes del cadáver (por tanto, también un cadáver completo) que pueden ser objeto de comercialización. Lo que significa que las actividades enumeradas deben ser comprendidas de manera semejante, pero no igual que las del derecho civil. De modo que podría también interpretarse el art. 185 comprendiendo que el cadáver, integro o en partes, puede ser objeto del hurto, pues resultaría posible fijar un valor patrimonial de acuerdo a la comercialización indicada en el art. 318.

Otra posibilidad de interpretación sería aceptar, conforme al criterio seguido por una minoría de civilistas (pero no por el ordenamiento legal peruano¹⁷), que los elementos que están fuera del comercio humano pueden satisfacer necesidades humanas y, por consiguiente, tienen calidad de bienes. De acuerdo con esto, tanto los órganos separados del cuerpo humano vivo, como los de un cadáver serían bienes, aun a pesar de que el ordenamiento legal prohíbe la asignación de un valor económico y su comercialización en el mercado. Si se admitiese el criterio minoritario, se lograría mayor armonía entre derecho civil y derecho penal, sin embargo es preferible reiterar que los factores civiles o comerciales que contienen los tipos legales penales deben ser comprendidos de acuerdo a las limitaciones, fundamentos y finalidades del derecho penal. Por tanto, en derecho penal, de acuerdo con las disposiciones penales citadas, el cadáver o una de sus partes puede ser objeto del delito de hurto porque, en el contexto social, son susceptibles de ser valorados económicamente, como lo admite en cierta forma el legislador al hablar de comercio de partes del cadáver.

Por último, resulta interesante destacar una de las condiciones para aplicar la nueva agravante relativa al delito previsto en el art. 318, que el agente utilice "los medios de prensa escrito o audiovisuales o base de datos o sistema o red de computadoras". La misma que es semejante a la del hurto agravado, en la que el agente utiliza "sistemas de transferencia electrónica de fondos". En ambos casos, el objeto de la maniobra son bienes muebles: fondos (dinero, caudales, en consecuencia no simple créditos/derechos) y partes de un cadáver, respectivamente.

2.3. Apoderarse

Según el derecho civil, la adquisición de la posesión puede ser originaria o derivada. La primera, también llamada adquisición unilateral, es consecuencia de un hecho propio y exclusivo de la persona que lo ejecuta. En caso de bienes

¹⁷ AVENDAÑO, Francisco. *Op. Cit.* (nota 16), p. 689.

muebles, según los arts. 929 y ss. CC, debe tratarse de bienes abandonados, perdidos o *res nullius*. Al respecto, es oportuno recordar que en relación con la apropiación de muebles, el CC se refiere a “cosas libres”, “objetos perdidos”, “tesoro”, “animales de caza y pesca”¹⁸.

Por su parte, la adquisición derivada se da por la transmisión de la posesión de una persona a otra, razón por la que se le llama bilateral, y puede darse *inter vivos* o *mortis causa*. Ésta se produce por la tradición que implica la entrega (material o simbólica) de la cosa, a título oneroso o gratuito. La posesión de quien la transmite puede ser a título legítimo o ilegítimo.

Según el art. 901 CC, la tradición “se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirla o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece”. Además, en el artículo siguiente, se prevén dos sucedáneos de la tradición, disponiéndose que ésta se considera realizada: primero, cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo y, segundo, cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero¹⁹.

La adquisición originaria de la posesión puede producirse mediante autorización de la ley o contrariamente a ésta. El caso típico del segundo caso es la posesión que se atribuye el ladrón de la cosa que ha sustraído a su legítimo titular. El acto de apoderarse, materialmente, consiste, por un lado, en privar definitivamente al propietario del poder efectivo de disponer del bien y, por otro, en crear una nueva posesión a favor propio o de un tercero. El autor debe querer estos dos hechos; de manera a comportarse como si fuera el propietario y, así, privar al propietario de toda posibilidad de ejercer su poder efectivo de disposición material sobre el bien. Con este criterio, se superan las diferentes propuestas realizadas en relación con la cuestión de si el objeto de la apropiación es el bien mismo (*Substanztheorie*), su valor (*Sachwerttheorie*) o, por último, ambos (*Vereinigung von Substanz – und Sachwerttheorie*). Quien substraerá la libreta de ahorro de un tercero, decidido a devolvérsela, se comporta como propietario cuando retira dinero de la cuenta de ahorro. Así, se apodera de manera definitiva de la suma sustraída.

El hurto, de acuerdo a nuestro sistema, es un delito de resultado. Es consumado en el momento en que el ladrón adquiere el objeto sustraído

¹⁸ Enumeración que corresponde a la que se hace en el art. 192º CP, referente al caso de apropiación ilícita de un “bien perdido” o de un “tesoro” (inc. 1). Por esto, a pesar de que en esta disposición, se utiliza el término “bien” (perdido o ajeno), no puede comprenderse que también se refiere a bienes incorporales (por ejemplo, “derechos”).

¹⁹ En este caso, la tradición produce efecto, en cuanto al tercero, sólo desde que es comunicada por escrito.

y, como cuasi propietario, tiene la posibilidad de ejercer el poder de hecho de disponibilidad. Esto supone, en consecuencia, que el comportamiento del agente se desarrolla en dos fases: primero, la sustracción y, segundo, el apoderamiento. La aplicación unilateral de las superadas teorías tradicionales (*amotio, illatio, ablatio, contractatio*) no es útil para determinar cuando el ladrón tiene el poder de realizar actos dispositivos. Esto se debe a que la existencia del apoderamiento depende de las variadas formas en que puede efectuarse la exclusión (el desplazamiento) del propietario y la ocupación de la cosa por el ladrón²⁰.

2.4. Sustraer

La noción de apropiación está delimitada por la manera como debe proceder el ladrón para adquirir el poder de disposición sobre el bien: debe sustraerlo (*wegnehmen*). Acto que implica una violación de la esfera de influencia que tiene la víctima sobre sus bienes, privar al propietario de su poder efectivo de disposición. Dicho de otra manera, la sustracción se da por la transferencia del bien de la esfera de influencia del propietario a la esfera de influencia del ladrón. La apreciación del comportamiento calificado de sustracción está estrechamente relacionada con la noción de esfera de influencia o de posesión. La desmaterialización de la noción de esfera de influencia determina que el concepto de sustracción no deba ser necesariamente comprendido en un sentido objetivo o material.

Esto está igualmente condicionado por el hecho que en la ley no se indica expresamente la manera como debe practicarse la sustracción. En principio, todo medio es posible, salvo la utilización de la violencia o de la amenaza sobre las personas que transforman el hurto en robo. Siendo la sustracción el medio para lograr el apoderamiento del bien, el hurto es consumado solo cuando el autor toma efectivamente el poder de disposición del bien; momento en el que puede comportarse como si fuera el propietario.

De modo que, ante nuestra ley, no son decisivos los criterios tradicionales. Al respecto, ya en los años sesenta, se afirmaba que “el concepto de apoderamiento es un concepto abstracto, que debe ser determinado jurídica y no materialmente”²¹. En esta perspectiva se sostiene que al hablar de apoderamiento, “importa hacer una clara referencia a la posibilidad inmediata

²⁰ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. T. IV, 1963, p. 169.

²¹ SOLER Op. Cit. (nota 21), p. 165. En nota 26, este autor recuerda que Jiménez de Asúa afirmó correctamente que « la cuestión no está en el espacio sino en los actos jurídicos del agente ».

de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, porque la cosa estaba en poder de otra persona, fuese poseedor o simple tenedor”²². Es en este contexto que debe comprenderse la afirmación que: “en consecuencia, el desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar los actos de disposición²³. El hurto no está en la acción de tomar la cosa, sino en la de usurpar el poder sobre ella”. Afirmación que se comprende más en relación con el apoderamiento que con la sustracción, ya que se habla de usurpar, “porque apoderarse no es solamente sustraer, sino algo más; esto es traer la cosa a la esfera del propio dominio de hecho”²⁴.

Al respecto, hay que recordar los ejemplos dados para mostrar cuando la cosa puede quedar en el espacio en que se proyecta el poder patrimonial de la víctima y, sin embargo, que ésta haya sido despojada de su poder efectivo de hecho de propietaria. Estos criterios, sostenidos en base a la legislación argentina, y aplicables a la nuestra, están también condicionados a que se considera como materia del hurto las cosas muebles corporales y con valor económico²⁵.

2.5. Objeto de la infracción

Conforme al tipo legal del hurto, previsto en el art. 237 CP 1924, el objeto del apoderamiento debía ser una cosa mueble. A pesar del cambio efectuado en la definición del hurto en el CP de 1991 (art. 185), los autores y la jurisprudencia han comprendido que debía tratarse de un objeto corporal susceptible de apropiación, sin consideración a su estado físico. Por tanto, las cosas líquidas o gaseosas solo debían ser consideradas si estaban debidamente delimitadas.

Debido a la constitución física de determinados elementos como los diversos tipos de energía, éstos han sido equiparados a las cosas corporales para los efectos del hurto; llegándose a comprender expresamente el espectro electromagnético. Se trata de una ficción, frecuente en derecho, en el sentido que se tiene por cosa elementos que no lo son. No es cuestión de que jurídicamente se decida si se trata o no de la exactitud física de que la energía

²² SOLER, Sebastián. Op. Cit. (nota 21), p. 165.

²³ SOLER, Op. Cit., p. 165 (nota 21). Afirmación literalmente reproducida tanto por Donna, Edgardo A., Parte Especial, Rubinzel-Culzoni Editores, 2001, T. II-B, p. 31, como en el considerando N. 9, in fine, de la Sentencia Plenaria de la Corte Suprema N. 1-2005/DJ-301-A.I., del 30 de agosto de 2005. En CASTILLO ALVA, José Luis dir. *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima: Grijley, 2008, p. 217 ss.

²⁴ SOLER, Sebastián. Op. Cit. (nota 15), p. 165.

²⁵ DONNA, Op. Cit. (nota 24), tomo II-B, p. 31.

sea cosa corporal. Pero, si es de destacar “la ingenuidad jurídica consiste en buscar [como sucedió mucho tiempo] dentro de la física la fijación de un concepto jurídico”²⁶.

Esta ampliación²⁷ de lo que podía ser hurtado fue propuesta, por primera vez, en el proyecto de CP de 1972, elaborado por el Ministerio de Justicia. En el art. 237, segundo párrafo, se decía: “se equipara a cosa mueble la energía eléctrica y cualquier otra que tenga valor económico”. Disposición que fue recogida en el proyecto de 1985, cuyo art. 187, segundo párrafo, extiende dicha equiparación al gas, agua “y cualquier otro similar que tenga valor económico”. El actual art. 185, segundo párrafo, dispone: “Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético”.

La idea común a este proceder de equiparación es la de la necesidad de reprimir comportamientos consistentes en el apoderamiento de elementos de naturaleza diferente a las cosas corporales, aunque relativamente análogos; pero que por tener cierta manifestación física no podían ser calificadas de inmateriales o de intelectuales. Esta solución legislativa resultaba incoherente, desde el proyecto de 1985, porque al establecer el tipo legal del hurto se remplazó el término “cosa” por el de “bien”. Comprendido de manera amplia, se podía estimar que este último abarcaría desde las cosas corporales hasta los llamados bienes inmateriales, pasando por los “derechos reales”. Lo que estaría, además, confirmado por el hecho que, en el proyecto de 1985, art. 218, se reprimiera como autor de un delito “contra el derecho autoral”, a quien “hurta el contenido de una obra literaria, artística o científica, para usarla y hacer con ella perjuicio de los derechos del autor o de sus herederos...”.

Esta regulación, por la cual se suponía se dieran la sustracción y el apoderamiento, propios del hurto, no fue seguida por los redactores del Código actual. En éste se habla de delitos contra los derechos de autor y anexos y, en el art. 216, de publicación ilegal de obra. Además, se prevé como circunstancia agravante que “se inscriba en el Registro del Derecho de Autor la obra, la interpretación, producción o emisión ajenas, o cualquier otro tipo de bienes intelectuales como si fueran propios o como de persona

²⁶ SOLER, *Op. Cit.*, p. 165 (nota 15), p. 179.

²⁷ De manera más coherente, otros legisladores establecieron nuevos tipos legales: por ejemplo, el español lo previó como defraudación de fluido eléctrico (art. 255 CP) y el suizo, como «sustracción de energía» (art. 146 CP).

distinta del verdadero titular de los derechos". Ratificándose así que no se trataba de hurto de bienes intelectuales.

Mediante la inserción del art. 186 y en particular del inc. 3, parecería que se abriera las puertas para una interpretación extensiva del círculo de las cosas o bienes que pueden ser objeto del hurto. Según dicho inciso, la pena se agravaría cuando el ladrón "usa sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general". De donde podría deducirse que el agente se apodera de "derechos" (créditos, forma escriptural), sustrayéndolos mediante el uso indebido de sistemas informáticos.

Sin embargo, si el apoderamiento, consistente en ejercer el poder efectivo de disponibilidad propio del propietario, debe ser entendido conforme a las reglas de la vida social, hay que comprender que la circunstancia agravante fue establecida pensando en la sustracción de fondos. Además, la referencia a cosas corporales es manifiesta tanto en las otras agravantes del hurto y, en particular, del robo, así como en la demás disposiciones referentes a los delitos contra la propiedad. Diferente es la situación respecto a los delitos contra el patrimonio.

En este sentido, se pronuncian de manera constante y uniforme los Jueces y Salas penales, como se puede constatar en la numerosa jurisprudencia de la Corte Suprema. Como ejemplo, vale recordar la Sentencia Plenaria de esta Corte, N° 1-2005/DJ-301-A.I., del 30 de agosto de 2005. En su parte resolutiva, se decide: "12. Establecer como doctrina, respecto a los delitos de robo agravado que el momento consumativo requiere la disponibilidad de la **cosa sustraída** por el agente. Disponibilidad que, más que real y efectiva debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la **cosa sustraída**. Los principios jurisprudenciales que rigen son los señalados en los párrafos 4 a 10 de la presente Sentencia Plenaria".

Como lo hemos resaltado, los jueces se refieren, expresamente en el breve párrafo trascrito, dos veces a la "cosa sustraída". La misma expresión la utilizan en los párrafos N° 4 a 10 y, en particular, en el N° 9. Al final de este último, en relación con la sustracción, se emplea justamente el término "cosa", se dice: "El desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio definitorio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición". Afirmación que no es el fruto de una interpretación moderna, sino por el contrario, es opinión expresada por Soler en la década de los 60 y, últimamente, retomada por Dohna. Ambos

autores argentinos, manifiestan su convicción teniendo siempre en cuenta que son los bienes muebles corporales el objeto de los delitos de hurto y de robo.

Los argumentos de los jueces de la Corte Suprema están dirigidos a establecer cuándo los delitos de hurto y de robo son consumados y, así, distinguir la tentativa. Con este objeto, admiten el criterio de distinguir dos momentos sucesivos en la comisión de estos delitos: por un lado la sustracción y, por otro, el apoderamiento. En este contexto, la expresión “desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición” debe entenderse como el acto del ladrón de usurpar el poder de disponer del propietario o de realizar cualquier acto de dominio sobre la cosa sustraída. Hacer perder al dueño la posibilidad de ejercer su dominio constituye por sí mismo sustracción. Pero no implica que a esta pérdida corresponda la adquisición de dominio por parte del delincuente. En la adquisición de este dominio constituye, precisamente, el apoderamiento, segunda etapa del comportamiento delictuoso y con cuya realización se produce la consumación.

La propuesta de interpretar extensivamente la expresión “bien mueble” para comprender los bienes inmateriales, valores desmaterializados, nos recuerda algunas decisiones judiciales extranjeras en las que se admitía propuestas semejantes. Como muestra basta recordar el “caso Nehmad” (*Nehmadfall*) de la jurisprudencia suiza²⁸. Los hechos consistían en que el titular de una cuenta corriente bancaria dispuso de una suma de dinero que había sido acreditada por error en su favor. La cuestión discutida fue si se le podía aplicar el art. 141 CP (actual 139), disposición que reprimía como delito de apropiación ilícita a quien se apoderase de una cosa mueble ajena y que había caído en su poder a causa de una fuerza natural, de un error, caso fortuito o de cualquier otra manera independiente de su voluntad. Los jueces del Tribunal Federal sostuvieron que el art. 141 (actual 139) era de aplicación, para lo cual consideraron como cosa un crédito bancario. Justificaron su decisión afirmando que el sentido “verdadero” de la disposición era el que se deduce de los valores en los que se inspira y de su finalidad. Por tanto, procede dar al término “cosa” un sentido que tenga en cuenta los factores económicos y, en consecuencia, más amplio que el considerado por el legislador. En esta perspectiva, sostuvieron que si bien, originalmente, el art. 141 (actual 139) apuntaba a las apropiaciones ilegítimas de sumas de dinero pagadas en

²⁸ ATF, 87 IV 115 ; ATF 116 IV 134 ; HURTADO POZO, José. Droit pénal, Partie Spéciale, T. I, 3a edición, Zurich, p. N. 683 ss. ; Schubarth, Martin/Albrecht, Peter, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, T. 2, Art. 137-172, Art. 141 N. 4.

exceso por error, por ejemplo, en ocasión de compras o de cambio de divisas, “existe también apropiación ilícita plenamente caracterizada cuando el pago equivocado se hace por transferencia bancaria y que el destinatario se niega a rembolsar de mala fe. Desde el punto de vista económico, continuaban afirmando los jueces, la transferencia de un crédito de una cuenta a otra equivale a un pago en efectivo”.

En nuestro medio, con relación a la apropiación de derechos, bienes inmateriales, títulos valores desmaterializados (acciones no establecidas en documento), se puede alegar algo parecido haciendo referencia a la realidad social o económica, a las técnicas modernas utilizadas en la transferencia de bienes en general.

Lo interesante del caso suizo es que los criterios de los jueces federales y su decisión favorable a la aplicación del art. 141 (actual 139) fue fuertemente criticada por la doctrina y prácticamente ignorada por las instancias inferiores²⁹. Se consideró que el principio de legalidad no era respetado por la ampliación abusiva del tipo legal, en la medida en que el sentido de la palabra era completamente desnaturalizado y que la expresión “apropiarse” era substituida por la de “disponer sin autorización”. De modo que la incriminación penal de dicho comportamiento, semejante pero no idéntico al hurto, era de la competencia del legislador.

Ante esta situación, en una segunda sentencia el Tribunal Federal, en la que confirmaba su opinión precedente, afirmó que el legislador debía intervenir para esclarecer la disposición vigente o dictar una nueva. En el proceso de reforma de la parte especial del Código Penal, se propusieron diversas soluciones, por ejemplo, la de remplazar la fórmula “cosa mueble” por otra más general que permitiese reprimir la utilización sin derecho de una cuenta bancaria alimentada por error. El Consejo Federal y el Parlamento optaron por una solución diferente: mantener la expresión “cosa mueble”; en su opinión indisoluble de las nociones penales de apropiación y propiedad, e introducir un nuevo artículo para reprimir “la utilización sin derecho de valores patrimoniales” (art. 141 bis).

Siguiendo este buen ejemplo (respetuoso, firme y mesurado del principio de legalidad), si se considera indispensable reprimir la apropiación, uso,

²⁹ ARTZ, Günther. Vom Bargeld zum Buchgeld als Schutzobjekt im neuen Vermögensstrafrecht, in recht 13 (1995), p. 133 ; Niggli, Marcel, Unrechtmäßige Verwendung von Vermögenswerten, Anmerkungen zu BGE 123 IV 125, AJP I (1998), p. 118 ss.

sustracción o transferencia indebidos de bienes inmateriales, derechos, créditos, acciones desmaterializadas, debe modificarse el CP para prevenir, específicamente, la represión de tal comportamiento. Mediante la interpretación del tipo legal del art. 185 no puede extenderse tanto su ámbito de aplicación, sin correr el riesgo de perturbar la seguridad jurídica y los derechos de las personas.

3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La interpretación como proceso lógico-axiológico de atribución de un sentido al texto legal, entre aquellos que son sus sentidos posibles, supone una gran libertad creadora del intérprete. Éste puede llegar a formular una comprensión novedosa del texto, pues no está sujeto a seguir atribuyendo el sentido atribuido hasta entonces a los elementos del texto legal. Uno de los límites de esta libertad de interpretación es la exigencia tanto de que se acomode sistemáticamente el resultado, como que mediante la fundamentación con que se atribuye el sentido al texto legal no se desordene el sistema, en caso de aplicarse para resolver otros problemas interpretativos. La interpretación de ampliar los alcances del art. 185 para reprimir el desplazamiento del titular de acciones (bienes inmateriales en general) no concuerda con la interpretación, primero, del resto de las disposiciones relativas a los delitos contra el patrimonio; segundo, con las disposiciones de otras leyes (especialmente, las referentes a los derechos reales). De modo que de acuerdo con Jakobs³⁰ hay que recordar que: "el intérprete está sujeto al hecho de que el fundamento de una interpretación no usual que él preconice tiene que ser generalizable, es decir, repetible en situaciones homólogas, sin que se desmorone el sistema" (global o particular a la disposición interpretada).

³⁰ Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2a edición, Berlin, 1993, 1/2, N. 39. Este autor señala también oportunamente que el límite tolerable de la generalización es lo que mal se denomina « prohibición de la analogía », *ibid.*, 1/2, N. 33.

LOS VALORES Y PRINCIPIOS DE JUSTICIA Y EQUIDAD EN LA REDACCIÓN DE LA SENTENCIA JUDICIAL

MANUEL BERMÚDEZ TAPIA*

Resumen

La sentencia judicial no necesariamente proporciona un respeto a los principios de *justicia* y *equidad*, principalmente porque esta no procura atender las *consideraciones personales* de los litigantes, sino solo atiende los elementos objetivos de las mismas materializadas en un contexto jurídico (intereses, derechos, obligaciones). A la par la inflexibilidad que la *ley* tiene, debido principalmente a su carácter de *general*, impide observar al juez una serie de circunstancias que rodean al conflicto de intereses judicializado, lo cual puede provocar que la sentencia sea válida, pero ilegítima en cuanto a sus alcances, al no atender los principios de *justicia* y *equidad*.

Palabras clave: Sentencia Justa – Justicia y equidad – Equidad y ley.

Abstract

A Court Order does not necessarily provide respect to the principles of justice and equity, mainly because it does not address the personal considerations of the litigants but only their objective elements materialized in a legal context (interests, rights, obligations). Similarly, the inflexible nature of the law, mainly due to its general quality, prevents the judge from observing a number of circumstances surrounding the conflict of interests, which may result in a valid ruling but illegitimate insofar that it fails to meet the principles of justice and fairness.

Key words: Fair Judgment – Justice and Equity – Equity and Law.

Sumario

1. Introducción.
2. La equidad y la justicia como elementos filosóficos.
3. Los principios de justicia y equidad en la evolución histórica del derecho.
4. La equidad y la ley (en ese orden) en el ámbito del derecho.
5. La ley y la equidad (en ese orden) en el ámbito judicial.
6. La equidad y la justicia en el nexo natural entre el sistema judicial y los justiciables: la sentencia.
7. Parámetros básicos de una sentencia justa.

* Profesor de Posgrado en las Universidades Pedro Ruiz Gallo, Universidad Nacional de Trujillo, Antenor Orrego, San Antonio Abad del Cusco, Hermilio Valdizán, San Cristóbal de Huamanga y Academia de la Magistratura. Profesor Visitante de las Universidades de Buenos Aires, Talca, Católica de Argentina, entre otras latinoamericanas.

1. INTRODUCCIÓN

Sobre la base de la aplicación del conjunto normativo procesal y sustantivo que determinan los mecanismos y procedimientos en los diferentes ámbitos procesales en las diferentes instancias judiciales, en cuanto a la aplicación del principio de *Legalidad*, podría interpretarse que la aplicación de los principios de *Justicia* y *Equidad*¹ resultarían redundantes al momento de una evaluación de la *seguridad jurídica* que todo el Sistema de Impartición de Justicia tiene como deber funcional.

Sin embargo y en contra de la realidad, la sentencia judicial no necesariamente proporciona un respeto a los principios de *justicia* y *equidad*, principalmente porque esta no procura atender las *consideraciones personales* de los litigantes, sino solo atiende los elementos objetivos de las mismas materializadas en un contexto jurídico (intereses, derechos, obligaciones).

A la par la inflexibilidad que la *Ley* tiene, debido principalmente a su carácter de *general*, impide observar al juez una serie de circunstancias que rodean al conflicto de intereses judicializado, lo cual puede provocar que la sentencia sea válida, pero ilegítima en cuanto a sus alcances, al no atender los principios de *justicia* y *equidad*.

2. LA EQUIDAD Y LA JUSTICIA COMO ELEMENTOS FILOSÓFICOS

La *Equidad* como elemento de estudio ha provocado una serie de investigaciones desde el ámbito filosófico, jurídico, sociológico, antropológico y económico, desde los inicios de la civilización occidental hasta nuestra actualidad.

Todos estos estudios, sin embargo, coinciden en vincularla con otro elemento, también sujeto a numerosos estudios: la *Justicia*. Ambas instituciones académicas, por tanto, cuentan con una relación natural y condicional, por cuanto una responde a la otra.

Desde el punto de vista filosófico, Aristóteles fue el primero en hacer un análisis sobre el particular, principalmente porque la *Equidad* se vincula con una aplicación ético casuística, dándole espacio y oportunidad a la *Justicia* para que atienda la verdad de unas circunstancias [proceso].

¹ Las *mayúsculas* responden a la identificación de estos términos como Instituciones Jurídicas, para efectos del análisis del presente texto.

Finalmente la *Equidad* aristotélica es la rectificación de la *Justicia* en cada juicio, para cada caso. En tal sentido, la *Equidad* es una especie de *justicia*, no una virtud distinta de la justicia. Cada caso dirá lo que es su *epiékia*, lo que le es proporcionalmente justo².

Sin embargo en el ámbito filosófico, no existe un concepto unívoco acerca de la naturaleza de la *Equidad* y de la *Justicia*, aunque en el fondo de todas ellas se aprecia un substrato de relativa equivalencia.

La *Equidad* como criterio rectificador de la inflexibilidad de la Ley, de la regla fija, procede del concepto griego de la *epiékia*, y se vio especialmente favorecida por la *aequitas*, la cual se refiere siempre a la operación judicial, suponiendo una aplicación conveniente del Derecho, que en muchos casos será correctiva de la Ley. Porque el *Derecho* siempre será más que la *Ley*.

3. LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA Y EQUIDAD EN LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO

En el contexto jurisdiccional, sobre la base de una adecuación de los principios ius filosóficos, al hablar de *Derecho de equidad*, debemos entenderla como un método que consiste en que en las hipótesis normativas y las consecuencias jurídicas, se insertan conceptos y formulaciones generales e indeterminadas que ofrecen a quien aplica el Derecho, una directriz para la decisión en el caso concreto y que no todo caso es lo suficientemente amplio como para “tener en cuenta” las peculiaridades del caso.

En una posición más moderna en términos de institucionalidad del sistema de justicia, se señala al *Derecho como arte*³, porque es la actividad encaminada a la resolución de los conflictos jurídicos concretos, al especificarse que la *Justicia* se concreta, en la solución a cada caso, como *Equidad*.

Y esta situación responde a la propia evolución histórico jurisdiccional de nuestra civilización, porque los Juristas romanos, cuya actividad era casuística, no hablaban de Justicia, sino de lo que es *aequum* en cada caso; este término latino debe traducirse en ellos por “justo”, porque la *justicia* es en realidad una *virtud natural*⁴, el mismo que como principio ius filosófico, rige hasta nuestra actualidad.

² TERRADAS SABORIT, Ignasi. *Justicia vindictoria*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2008, pp. 138-139.

³ MORA RESTREPO, Gabriel. *Ciencia jurídica y arte del derecho: estudio sobre el oficio del jurista*. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2005.

⁴ RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel. *La modernidad discutida: iurisprudentia frente a iusnaturalismo en el siglo XVI*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 1998, p. 75.

4. LA EQUIDAD Y LA LEY (EN ESE ORDEN) EN EL ÁMBITO DEL DERECHO

A la institucionalización del principio de *Legalidad*, se debe entender que este principio proclama el imperio de la lógica deductiva en punto a la aplicación del Derecho, acorde con la metodología voluntarista y racionalista de la exégesis y el conceptualismo formalista de la dogmática. En esencia, la relación material y sustancial entre la *filosofía* y el *Derecho*.

El imperio de la *Ley* en su relación entre el Sistema Jurídico, materializado en una tradición exegética, deriva una consecuencia lógico histórico en la función judicial al momento de desarrollar jurisprudencia, limitándola a una función semi-mecánica; el juez vendría a ser un mero aplicador de la ley al caso concreto que se le presenta, a través de un silogismo, en el que subsumiendo en un premisa normativa un supuesto fáctico concreto se deducirá una conclusión.

El error se puede identificar en el hecho de haber trasladado la lógica racional tradicional al campo de los contenidos jurídicos.

Si bien es cierto que el Derecho tiene una estructura lógica, que vincula un estudio del a priori formal de lo jurídico, hallando y declarando la esencia de lo jurídico en general, así como una ontología formal del Derecho, esto es, un estudio de la doctrina general de los contenidos jurídicos (Teoría General), que utilizará como método el lógico deductivo, debemos señalar que este método es el mismo empleado por las llamadas ciencias exactas.

Sin embargo y en forma más específica, el Derecho no es solo esa estructura lógica; tiene unos contenidos jurídicos concretos y singulares, para cuyo descubrimiento e interpretación se precisa de una lógica distinta de la tradicional o de la razón, aquélla que Recasens Siches denominó lógica humana o de lo razonable⁵.

Los predicados de “verdad” y “falsedad” no pueden ser atribuidos a las normas del Derecho, ni tampoco a los programas del Derecho ideal. Las reglas jurídicas no pueden ser juzgadas desde el punto de vista de la verdad o falsedad. Pueden y deben ser enjuiciadas desde los ángulos de otros valores: justicia, dignidad de la persona humana, criterios de libertad, de igualdad

⁵ SERRANO MIGALLÓN, Fernando. *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*. México: Editorial Porrúa - UNAM, 2003, p. 298.

ante el Derecho, de igualdad de oportunidades, de servicio al bienestar general, de adecuación a las circunstancias, de eficacia, etc.⁶.

De este modo, las normas del derecho no son enunciados de ideas con intrínseca validez –como lo son, por ejemplo, las proposiciones matemáticas–; no son tampoco descripciones de hechos; son instrumentos prácticos, elaborados y construidos por los hombres, para que mediante su manejo, produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisando el cumplimiento de los propósitos concebidos⁷.

En consecuencia el Derecho como realidad, es un arte práctico, una técnica, una forma de control social, por tanto debe también considerar que la *sociedad* como receptora de sus preceptos, la condiciona, al exigir constantemente la adecuación de la ley a la realidad social.

La ley si bien tiene una condición que le garantiza una cierta perpetuidad en el tiempo, la misma no se contradice con su objetivo de alcanzar una *legitimidad social*, por lo cual bien puede ser reformada, reformulada, derogada o puede ser optimizada, según las circunstancias⁸.

5. LA LEY Y LA EQUIDAD (EN ESE ORDEN) EN EL ÁMBITO JUDICIAL

El paulatino y constante desarrollo social en todos sus aspectos (políticos, económicos, sociales, morales, éticos) ha provocado que la resolución de los conflictos de intereses en el ámbito jurisdiccional tenga un patrón uniforme en el ámbito jurisdiccional comparado, particularmente en el Sistema Jurídico Romano Germánico [Canónico-Francés], al cual nuestro país está inserto.

En este sentido, la constante pugna entre la *Justicia* y la *seguridad jurídica* como principios relacionados pero opuestos en el ámbito jurisdiccional por voluntad de las partes, provocó que el mismo Sistema Jurídico tenga una actitud sobre el particular y pondere el *Principio de Legalidad a la Equidad*, principalmente para mantener una única posición ius filosófica dentro del *positivismo jurídico* en el desarrollo de la *Codificación* [francesa] moderna.

En contra, la tradición jurídica que seguía el sistema judicial de la época moderna (Siglos XV-XIX) más próximo al *Derecho Canónico*, privilegiaba la

⁶ PORTELA, Jorge y PUY MUÑOZ, Francisco. *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 188.

⁷ NOVOA MOREAL, Eduardo. *El derecho como obstáculo al cambio social*. México: UNAM, 1979, p. 89.

⁸ ALONSO, Luis Enrique. *La Mirada cualitativa en sociología: una aproximación interpretativa*. Madrid: Editorial Fundamentos, 2003, pp. 125 y ss.

posición del Estado frente a los derechos del ciudadano, lo cual generaba una serie de situaciones de desprotección finalmente ante un eventual caso de abuso de autoridad o desprotección de derechos.

En el desarrollo del Common Law, dicha situación es diferente, producto de la evolución de la *práctica jurisdiccional* sobre el desarrollo de la *ley*, lo cual [auto] garantizó la prevalencia del principio de autonomía e independencia judicial frente al poder político.

A diferencia del contexto anglosajón, en el Sistema Romano Germánico [Canónico-Francés], la *ley* prevalece sobre el resto del sistema legal, lo cual limita la autonomía de los jueces, principalmente para evitar una (probable) arbitrariedad en el desarrollo de su práctica jurisdiccional, tal como identifica Montesquieu a los jueces como "seres pasivos, mera boca que pronuncia las palabras de la ley"⁹.

Este *Principio de Legalidad* finalmente se traslada a todos los ámbitos jurisdiccionales y de las diferentes especialidades del Derecho, siendo más referenciales en el ámbito penal, con los principios de "*nullum crimen, nula pena sine lege*".

Este principio penal se constitucionaliza y se convierte en una garantía para el justiciable, ya que nunca podrá ser castigado por conductas que al tiempo de su comisión no estuvieran penadas por la ley; lo que no impide, que la misma tenga cabida, dentro de los límites legales, cuando se trata de conceder un trato más favorable al reo.

6. LA EQUIDAD Y LA JUSTICIA EN EL NEXO NATURAL ENTRE EL SISTEMA JUDICIAL Y LOS JUSTICIAES: LA SENTENCIA

Desde el punto de vista de la Teoría de las formas jurídicas esenciales, de un a priori formal del Derecho, la *sentencia* aporta algo que no figura en la norma general y abstracta, porque es la materialización concreta a un caso real de los alcances de la *ley*.

A tono crítico, Hans Kelsen, respecto de la diferenciación entre la *Teoría Pura del Derecho* frente a la *Jurisprudencia Analítica Austiniana* (de John Austin), criticaba la concepción que esta teoría concebía al derecho, limitándolo solo al conjunto de normas generales, según las cuáles las normas individuales

⁹ SANTAELLA LÓPEZ, Manuel. *Montesquieu: el legislador y el arte de legislar*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1995, p. 77.

(fallos, resoluciones administrativas) quedarían relegadas a meros mandatos ocasionales o particulares.

Esta crítica responde al hecho fáctico de la *Jurisprudencia sociológica (realismo jurídico)* típico del sistema anglosajón, representado en la teoría austiniana, no ha intentado investigar las causas de la efectividad de un orden jurídico en la realidad social. Sin embargo, Kelsen, a pesar de su válida posición filosófica, tampoco entiende que finalmente los jueces anglosajones, lo que procuran con su *jurisprudencia sociológica*, es responder a la necesidad de adecuar *la ley* a los casos que los despachos judiciales evalúan (pragmatismo judicial)¹⁰.

Se reconoce en el ámbito judicial tanto Romano Germánico como Anglosajón, por tanto, una interrelación simultánea e indisoluble entre la constatación del hecho, incluyendo su calificación jurídica, y el hallazgo o determinación de la norma aplicable.

Para el caso particular del Sistema Romano Germánico, si bien es cierto que las normas generales suministran en la mayor parte de las cosas, la orientación y la base para llevar a cabo la función judicial, y que el juez está obligado a obedecer esa pauta suministrada por las normas generales; también lo es que ninguna norma general es completa, como tampoco es susceptible de ser aplicada directamente y de un modo ejecutivo a las situaciones concretas de la vida.

El Juez tiene que dar pleno sentido concreto a la norma general, conjugando la misma con el sentido y alcance de la situación particular, de lo contrario la práctica legal sería una ecuación matemática.

Y nuevamente los objetivos filosóficos de los Sistemas Jurídicos Romano Germánico y del Common Law, coinciden, porque ambos procuran relacionar: *la ley* al caso concreto. El problema radica por tanto a la práctica jurisdiccional, una es más limitada por la misma *ley*, y la otra es más factible de extenderse y encuadrarse en la práctica social.

La crítica de fondo sobre la concepción mecánica de la función judicial en el Sistema Romano Germánico finalmente termina por denunciar la extralimitación de la *ley*, porque tales procedimientos llevan a presentar las normas del Código como una "Suma Magistral", aislada de todas las influencias externas, que difícilmente pueden tener algo en común con la *Justicia* o la *Equidad*, ni con el *Bien Común*. No consiguiendo además la certeza y seguridad jurídica perseguida¹¹.

¹⁰ CALCATERRA, Rosa. *New perspectives on pragmatism and analytic philosophy*. Ámsterdam: Rodopi, 2011, p. xiv.

¹¹ RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973, p. 225.

Por tanto, es necesario demostrar la dimensión creadora de la función judicial a la luz de la experiencia y de los requerimientos axiológicos.

No es posible perder de vista que la sentencia contiene valoraciones, que ella misma es un juicio axiológico. Las más de las veces el juez emplea como criterios valorativos no los suyos personales, sino aquéllas pautas axiológicas consagradas en el orden jurídico positivo y trata de interpretar esos cánones poniéndolos en relación con las situaciones concretas de hecho que se le plantean.

En los casos que muestran gran complejidad, tanto por los asuntos propuestos en términos objetivos (petitorios y fundamentos opuestos al petitorio) como por los asuntos subjetivos (posiciones) entre las partes, se deberá hallar los criterios jerárquicos de valor sobre los que está fundado y por los cuáles está inspirado el orden jurídico positivo.

A pesar de que el juicio tiene un carácter global y unitario, a efectos didácticos podemos distinguir en él, las siguientes fases:

- a. Una constatación de los hechos,
- b. Una calificación jurídica a través de la búsqueda del precepto normativo aplicable y
- c. La conclusión o fallo.

Tres fases que en la práctica, se pueden analizar y evaluar en forma autónoma, a pesar de que conforman un conjunto indisoluble relacionados entre sí de modo recíproco, de la sentencia¹². La lógica jurídica y los métodos de argumentación jurídica, son pues elementos vitales para la comprensión de un conjunto que en esencia puede permitir un análisis de sus elementos internos en forma independiente.

El Juez a la vista del petitorio, de las pruebas aportadas y de los alegatos, se forma una opinión sobre el caso discutido¹³, una especie de convicción razonada entre la relación de *ley-hechos-fundamentos*; después busca los principios -las normas jurídicas que pueden justificar esa su opinión- y articula los resultados de hecho de modo que los hechos encajen dentro de la calificación jurídica que justifique el fallo que van a dictar¹⁴.

¹² RECASENS SICHES, Luis. *Op. Cit.*, p. 241.

¹³ GUZMÁN TAPIA, Juan. *La sentencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 17.

¹⁴ RECASENS SICHES, Luis. *Op. Cit.*, p. 103.

¹⁵ CERDA FERNÁNDEZ, Carlos. *Iuris Dictio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 149.

En concreto y por práctica más que por conocimiento, la mente del juez anticipa el fallo que considera pertinente al caso evaluado, luego busca la norma que pueda servir de base para esa solución, y da a los hechos esa calificación adecuada para llegar a dicha conclusión.

La actividad valorativa del juez se aprecia así en la búsqueda del precepto aplicable, calibrando cuál es el más conforme a las pautas axiológicas del orden jurídico vigente. El juez en este sentido materializa la voluntad del Estado, al ser *lex specialis*, porque la decisión judicial es un *accertamento y attuazione* de la voluntad de la Ley¹⁵.

Esta operación que en los llamados casos fáciles no ofrece duda (procesos ejecutivos), en los difíciles precisa un juicio de valor que significa un reto profesional para el juez, porque tendrá que determinar qué norma es aplicable cuando se encuentra con varias de igual rango y diverso contenido, que derivan consecuencias divergentes o contrarias.

Eventualmente para resolver contradicciones en la Ley o ambigüedades; e incluso, en el ámbito del Derecho privado, para cubrir lagunas normativas¹⁶, cuando no haya normas previamente formuladas, el juez tendrá que pronunciarse y deberá fundamentar su posición apelando a lo que considere que es "justo" (argumentación), es decir, de acuerdo con los principios de estimativa jurídica que considere válidos y útiles, porque de nada sirve filosofar sobre una situación, si finalmente ese *argumento* no soluciona el conflicto de intereses de las partes.

Igual ocurre en la elección de la premisa menor: de la constatación y calificación jurídica de los hechos relevantes, ya que envuelve operaciones valorativas, juicios estimativos: un juicio de valoración sobre las pruebas; y otro para la calificación de los hechos, dado que, unos mismos hechos, en ocasiones, pueden ser susceptibles de diferentes calificaciones jurídicas, según la estimación que se haga de sus componentes. Adicional este proceso de *creación jurídica* se complica cuando el Tribunal es colegiado, porque si para un juez es difícil articular una estructura lógica, para un órgano jurisdiccional colectivo, el reto es mayor.

Todo este proceso tiene dimensiones creadoras, de determinar cuál es la norma aplicable, cuáles son los hechos jurídicos relevantes, de formular su calificación jurídica, todo ello a la luz de lo que se intuye como fallo pertinente; en un proceso único.

¹⁶ Siendo este supuesto el único en el que el juez busca criterios axiológicos por medio de los cuales salve la laguna; porque en el resto de los casos valora y debe valorar según los cánones del orden jurídico positivo vigente.

Después el juez pasará a la justificación objetiva de aquéllas intuiciones. Se trata de una intuición emocional, pero con validez objetiva; se trata de dar una justificación objetivamente válida. Intuición emocional que Carlos Cerdá justifica al vincular los términos y determinar la fuerza del *juez consciente o ético*.

Mientras el legislador, en su labor de creación del Derecho, dispone de un ámbito de libertad excesivamente amplio para elegir las finalidades o los propósitos, para el caso de nuestro país; el juez, por el contrario, debe atenerse a los criterios adoptados por el Derecho fundamental válido y vigente. Y esta situación, al legislador, el contexto le resulta ajeno e inclusive innecesario de conocer, a razón de su mayor poder en el Estado, dejando en estado de orfandad al juez frente a la sociedad, quien le exige una mayor, mejor y rápida acción.

7. PARÁMETROS BÁSICOS DE UNA SENTENCIA JUSTA

El juez ante la ceguera del legislador, debe atenerse no tanto al texto de la regla sino sobre todo y principalmente a las valoraciones efectivas sobre las cuáles la regla está de hecho fundada y debe aplicar esas mismas valoraciones al caso particular.

Y ello lo llevará a cabo a través de un juicio prudencial, por medio del cual el juez opta por una determinada correlación de normas con miras a la obtención del resultado previsto como más aceptable. Este juez, a criterio de Carlos Cerdá, es el *juez consensual* porque a este juez le importa la aceptación social de sus decisiones, para que su *sentencia* tenga una legitimidad social y por ende sus objetivos sean alcanzables¹⁷.

Este juez materializará una *sentencia* basada en las siguientes consideraciones:

1. Una aguda observación de las posiciones, intereses y derechos de las partes en conflicto, para así evaluar los alcances de la actuación procesal de las partes.

De este modo, evitará actuaciones temerarias y maliciosas, como también permitirá legitimar su actuación bajo los parámetros del Iura Novit Curia en casos en los cuales la propia posición de las partes, se omitan determinadas situaciones en el proceso.

2. Una genuina adecuación a la naturaleza del problema planteado y de sus factores y condiciones.

¹⁷ CERDÁ FERNÁNDEZ, Carlos. *Op. Cit.*, pp. 94 y 95.

3. Una congruencia histórica entre los hechos ocurridos, los fundamentos expuestos y la ley pertinente, de acuerdo con la significación del momento histórico, tanto con la realidad presente como respecto de las proyecciones de hechos sociales a desarrollarse en el futuro.

Por ejemplo, al juez de familia le deberá importar con mayor incidencia, garantizar un mejor derecho de *alimentos* y de *identidad genética*, a regular una anacrónica institución de *hijo alimentista*.

4. Una viabilidad o practicabilidad de las leyes (generales e individuales) que vayan a ser referenciales.
5. Una ponderación y estimación de los efectos ulteriores que en el futuro inmediato pueden producir las leyes y las sentencias que expida.

El juez debe dejar de lado su percepción de que la *sentencia* resuelve conflictos y tiene un valor inmutable en el tiempo. La realidad social está constantemente en modificación y las partes inmersas en este proceso, por lo general no conservan en el tiempo, los elementos personales, familiares, económicos y sociales que le rodeaban al momento de la expedición de la *sentencia*.

Bajo este criterio, por ejemplo en el ámbito de la imposición de un régimen de alimentos, las partes pueden modificar sus elementos personales en el futuro a raíz de la formalización de una segunda relación familiar o el nacimiento de nuevos hijos. Estas circunstancias ajenas a la *sentencia*, en el tiempo en que esta fue expedida, son finalmente cuestionadoras y críticas de la temporalidad de la misma, condicionándolas a una eventual reforma.

6. Se debe evitar que la resolución aparentemente satisfactoria de un problema, se convierta en fuente de otros más graves.

La *sentencia* puede ser pulcramente redactada con una prolífica referencia jurídica, con un argumento jurídico intachable, pero puede tener un elemento material en su propia naturaleza que lo convierta en una *sentencia* con un valor de injusticia, *ilegítima* para algunas de las partes, sobre todo de aquellos que no tienen representación procesal.

7. La *sentencia*, debe tener un espíritu de armonía y transacción entre varios intereses en conflictos mientras lo permita la justicia.

El juez percibe que las partes, como todo sujeto con cierto nivel de raciocinio, conocen la proyección de su participación en el proceso y

puede prever las consecuencias materiales, económicas y temporales de su actuación procesal, por tanto, bien puede ponderar una solución más próxima a las partes que a la voluntad que impone la Ley.

Finalmente si las partes optan por una solución pacífica, la sociedad y el mismo Estado resultan favorecidos, porque esta decisión se basará en una *autonomía de voluntades y una legitimidad social*.

8. Una legitimidad de los medios empleados para alcanzar el fin objetivo. Implica por tanto el uso de instituciones jurídicas, procedimientos procesales y mecanismos de determinación, acreditación, validación y evaluación de pruebas.

El acceso a información fáctica real en los procesos le permite al juez fundamentar objetivamente su posición.

En contraposición, esta situación implica un elevado uso de recursos públicos (presupuesto); pero aunque parezca ilógico, la justicia de paz, más próxima a las partes, resulta ser más eficiente que aquella rodeada de parafernalia y pompa, debido principalmente a que tiene una *legitimidad social*.

9. El juez debe esforzarse por dar satisfacción a la mayor cantidad posible de intereses legítimos, para evitar el deterioro de:
 - a) Su propia condición profesional, porque la evaluación del Consejo Nacional de la Magistratura es pues un elemento importantísimo, al momento de las ratificaciones en el cargo.
 - b) La legitimidad de su institución principalmente en el ámbito de la percepción social de la labor prestada.
 - c) La legitimidad del Estado, porque el juez funge de autoridad conforme lo determina la propia Constitución.
10. El juez debe tener un nivel de *flexibilización* de su posición objetiva cuando las circunstancias lo requieran, sin temor a una actuación sujeta a una acusación por comisión de prevaricato.

Es mejor tener un magistrado valiente ante los hechos, que uno temeroso ante la *ley*.

AUTONOMÍA PRIVADA Y CONTRATO*

JOSÉ LEYVA SAAVEDRA**

Resumen

Una de las instituciones que marca el paso del desarrollo del derecho privado no cabe duda que es la ayer denominada autonomía de la voluntad y hoy mejor precisada autonomía privada; esto es, aquella libertad de los particulares, reconocida por los ordenamientos jurídicos, de regular sus propias relaciones jurídicas de la forma y manera querida por ellos. El derecho recorta, como bien se ha dicho, la superficie de la libertad existencial y devuelve, como recompensa, la libertad jurídica de las personas, organizada y precisada, para proyectar, perseguir sus propios objetivos, pero dentro de los límites señalados por cada ordenamiento. La indicada libertad está considerada dentro de los derechos fundamentales de las personas y encuentra su mejor plasmación en el contrato, posicionando en esta sede la autonomía contractual.

A pesar de su consideración de pieza maestra de las relaciones jurídicas privadas, la autonomía privada no tiene un espacio específico y explícito dentro de las constituciones políticas de los Estados, lo que realmente es preocupante, ya que se prefiere darle rango constitucional a una de las expresiones de tal autonomía, como es la libertad contractual.

Palabras claves: Autonomía privada — Autonomía contractual — Libertad contractual — Contrato.

Abstract

Without a doubt, one of the institutions that sets the pace for the development of private law is the formerly called free will, better known today as private autonomy; in other words the freedom of private individuals, acknowledged by the law, to regulate their own legal relations as they wish. As mentioned previously, the law reduces the surface of existential liberty and restores the organized and stipulated legal freedom of the persons to pursue their own objectives, but within the limits set by each legal order. The aforementioned liberty is considered one of the fundamental rights of persons which is best embodied in the contract and its autonomy.

Even though it is considered a key part of private legal relations, private autonomy has no specific or explicit space in State constitutions, which is cause for concern, because the laws prefer to grant a constitutional capacity to one of the expressions of such autonomy, which is the contractual freedom.

* Este trabajo, elaborado con motivo del «XXV Aniversario del Código civil peruano», tiene como base el contenido de los numerales 6 y 7 del volumen «Contratos en general». En: Leyva Saavedra (dir.), *Tratado de contratos*. Lima, 2012, vol. I, Cap. I, en prensa.

** Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Key words: Private autonomy - Contractual Autonomy - Contractual Freedom – Contract.

Sumario

1. Nota introductoria. 2. Autonomía privada: límites. 3. Situación de la autonomía privada. 4. Autonomía privada y pública administración. 5. Autonomía privada y constitución. 6. Autonomía contractual. 7. Autonomía contractual: libertades. 8. Propuesta de nuevas libertades. 9. Autonomía contractual: límites. 10. Autonomía contractual y constitución. 11. La denominada libertad contractual sustancial.

1. NOTA INTRODUCTORIA

En el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, la pieza maestra que pone en movimiento a las otras piezas es la denominada «autonomía privada»¹, la que, como soporte principal del mundo jurídico, traduce naturalmente el reconocimiento de los ordenamientos jurídicos a la libertad de los particulares de regular sus propias relaciones jurídicas, de la forma y manera querida por ellas², pero dentro de ciertos límites. El derecho, se ha dicho, recorta la superficie de la libertad existencial y devuelve, como recompensa, la libertad

¹ Autonomía, del greco *autós* + *nόμος*, significa ley que los particulares se dan entre ellos, en régimen de libertad e independencia; autonomía de los privados significa libertad que los privados tienen, frente al Estado, de regular de sus propias relaciones. Actualmente, autonomía privada significa que los particulares son libres de cumplir las operaciones que quieran, salvo los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. Cuando se hace referencia a la autonomía, con frecuencia, se quiere indicar una forma particular de autonomía, aquella contractual o, como se dice, negocial (del latín *negotium*, acuerdo), explica ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova, 2007, p. 548. A la palabra autonomía se contrapone aquella de heteronomía, que es regulación de intereses realizada por otro y otros, no por las mismas partes. En efecto, la voluntad es autónoma cuando se gobierna así misma, heterónoma es cuando viene dirigida desde afuera. Cfr. PUGLIATTI, «Autonomia: c) Autonomia privata», En: *Encyclopedie del diritto*, Milano, 1959, vol. IV, p. 367; BENEDETTI, «Negozio giuridico e iniziativa economica privata», En: AA.VV. *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 309. CALASSO, «Autonomia: a) Premessa storica», En: *Encyclopedie del diritto*, Milano, 1959, vol. IV, pp. 349 ss.

² Autonomía privada significa posibilidad, para los particulares, de regular *per se*, del modo querido, las relaciones jurídicas con otras personas, apunta TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2005, p. 151. La autonomía privada es aquel poder reconocido o atribuido por el ordenamiento jurídico al privado de autorregular (es decir, de regularse a sí mismo, con propias manifestaciones de voluntad) sus propios intereses. Autorregulación que, si conforme al derecho, es jurídicamente vinculante para la parte o las partes que lo han creado, asumiendo, por ende, fuerza de ley (art. 1372.1 C.c.it.), consideran PERLINGIERI – DONISI, «Autonomia negoziale e autonomia contrattuale», En: PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 335. El tema presenta una vasta literatura; aquí alguna: DAMIANI, «L'autonomia privata», En: AA.VV. *Il contratto nella società moderna*, en *Il contratto in generale*, En: BESSONE (dir.), *Casi e questioni di diritto privato*, Milano, 2002, vol. XXI-I, pp. 2 ss.; LA ROCCA, *Autonomia privata e mercato dei capitali*, Torino, 2009; LIBERTINI, «Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano», En: *Rivista del diritto commerciale*, 2002, n. 3-4, pp. 433 ss.; MINUTOLI, «L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)», En: *Il fallimento*, 2008, n. 9, pp. 1047 ss.; SCOGNAMIGLIO, «Negozio giuridico e autonomia privata», En: AA.VV. *La civilistica italiana*, Cit., pp. 289 ss.; SCHLESINGER, «L'autonomia privata e i suoi limiti», En: AA.VV. *Contratto y trabajo subordinado*, Padova, 2000, pp. 87 ss.; SACCO, «Autonomia nel diritto

jurídica de las personas de manera organizada, precisada y recortada³. Devuelve a los sujetos, pues, un poder normativo propio⁴, no un poder de dictar normas⁵. Autónoma es, por ende, la persona que puede decidir libremente como proyectar, perseguir y alcanzar sus propios objetivos, pero dentro de los límites señalados por cada ordenamiento jurídico⁶, como veremos luego [*infra*, n. 2].

La expresión «autonomía privada» ha sido acuñada, en las últimas décadas, por la moderna doctrina, pues aquella tradicional ha preferido utilizar la expresión «autonomía de la voluntad»⁷, por entender que la potestad, que es el contenido de la autonomía, se confiere a la voluntad humana para que sea ella la que gobierne las relaciones entre las personas⁸. Para esta doctrina, la voluntad es la ley de sí misma y, por ende, la fuente primaria del derecho⁹.

privato». En: *Digesto delle discipline privatistiche*. Sezione civile, Torino, 1987, vol. I, pp. 518 ss.; SOMMA. «Autonomia privata». En: *Rivista di diritto civile*, 2000, n. 4, pp. 598 ss.; TOMMASINI (coord.). *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*. Torino, 2007; URSO. «Autonomia privata e procedimento di formazione del contratto». En: *Persona e mercato*, 2010, n. 1, p. 63 ss.

³ Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA. *Filosofía del derecho*. Barcelona, 1979, p. 743. La libertad es la realidad radical sobre la que se asienta el Derecho. Pues, como forma de vida, está existencial y ontológicamente inserto en la libertad. En cuanto forma social de vida, el Derecho es libertad jurídica. En efecto, para la libertad (natural) es norma, así como para la norma es libertad (jurídica). Por eso, la libertad jurídica no es una magnitud negativa, sino positiva, agrega el citado filósofo del derecho.

⁴ Autonomía significa ejercicio de poder normativo; *no* significa regulación de relaciones *propias*. *Auto - nomia* significa «poder normativo *propio*»; no significa «poder normativo sobre la esfera *propia*», explica SACCO. *Il fatto, l'atto, il negozio*. Torino, 2005, p. 309. La autonomía sería la «potestà di darsi un ordinamento», escribe PUGLIATTI. «Autonomia: c) Autonomia privata». *Cit.*, p. 367.

⁵ Según CATAUDELLA, autonomía, etimológicamente, está para significar poder de dictar normas para sí mismo. En el caso, es más propio hablar de un poder de regular los propios intereses. El ordenamiento, al dejar a los privados una esfera de autonomía, no les ha atribuido, ciertamente, un poder de dictar normas (*I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, p. 8).

⁶ La autonomía privada es aquel fenómeno en virtud del cual los privados persiguen y realizan sus propios intereses mediante el cumplimiento de actos de la más variada especie (contratos, testamentos, matrimonios, etc.), a los que la ley reconoce efectos jurídicos. Cfr. BETTI. *Teoría generale del negozio giurídico*. En: VASSALLI (dir.). *Trattato di diritto civile italiano*. Torino, 1955, vol. XV, t. II, p. 42; BENEDETTI. «Negozio giurídico e iniziativa económica». En: AA.VV. *La civilística italiana*. *Cit.*, p. 315; NIVARRA - RICCIUTO - SCOGNAMIGLIO. *Istituzioni di diritto privato*. Torino, 2006, p. 28; PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general*. Lima, 2001, t. I, p. 199; TORRENTE - SCHLESINGER. *Manuale di diritto privato*. Milano, 2007, p. 448.

⁷ Cfr. ALTERINI - LÓPEZ CABANA. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires, 1989, p. 7 ss.; BARASSI. *Instituciones de derecho privado*. Barcelona, 1955, vol. II, p. 217; CARBONNIER. *Droit civil*. Barcelona, 1960, t. II, vol. I, p. 127 ss.; DIEZ-PICAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid, 2007, vol. I, p. 143 ss.; WEILL - TERRÉ. *Droit civil. Les obligations*. París, 1986, p. 48 ss. Según ROUHETTE, volonté autonome signifie volonté qui se fixe à elle-même sa règle: l'obligation contractuelle a sa source dans la volonté des parties qui crée, à elle seule et librement, le contrat et tous ses effets [«La force obligatoire du contrat»]. En: TALLON - HARRIS (dirs.). *Le contrat aujourd'hui. Comparaisons franco-anglaises*. París, 1987, p. 28].

⁸ Esto es comprensible, estima PUENTE Y LAVALLE, por cuanto, siendo la autonomía concedida a los particulares el fundamento del acto jurídico, durante todo el período histórico en el que se consideró el acto jurídico como la expresión de la voluntad de sus otorgantes, resultaba consecuente que se atribuyera a la voluntad el principio rector de las relaciones humanas. Era el auge de la teoría de la voluntad, concluye el citado autor (*El contrato en general*, cit., p. 197).

⁹ La voluntad es la causa primaria del derecho se decía; en esta afirmación se sintetiza el credo filosófico del siglo decimonónico. Se pensaba que el Estado, la ley y, por ende, el acto jurídico descendían, de manera

Posteriormente, con el surgimiento de las teorías de la declaración, de la responsabilidad y de la confianza, que, sin desconocer el rol de la voluntad en la formación del acto jurídico, la privaron de su carácter determinante, para tomar en consideración los otros elementos que singularizan las nuevas teorías, se percibió que el acto jurídico podía ser válido aun cuando no represente la voluntad del otorgante, como sucede, por ejemplo, cuando el acto jurídico se forma con las declaraciones coincidentes de las partes, pese a que estas declaraciones no traduzcan sus respectivas voluntades. Ante esta situación, se pensó, acertadamente, que la autonomía debía recaer en el sujeto, en la persona, por ser éste el real protagonista de la existencia de relaciones jurídicas. La voluntad jamás puede ser autónoma, porque la «autonomía», en cuanto capacidad de decidir por sí mismo, pertenece a la persona, es natural a ella¹⁰. Por lo anotado, es más apropiada la expresión «autonomía privada», descartando cualquier sinonimia con aquella de «autonomía de la voluntad»¹¹.

El tema de la génesis del poder de la autonomía privada ha movido las quietas aguas de la doctrina. Un sector estima que el poder tiene un fundamento originario del cual el sistema jurídico se ha limitado a tomar conocimiento, regulando las modalidades de ejercicio; otro, en cambio, considera que el poder de autonomía privada deriva del sistema jurídico¹², por lo que los privados ejercitan un poder por delegación. En la época moderna, las razones que sustentan

inmediata, de la autonomía de la voluntad, enseña GALLO. *Diritto privato*. Torino, 2006, p. 368; *Ibid. Trattato del contratto*. Torino, 2010, t. 1, p. 19. Esta idea, acorde con la ideología individualista de 1804, ha informado el criterio seguido por el Código civil francés, en tanto que la época actual ha reaccionado violentamente contra ella, asumiendo una actitud que responde a un aspecto capital de socialización. Ha de advertirse, sin embargo, que la autonomía de la voluntad no ha implicado nunca un supuesto jurídico-legal de valor absoluto, pues inclusive el aserto filosófico vertido en 1804 sólo se incorporó al Código civil después de haberse atenuado restrictivamente, escribe CARBONNIER. *Droit civil*. cit., p. 127.

¹⁰ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO. «El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad». En: *Gaceta jurídica*. 2000, t. 75-B, p. 27. Considera el profesor sammarquino que con la expresión «autonomía de la voluntad» se incurre en un equívoco, pues no es que la voluntad sea autónoma sino que es la persona, en sí misma, quien está dotada de autonomía en cuanto su ser es *ser libertad*. La voluntad es dependiente de una decisión libre. Ella se constituye en uno de los instrumentos propios de la naturaleza unitaria y psicosomática del ser humano del cual se vale de la libertad, que es su núcleo existencial, para convertir su potencial decisión o elección u opción en actos, en manifestaciones fenoménicas, en conductas humanas intersubjetivas. La voluntad no es *per se* autónoma sino que asume un rol instrumental al servicio de las decisiones libres de la persona. No es un fin, sino tan sólo un medio. La «autonomía», en cuanto capacidad de decidir por sí mismo, pertenece a la persona en cuanto ser libre, le es inherente. La autonomía o la autarquía están en el ámbito de la libertad. El ser humano es autónomo o autárquico porque su ser es *ser libertad*.

¹¹ Las dos expresiones podría parecer a primera vista sinónimas, pero no lo son. Quienes hablan de autonomía de la voluntad, en realidad, desconocen el problema mismo de la autonomía privada (problema que, visto desde el ángulo subjetivo, se identifica con la búsqueda del fundamento del poder reconocido a los particulares a crear normas jurídicas) y dan relieve a la voluntad real o psicológica de los sujetos que, según esta opinión, es la raíz de la causa de los efectos jurídicos, en oposición a quienes, por el contrario, ven más bien en la declaración o en la manifestación de voluntad, como hecho objetivo, o en la ley, la fuente de los efectos jurídicos, explica FERRI. *La autonomía privada*. Madrid, 1969, p. 5.

¹² En esta línea, MOSSET ITURRASPE señala que la autonomía o soberanía de la voluntad nace de una delegación del orden jurídico (*Contratos*, Buenos Aires, 2004, p. 321). LEGAZ Y LACAMBRA, algunos años antes, ha escrito

la autonomía privada son fundamentalmente dos: una de orden *ética-política* y otra de orden *económica*. La primera apela a la libertad de los individuos, los que están legitimados para decidir el modo de emplear y disponer de sus propios bienes; la segunda recurre, en tanto, a la idea que dejando en libertad a los privados de disponer como mejor les parece sus propios bienes se tendrá una ventaja, en términos de utilidad económica, para el íntegro cuerpo social¹³.

Otro tópico debatido en doctrina es el referido a la relación existente entre *autonomía* y *ordenamiento*; es decir, entre voluntad del privado y voluntad de la ley, en el sentido de determinar cómo, cuándo y en qué condiciones los privados pueden legalizar una determinada operación económica, de modo tal que los efectos se produzcan no solo desde un punto de vista económico y social, sino también sobre el plano jurídico, con todas las consecuencias que deriven en orden a la tutela jurisdiccional en caso de incumplimiento de los acuerdos alcanzados¹⁴. Antes de todo, estima Gazzoni, debe verificarse si los efectos jurídicos son fruto directo e inmediato de la voluntad del privado o bien se producen solo a continuación del precepto normativo. Según una primera postura, la misma voluntad privada es la que da vida a los efectos jurídicos, ya que no subsiste dialéctica alguna entre voluntad del privado y voluntad de la ley, desde el momento que el rol desarrollado por el ordenamiento es, únicamente, aquel de poner los límites externos a la autonomía contractual, límites constituidos por contrariedad a las normas imperativas, de orden público y buenas costumbres¹⁵. Según otra tesis, el ordenamiento jurídico tiene el poder, exclusivo, de fijar los efectos negociales, la autonomía privada, por su lado, tiene la tarea de dictar el reglamento negocial¹⁶. Esta última tesis se acerca más a la realidad contractual.

que la voluntad psíquica concreta del hombre carece, en cuanto tal, de «poder» sobre las demás voluntades, y su «autonomía» no le pertenece por «derecho propio», sino como concesión y creación del orden jurídico (*Filosofía del derecho*. Cit., p. 744).

¹³ Cfr. NIVARRA – RICCIUTO – SCOGNAMIGLIO. *Istituzioni di diritto*. Cit., pp. 28 ss. Estiman estos autores que la explicación más profunda y radical de la elección operada por todos los sistemas jurídicos a favor de la autonomía privada, reside en la *imposibilidad* del mismo sistema jurídico de hacerse cargo de las decisiones en orden al modo de administrar los recursos y satisfacer las necesidades de cada uno de los particulares. Desde este punto de vista, el probable carácter originario del poder de autonomía privada no excluye su utilización instrumental de parte del derecho que «encuentra» este poder y lo confirma en su imprescindible función de regulador de los negocios de los privados. Este parecer tiene como base las ideas de CATAUDELLA. *I contratti*. Cit., p. 10.

¹⁴ Cfr. BETTI. *Teoria generale*. Cit., p. 43; GAZZONI. *Manuale di diritto privato*. Napoli, 2006 p. 775; *Ibid. Obbligazioni e contratti*. Napoli, 2006, p. 775.

¹⁵ *Manuale di diritto*. Cit., p. 775. Este planteamiento confunde la idea naturalística de voluntad, que se identifica con el poder de actuar, con la configuración jurídica de la autonomía de voluntad. La voluntad es, en efecto, la voluntad psíquica del acto, pero con ello no se demuestra que ella sea también la causa jurídica del efecto, opina GAZZONI. *Obbligazioni e contratti*. Cit., p. 775.

¹⁶ Cfr. GAZZONI. *Obbligazioni e contratti*. Cit., p. 778. Recuerda este autor que el legislador italiano ha sido influenciado por dichas teorías en sede de elaboración de la sistemática del Codice civil de 1942. En el

2. AUTONOMÍA PRIVADA: LÍMITES

La libertad de las personas de darse su propia ley para regular sus relaciones privadas, considerada dentro de sus derechos fundamentales¹⁷, y que encuentra su mejor plasmación en el contrato, no es ilimitada, pues cada ordenamiento jurídico establece, aunque de manera indirecta, los parámetros dentro de los cuales se puede ejercer dicha autonomía. De esta manera, la autonomía encuentra su propia esfera o campo de actuación y, con ello, su propia fuerza autorregulatoria¹⁸. La noción de autonomía lleva ínsito, pues, el concepto de límite¹⁹. Se opera, con ello, un control de licitud y factibilidad de las operaciones negociales, llegando a prohibir todas aquellas prácticas que infrinjan tanto normas legales imperativas como normas de orden público y de buenas costumbres²⁰; es decir, prácticas que vulneren preceptos que se imponen a la voluntad de las partes, de manera que deben ser necesariamente acatadas, excluyendo toda posibilidad de pacto en contrario; o actos que atenten

Libro IV, Título II, dedicado a los contratos en general, se disciplina ante todo el denominado contenido del contrato, mientras que en el Capítulo V se disciplinan los efectos.

¹⁷ Además de considerarla como poder de decidir de la propia esfera jurídica personal y patrimonial, la autonomía privada puede ser vista como un derecho de libertad, y, en efecto, como un derecho fundamental de la persona, opina BIANCA. *Diritto civile. Il contratto*. Milano, 2004, vol. III, p. 30.

¹⁸ Siempre y en todo momento, jurídicamente hablando, el ejercicio de cualquier manifestación de la libertad en la vida de relación social, salvo en el campo marginal del «disenso» y de la «desobediencia civil», se halla sujeto a unas reglas que son garantía de la autenticidad de su propia expresión y, naturalmente, a unos límites y deberes negativos que ponen un contrapunto necesario en el conflicto subyacente entre libertad y autoridad. Lo que hace posible la existencia de un «orden social», apunta DE LOS MOZOS. «La autonomía privada: notas para una relectura del título de los contratos del código civil español». En: ALTERINI – DE LOS MOZOS – SOTO (dirs.). *Instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea*. Lima, 2000, tomo I, p. 198.

¹⁹ Cfr. MIRABELLI. *Dei contratti in generale*, en *Commentario del codice civile*. Torino, 1980, Libro IV, t. II, p. 27; PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general*. Cít., p. 209; SCOCNAMIGLIO. «Negozio giurídico e autonomía privata». En: AA.VV. *La civilistica italiana*. Cít., p. 298. De parecer distinto es DÍEZ-PICAZO, pues estima que las limitaciones a la libertad de contratar son atentados a la libertad de la persona (*Fundamentos del derecho*. Cít., p. 137).

²⁰ *Imperativas* son las normas que se imponen a la voluntad de las partes, de manera que deben ser necesariamente acatadas por los particulares, excluyendo toda posibilidad de pacto en contrario o en sentido distinto. Se contraponen a las *dispositivas*, que son normas que pueden ser derogadas por las partes, siendo aplicadas sólo cuando ellas no han dispuesto otra cosa; y a las *supletorias*, que son normas cuya función específica es integrar las lagunas de la voluntad de las partes. De *orden público* son aquellas normas imperativas que salvaguardan los principios jurídicos, económicos y éticos fundamentales del ordenamiento mismo. *Buenas costumbres* es todo aquello que atiende a la moral. Contrato contrario a las buenas costumbres es aquel juzgado escandaloso o inmoral en una determinada sociedad. Las buenas costumbres, a diferencia del orden público, es un juicio que se pone de lado de la realidad social y no parte del ordenamiento jurídico, dice FERRI, «Buona costume», en *Enciclopedia giuridica treccani*, Roma, 1988, vol. V, p. 2). El orden público está constituido por aquellas normas que salvaguardan los valores fundamentales de la sociedad, y que, a pesar de ello, no están explícitamente formulados por la ley, pero que se recaban, de forma implícita, del sistema legislativo: de los códigos y de otras leyes ordinarias, y, sobre todo, de la Constitución política; las buenas costumbres están constituidas por aquellas normas imperativas, igualmente, no explícitas, recabadas implícitamente del sistema, que comportan una valoración del comportamiento de los sujetos en términos de moralidad o de honestidad. Estas reglas involucran también la costumbre sexual, política, deportiva y negocial de las personas, estima GALGANO. *Il contratto*. Padova, 2007, p. 291 ss.; *Ibid. Trattato di diritto civile*. Padova, 2009, vol. II, p. 329 ss.

contra preceptos, igualmente, imperativos, que salvaguardan los principios políticos, sociales, económicos y éticos fundamentales de un ordenamiento jurídico en un determinado momento histórico²¹. Con estas disposiciones se busca proteger el ordenamiento interno, a través de la consideración de sus normas positivas y sus valores políticos, jurídicos, económicos y morales, que están en la base misma de su organización jurídica y económica²².

Los indicados límites, desde sus orígenes, tienen como destinataria a la libertad contractual, no a la autonomía privada, menos a la autonomía contractual, aunque aquella sea una de sus más refinadas expresiones de ésta. Estos límites los estudiaremos luego [*infra*, n. 9].

3. SITUACIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

El balance de la situación actual de la autonomía privada ha dividido a la doctrina: unos estiman que su ámbito de actuación se ha reducido; otros, en tanto, consideran que dicho ámbito se ha ampliado. Alpa, por ejemplo, escribe que el sector confiado a la autonomía privada es hoy más reducido. Obviamente, hay que distinguir tipo de tipo, no siendo, por ende, posible generalizar; pero la libertad de las partes aparece limitada: *a*) en la elección del contratante; *b*) en la elección del contenido; *c*) en la elección de los remedios; *d*) en la elección de la formulación de las cláusulas; *e*) en la tipificación de las particulares cláusulas; *e*) en la elección de la ley aplicable y los procedimientos aplicables; *f*) la reglamentación procede, pues, de modelos normativos de tipo legislativo, algunas veces detallados, otras veces expresados con fórmulas amplias. Se puede hablar, en este caso, de una suerte de renacimiento o relanzamiento de los principios generales, ahora también muy difundidos en el ámbito comunitario, concluye el citado autor²³.

²¹ Cfr. ROPPO. *Il contratto*. En: IUDICA - ZATTI (dirs.). *Trattato di diritto privato*. Milano, 2001, p. 403 ss. Los contratos que atentan contra normas imperativas, de orden público o a las buenas costumbres son contratos ilícitos: los primeros fundados en su ilegalidad, los últimos en atención a su inmoralidad. Cfr. RUSSO. «Norma imperativa, norma cogente, norma iderogable, norma indisponible, norma dispositiva, norma supletiva». En: *Rivista di diritto civile*. 2001, n. 5, p. 573 ss.; *Ibid.*, «Imprenditore debole, imprenditore-persone, abuso de dependencia económica, terzo contratto». *Contratto e impresa*. 2009, n. 1, p. 133 ss.; ALPA. *Manuale di diritto*. *Cit.*, p. 609; GALGANO. *Il contratto*. *Cit.*, p. 298 ss.; GALLO. *Diritto privato*. *Cit.*, pp. 28 ss.; *Ibid.* *Contratto e buona fede*. Torino, 2009, p. 287; GAZZONI. *Obbligazioni e contratti*. *Cit.*, p. 799; PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general*. *Cit.*, pp. 210 ss.; TORRENTE - SCHLESINGER. *Manuale di diritto*. *Cit.*, pp. 23 ss.; TRABUCCHI. *Istituzioni di diritto civile*. Padova, 2007, p. 136; TRIMARCHI. *Istituzioni di diritto*. *Cit.*, 154.

²² Los ordenamientos jurídicos controlan que las operaciones concluidas por las partes no contravengan los valores, objetivos y intereses que el ordenamiento mismo quiere, en cada caso, garantizar, explica ROPPO. «*Contratto*». En *Digesto. Discipline privatistiche*. Sezione civile, Torino, 1989, t. VI, p. 133.

²³ *Manuale di diritto*, *cit.*, p. 724 ss. En la disciplina de tipo legislativo y administrativo se amparan los códigos de conducta, que tienden a sustituir hoy a los usos. También en este caso estamos en la obligación de señalar que los códigos de conducta, no obstante ser expresión de las categorías profesionales interesadas,

En opinión de Trabucchi, el sistema seguido por el derecho vigente en el tema de las relaciones privadas resiente, indudablemente, la concepción dominante en el pasado siglo, que había combatido las restricciones a la autonomía privada. Hoy, en línea de principio, los privados son libres de establecer *si, con quién y en qué condiciones* contratar, además de decidir que contenido dar al reglamento negocial destinado a disciplinar las relaciones contractuales que instauran. En algunos caso, sin embargo, la libertad de decidir si emitir o no la declaración de voluntad destinada a dar vida, en combinación con la declaración (propuesta o declaración) de la otra parte, al unitario negocio contractual es sometida a ciertas limitaciones, tales que el sujeto se encuentra, jurídicamente, obligada a aceptar (o bien a rechazar) la conclusión del contrato. La fuente de estas limitaciones pueden ser la ley o un negocio precedentemente concluido por el sujeto. En otras hipótesis, las limitaciones atienden bien a la libertad de establecer con quien instaurar la relación contractual, como en el caso de la existencia de un derecho de prelación, sea esta de fuente legal o convencional, o bien a la libertad de las partes de decidir los contenidos del reglamento negocial, como acontece en los casos en que una norma imperativa fija el monto de la contraprestación debida por determinados bienes o servicios, o imponga la inclusión de determinadas cláusulas en el contenido contractual. Finalmente, hay casos en los que la libertad de los privados de decidir los contenidos del contrato, si bien en abstracto salvaguardada, resulta fuertemente limitada, sino muy amenazada, como sucede en la contratación por adhesión, que coloca a una de las partes en la alternativa simplemente de tomar o dejar²⁴.

PATTI, a su turno, señala que las normas de actuación de las directivas comunitarias en el tema de tutela de consumidor, además de romper las líneas sistemáticas del Código civil, inciden sobre el concepto y sus contenidos de la autonomía privada disciplinada por el Código, determinando dentro de que límites podía ejercerse dicha autonomía, los que eran impensables hasta hace

son impuestos, en cuanto a su adopción, por numerosas directivas comunitarias. La autonomía privada es también limitada en el plano de la solución de conflictos. Numerosas son, ahora, las directivas que imponen a los Estados Miembros la preparación de organismos destinados a la resolución extrajudicial de las controversias. Esto, obviamente, sin privar la parte del acceso a la justicia togada, sino con el favor de una composición de conflictos que, sobre la base de los principios de independencia, imparcialidad, competencia, simplicidad procedural y eficiencia, esté en grado de asegurar a los usuarios del «servicio» la oportunidad de comprobar el fundamento de los derechos reclamados con formas simplificadas y en términos más rápidos que aquellos empleados por la justicia ordinaria, concluye el citado autor (*Op. Cit.*, p. 725).

²⁴ *Istituzioni di diritto*. *Cit.*, p. 182 ss. En estas hipótesis, al menos formalmente, el reglamento negocial puede o debe considerarse concordemente adoptado por ambas partes, ya que aceptando estipular el contrato con el predisponente el adherente ha, implícitamente, consentido la adopción de las condiciones unilateralmente decididas por este último; sustancialmente, sin embargo, una de las dos partes, el adherente, se ha visto privada, de hecho, de la libertad de decidir los contenidos del contrato y ha podido incidir con una propia autónoma decisión solamente sobre el *an* de la instauración de la relación contractual, explica el autor citado (*Op. Cit.*, pp. 184 ss.).

algunos años y, además, resultan, en parte, injustificados. Este problema de delimitación de los espacios concedidos a la autonomía privada se presenta también en otras materias del derecho privado, en la que, en paridad, conviven tanto normas imperativas, que tienden a garantizar intereses públicos, frecuentemente conectados a la exigencia de tutela de sujetos considerados débiles en la relación negocial, como normas dispositivas, que permiten la actuación y, por ende, la operatividad de la autonomía privada²⁵.

Esta tendencia de limitar la autonomía privada se advierte, igualmente, en otros ordenamientos jurídicos, con la particularidad que en éstos los límites han sido formulados primero a iniciativa de los legisladores nacionales, luego por obra de la jurisprudencia²⁶, terminando el trabajo el legislador comunitario²⁷. A estos nuevos límites se han agregado nuevas sanciones en el caso de violación de las normas imperativas; así, mientras la regla del Código preveía la nulidad del contrato en caso de contraste con la norma imperativa, con la consiguiente necesidad de las partes de estipular un nuevo contrato, la regla de derivación comunitaria prevé la conservación del contrato sin la cláusula, por lo que una de las partes, al menos, queda ligada a un contrato con un contenido no querido²⁸.

De parecer distinto es Somma. Considera este autor que la autonomía privada, en los últimos años, ha vuelto a representar «il valore primo attorno al quale sviluppare le riflessioni dei privati in tutti i settori dell'ordinamento e al Codice civile la dottrina ha restituito il ruolo un tempo reservatole dalla tradizione»²⁹.

²⁵ «Tradizione civilistica e codificazioni europee». En: *Rivista di diritto civile*. 2004, n. 3, pp. 326 ss. Recuerda esta autor que el civilista habituado a colocar las novedades al interior del sistema y a remendar el tejido normativo, debe ahora preguntarse si este fenómeno, de invasión de normas imperativas de matriz comunitaria, hace actuales aquellas antiguas preocupaciones de la doctrina acerca de la inclusión, por mandato legal, de cláusulas sobre precios de bienes y servicios, e insoportable la erosión operada por las nuevas reglas sobre el principio de la autonomía privada.

²⁶ En cuanto a los límites propuestos por el legislador nacional, v. MEDICUS. *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?* KölN, 1994, p. 11 ss.; citado por PATTI. «Tradizione civilistica». *Cit.*, p. 527. Respecto al límites aportados por la jurisprudencia, v. FERRI. «Il ruolo della volontà negoziale e il documento informatico». En: *Rivista del diritto commerciale*. 2003, n. 2, pp. 282 ss.

²⁷ Esta situación ha llevado a considerar la existencia de una funcionalización de la autonomía privada, que traduce la intervención de legisladores nacionales sólo para regular aspectos considerados no esenciales, ya que los esenciales vienen regulados a través de directivas comunitarias. Cfr. CARRIERO. «Nuova disciplina comunitaria del crédito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problema applicativo». En: *Rivista di diritto civile*. 2009, n. 5, p. 511 ss.

²⁸ Cfr. MEDICUS. *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?* *Cit.*, p. 15; PATTI. «Tradizione civilistica». *Cit.*, p. 528.

²⁹ «Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale». En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 2001, n. 2, p. 264. Se estima que mientras más se consolida el fenómeno de la globalización, mejor se manifiesta la autonomía privada como aliada privilegiada y como motor de desarrollo de aquella. Cfr. GRISI. *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*. Milano, 1999, p. 72 ss.

El retorno de la autonomía privada se observa, fundamentalmente, en sedes distintas al tradicional derecho patrimonial³⁰, como los derechos de personas³¹, de familia³², de sucesiones³³, de sociedades y el derecho procesal, en el cual se habla, a propósito de los medios alternativos de resolución de conflictos, de una justicia negociada³⁴. Este retorno ha despertado en la doctrina diversas reacciones: unos han aplaudido, porque estiman que permite mantener la «autarquía» del individuo en la configuración creadora de relaciones jurídicas³⁵; otros, en cambio, han mirado con cierta preocupación, pues piensan que hoy la autonomía privada hace una valorización mercantilista del individuo³⁶. Creemos que no hay que preocuparse, ya que la mayor presencia de la autonomía privada en la vida negocial de los particulares se traduce en un derecho más cercano a la realidad.

³⁰ Este retorno ha supuesto una contractualización de nuevos sectores del ordenamiento jurídico, señala SOMMA. *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*. Milano, 2000, p. 321; *Ibid.* «Autonomia privata». *Cit.*, p. 598.

³¹ Sobre el tema, v. RESTA. *Autonomia privata e diritti della personalità*. Napoli, 2005, pp. 3 ss.

³² Con referencia a la situación de la autonomía privada en el seno del derecho de familia, v. AMAGLIANI. *Autonomia privata e diritto di famiglia*. Torino, 2005, pp. 3 ss.; PATTI. «Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata». En: *Familia*. 2002, n. 1, p. 285 ss.; CATAUDELLA. «Parti e terzi nel patto di famiglia». En: *Rivista di diritto civile*. 2008, n. 2, p. 179 ss.

³³ En los últimos años se habla de una cierta contractualización del derecho de sucesiones, y en esto mucho tiene que ver el suceso alcanzado por el pacto de familia, introducido al ordenamiento italiano por Ley n. 55, de 14 de febrero de 2006, y regulado en el Libro de las sucesiones, Capítulo V-bis, arts. 768 bis ss. Esta institución contractual ha sido pensada y plasmada legislativamente para facilitar el pasaje de los bienes del empresario o titular, empresas y participaciones sociales, a uno o más descendientes, no importando el vínculo de precedencia entre ellos. El legislador, con la inclusión de este tipo negocial, acoge las propuestas tanto de la doctrina italiana como de la comunitaria, que recomendaba superar la denominada «unidad sucesoria», la prohibición de los pactos familiares y el monopolio de testamento, y afrontar el problema de la relación entre intereses de la empresa, particularmente familiar, e intereses de la familia en la perspectiva del pasaje generacional. El interés de la empresa es a su continuación y a una mejor gestión, en tanto que el interés de la familia es al respecto de las expectativas y de las reglas sucesoria que las tutelan, explica OPPO. «Patto di famiglia e diritto della famiglia». En: *Rivista di diritto civile*. 2006, n. 4, p. 439. Sobre el tema, v. CATAUDELLA. «Parti e terzi nel patto di famiglia». En: *Rivista di diritto civile*. 2008, n. 2, p. 179 ss.; DELLE MONACHE. «Funzioni, contenuto ed effetti del patto di famiglia». En: DELLE MONACHE (coord.). *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, en *I quaderni della rivista di diritto civile*. Padova, 2007, n. 8, p. 323 ss.; GALGANO. «Gli strumenti offerti dal nuovo diritto societario». En: *Contratto e impresa*. 2004, n. 1, p. 227 ss.; INZITARI. *Il patto di famiglia*. Torino, 2006, p. 3 ss.; MANES. «Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare». En: *Contratto e impresa*. 2006, n. 2, p. 539 ss.; VITUCCI. «Ipotesi sul patto di famiglia». En: *Rivista di diritto civile*, 2006, n. 4, pp. 447 ss.

³⁴ Sobre esta forma de justicia, v. FLICK. «Gli obiettivi della commissione per la riforma del diritto societario». En: *Rivista delle società*. 2000, n. 1, p. 1 ss.; COMOGLIO. «Mezzi alternative di tutela e garanzie costituzionali». En: *Rivista di diritto processuale*. 2000, n. 1, p. 322 ss. Los espacios dejados por el Estado vienen asumidos por los individuos y por su voluntad, estima CALÒ. *Il ritorno della volontà. Bioetica, nuovi diritti e autonomia privata*. Milano, 1999, p. 175.

³⁵ Cfr. FLUME. *El negocio jurídico*. Madrid, 1998, p. 29 ss. La configuración autónoma de relaciones jurídicas, en la medida que sea reconocida por el derecho, no necesita ninguna otra justificación más que la que el individuo quiere. El contrato es justo porque se apoya en la reciproca autodeterminación de las partes contratantes, agrega el citado autor.

³⁶ Así piensa BOBBIO. *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*. Roma, 1999, p. XIII; citado por SOMMA. «Il diritto privato liberista». *Cit.*, p. 273.

Señalar, finalmente, que el pesado racimo de limitaciones a la autonomía contractual que muestra el novel derecho contractual europeo, conformado por directivas comunitarias, se explica, en parte, en el hecho de privilegiar la estrategia de la *conformación*, que da como resultado una autonomía de nuevo cuño, denominada *eficiente*, que se propone dar vida, sobretodo, a un conjunto de reglas adecuadas a la relación contractual proyectada, inspiradas en los principios de equidad y justicia contractual, antes que cumplir solamente una finalidad de solidaridad. Tales objetivos vienen perseguidos unas veces asociando deberes al poder (por ejemplo, obligaciones informativas y prohibiciones de abuso), otras veces incorporando verdaderos y propios contra-poderes, como el derecho de desistimiento (arrepentimiento), o bien recurriendo a técnicas de reducción o remoción del poder mediante la predisposición normativa de contenidos negociales mínimos necesarios, presididos por correspondientes nulidades de protección³⁷.

4. AUTONOMÍA PRIVADA Y PÚBLICA ADMINISTRACIÓN

Irrelevante a los fines clasificatorios, pero no para la individualización de la real consistencia del fenómeno de la autonomía, es la naturaleza privada o pública del sujeto que cumple el acto de reglamentación de intereses, toda vez que es expresión de autonomía también aquella decisión de una entidad pública de actuar bajo las normas del derecho privado, como sucede, por ejemplo, cuando una entidad pública decide adquirir un inmueble en *leasing* y elige celebrar el contrato con una empresa nacional autorizada para la realización de este tipo de operaciones. El poder de regular sus propias relaciones lo detentan todos los sujetos de derecho, sean ellos privados o públicos. Naturalmente, las entidades públicas por actuar y gestionar intereses públicos, también cuando utilizan instrumentos de derecho civil en lugar de aquellos ofrecidos por el derecho administrativo, requieren que la decisión de poner en práctica su autonomía privada cumpla con todo el procedimiento gobernado por el derecho público para estos fines.

En definitiva, los instrumentos ofrecidos por el *ius civile*, utilizados también con frecuencia por las instituciones públicas, han adquirido en la actualidad la fisonomía de instrumentos de derecho común y, como tales, sirven tanto a los

³⁷ Cfr. SCALISI, «Regole e metodo nel diritto civile della posmodernità». En: *Rivista di diritto civile*. 2005, n. 3, p. 294; *Ibid.* *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*. Milano, 2005, p. 57. Con relación a las indicadas nulidades, v. SCALISI, «Nullità e ineficacia nel sistema europeo dei contratti». En: *Europa e diritto privato*. 2001, n. 2, pp. 489 ss.; *Ibid.* «Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione». En: *Rivista di diritto civile*. 2005, n. 5, pp. 459 ss.; *Ibid.*, *Categorie e istituti del diritto civile*. Cit., pp. 647 ss.; PAGLIANTINI, «Nullità di protezione tra la rilevabilità d'ufficio e convallida». En: *Persona e mercato*. 2009, n. 1, pp. 20 ss.; En: [\[http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2009/07/numero1.pdf\]](http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2009/07/numero1.pdf).

intereses de los sujetos públicos como de los privados. Se puede decir, entonces, que la dicotomía derecho privado/derecho público no afecta a la autonomía de los sujetos de actuar en libertad para regular sus propios intereses³⁸.

5. AUTONOMÍA PRIVADA Y CONSTITUCIÓN

A pesar de su consideración de pieza maestra de las relaciones jurídicas privadas, la autonomía privada no tiene un espacio específico y explícito dentro de las constituciones políticas de los Estados³⁹. La propuesta de incluirla, expresamente, como una garantía constitucional, dentro las normas que «reconocen y garantizan los derechos inviolables de la persona», no ha terminado por consolidarse en la tienda constitucional.

Esto explica la no consideración de la autonomía privada dentro del elenco de derechos fundamentales, que el art. 2 C.pe., al igual que su par italiano (art. 2 C.it.), reconoce por ser derechos originarios de la persona⁴⁰. En el amplio contenido de las indicadas normas, se puede advertir manifestaciones concretas de la autonomía privada, como la libertad de matrimonio y de regulación de sus relaciones patrimoniales⁴¹, de empresa, de contratar y asociarse con fines

³⁸ Respecto a la división entre derecho privado y derecho público, v. SACCO. *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*. Bologna, 2007, pp. 237 ss.; GALGANO. *Trattato di diritto*. Cit., p. ss.

³⁹ En este sentido, v. MENGONI. «Autonomia privata e costituzione». En: *Banca, borsa e titoli di credito*. 1997, n. 1, p. 1; CASTRONOVO. «Autonomia privata e costituzione europea». En: *Europa e diritto privato*. 2005, n. 1, p. 30; MINUTOLI. «L'autonomia privata». Cfr., p. 1048; PERLINGIERI. «Autonomia privata e diritti di credito». En BELVEDERE - GRANELLI. *Confini attuali dell'autonomia privata*. Padova, 2001, pp. 96 ss.; VETTORI. «La disciplina generale del contratto nel tempo presente». En *Rivista di diritto privato*. 2004, n. 2, p. 324; *Ibid. Diritto dei contratti e costituzione europea*. Milano, 2005, pp. 63 ss. Las reflexiones más relevantes sobre este tema son reconocidas a RESCIGNO. «L'autonomia dei privati». En: *Iustitia*. 1967, pp. 3 ss.; *Ibid.* «Contratto: 1) In generale». En: *Enciclopedia giuridica treccani*. Roma, 1988, vol. IX, p. 10; *Ibid.* «Premessa». En: GABRIELLI (coord.). *Il contratto in generale*. En: RESCIGNO - GABRIELLI (dirs.). *Trattato dei contratti*. Torino, 2006, vol. 1, t. I, p. XLVII. Al respecto, v. ALPA. *Corso di diritto contrattuale*. Padova, 2006, p. 282.

⁴⁰ Cfr. MENGONI. «Autonomia privata e costituzione». Cfr., p. 2. A esta categoría son reconducibles solamente las manifestaciones concretas de la autonomía privada, que están el origen de algunas de las formaciones sociales tuteladas por el art. 2 C.it., en las cuales se desarrolla la personalidad de los privados: la familia fundada sobre el matrimonio y las asociaciones libremente constituidas con fines lícitos, agrega el citado autor.

⁴¹ La autonomía en la fijación de las reglas que disciplinan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges encuentra, en la actualidad, mayores espacios de afirmación, y esto debido a una gradual y, al parecer, irreversible superación de la concepción publicista de la familia. Esta autonomía se plasma en el derecho de los cónyuges de elegir el régimen aplicable a su patrimonio en el curso de la vida en común (art. C.c.pe.; art. 159 C.c.it.) y en los casos de crisis de la relación familiar. Al respecto, v. AMAGLIANI. *Autonomia privata*. Cfr., pp. 18 ss.; ANGELONI. *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*. Padova, 1997, pp. 121 ss.; ANELLI. «Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto patrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione sui conflitti coniugali)». En: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, vol. II, pp. 13 ss.; BARGELLI. «L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio». En: *Rivista critica del diritto privato*. 2001, n. 2-3, pp. 303 ss.; GALLO. *Contratto e buona fede*. Cfr., pp. 40 ss.; PALMERI. *Il contenuto atípico dei negozi familiari*. Milano, 2001, pp. 28 ss.; FERRANDO. «Autonomia privata e rapporti familiari». En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 2003, n. 2, pp. 653 ss.

lícitos, de conciencia y de religión, de información, de creación intelectual, artística, técnica y científica, de elegir su lugar de residencia, etc.; pero no se encuentra una referencia directa a la autonomía privada que haga suponer que ya ha alcanzado rango constitucional⁴². El hecho que tengan expresa tutela constitucional algunas de las expresiones de la autonomía privada no implica que ésta también lo tenga por extensión. Constitucionalizar algunas especies no implica constitucionalizar el género.

Se puede decir, en efecto, que se ha instaurado una cierta tradición constitucional que considera innecesaria la incorporación de la autonomía privada entre los derechos fundamentales de la persona⁴³, que como tal tenga rango primario de protección. De esta tradición forma parte hoy también la Declaración de Niza sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reflejada en el Tratado de la Constitución Europea, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. Esta Constitución, al igual que otras constituciones nacionales⁴⁴, tutela expresamente a la «libertad de empresa» (art. II-76), la cual es una de las expresiones de la autonomía privada en el ámbito económico; es decir, otorga cobertura constitucional a la libertad que tiene toda persona de iniciar o emprender una actividad económica⁴⁵. La libertad es para iniciar (de allí que

⁴² Cfr. CASTRONOVO. «Autonomia privata e costituzione». *Cit.*, p. 33; DAMIANI. «L'autonomia privata». *Cit.*, p. 26; VETTORI. «La disciplina generale del contratto». *Cit.*, p. 324. Según la doctrina más moderna y la misma Corte constitucional, las tutelas y los límites previstos por el art. 41 C.it. no van reducidas a la expresión más vistosa de la iniciativa económica privada que se realiza en la *empresa*, sino que vienen extendidas, más ampliamente, a la *autonomía del privado* y al instrumento que constituye su explicación. Ella, pues, encuentra no indirecta, como se dice, sino *directa* previsión y tutela en la Constitución, escribe BENEDETTI. «Negozio giuridico e iniziativa economica». *Cit.*, p. 316. Este parecer es compartido por MAZZAMUTO. «Note minime in tema di autonomia privata alla luce della costituzione europea». En: *Europa e diritto privato*. 2005, n. 1, p. 54. En la doctrina nacional, PUENTE Y LAVALLE estima, aunque no expresamente, que la autonomía privada tiene espacio en la Constitución, ya que reconoce, en el art. 2.24 C.pe., que toda persona tiene derecho a la libertad, cuya consecuencia es que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impide de hacer lo que ella no prohíbe. Esta es la noción de la libertad individual, que permite a las personas actuar según su arbitrio, dentro de los cauces del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en un sentido muy general, la persona tiene libertad para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen. Este es el concepto amplio de autonomía privada, concluye el recordado autor nacional (*El contrato en general*. *Cit.*, p. 198).

⁴³ Derechos fundamentales, materialmente, son los considerados como tales en la conciencia y en la cultura jurídica en la que se inserta el Estado constitucional, y fundamentales, formalmente, son los que vinculan al legislador y respecto de los cuales se concede tutela judicial, escribe CRUZ VILLALÓN. «Derechos fundamentales y legislación». En: *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid, 1999, pp. 235 ss.; citado por PAZ-ARES - ALFARO. «Ensayo sobre la libertad de empresa». En: AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid, 2003, tomo IV, p. 5978. Este trabajo puede verse en: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/libertad.pdf.

⁴⁴ Así, por ejemplo, la Constitución española, art. 38, la europea, art. II-76, y la peruana, art. 59; se refieren, por el contrario, a la libertad de iniciativa económica, la Constitución italiana, art. 41, y la de Portugal, art. 61.1.

⁴⁵ La libertad de empresa tiene sus orígenes históricos en la concepción liberal del Estado, que pregonaba de la absoluta autonomía de la iniciativa económica de la organización política, y comienza a posicionarse bajo la forma de *libertad de industria y comercio*. Cfr. MENÉNDEZ. «Autonomía económica liberal y codificación

los italianos hablen de libertad de *iniciativa económica*, sobre la base del art. 41 C.c.it.) o, mejor, para emprender (del italiano, *imprendere*) una actividad económica, no para desarrollar dicha actividad⁴⁶. La natural proclama de libertad mira al emprendimiento o iniciativa, no a la actividad económica misma⁴⁷; esto es, mira al derecho del sujeto a emprender una actividad económica en libertad, sin obstáculos o limitaciones, no a desarrollar una actividad económica en libertad, ya que en esta fase se deben tener presente tanto las limitaciones como las prescripciones legales. Así, se tendrá libertad para emprender una actividad bancaria, pero no para elegir el tipo societario para desarrollar dicha actividad, ya que el ordenamiento nacional prescribe, expresamente, el tipo social: sociedad anónima (art. 12 LGSF).

La libertad de empresa, en consecuencia, garantiza a las personas un ámbito de elección y actuación libre de injerencia estatal, y, al mismo tiempo, obliga al Estado a establecer las condiciones que aseguren el efectivo ejercicio del derecho de los particulares de emprender en libertad una actividad económica⁴⁸.

mercantil española». En: AA.VV. *Centenario del código de comercio*. Madrid, 1986, pp. 45 ss. En el tema de libertad de empresa, v. BROSETA PONT – MARTÍNEZ SANZ. *Manual de derecho mercantil*. Madrid, 2002, vol. I, p. 77; PAZ-ARES – ALFARO. «Ensayo sobre la libertad de empresa». *Cit.*, pp. 5971 ss.; SÁNCHEZ CALERO. *Principios de derecho mercantil*. Navarra, 2006, p. 52; VICENT CHULIÁ. *Introducción al derecho mercantil*. Valencia, 2001, p. 40. Respecto al tema de iniciativa económica, v. ALPA. *Manuale di diritto*. *Cit.*, pp. 996 ss.; BUONOCORE. «L'imprenditore in generale». En: BUONOCORE (coord.). *Manuale di diritto commerciale*. Torino, 2005, p. 48; FERRI. *Manuale di diritto commerciale*. Torino, 2006, pp. 13 ss.; GALGANO. *Trattato di diritto*. *Cit.*, vol. III, p. 207 ss.; OPPO. *Principi*. En: BUONOCORE (dir.). *Trattato di diritto commerciale*. Torino, 2001, Sez. I, t. 1, pp. 7 ss.; SCOGNAMIGLIO. «Negozio giuridico autonomia privata». *Cit.*, pp. 302 ss.; TORRENTE – SCHLESINGER. *Manuale di diritto*. *Cit.*, pp. 851 ss.; VETTORI. *Diritto dei contratti*. *Cit.*, p. 67 ss.

⁴⁶ El concepto de iniciativa económica o, si se agrega el extremo de la profesionalidad, aquel de empresa significa, en su más amplia acepción, la actividad del que utiliza la riqueza para producir nueva riqueza (y es actividad productiva, en este sentido lato, también la actividad distributiva, toda vez que aumenta la utilidad de los bienes preexistentes). La libertad que el art. 41.1 de la Constitución reconoce a los particulares es, por lo tanto, libertad de los particulares de organizar la actividad productiva y disponer de los recursos naturales y humanos; y es también libertad de decidir qué, cuánto, cómo y dónde producir. En suma, libertad de iniciativa económica privada es tanto aquella libertad, reconocida a los particulares, de desarrollar aquella específica función económica, que es denominada función empresarial, como aquella libertad del ejercicio, de la cual se desprende la propia existencia de un grupo social, conocida como clase empresarial, cuyas motivaciones, histórica y actualmente, se muestran en conflicto con aquellas de la clase propietaria, explica GALGANO. *Trattato di diritto*. *Cit.*, vol. III, p. 208 ss.

⁴⁷ Recuerda ALPA que en la doctrina italiana se discute si libertad de iniciativa implica también libertad de ejercicio de una actividad económica. La interpretación prevalente del art. 41 C.it. es aquella interpretación restrictiva, en el sentido que la proclamación de la libertad mira no la actividad, sino la iniciativa económica: esto para significar que la libertad de empresa no comporta *per se* también libertad de desarrollo; es decir, la ausencia de obstáculos, límites y prescripciones. De aquí la profunda diferencia que se debe trazar entre la disciplina de las libertades individuales y la disciplina de la empresa y de la propiedad en la Constitución (*Manuale di diritto*. *Cit.*, pp. 996 ss.).

⁴⁸ Cfr. PAZ-ARES – ALFARO. «Ensayo sobre la libertad de empresa». *Cit.*, p. 5973. En opinión de estos autores, el mandato contenido en la libertad de empresa obliga al Estado a asegurar y proteger el ejercicio de actividades económicas de los particulares, de la forma menos reglamentada posible; esto es, impone al Estado la obligación de maximizar la libertad de actividad de los particulares en el ámbito económico, haciéndola compatible con la protección de derechos e intereses constitucionales que pueden entrar en conflicto con ella.

Decir, finalmente, que la tutela constitucional de la autonomía privada es una propuesta ciertamente posible, desde un punto de vista teórico, como oportuna, desde el punto de vista práctico, ya que permitiría completar el cuadro de las libertades patrimoniales y expresar su más amplia connotación con la persona. La tutela a la autonomía privada significaría el reconocimiento constitucional al poder de los privados de regular sus propios intereses, no la enfatización del poder del privado sobre el privado. La autonomía no evoca el poder de uno sobre otro, sino el poder de ambos sujetos para regular, en libertad, sus propias relaciones jurídicas. Teniendo claro esto, la posibilidad que la autonomía pueda desprender un cierto aroma de aval para que una de las partes, aquella más fuerte, pueda utilizarla para dañar la autonomía de la otra parte se desvanece⁴⁹, pues no tiene sustento alguno.

6. AUTONOMÍA CONTRACTUAL

La autonomía privada riega todas las zonas del derecho; los contratos reciben su cuota de riego a través del cauce de la autonomía contractual⁵⁰, la que, como arquetipo de un «natural» señorío del individuo sobre la propia esfera de determinación, ha constituido más el resultado de una revolución política antes que la afirmación de una tendencia cultural. Una revolución determinada por el desarrollo de un capitalismo en el que el mercado ha dejado de ser entendido como el lugar donde se realizan los intercambios, para ser concebido como una verdadera y propia dimensión agregativa, en el que las políticas de protección pública se dirigen siempre más sobre el individuo, visto como sujeto «activo» para alcanzar su propio bienestar, antes que como objetivo «pasivo» de la redistribución⁵¹.

⁴⁹ Cfr. CASTRONOVO. «Autonomia privata e costituzione». *Cit.*, p. 39.

⁵⁰ La autonomía contractual es una especificación de la autonomía privada, la cual se explica en todos los sectores en que opera la actividad humana, resultando relevantes para el derecho, como la actividad comercial, las relaciones familiares, las relaciones sucesorias, etc. En el sector propio de las relaciones económicas, la autonomía contractual representa el modo en que se explica, en la conclusión de negocios, la libertad económica. A tenor de esto, más allá de la disciplina del código civil, que reconoce esta autonomía (art. 1322 C.c.it.), el ordenamiento italiano asegura a los privados una tutela más fuerte; es decir, de rango superior a aquél del código, de rango superior, en otros términos, a la ley ordinaria, escribe ALPA. «Il contratto». En: BESSONE (coord.). *Istituzioni di diritto privato*. Torino, 2001, p. 546. Sobre la presencia de esta institución en otros sectores, v. BENEDETTI. «L'autonomia contrattuale e il suo statuto». En: BELVEDERE - GRANELLI. *Confini attuali dell'autonomia privata*. *Cit.*, pp. 129 ss.; CRISCUOLI. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. Napoli, 2008; GALGANO. *Trattato di diritto*. *Cit.*, vol. III, pp. 209 ss.; MACARIO. «Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale - Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele». En: *Rivista delle società*. 2008, n. 1, pp. 125 ss.; MINUTOLI. «L'autonomia privata». *Cit.*, pp. 1048 ss.; PERLINGIERI. «Autonomia privata e diritti di credito». *Cit.*, pp. 98 ss.; ROPPO. «Profili strutturale e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione di debiti d'impresa)». En: *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*. 2008, n. 2, pp. 368 ss.; SMORTO. «Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori. Una riflessione di analisi economica». En: *I contratti*. 2008, n. 7, pp. 723 ss.

⁵¹ Cfr. PANETTI. «Autonomia contrattuale e persona nella dialettica tra diritti sociali e libertà individuali: un percorso europeo». En: *Rivista di diritto civile*. 2007, n. 4, p. 517 ss.

En la doctrina italiana se propone una clasificación de la autonomía privada fundada sobre los medios que utiliza para expresarse. Se habla así de autonomía negocial y de autonomía contractual, destacando la existencia de una relación de género a especie que vincula el negocio (*genus*) al contrato (*species*). La autonomía se manifiesta con el cumplimiento, en la primera hipótesis, de un negocio, cualquiera sea la conformación estructural y el contenido; en la segunda, con la estipulación de aquel tipo negocial más difundido, como es el contrato, caracterizado por la pluralidad de partes y por la patrimonialidad del contenido (art. 1321 C.c.it.; art. 1351 C.c.pe.). El primero acoge una vasta gama de manifestaciones de la autonomía, ya que se refiere no solo a los negocios bilaterales o plurilaterales de contenido patrimonial, propios del segundo, sino también a aquellos, no menos importantes, de estructura unilateral y de contenido no patrimonial⁵². En esta clasificación se identifica autonomía negocial con autonomía privada, pues ésta como aquella se pone en práctica a través de actos jurídicos queridos por las partes, importando poco que tengan o no contenido patrimonial.

7. AUTONOMÍA CONTRACTUAL: LIBERTADES

La autonomía contractual, denominada libertad contractual por un sector doctrinal⁵³, plasma aquella posibilidad que tienen las partes de desarrollar

⁵² Cfr. PERLINGIERI – DONISI. «Autonomia negoziale». *Cit.*, p. 340. La autonomía negocial puede ser descrita como el poder reconocido o atribuido por el ordenamiento al sujeto de derecho, privado o público, de regular con propias manifestaciones de voluntad intereses privados o públicos, no necesariamente propios, concluyen los citados autores.

⁵³ Cfr. BARCELLONA. «Libertà contrattuale». En: *Enciclopedia del diritto*. Milano, 1974, vol. XXIV, pp. 487 ss.; COLOMBI. «La libertà contrattuale come diritto fondamentale dell'UE». En: *Obbligazioni e contratti*. 2010, n. 2, p. 136 ss. La libertad contractual, escribe ALPA, tiene diversos contenidos, consistiendo en la decisión de: celebrar o no el contrato; elegir el otro contratante; elegir la figura jurídica, la vestimenta o tipo del contrato; elegir el contenido del contrato; elegir la forma del contrato, cuando ella no es vinculada; elegir el modo de transmitir la declaración contractual, y elegir la modalidad de conclusión del contrato (*CORSO di diritto*. *Cit.*, p. 18; *Ibid. Manuale di diritto*. *Cit.*, p. 570). Por su lado, GHESTIN señala que la *liberté contractuelle*, que se manifiesta al momento de la formación del contrato, está conformada por una triple facultad: *contracter ou non, choisir la personne du contractant, déterminer librement (mais en accord avec l'autre partie) les clauses du contrat* [Traité de droit civil. *Les obligations. Le contrat: formation*, Paris, 1988, t. 2, p. 28]. De libertad contractual también habla GALGANO en sus tradicionales publicaciones (*Diritto civile e commerciale*. Padova, 2004, vol. II, t. 1, p. 170; *Ibid. Il contratto*. *Cit.*, p. 37); pero en una reciente obra ha cambiado un tanto de parecer, pues indica que para definir aquel rol de la voluntad de las partes para crear, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial se habla de libertad o autonomía contractual. Más convencido se muestra ahora por aquella de autonomía contractual; así lo deja claro al utilizar esta denominación en uno de sus numerales (*Trattato di diritto*. *Cit.*, p. 161). En esta misma línea, DI MARZIO. «Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti dei consumatori». En: *Contratto e impresa*. 2006, n. 3, pp. 674 ss.; GARCÍA AMIGO. *Lecciones de derecho civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*. Madrid, 1995, pp. 127 ss.; LEONARDI – ANDRIETTA. «A liberdade contratual nas operações econômicas em mercados: a experiência brasileira no controle extrajudicial das cláusulas contratuais gerais». En: *Revista da faculdade de direito de São Bernardo do Campo*. 2008, n. 14, pp. 163 ss.; RESCIGNO. «I contratti in generale». En: ZOPPINI (coord.). *Il contratto in generale*. En: LIPARI – RESCIGNO. *Diritto civile*. Milano, 2009, vol. III, t. II, pp. 24 ss.

su propia voluntad, su querer, su libertad jurídica de contratar, cuando y como quieran, aunque siempre respetando los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico. Esta autonomía se manifiesta, tradicionalmente, a través de dos libertades⁵⁴; en las últimas décadas, sin embargo, se han agregado otras dos, no faltando nuevas propuestas tanto de libertades como de formas de manifestación de la autonomía contractual⁵⁵. Veamos las cuatro principales libertades:

a) «Libertad de contratar», que permite a las partes decidir con quién y cuándo contratar, o, como dicen otros, de concluir o no el contrato⁵⁶. Se contrata porque

⁵⁴ Cfr. ALTERINI – LÓPEZ CABANA. *La autonomía de la voluntad*. *Cit.*, p. 14; GAZZONI. *Obbligazioni e contratti*. *Cit.*, p. 782; LARROUMET. *Teoría general del contrato*. Santa Fe de Bogotá, 1993, vol. I, p. 108; PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general*. *Cit.*, pp. 199 ss.; ROPPO. «Contratto». *Cit.*, p. 134; TRIMARCHI. *Istituzioni di diritto*. *Cit.*, p. 151; WEILL – TERRÉ. *Droit civil*. *Cit.*, p. 67.

⁵⁵ En opinión de GALGANO, la libertad o autonomía contractual se manifiesta en un doble aspecto: uno negativo y otro positivo. Libertad o autonomía contractual significa, en sentido negativo, que nadie puede ser despojado de sus propios bienes o ser constreñido a ejecutar prestaciones a favor de otros contra o independientemente de su propia voluntad. Cada uno no obedece, en línea de principio, más que a su propia voluntad; es decir, no puede ser vinculado, si la ley no lo permite, por la voluntad de otros. Este significado negativo de autonomía contractual está presente en el concepto general de contrato: el acuerdo de las partes vale para constituir, regular o extinguir «entre ellos» una relación jurídica patrimonial (art. 1321 C.c.it.). El contrato no vincula más que al que ha participado en el acuerdo, ha expresado su propio consentimiento para la constitución, regulación o extinción de una relación patrimonial. El principio es confirmado sucesivamente: «el contrato no produce efectos respecto a terceros sino en los casos previstos por la ley» (art. 1372 C.c.it.). Libertad o autonomía contractual significa, en sentido positivo, que las partes pueden, con un propio acto de voluntad, constituir, regular o extinguir relaciones patrimoniales; es decir, que ellos pueden disponer de sus propios bienes y pueden obligarse a ejecutar prestaciones a favor de otros. En este último significado, la autonomía contractual se manifiesta en varias formas: 1) libertad de elección, según las finalidades previstas por los sujetos privados, entre diversos tipos de contratos establecidos por ley; 2) libertad de determinar, dentro de los límites impuestos por la ley, el contenido del contrato (art. 1322.1 C.c.it.); 3) libertad de concluir contratos *atípicos o innominados*; esto es, contratos no correspondientes a los tipos contractuales previstos por el código civil o por otras leyes, pero ideados y practicados en el mundo de los negocios. Bajo este aspecto, la libertad contractual asume un doble significado: es libertad de perseguir finalidades diversas de aquellas perseguidas con los contratos típicos; pero es también libertad de perseguir con modalidades contractuales atípicas finalidades ya perseguidas con contratos típicos. 4) Libertad de utilizar contratos típicos para realizar finalidades atípicas, como en los casos de los contratos fiduciario e indirecto, o bien de combinar varias figuras contractuales, típicas o atípicas, para realizar, como en el caso de los contratos coligados, intereses ulteriores o diversos de aquellos subyacentes en cada contrato, aisladamente, concluye el citado autor [*Il contratto*. *Cit.*, pp. 35 ss.; *Ibid. Trattato di diritto*. *Cit.*, pp. 161 ss.].

⁵⁶ Unos prefieren hablar de libertad de concluir o no un contrato: v. GALLO. *Diritto privato*. *Cit.*, p. 367; GAZZONI. *Obbligazioni e contratti*. *Cit.*, p. 782; PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general*. *Cit.*, p. 206; TRABUCCHI. *Istituzioni di diritto*. *Cit.*, p. 166; otros, en cambio, de realizar o no un contrato: v. ALPA. *Corso di diritto*. *Cit.*, p. 18; *Ibid. Manuale di diritto*. *Cit.*, p. 570. La realidad enseña, sin embargo, que los sujetos, en un buen número de casos, no se encuentran en libertad de contratar, sino que están obligados a hacerlo, bien por voluntad de las partes o por la ley. Ejemplos del primer caso son el compromiso de contratar y el mandato sin representación: en el primero se está obligado a celebrar el contrato definitivo (art. 1414 C.c.pe.) y en el segundo se está obligado a retransferir los bienes adquiridos en ejecución del mandato (art. 1810 C.c.pe.; art. 1706 C.c.it.). Ejemplos del segundo, en el que la ley obliga a celebrar, son los contratos impuestos (seguros obligatorios para vehículos) y los contratos concluidos por empresas que detentan el monopolio legal, o de hecho, de un determinado servicio. En estos casos, la empresa no podrá ejercitar su derecho de elegir con quien contratar; es decir, no podrá negarse a contratar con cualquier persona que solicite sus servicios o sus bienes. La libertad de elección del otro contratante está, pues, limitada, apunta ALPA. *Corso di diritto*. *Cit.*, p. 19.

se quiere y se hace con la persona que se quiere. El contrato no se impone a las partes, se ejecuta en beneficio de ellas; por ende, no debe perjudicar a una y beneficiar a la otra. Ahora, si se diera esta hipótesis, la parte perjudicada puede solicitar al juez la anulación del contrato o de cualquiera de sus cláusulas, para lo cual deberá cumplir con algunos requisitos (art. 3.10.1 PU; art. 4:109 PDEC). La Constitución de 1993 contempla, expresamente, la libertad de contratar en el art. 62, aunque con un contenido que deja traslucir el poco conocimiento de los señores constituyentes del derecho contractual, ya que con dicha norma se otorga amparo constitucional a la libertad contractual⁵⁷, como veremos a continuación.

b) «Libertad contractual», que reconoce el derecho a las partes contratantes de elaborar el contenido contractual, denominado también reglamento negocial, dentro de los límites impuestos tanto por la ley como por las buenas costumbres⁵⁸. Esta libertad se identifica con la página blanca en la que las partes escriben la *lex privata* destinada a regular sus relaciones reciprocas⁵⁹.

Esta libertad, de gran suceso en la contratación tradicional y tutelada por el ordenamiento (art. 1354 C.c.pe.), en las últimas décadas se muestra muy deslucida, pues las empresas predisponen, usualmente, todo el contenido contractual y la otra parte simplemente tiene que adherirse si quiere contratar el bien o el servicio (contrato por adhesión), o parte del mismo, permitiendo modificar o agregar otras cláusulas (contratación a cláusulas generales). En estos casos es comprensible la intervención del legislador, particularmente comunitario, para predisponer una disciplina en protección de la parte adherente (consumidor o usuario), particularmente cuando dichos reglamentos predisuestos contienen cláusulas calificadas como abusivas⁶⁰.

c) «Libertad de elección», que permite a las partes elegir el tipo contractual entre los ofrecidos bien por las leyes – códigos civiles, de comercio, leyes

⁵⁷ La citada norma reza: «La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. [...]».

⁵⁸ Esto significa que las partes tienen el derecho de elaborar, libremente, las cláusulas que regularan su relación jurídica; es decir, pueden establecer, por ejemplo, en una contrato de compraventa, el precio, las formas de pago y de entrega de los bienes, las garantías, las obligaciones que asumen cada una de ellas, etc. Cfr. ALPA. *Corso di diritto*. Cit., p. 18; *Ibid. Manuale di diritto*. Cit., p. 570; GAZZONI. *Obbligazioni e contratti*. Cit., p. 786; TORRENTE – SCHLESINGER. *Manuale di diritto*. Cit., p. 451; TRABUCCHI. *Istituzioni di diritto*. Cit., p. 166.

⁵⁹ Cfr. ZOPPINI. «Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza». En: ZOPPINI (coord.). *Il contratto in generale*. Cit., p. 60.

⁶⁰ La protección de los consumidores deviene parte importante de las políticas de gobierno de los mercados en las sociedades occidentales a partir de la década del cincuenta del pasado siglo y encuentra su máxima expresión en Europa con la acción del legislador comunitario, que ha elaborado una frondosa legislación sobre el tema. Cfr. SMORTO. «Autonomia contrattuale». Cit., p. 723.

generales, leyes especiales o convenciones internacionales, como la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 1980⁶¹ – o bien por la práctica negocial⁶². Si se elige un contrato del primer racimo, se tendrá uno con tipicidad legal; si se elige del segundo, en cambio, se tendrá un contrato con tipicidad social.

d) «Libertad de creación», que faculta a las partes a crear, libremente, otros tipos contractuales cuando ninguno de los ofrecidos por la ley y el mercado responde a sus necesidades⁶³. Se plasma aquí, claramente, la función creativa y normativa de la autonomía privada⁶⁴. Esta libertad, indudablemente, ha sido muy bien aprovechada por los operadores económicos, que han creado instituciones contractuales a su medida y necesidad. Basta mirar la cantidad de nuevos contratos que, aun cuando originados en el *common law*, se han posicionado pronto en el mercado del *civil law*, no necesitando para ello la intervención del legislador nacional o comunitario. Se crean en libertad y se deben mantener en libertad, toda vez que estos contratos necesitan de esa libertad para su continua adaptación a nuevos tiempos.

Sobre la base de esta libertad, se ha creado, en el laboratorio de la ingeniería financiera, un contrato que expresa, mejor que cualquier otro, la fase de la

⁶¹ Dentro del denominado Derecho uniforme del comercio internacional (DUCI), la Convención de Viena (CV) es la que mayor éxito ha alcanzado, toda vez que hasta el presente año son parte de ella 71 Estados, bien por ratificación o por adhesión. Nuestro país se ha adherido el 22 de febrero de 1999, ha depositado el instrumento de adhesión el 23 de marzo, y está en vigencia desde el 1 de abril del 2000. El estado actual de dicha Convención puede verse en el portal de UNCITRAL: [<http://www.uncitral.org>]. Al respecto, v. LEYVA SAAVEDRA, «Ámbito de aplicación de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías». En: *Vniversitas*. 2002, n. 103, pp. 297 ss.

⁶² Las partes son libres para elegir del tipo contractual que responda a sus intereses (art. 1322 C.c.it.); pueden elegir de los que ofrecen los códigos (civiles, comerciales u otros), las leyes (generales o especiales) o, simplemente, el mercado (los denominados típicos socialmente: *outsourcing*, *sponsoring*, *merchandising*, *catering*, etc.). Muchos de los modernos contratos han sido ideados por los hombres de negocios y luego puestos en el mercado para la utilización por sus pares; pero esto no queda allí, pues ellos siguen creando, incansablemente, nuevas figuras contractuales, las que vienen destinadas a vivir como contratos atípicos ya con alguna posición en el mercado, lo que les permite su continua evolución en correspondencia con el desarrollo económico. Cfr. GALGANO, *Il contratto*. *Cit.*, pp. 36 ss.; *Ibid.*, *Trattato di diritto*. *Cit.*, pp. 163 ss.

⁶³ Indudablemente, si las partes no encuentran respuesta a sus intereses en ninguno de los tipos ofrecidos por el ordenamiento o el mercado, pueden echar mano a su inventiva y crear un tipo contractual propio, que ofrezca el ropaje jurídico a la operación económica o financiera que tienen proyectado, pero cuidando no rozar con las limitaciones legales; es decir, con las normas de orden público y de buenas costumbres. En algunos sectores, esta libertad creativa no tiene espacio, puesto que en ellos no es posible recurrir a contratos distintos de los disciplinados por la ley: es el caso de los contratos de sociedad, que deben constituir solo los tipos societarios indicados por la Ley general de sociedades (Ley 26887, de 5 de diciembre de 1997), y el caso de los contratos agrarios en ordenamiento italiano, regulados por la Ley 756, de 15 de septiembre de 1964. Cfr. ALPA *Corso di diritto*. *Cit.*, p. 19; *Ibid.* *Manuale di diritto*. *Cit.*, p. 571.

⁶⁴ En este sentido, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto*. *Cit.*, p. 167. Según este autor, no se trata de proteger el capricho individual, sino de dejar en libertad a los particulares para que encuentren ellos mismos los mejores medios para la puesta en práctica de sus iniciativas.

estructuración contractual; nos referimos a la *securitization*, denominada titulización de activos por la ley nacional⁶⁵. Este contrato es el más fino exponente de la sofisticación contractual; es el contrato probeta que hace funcionar la alquimia financiera⁶⁶; que permite, a los grupos empresariales, obtener financiamiento en los mercados de valores a través de la colocación de sus *asset-backed securities*.

Finalmente, decir que con las indicadas libertades, la autonomía contractual permite a cada una de las partes elegir con quién, cuándo, cómo y con qué contratar. A estas libertades, un sector doctrinal estima que hay que incorporar la «libertad de determinar la forma de futuros contratos», dando vida a las denominadas formas convencionales o pactadas, y la «libertad de elegir una forma desmaterializada», constituida por impulsos electrónicos (forma electrónica), en lugar de la forma tradicional, que utiliza la escritura sobre soporte papel⁶⁷.

8. PROPUESTA DE NUEVAS LIBERTADES

En los últimos años, como remozamiento a las ya estudiadas libertades, se promueve y se trata de posicionar, con poco éxito todavía, otras libertades, las que podemos resumirlas en las siguientes:

«Libertad de elegir la estructura negocial», entendida, en principio, como el poder reconocido a los sujetos de disponer, para la realización de una idéntica finalidad, una doble opción: elegir entre una estructura contractual y una estructura negocial unilateral, o elegir entre diversas estructuras contractuales; y como el poder de incidir sobre la eficacia contractual, entendido como posibilidad de disociar el momento de perfección del contrato de aquel de

⁶⁵ Un amplio tratamiento de esta figura, en: ALMOGUERA. *La titulización crediticia (Un estudio interdisciplinar)*. Madrid, 1995; ALEGRIA. «Securitización». En: *Contratos bancarios*. En: *Revista de derecho privado y comunitario*. 2005, n. 3, p. 293 ss.; CAROTA. «La cartolarizzazione dei crediti». En: GABRIELLI - LENER (coords.). *I contratti del mercato finanziario*. En: RESCIGNO - GABRIELLI (dirs.). *Trattato dei contratti*. Cit., 2004, vol. 2, t. I, pp. 211 ss.; CASTILLA. *Titulización de créditos*. Madrid, 2002; GIOVANDO. *La cartolarizzazione dei crediti*. Torino, 2006; LA TORRE. *Securitisation e banca. Le titolarizzazione degli attivi bancari*. Bologna, 1995; LEYVA SAAVEDRA. «Securitización de activos». En: *Revista jurídica del Perú*. 2001, n. 19, p. 122; *Ibid.* «Securitización: función y ventajas». En: *Revista de derecho y ciencias políticas*. 2003, vol. 60, n. 1, pp. 98 ss.; *Ibid.* *Contratos de financiamiento*. En: *Tratado de derecho privado*. Lima, 2004, vol. II, pp. 231 ss.; PAYÁ PUYADO. *Régimen legal de la titulización*. Valencia, 2002; VITALE. *Il regime giuridico delle operazioni internazionali di securitization*. Padova, 1999.

⁶⁶ Al respecto, v. SCHWARCZ. «The Alchemy of Asset Securitization». En: *Stanford journal of law, business & finance*, 1994, n. 1, p. 134; *Ibid.* «La alquimia de la securitización de activos». En: *Thémis*. 2000, n. 40, p. 114; LEYVA SAAVEDRA. *Contratos de financiamiento*. Cit., p. 234.

⁶⁷ Son de esta idea: PERLINGIERI - DONISI. «Le classiche libertà contrattuali». Cit., p. 350; LORENZETTI. *Tratado de los contratos*. Cit., p. 127.

la eficacia del mismo (incluyendo, por ejemplo, una condición suspensiva o resolutoria), y como libertad de desviar los efectos contractuales de la esfera jurídica de los naturales destinatarios (contrato a favor de terceros).

«Libertad denominada sancionadora», que consiste en el poder de las partes de crear sanciones contractuales; es decir, medidas punitivas dirigidas a sancionar la violación de reglas de conducta de carácter negocial (cláusulas penales, sanciones disciplinarias establecidas en los estatutos de las asociaciones y de las sociedades).

«Libertad de sustraerse al derecho», que debería dar lugar a reglamentos de intereses destinados, por voluntad de las partes, a ser vinculantes sobre el plano del honor, la corrección y la lealtad (así, por ejemplo, el *engagement d'honneur* de los franceses, el pacto de caballeros de los españoles, y el *gentlemen's agreement* de los ingleses)⁶⁸.

A las indicadas libertades, una doctrina propone adicionar otra que tiene que ver con las técnicas procedimentales para alcanzar el acuerdo. Cabe, entonces, una pregunta: ¿el ordenamiento jurídico reconoce a la autonomía privada el poder de crear no solo tipos contractuales, sino también procedimientos atípicos? Este sector doctrinal responde positivamente, pues estima que a la iniciativa privada es reservada, además de la composición del contenido y la creación de tipos contractuales, el poder no solo de conformación *endoprocedimental* (cfr. arts. 1326, 1327, 1329 C.c.it.), sino también, y aquí la importante novedad, de crear nuevos procedimientos formativos del acuerdo contractual⁶⁹. En esta línea, las partes podrán apartarse de la disciplina de formación del contrato contenida en el código y, por ejemplo, considerar celebrado el contrato una vez que la aceptación sea simplemente emitida, no esperando que llegue al domicilio del oferente para su conocimiento, como lo dispone el art. 1373 C.c.pe. y el art. 1326.1 C.c.it. Esta libertad encuentra, indudablemente, su límite en determinados contratos, particularmente en aquellos que anteponen el interés público al privado⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. PERLINGIERI – DONISI. «Altre libertà contrattuali». En: PERLINGIERI. *Manuale di diritto*. Cit., pp. 351 ss. Recuerdan estos autores que, en efecto, se duda que los sujetos puedan disponer de la relevancia jurídica de los actos de autonomía.

⁶⁹ Cfr. BENEDETTI. «La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti». En: *Europa e diritto privato*. 2005, n. 2, pp. 322 ss.; *Ibid.*, *Dal contratto al negocio unilateral*. Milano, 1969, pp. 35 ss. Reconoce este autor que la cuestión es delicada por que va considerada «alla stregua del criterio secondo il quale deve porsi una fondamentale ripartizione di competenze tra ciò che spetta all'autorità della legge e ciò che spetta alla libertà del privato».

⁷⁰ Cfr. ALPA. «Il contratto». Cit., pp. 547 ss. Recuerda este autor que para determinadas categorías de contratos, subsistiendo un interés público que se sobrepone al interés de las partes, la ley puede establecer una

9. AUTONOMÍA CONTRACTUAL: LÍMITES

Como indicáramos [*supra*, n. 2], los límites, desde sus orígenes, tienen como destinataria a la libertad contractual, no a la autonomía contractual. De manera expresa, los límites a dicha libertad están establecidos en los arts. 1255 C.c.es., 1343 C.c.it. y 1354 C.c.pe. Este último, por ejemplo, dispone que «las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo». Ahora, si el acto jurídico contraviene a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres, éste es nulo, a tenor del art. V, del Título Preliminar del Código civil. La Constitución Política cuenta también con una norma que encaja dentro de esta limitación, aunque referida a la libertad de contratar (art. 2.14). Los límites considerados en los citados instrumentos legales tienen su razón de ser en la naturaleza imperativa de las normas, dentro de las que espacio tiene tanto las normas que interesan al orden público como a las buenas costumbres, toda vez que la infracción a cualquiera de ellas viene sancionada con nulidad por su ilicitud, precisamente.

El actual Código civil brasileño propone un criterio distinto de limitación de la libertad de contratar: la función social del contrato. Según el art. 421 C.c.br., «la liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato». Según REALE, supervisor y coordinador de la «Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil», uno de los puntos más altos del nuevo código está precisamente en este dispositivo, cuya base es la Constitución de 1988, que en el art. 5, incisos XXII y XXIII, señala que el derecho de propiedad «atenderá a sua função social». La extensión de esta función al contrato viene justificada porque «la conclusão e exercício não interessam somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade». El contrato no puede ser transformado en un instrumento al servicio de una parte para la comisión de una serie de abusos, que ocasione daños tanto a la contraparte como a terceros. Es natural, por ende, que se atribuya al contrato una función social a fin que de que sea concluido y ejecutado en beneficio de las partes contratantes, sin entrar en conflicto con el interés público⁷¹. La

disciplina de formación del contrato que no puede ser modificada por las partes; es el caso, por ejemplo, de la contratación con instituciones públicas, tanto para construcción de obras como para la prestación de servicios.

⁷¹ «Função social do contrato». En: *Artigos*; Em: [<http://www.miguelreale.com.br/>]. Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao *poder negocial* que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária. É a essa luz que deve ser interpretado o dispositivo que consagra a função social do contrato, a qual não colide, pois, com os livres acordos exigidos pela sociedade contemporânea, mas antes lhes assegura efetiva validade e eficácia, concluye el recordado maestro brasileño.

función social, además, cumple con unos de los propósitos del legislador: aproximar a la legislación a los significativos cambios sociales y económicos operados en el país⁷².

10. AUTONOMÍA CONTRACTUAL Y CONSTITUCIÓN

La situación de la autonomía contractual en sede constitucional es la misma que presenta la autonomía privada; es decir, no está específicamente garantizada ni en la constitución peruana ni en la italiana⁷³, a diferencia de la Constitución de Weimar de 1919, que expresamente la tutela en el § 152, y de la Constitución de Bonn, que la garantiza de forma implícita en el art. 2.1. La indicada expresa previsión, no obstante, tenía poco valor, ya que dichas normas eran consideradas meramente programáticas⁷⁴.

La idea de incluirla, de manera expresa, como una de las garantías fundamentales de la persona no ha calado entre los redactores de las constituciones, y ello debido, algunas veces, tanto a razones exegéticas como a razones histórico-ideológicas⁷⁵. Pero, realmente, ¿su inclusión cambiaría en algo las cosas? Creemos que no; simplemente tendríamos una Constitución que otorgaría rango constitucional a una de las más importantes y naturales instituciones del ser humano, como es su autonomía contractual, que lo hace protagonista de su propia vida negocial. El depositario sería el mismo art.

⁷² Cfr. REALE. *História do novo código civil*. São Paulo, 2005, p. 38. Se han formulado algunas críticas a esta norma, pero no han pasado de ser simples observaciones semánticas antes que jurídicas. Al respecto, v. MIRAGEN. «Função do contrato». *Cit.*, p. 205.

⁷³ Una tendencia de la Corte constitucional italiana estima que la autonomía contractual se encuentra tutelada en el art. 41 del texto constitucional, que reconoce y garantiza la libertad de iniciativa económica privada. Se trata, sin embargo, de una tutela indirecta, en cuanto no prevista específicamente, aunque vinculada a los valores (iniciativa privada, propiedad privada, etc.) que la constitución protege, escribe ALPA. «Il contratto». *Cit.*, p. 546; *Ibid. Corso di diritto*. *Cit.*, p. 286. De este parecer también es MENGONI. «Autonomia privata e costituzione». *Cit.*, p. 2. GARCÍA AMIGO, en tanto estima que la libertad contractual, no la autonomía contractual, es la institucionalización jurídico-civil de la libertad de empresa o, si se quiere, de la iniciativa privada. Incluso, en un sentido más amplio, del principio de libre desarrollo de la personalidad (*Lecciones de derecho*. *Cit.*, p. 130).

⁷⁴ Cfr. ALPA. *Corso di diritto*. *Cit.*, p. 287. Recuerda este autor que si bien la Constitución de Bonn de 1949 no menciona, expresamente, la libertad contractual, ello no ha sido obstáculo para que la doctrina privatista le haya asignado un rol relevante, al igual que a la autonomía privada. Son varias las normas que encuentran coligadas con la autonomía contractual, como la garantía de la propiedad (§ 14), la libertad de trabajo (§ 12), la libertad de asociación (§ 9) y la cláusula general de protección a la persona (§ 2). En atención a estas y otras normas, la prevalente doctrina alemana considera que la autonomía contractual, aunque de manera indirecta, tiene cobertura constitucional (*Op. Cit.*, p. 288).

⁷⁵ Cfr. RESCIGNO. «Contratto». *Cit.*, p. 11; *Ibid. Premessa*, *cit.*, p. XLVIII. Según MENGONI, las razones histórico-ideológicas que explican la falta de constitucionalización de la libertad del contrato «como tal» se coligan a la tradicional escasa propensión del legislador italiano a considerar, en línea de principio, la intervención pública en la economía en el ámbito de las funciones de control y regulación del mercado. La ideología dominante en la Asamblea constituyente elegida en 1946 no tenía una orientación liberal («Autonomia privata e costituzione». *Cit.*, p. 2).

62, pues se sustituiría el término libertad de contratar por el de autonomía contractual, toda vez que éste dice más que aquél, como hemos visto [*supra*, n. 7].

El texto podría ser el siguiente: “El Estado garantiza la autonomía contractual, la que se ejercerá dentro de los límites impuestos por las normas de orden público y buenas costumbres”.

11. LA DENOMINADA LIBERTAD CONTRACTUAL SUSTANCIAL

Desde la zona euro comparatista viene propuesta una nueva libertad contractual, calificada como sustancial para diferenciarla de la formal. Esta postura implica la necesidad de prevenir y eliminar los perjuicios que un contrato inicuo cauce a una parte contratante, que solo formalmente es libre de concluirlo en tales condiciones, toda vez que sustancialmente no lo es. Aquí la protección de la parte débil de la relación contractual coincide, pues, con la defensa de la libertad contractual en sentido sustancial.

Esta concepción sustancial, se piensa, ha superado el estadio teórico de la libertad contractual, habiendo sido admitida en Alemania por la Corte Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), la que en dos famosas sentencias, referidas a contratos de agencia (1990) y fianza (1993), sentó el principio según el cual la autonomía privada se funda sobre el principio de autodeterminación y para una tutela efectiva de ésta se requiere de la subsistencia de las mínimas condiciones para su ejercicio. El contrato predisposto por la parte fuerte con evidente desproporción no es para la parte débil un acto de autonomía, sino de heteronomía. En tal caso, si el legislador se abstiene de dictar normas imperativas para tutelar a la parte débil, los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de intervenir y tutelar los derechos fundamentales de esta parte contratante corrigiendo el contenido contractual, mediante la aplicación de las cláusulas generales del derecho civil, por ejemplo, los principios de buena fe y buenas costumbres⁷⁶.

⁷⁶ Cfr. COLOMBI, «La libertà contrattuale come diritto fondamentale dell'UE», *Cit.*, pp. 137 ss.

EL POSICIONAMIENTO DE LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA POR ORGANIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA*

Análisis de la fundamentación dogmática de la Sentencia de la Corte Suprema contra Alberto Fujimori

RAÚL PARIONA ARANA**

Resumen

En histórica sentencia, sin precedentes en la jurisprudencia nacional, y una de las más relevantes de la jurisprudencia internacional, la Sala Penal Nacional de la Corte Suprema de la República condenó al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de crímenes contra la humanidad, basándose esencialmente dicho fallo en la *teoría de la autoría mediata por organización* para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos desde aparatos organizados de poder. El estudio realiza un recuento del origen y los antecedentes de la teoría. Se analiza y formulan apreciaciones críticas a la amplia fundamentación de la sentencia respecto a la participación criminal que desplegó el ex mandatario peruano, la misma que sienta ya las bases de una doctrina jurisprudencial nacional y consolida la autoría mediata en nuestro medio.

Palabras clave: Autoría mediata – Aparatos de poder organizados – Dominio sobre la organización – Poder de mando – Fungibilidad – Elevada disposición al hecho del ejecutor – Crímenes contra la humanidad.

Abstract

In a historical ruling, unprecedented in national law, and one of the most relevant sentences in international case law, the National Criminal Division of the Supreme Court of Peru convicted the former President Alberto Fujimori Fujimori as the indirect perpetrator of crimes against humanity, essentially on the grounds of the theory of the indirect perpetrator by organization, to judge those crimes perpetrated through organized power structures. The study recalls the origin and background of the theory, analyzing and providing critical opinions on the grounds of the sentence in relation to the criminal participation of the former Peruvian head of state, which sets the bases for national case law and consolidates the indirect perpetratorship in our midst.

* El presente trabajo es la materialización en papel de la conferencia dictada en la Unidad de Postgrado de la Universidad San Marín de Porres en el marco del Simposium sobre la Sentencia en el caso Fujimori que tuvo lugar el día 17 de abril de 2009. Expreso aquí mi más grande agradecimiento a los profesores Felipe Villavicencio Terreros y Edwar Álvarez Yrala por haberme brindado la oportunidad de exponer mis ideas en tan prestigioso claustro.

** Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad San Martín de Porres.

Key words: Indirect Perpetratorship – Organized Power Structures – Power over the organization – Commanding Power – Fungibility – Willingness to comply with the wishes of the executor – Crimes against humanity.

Sumario

1. Consideraciones previas. 2. La teoría de la autoría mediata por organización en la ciencia y en la jurisprudencia – antecedentes. 3. Consolidación de la autoría mediata por organización en la doctrina y jurisprudencia. 4. La autoría mediata por organización según la Corte Suprema del Perú en la sentencia contra Alberto Fujimori. 5. Consideraciones sobre la concepción asumida en la sentencia. 6. Propuesta de fundamentación de la autoría mediata por organización – Concepción personal. 7. Palabras finales.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El 7 de abril de 2009 la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú condenó al ex presidente Alberto Fujimori como autor mediato de crímenes contra la humanidad por el asesinato y posterior desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta), por la muerte de diecisiete personas en una quinta del distrito limeño de Barrios Altos, y por el secuestro de un empresario y un periodista.

Se trata de una sentencia sin precedentes en la historia de nuestra jurisprudencia y, con seguridad, de una de las más relevantes de la jurisprudencia internacional. Para fundamentar el tipo de participación criminal que desplegó el ex mandatario peruano, la sentencia se basó en la *teoría de la autoría mediata por organización*. En la sentencia se puede apreciar además, una fundamentación amplia y profunda de este tipo de autoría, que sienta ya las bases de una doctrina jurisprudencial nacional. Dado el desarrollo alcanzado por la teoría de la autoría mediata por organización para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos desde aparatos organizados de poder, la asunción de esta figura dogmática por parte de la Corte Suprema debe ser valorada positivamente.

En las páginas que siguen se realiza un análisis de la fundamentación de la autoría mediata por organización que la Corte Suprema ha realizado; en esta línea, se realiza un recuento del origen y los antecedentes de la teoría, se analiza y valora la concepción de la Corte Suprema expuesta en la sentencia, y finalmente, se presenta la concepción que proponemos para fundamentar la autoría mediata por organización.

2. LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA POR ORGANIZACIÓN EN LA CIENCIA Y EN LA JURISPRUDENCIA - ANTECEDENTES

La teoría de la autoría mediata por dominio de organización fue fundada por el profesor alemán *Claus Roxin*. En su conferencia¹ pronunciada con motivo del inicio de clases en Hamburgo propuso, por vez primera en la ciencia del Derecho penal, un nuevo supuesto de autoría mediata. Sobre la base del criterio del dominio del hecho elaboró una tesis que permitiría imputar responsabilidad penal a título de autores a aquellos que sin ejecutar los hechos directamente se limitaban a dar las órdenes para su comisión. La teoría de *Roxin* implicó en la doctrina la renovación del entendimiento de la autoría mediata, pues hasta entonces, en principio solo se podía imputar responsabilidad a título de autores a quienes sin realizar directamente los hechos, se valían de personas que actuaban sin dolo o actuaban bajo amenaza. El problema que hasta entonces se presentaba era determinar cómo se podía hacer responsable al hombre de atrás por hechos que había realizado otra persona plenamente responsable. *Roxin*² planteó la siguiente solución: el “hombre de atrás” domina la voluntad del ejecutante si da una orden de ejecución del hecho punible a través de un aparato de poder. El autor no necesita aquí coaccionar o engañar al ejecutor, incluso ni siquiera conocerlo, pues el aparato de poder organizado garantiza por sí solo la ejecución del hecho punible, ya que en caso de incumplimiento de la orden por parte de un determinado ejecutante, hay siempre otro que lo reemplazará en la ejecución³. La constelación de casos que *Roxin* tuvo presente en la elaboración de su teoría fueron los crímenes ordenados por Hitler, Himmler, Eichmann y otros mandos políticos y militares del gobierno nacional socialista. Para él, en tales casos quienes dictaron las órdenes de exterminio eran autores mediados, pues ellos estaban colocados en la palanca de un aparato de poder y a través de las órdenes impartidas dieron lugar a delitos en los cuales resultó irrelevante la individualidad de los ejecutantes⁴.

Roxin desarrolló y amplió su teoría en posteriores trabajos⁵. En la actualidad la estructura dogmática de su teoría presenta características bien definidas.

¹ Su conferencia fue publicada ese mismo año en la revista GA 1963, p. 193 y ss., bajo el título “Delitos en el marco de aparatos de poder organizado”. Esta exposición pasó a formar el § 24 de su libro “Täterschaft und Tatherrschaft” publicado en ese mismo año.

² ROXIN, GA 1963, p. 193, 200; *el mismo*, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006, pp. 242, 243; *el mismo*, AT II, § 25, n. marg. 45, 46, 105.

³ ROXIN, AT II, § 25, n. marg. 107.

⁴ ROXIN, en: Problemas actuales de la dogmática penal, traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, 2004, p. 224. (cit. Problemas actuales).

⁵ Cfr. FS-Schroeder, 2006, pp. 387 y ss.

Según su opinión, para afirmar una autoría mediata en los casos objeto de estudio debe presentarse, en primer lugar, un “*poder de mando sobre la organización*”. Este dominio supone en el agente la capacidad de dar órdenes que deben cumplirse para el funcionamiento mismo de la organización, siendo indiferente el nivel jerárquico que ocupa el agente, ya que únicamente importa que domine la parte de organización a él sometida. En segundo lugar, la organización de la cual se sirve el hombre deatrás debe encontrarse “al margen del Derecho”. Pertenece a este tipo de organización los aparatos de poder estatales, organizaciones criminales comunes, como también organizaciones terroristas. En tercer lugar, en la organización en concreto debe existir la posibilidad de reemplazar al actor inmediato, es decir, debe concurrir la *fungibilidad* del ejecutor. El actor inmediato sería solamente una figura intercambiable, un “*engranaje*” reemplazable en la maquinaria del aparato de poder⁶. Finalmente, como cuarto elemento que ha sido desarrollado en sus últimos trabajos sobre el tema, *Roxin* considera que debe concurrir una alta disposición al hecho del ejecutor⁷.

3. CONSOLIDACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA POR ORGANIZACIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

En la actualidad, la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización se ha impuesto y constituye opinión dominante⁸ no solo en Alemania, sino también en gran parte de los países de tradición romano-gemánica como el nuestro. En el Derecho penal internacional⁹ tampoco ha pasado desapercibida. Su influencia en este ámbito ha sido tal que, conforme lo pone de relieve *Satzger*¹⁰, habría sido asumida expresamente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. La fuerza convincente de esta teoría también ha motivado su aceptación por parte de la jurisprudencia. En Alemania ésta ha sido asumida por la Corte Suprema en su famosa sentencia¹¹ contra los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática

⁶ Cfr. ROXIN, *Täterschaft*, pp. 224, 225.

⁷ ROXIN, FS-Schroeder, 2006, pp. 387 y ss.

⁸ Aquí son mencionados por su importancia los trabajos de MEINI. *El dominio de la organización en el derecho penal*. Lima, 2008; MONTOYA VIVANCO. En: Problemas fundamentales de la parte general del código penal, Lima, Friburgo 2009, p. 61 y ss.; CASTILLO ALVA. En: *Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, pp. 576 y ss. Para una detallada referencia de la doctrina que sigue esta teoría véase mis trabajos en: *La autoría mediata por organización*. Lima, 2009.

⁹ AMBOS. *Internationales Strafrecht*. 2005, § 7, n. marg. 27 y s.; el mismo, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, 2002, p. 568; Kreß, GA 2006, p. 307; RADKE, GA 2006, p. 350. SATZGER, *Internationales Strafrecht*, § 14, n. marg. 43; Vest, ZStW 113 (2001), p. 457; Vogel, ZStW 114 (2002), S. 427; Werle, *Völkerstrafrecht*, 2003, n. marg. 407.

¹⁰ SATZGER, *Internationales Strafrecht*, § 14, n. marg. 43.

¹¹ BGHSt. 40, 218 que se remonta al 26 de julio de 1994.

de Alemania el caso de los disparos del muro y, desde aquel entonces, en otras sentencias de gran trascendencia.

En nuestra región son importantes las resoluciones emitidas por los tribunales argentinos que juzgaron a la cúpula militar que gobernó ese país. Así, también lo es la sentencia de extradición en el caso Fujimori emitida por la Corte Suprema de Chile que asume expresamente la autoría mediata por organización. En nuestro país tenemos como antecedentes varias sentencias emitidas por Salas Superiores de Justicia y aquellas emitidas por la Corte Suprema; aquí resulta relevante la sentencia emitida en el caso Abimael Guzmán.

Ahora, con la sentencia contra Fujimori, la cual es objeto de comentario, se consolida en la ciencia y la jurisprudencia nacional e internacional la teoría de la autoría mediata por organización como la más adecuada estructura dogmática para juzgar crímenes cometidos desde y mediante aparatos organizados de poder. Ésta es el resultado de una evolución que debe ser calificada positivamente. La sentencia deja ver un alto nivel jurídico-científico de nuestra Corte Suprema, que con seguridad convertirá a nuestra jurisprudencia en un referente elevado.

4. LA AUTORÍA MEDIATA POR ORGANIZACIÓN SEGÚN LA CORTE SUPREMA DEL PERÚ EN LA SENTENCIA CONTRA ALBERTO FUJIMORI

La fundamentación de la autoría mediata por organización realizada por la Corte Suprema es expuesta en el parágrafo tercero del capítulo segundo de la tercera parte de la sentencia referida a los fundamentos jurídicos penales¹². En el indicado parágrafo titulado “la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados” la sentencia – en clara asunción de las tesis del profesor *Claus Roxin* – presenta la siguiente fundamentación: la autoría mediata por organización tendría como soporte fundamental la “existencia previa de una organización estructurada”, vertical y jerarquizada. Ésta debe poseer “una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional”¹³.

Según la Corte, dos serían las características de esta organización. La primera característica sería la “asignación de roles”¹⁴ que designaría la “relación entre

¹² Ver Sentencia, pp. 629-657.

¹³ Sentencia, p. 633.

¹⁴ *Ibid.*

el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones". La segunda característica sería el "*desarrollo de una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes*";¹⁵ cuyo fundamento "no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el "*mecanismo funcional del aparato*", esto es, su "*automatismo*" o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo". Producto de esto, "el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato", este "*funcionamiento automático del aparato*" sería aquello que "realmente garantice el cumplimiento de la orden"¹⁶.

Para la sentencia, la autoría mediata por organización requiere de la presencia de "presupuestos y requisitos funcionales". Estos serían *i*) el poder de mando; *ii*) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; *iii*) la fungibilidad del ejecutor inmediato; y *iv*) la elevada disposición del ejecutor hacia el hecho. La Corte clasifica a su vez estos requisitos en dos niveles, un *nivel objetivo* y un *nivel subjetivo*. El primero comprendería al "poder de mando" y "la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder". El poder de mando "resulta trascendental para materializar el dominio de la organización", mientras que la desvinculación del derecho "le dará mayor solidez a este dominio". Basada en estas características, la sentencia califica a ambos como "el soporte básico que permitirá al nivel estratégico superior (autor mediato) edificar y consolidar su dominio sobre la totalidad de la estructura criminal."¹⁷ Por otra parte, el *nivel subjetivo* comprende a la "la fungibilidad del ejecutor directo" y su "elevada disponibilidad hacia la realización del hecho". Estos elementos permitirían inferir "que la actuación del ejecutor directo dependerá finalmente de su propia voluntad a la realización del hecho. En cambio, la no ejecución por éste del evento criminal, conllevará a su *fungibilidad* o sustitución por otra persona interpuesta que tenga una mayor *predisposición a la realización del hecho típico*"¹⁸.

5. CONSIDERACIONES SOBRE LA CONCEPCIÓN ASUMIDA EN LA SENTENCIA

La asunción de la autoría mediata por organización hecha por la Corte Suprema es un paso importante en el desarrollo de nuestra doctrina jurisprudencial y consolida esta forma de autoría en nuestro medio. Pese a este importante paso

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Sentencia, p. 634.

¹⁸ Sentencia, p. 635.

en el desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre esta figura dogmática, la fundamentación realizada no está exenta de algunas apreciaciones críticas.

Sobre la admisión del “Poder de mando” y el “apartamiento del derecho” como presupuestos de la autoría mediata por organización –que la sentencia califica de “soporte básico”¹⁹– no queda sino saludar la sentencia. Ésta constituye pues el camino correcto en la fundamentación. Es más, debe subrayarse que justamente en el desarrollo y fundamentación de estos dos presupuestos radica la contribución más importante de la sentencia. Allí se indica, de modo correcto, siguiendo la doctrina más moderna, que el dominio que el hombre de atrás ejerce en la materialización del resultado criminal radica en el poder de mando que tiene sobre la organización la que se encuentra al margen del derecho.

La sentencia señala que el primer elemento (“objetivo”) “poder de mando” es condición fundamental, para imputar autoría mediata en el marco de un aparato de poder organizado²⁰. Esto es correcto. La sentencia²¹ profundiza y afirma que el poder de mando es “la capacidad del nivel estratégico superior –del hombre de atrás– de impartir órdenes o asignar roles a aquella parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar. El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando *órdenes*, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato, es decir, sin que sea necesario que quien ordena deba además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores”.

Se afirma correctamente que el poder de mando constituye un elemento objetivo. Esto es evidente y no precisa mayor argumentación. La asunción del elemento “poder de mando” como “presupuesto” del dominio por organización es también correcta, pues el poder de mando es el elemento fundamental que fundamenta la autoría mediata por organización. Con este elemento se revela pues lo que en trabajos anteriores he denominado el dominio real y concreto sobre la organización. El poder de mando es sin duda el elemento que expresa de manera fáctica este dominio.

¹⁹ Sentencia, p. 634.

²⁰ Sentencia, p. 635.

²¹ *Ibid.*

El segundo elemento (“objetivo”) fundamentador de la autoría mediata por organización mencionado por la sentencia es el “apartamiento del Derecho”. Al respecto, acierta la sentencia cuando afirma que este elemento se trata de un “*presupuesto*”. Igualmente, la inclusión de este elemento en un nivel objetivo no merece objeción alguna. Se debe resaltar como positivo el desarrollo que sobre este elemento realiza la sentencia. La sentencia indica que “la admisión de la autoría mediata del nivel estratégico superior quedará condicionada a que las órdenes de este estamento sean dictadas en el marco de una organización que opera al margen del ordenamiento jurídico del “*Estado de Derecho*”²². Luego refiere, “la *desvinculación del ordenamiento jurídico* en la criminalidad estatal puede darse de dos maneras. Primero, cuando el nivel superior estratégico del Estado decide apartarse por completo del Derecho y crear un *sistema normativo totalmente diferente* que no es reconocido ni aceptado por el Derecho internacional, en tanto expresa o encubre la comisión de delitos graves. Segundo, cuando el nivel superior estratégico del poder estatal se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico; inicialmente solo para la realización de determinados hechos punibles, pero luego, con actos sistemáticos cada vez más frecuentes, así como a través de acciones tendientes a anular, desnaturalizar o sustituir distorsionadamente los diferentes ámbitos y competencias que configuran los estamentos oficiales, legales y de control del Estado. Esta modalidad resulta ser la más grave porque se cubre de una aparente legitimidad; sin embargo, subrepticiamente intenta crear un *sistema normativo alterno* al legalmente vigente, aprovechando, justamente, sus formas y estructuras para la comisión de delitos graves.”²³ La sentencia indica pues que el caso evaluado (el de Alberto Fujimori) se trataría de un gobierno de facto por razón de su ejercicio, es decir, de “aquellos que fueron instituidos con las formalidades estipuladas en la Constitución, pero que luego se van expresando, manifestando y conduciendo fuera de ella o contra lo previsto por ella”²⁴.

En este marco conceptual, se identifica a “Derecho” como “un sistema u ordenamiento jurídico representado por un *conjunto coordinado de normas generales y positivas que regulan la vida social*. El Estado, como comunidad, define un orden normativo. Este orden normativo solo puede ser un orden jurídico, aquél que comúnmente se relaciona como el “*Derecho del Estado*” o el “*Derecho nacional*”. Sin embargo, este Derecho nacional se encuentra estrechamente vinculado e integrado con el Derecho internacional constituyendo una

²² Sentencia, p. 642.

²³ *Ibid.*

²⁴ Sentencia, p. 643.

unidad. Por tanto, el Derecho internacional forma parte del orden jurídico nacional en tanto que las normas producidas en el contexto internacional se incorporan al Derecho del Estado nacional. En consecuencia, el apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional”²⁵. Apoyándose en *Roxin*, la sentencia²⁶ indica que el apartamiento del Derecho se presenta “no sólo en delitos cometidos por órganos del Estado o aparatos del poder estatal, sino también sería aplicable a los casos de “*criminalidad organizada no estatal*” y en muchas “*formas de aparición del terrorismo*”. Únicamente se debería excluir a los casos de criminalidad empresarial”.

De otro lado, en la fundamentación que la Corte Suprema hace de la autoría mediata por organización aplicada en su sentencia, se afirma la existencia de un “*nivel subjetivo*” el cual incluye a la *fungibilidad* y a la *elevada disposición al hecho del ejecutor*. Según la sentencia, la *fungibilidad* constituye un presupuesto de carácter subjetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados²⁷. Se menciona que la *fungibilidad* ha sido “entendida, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso”²⁸.

Lo que inmediatamente salta a la vista es que el elemento “*fungibilidad*” no constituye en realidad un elemento subjetivo, sino por el contrario de un presupuesto objetivo. La *fungibilidad* no es un elemento interno, un estado de la mente humana o de la psíquis del hombre, como podrían ser el dolo o algunas formas de tendencias internas criminales (“*animus*”). La *fungibilidad* es reemplazabilidad, posibilidad de cambio de ejecutores. Según la teoría, fungibles serán los ejecutores directos del crimen, pues en caso no cumplan las órdenes criminales existirán otros ejecutores que los reemplazarían en la ejecución. Esta reemplazabilidad tiene carácter objetivo, pues en el caso concreto los ejecutores existen o no existen; esto no depende de la mente humana.

Otro aspecto que debe ser apreciado críticamente es que la sentencia admite erróneamente a la *fungibilidad* como “*presupuesto*” de la autoría mediata por organización, es decir, le asigna una función fundante de la autoría mediata, lo que implicaría, a su vez, que su ausencia provocará que no se configure

²⁵ Sentencia, p. 640.

²⁶ Sentencia, p. 641.

²⁷ Sentencia, p. 644.

²⁸ *Ibid.*

esta forma de autoría, es decir, si en el caso concreto se comprueba que los ejecutores no eran remplazables, entonces no se configurará una autoría mediata. Con todo, esta postura de la sentencia debe ser criticada, pues la jurisprudencia internacional nos muestra que existen constelaciones de crímenes mediante aparatos de poder donde no hubo fungibilidad, como los casos de organizaciones criminales donde los ejecutores son sujetos con conocimientos especiales que no son susceptibles de ser reemplazados fácilmente. Sin embargo, como ya lo indiqué en anteriores trabajos, esta característica no debe llevar a negar la autoría de quienes dan las órdenes desde las altas esferas de poder. La fungibilidad es una *característica* de la autoría mediata por organización pero no es un presupuesto de ella, es decir, no es un elemento fundante. ¡La fungibilidad acompaña – por lo general – a esta forma de autoría pero no la fundamenta!

La sentencia menciona finalmente a la “elevada disposición al hecho” como el cuarto presupuesto de la autoría mediata por organización. Este elemento tendría igualmente, carácter subjetivo. Según la sentencia, el hombre de atrás tendría el dominio del evento criminal, es decir, que estaría seguro que sus órdenes se van a cumplir porque los ejecutores directos de los crímenes serían personas que están predispuestas a cometer el hecho criminal. Es decir, los ejecutores directos serían personas con una cierta tendencia a la comisión de crímenes.

Se puede observar, al igual que en el caso de la fungibilidad, que el Tribunal atribuye a este elemento el carácter de presupuesto de la autoría mediata por organización. La asignación de este carácter significa que la ausencia de este elemento en el caso concreto llevaría a negar la autoría mediata por organización. Esta postura también debe ser criticada. Existen pues muchos casos donde esta “disposición al hecho criminal” del ejecutor no se presenta y pese a ello se puede observar un dominio real del hombre de atrás. Piénsese únicamente en los casos de los crímenes del nacional-socialismo en Alemania, donde muchos de los soldados alemanes no estaban de acuerdo con las políticas criminales implementadas por el Estado totalitario, que no tenían “una elevada disposición al hecho criminal” de asesinar seres humanos en masa ; y que sin embargo cumplían las órdenes criminales, para no ser objeto de represalias, o para seguir ascendiendo en su carrera política o militar, o simplemente para congraciarse con “los de arriba”.

El dominio del evento criminal por parte de quienes se encuentran en la cúspide del aparato de poder, los jerarcas o jefes, no depende pues en absoluto de la “alta disposición al hecho” de los ejecutores directos. El éxito del plan

criminal radica más bien – como ya lo referí en mis trabajos anteriores – en el dominio que el hombre de atrás ejerce sobre la organización basado en el poder de mando y en el apartamiento de la organización criminal, pues solo así el éxito está asegurado independientemente de la existencia o inexistencia de la disposición al hecho de los ejecutores. Normalmente esta característica acompaña a esta forma de autoría²⁹, pero no es un elemento fundamental, no es pues un presupuesto de esta forma de autoría. Su ausencia, por sí misma, no elimina el dominio del hecho que ejercen los hombres de atrás.

6. PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA POR ORGANIZACIÓN - CONCEPCIÓN PERSONAL

La concepción que venimos defendiendo desde hace varios años en diversos trabajos³⁰ y que ahora es actualizada y desarrollada, afirma que autor mediato por dominio de organización es quien valiéndose de una organización (aparato de poder organizado) sobre la cual tiene dominio, ordena la comisión de delitos. El dominio sobre la organización le otorga al hombre de atrás un dominio sobre la producción del resultado que materialmente es realizado por un órgano de ejecución del aparato organizado: el ejecutor inmediato. Desde nuestro punto de vista, la autoría mediata en virtud de dominio por organización se fundamenta en el *dominio sobre la organización*. La estructura organizacional y funcional del aparato debe estar conformada de modo tal que las órdenes de los “jefes supremos”, “líderes” o “mandos”, sean ejecutadas “automáticamente”. La estructura jerárquicamente organizada permite la automaticidad en el cumplimiento de las órdenes. Elementos fundamentales de esta forma de dominio son el *poder de mando* que tiene el hombre de atrás sobre la organización y el *apartamiento del derecho* de la organización. Poder de mando y apartamiento del derecho materializan, pues, el dominio que se tiene sobre la organización. Poder de mando sobre y dentro de la organización es el criterio rector; y el apartamiento del derecho es el elemento fundamental que contribuye al dominio sobre la organización, pues solo dentro de organizaciones que están apartadas del derecho, las órdenes ilícitas se cumplen “automáticamente”. Ello debido a que una organización que actúa ilegalmente tiene procesos de funcionamiento propios que se distancian de un funcionamiento “normal” y que posibilitan, de esta manera,

²⁹ Visto más detenidamente, este criterio acompaña incluso a gran parte de la autoría en general, es decir, no está limitada a la autoría mediata por organización.

³⁰ Cfr. mis trabajos publicados en JuS Doctrina & Práctica, Lima, 12/2007, p. 37 y ss.; en Actualidad Jurídica, Lima, diciembre 2007, t. 169, p. 113 y ss.; y en JuS Jurisprudencia, Lima, 2/2008, p. 145 y ss.; y en: Problemas fundamentales de la parte general del código penal, Lima Friburgo 2009, p. 43 y ss. Una compilación se ofrece en: Autoría mediata por organización, Lima 2009.

el cumplimiento de sus objetivos³¹. Estos elementos son los que posibilitan el dominio del logro del resultado típico, ambos son pues “presupuestos” del dominio por organización y fundamentan por lo tanto la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

En este tipo de criminalidad por medio de aparatos de poder, la *fungibilidad* (reemplazabilidad) de los órganos de ejecución de la organización, es decir, la posibilidad de sustituir al ejecutor y la *elevada disposición al hecho* del ejecutor, son solo *características* que normalmente acompañan a este tipo de dominio, no lo fundamentan, es decir, su ausencia en el caso concreto no impedirá el dominio del evento criminal por parte de los jefes de los aparatos de poder. La *fungibilidad* de los ejecutores concurre normalmente en este tipo de criminalidad, pues estos brazos ejecutores constituyen simples piezas en la maquinaria que es la organización. El significado del ejecutor para la organización no es determinante, es simplemente un órgano ejecutor de las “importantes” decisiones de los altos mandos. En esta criminalidad se puede apreciar –no pocas veces– que estos no resultan fácilmente reemplazables en el caso concreto. Sin embargo, este dato no elimina el dominio que ha ejercido el hombre de atrás sobre el evento criminal. Igualmente, se puede observar con frecuencia la disposición al hecho del ejecutor, más aún en organizaciones terroristas donde el factor ideológico juega un papel importante. Sin embargo, si en el caso concreto se constata que no hubo disposición al hecho por parte del ejecutor y pese a ello realiza el evento criminal, este hecho no eliminará el dominio que tuvo el hombre de atrás.

7. PALABRAS FINALES

Si se quisiera expresar en pocas palabras el significado de la sentencia de la Corte Suprema en el caso Fujimori debería indicarse que ella consolida la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia nacional e internacional. Esta es la culminación de un desarrollo que empezó hace ya muchos años en la doctrina. Este proceso confirma que la autoría mediata por organización es la estructura dogmática más adecuada para juzgar crímenes cometidos desde y a través de aparatos organizados de poder.

³¹ Este elemento permitiría a su vez, limitar el ámbito de aplicación de la teoría y de este modo evitar el peligro de su posible degeneración, garantizando así su legitimidad.

LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ, LAS ELECCIONES Y LOS MUNICIPIOS

JORGE ANDÚJAR MORENO*

Resumen

Este año 2012 se celebran los 200 años -bicentenario- de la Constitución de Cádiz, la primera y única carta política de la monarquía española que consideró como ciudadanos en pie de igualdad a los nacidos en ambos hemisferios. Esto incluía a los criollos, indios y mestizos e inclusive a los analfabetos. Asimismo, el carácter reformista y liberal de la carta gaditana permitió sancionar una serie de libertades y derechos humanos que, con avances y retrocesos, se plasmarían en todas las constituciones peruanas siguientes, de los cuales se yergue como su necesario antecedente y referente. El reconocimiento del pueblo como fuente de soberanía llevó a plasmar las primeras elecciones populares ediles y parlamentarias. Determinó así el surgimiento de la disciplina del Derecho Electoral. Este ensayo resalta en especial la importancia y la histórica autonomía de los municipios, trasplantados al Perú desde España y surgidos desde antes en Roma. Se reflexiona sobre su evolución constitucional y que a pesar de que han sido reconocidas solemnemente por algunas cartas -como la de Cádiz- ello tampoco ha garantizado su fiel cumplimiento en los hechos.

Palabras clave: Constitución de Cádiz y Municipios – Constitución de Cádiz y Soberanía Popular – Primeras Elecciones Populares – Constitución de Cádiz y Libertades – Constituciones de 1920 y 1933.

Abstract

This year (2012), we are celebrating the bicentennial of the Constitution of Cadiz, the first and only political chart of the Spanish monarchy that considered those born in both hemispheres as citizens with equal rights, including creoles, indians and mestizos and even the illiterate. Similarly, the reformist and liberal character of the constitution of Cadiz enabled the punishment of a number of human liberties and rights, which would be included in all of the following Peruvian Constitutions, thereby constituting its natural point of reference. The acknowledgement of the peoples as a source of sovereignty led to the first municipal and parliamentary elections, thereby establishing the discipline of Electoral Law. This article highlights the importance and the historical autonomy of the municipalities, transferred from Spain to Peru and which existed long before in Rome, reflecting on its constitutional evolution and on the fact that despite their solemn acknowledgement in some magna cartas – such as the Cadiz Constitution – this has not guaranteed their fulfillment.

* Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad Nacional Federico Villarreal.

Key words: Constitution of Cadiz and Municipalities – Constitution of Cadiz and Popular Sovereignty – First Popular Elections – Constitution of Cadiz and Liberties – Constitutions of 1920 and 1933.

Sumario

1. Primera constitución hispanoamericana.
2. Elecciones de diputados peruanos.
3. Libertades y sufragio.
4. Las primeras elecciones de los alcaldes y de los regidores.
5. Razones del resurgimiento.
6. Las constituciones y la elección popular de los alcaldes.
7. La Constitución de 1920 y las elecciones ediles.

1. PRIMERA CONSTITUCIÓN HISPANOAMERICANA

La Constitución de Cádiz –que este año 2012 celebra su bicentenario– es strictu sensu la primera carta del Perú, de España y de muchos países latinoamericanos. La sancionó una constituyente de nítido carácter liberal y partidaria de otorgar amplias libertades. Se promulgó el 19 de marzo de 1812, día de San José, para que rija simultáneamente en todas las “*Españas*”¹, incluyendo en este término no solo a la península, sino a los territorios hispanos situados en América, África y Asia.

El Perú fue uno de los pocos países en donde esta Constitución Política de la Monarquía Española, conocida como “*La Pepa*” por el día de su promulgación, se juró y rigió. Le cupo tal honor al virrey José de Abascal. Bajo su influjo se comenzó a respirar nuevos aires de libertad, igualdad y se dieron los primeros amagos de elecciones parlamentarias y municipales.

Pudo ser, acaso, la carta política que marque el inicio de la unión en un mismo seno de diversos países hispanoamericanos con estrechos vínculos históricos y retos comunes. El reconocimiento de la igualdad entre peninsulares y criollos y el olvido de las tradicionales políticas coloniales, así lo podía prever. La consolidación, muchas décadas después, de un proyecto semejante por la Comunidad Británica de Naciones (Commonwealth) hace más verosímil esta apreciación.

2. ELECCIONES DE DIPUTADOS PERUANOS

Una característica singular de las Cortes, conformada como consecuencia directa de la invasión de la *Grande Armée* de Napoleón a la península, es

¹ En la introducción de la Constitución se refiere a Fernando VII como “*Rey de las Españas*”. El Art.5 a “*dominio de las Españas*”, art.10 “*territorios de las Españas*”.

la presencia de al menos nueve diputados peruanos², conjuntamente con representantes de España, México, Cuba, Costa Rica, Nicaragua, Argentina, Chile y Venezuela, entre otros.

Las Cortes estuvieron presididas en un momento por el ilustre abogado, primer constitucionalista del continente, catedrático de San Marcos y efímero Alcalde de Lima don Vicente Morales y Duárez. Se recuerda también a Dionisio Tupac Yupanqui, descendiente directo de los incas, por su discurso en favor de la libertad de los negros³ y en especial al fogoso orador y muy popular clérigo trujillano Blas de Ostolaza, acérximo defensor del rey⁴.

La necesidad de elegir a los diputados provocaron, a partir de agosto de 1809, las primeras elecciones nacionales. Asimismo, en su momento, la dación de las primeras normas legales sobre la materia que hoy se conocen como derecho electoral. El virrey dictaría al efecto un bando por el cual las regulaba y así poder salvar cualquier escollo o impugnación que se presente en el proceso. Conforme a un mandato de la constitución votarían los indígenas por primera vez.

Para estos comicios se empleó un sistema de preselección en dos niveles que partía desde los municipios.⁵ Estos elegirían inicialmente a tres candidatos intachables y por sorteo quedaría sólo uno, cuya balota se presentaría en Lima. Luego el Virrey, a través de otro sorteo, escogería al ganador. Un mecanismo indirecto, aleatorio y aún privilegiado, pero que importaba entonces un avance en el camino de lo que sería tiempo después la conquista del sufragio universal. Bajo este esquema rudimentario 17 municipios en todo el país presentaron sus candidatos.

3. LIBERTADES Y SUFRAGIO

El eminentemente carácter reformista y liberal de la carta gaditana permitió sancionar una serie de libertades y derechos humanos que años después aún bregarían duramente para ser aceptadas. Tuvo, pues, una visión de avanzada que desafortunadamente colisionó violentamente con una sociedad tradicional y absolutista.

² UGARTE DEL PINO, Vicente. *Historia de las Constituciones del Perú*. Lima: Ed. Andina, 1978, p-29.

³ *Ibid.*, p. 32.

⁴ TAURO DEL PINO, Alberto. *Enciclopedia Ilustrada del Perú*. Lima: Peisa, 1987, p. 1488. Blas de Ostolaza moriría fusilado en Valencia por su fidelidad al rey.

⁵ ALJOVÍN DE LOSADA; LÓPEZ, Sinesio. *Historia de las elecciones en el Perú. Estudios sobre el gobierno representativo*. Lima: Ed. EIP, 2005, pp. 27 y ss.

A pesar de su carácter monárquico, influencia de la primera Constitución francesa de 1791, obra del controvertido conde de Mirabeau, reconoció la libertad de pensamiento y de expresión, de imprenta, libertad de comercio, de propiedad, de educación, derecho de petición e inviolabilidad de domicilio, entre otros. Asimismo, dentro de esta línea, dispuso la supresión de las mitas, del tributo indígena y del Tribunal de la Santa Inquisición.

Al establecer como única fuente legítima de soberanía al pueblo, reemplazando la figura de Dios que recogía desde siglos el derecho divino, consagró al sufragio como base del gobierno representativo, ciertamente con algunas limitaciones.

4. LAS PRIMERAS ELECCIONES DE LOS ALCALDES Y DE LOS REGIDORES

Uno de los aspectos más importantes es el mandato de restablecer una antigua y vital institución hispana: los municipios (ayuntamientos) y su libre elección popular.

En efecto, el art. 309 de la Constitución de Cádiz ordenaba que en todos los pueblos haya municipios compuestos de alcalde o alcaldes y regidores. La norma se refiere a “*alcaldes*”, en plural, porque hasta 1856 cuando se dictó la Ley de Municipalidades se elegían por lo general dos. Uno civil y el otro del crimen.

Asimismo, la carta dispuso en su art. 312 que los alcaldes y regidores sean designados por elección de los pueblos. Esta novedosa disposición en un ambiente autocrático y virreinal, no acostumbrado a estos acontecimientos públicos y democráticos, desembocó en una explosión libertaria. Alcanzó ribetes de revolución, con efectos más profundos que los ocasionados por los enciclopedistas franceses.⁶ Valentín Paniagua, quien ha estudiado el tema con erudición, afirma que tuvo un gran impacto en un país carente de experiencia en gobiernos representativos y que daba lugar a un régimen popular desconocido⁷.

Cumpliendo su mandato, durante 1811 y 1812 en varias ciudades como Lima, Piura, Huánuco, Huancavelica, Lambayeque, Maynas, Cusco, Tacna,

⁶ PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*. 3ed. Lima, 1984, p. 25.

⁷ PANIAGUA, Valentín. *Los orígenes del gobierno representativo en el Perú. Elecciones 1809-1826*. Lima: PUC - Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 112 y ss.

entre otras, se llevaron a cabo las primeras elecciones ediles. Se efectuaron de manera indirecta, por medio de representantes o electores, semejantes en algo a los actuales colegios electorales americanos.

El 9 de diciembre de 1812 le tocó a la capital y en acto solemne y público presidido por el virrey Abascal se eligieron a los dos primeros alcaldes constitucionales de la ciudad. Ganaron don Juan Bautista Lavalle y José María Sancho Dávila. Asimismo, se eligieron a 16 regidores y 2 procuradores sindicatos.

5. RAZONES DEL RESURGIMIENTO

El cabildo hispano hunde sus raíces en la antigua comunidad romana denominada *municipium*. Al igual que ésta goza de autonomía frente a fuerzas externas. En España representaba el ancestral poder de los vecinos de una comarca, villa o pueblo; pero en 1594 había sido capturado por la aristocracia y el gobierno central a través de la libre compra y venta de los puestos, algunas veces a perpetuidad⁸.

El *Alcalde de Zalamea*, obra maestra de Calderón de la Barca durante el siglo de oro de inicios del s. XVII, muestra el liderazgo, decisión y orgullo de un alcalde de pueblo don Pedro Crespo contra un poderoso y noble oficial del rey. Crespo, afincado en su fuero municipal y como flamante alcalde, a pesar de que carece de jurisdicción sobre los militares, se atreve a juzgar y sancionar a la pena de muerte por garrote a un arrogante capitán real por su mal comportamiento con su hija⁹.

Las Cortes al no ser sino expresión genuina de la voluntad general de los pueblos hispanos que no reconocen autoridad en el falso rey José I (conocido popularmente como *Pepe Botellas*) impuesto por Napoleón, acuñan la doctrina que el poder radica en el pueblo y que éste se encuentra representado legítimamente por los municipios.

6. LAS CONSTITUCIONES Y LA ELECCIÓN POPULAR DE LOS ALCALDES

La constitución de 1823, la primera de la república peruana, reconoció en su art. 139 al pueblo como única fuente de poder local. Incluso fue más allá

⁸ PAREJA, O.C., p. 574.

⁹ Cfr. ANDÚJAR, Jorge. Sitio web: www.jorgeandujar.com

detallando en el art. 140 los requisitos para ser alcalde o regidor: tener 25 años, ser natural del pueblo o 10 años de vecindad.

Todas las constituciones posteriores respetaron este sano principio. Las únicas que suprimieron a las municipalidades como expresión directa de la vida local fueron la vitalicia de 1826, de clara influencia bonapartista, y la carta de Huancayo de 1839. El carácter reaccionario, centralista, revanchista, y autoritario de esta última explica el retroceso.

Pero una cosa son los textos constitucionales, casi siempre líricos y hermosos; y otra distinta es la realidad histórica, siempre simple y dura. Comparemos ambos extremos en los textos de 1920 y 1933.

7. LA CONSTITUCIÓN DE 1920 Y LAS ELECCIONES EDILES

Esta carta tuvo una clara influencia del constitucionalismo social. Se advierte la impronta de la democrática Constitución alemana de Weimar de 1919 (que Hitler derogó para iniciar la locura del III Reich) y de la mexicana de 1917. A pesar de que su art. 141 copió literalmente el art. 118 de la Constitución de 1860, que ordenaba que la ley determinará la forma de las elecciones populares, durante los 13 años de su vigencia no se volvieron a convocar elecciones municipales.

No obstante que esta Constitución se hizo a imagen y semejanza del presidente Leguía, fue éste quien incumpliéndola abiertamente recomendó a designar a dedo a las autoridades locales. Tanto a los alcaldes como a los regidores. Se les llamó eufemísticamente “Junta de Notables”. El centralismo y la dependencia de los gobiernos locales se acentuaron enormemente, todo ello bajo las banderas de la descentralización que impulsaba esta carta.

Del mismo modo, a pesar de que la Constitución de 1933 (art.190)¹⁰ disponía expresamente que los alcaldes y regidores se elijan a través del sufragio directo y secreto, durante los primeros 30 años de su vigencia tampoco se convocaron a elecciones. Recién en 1963 el Arq. Belaúnde restableció el derecho de elegir a las autoridades locales. Desde allí y salvo el interregno del gobierno militar de 1968-1979, los comicios ediles y la voluntad popular se verifican escrupulosamente.

¹⁰ Art.190: «La ley fijará el número de miembros de cada Concejo departamental los que serán elegidos por sufragio directo y secreto...».

No debe olvidarse que esta tradición democrática de elección popular de las autoridades ediles fue inaugurada y elevada al máximo rango constitucional por primera vez en la Constitución de Cádiz de 1812.

Asimismo, el art. 314 de la Constitución gaditana disponía que los alcaldes elegidos asuman el poder el primer día del año que inicia su período de gobierno, que entonces era anual. Este mandato se ha convertido ya en una tradición vigente en nuestros días, plasmada en la actualidad en el art. 34 de la Ley 26864 -Ley de Elecciones Municipales-. En efecto, todas las autoridades locales elegidas por el voto popular asumen sus cargos el primer día del año que se inicia su período municipal. Todo comenzó en Cádiz.

APUNTACIONES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO. UN CASO DE POLÍTICA ASISTENCIAL EN FAVOR DE LOS PARTIDOS DEL CORREGIMIENTO DE HUAYLAS EN EL S. XVIII

MANUEL ENRIQUE VALVERDE GONZÁLES*

Resumen

Se ofrece una retrospectiva histórica de los movimientos sociales indígenas surgidos en el siglo XVIII en el denominado Corregimiento de Huaylas, en el marco de las reformas introducidas en la estructura hacendaria por la administración colonial, destinadas a obtener mayor recaudación de caudales para la corona española, y de los excesos cometidos por la burocracia intermediaria encargada de la rigurosa recaudación de los tributos; hechos bajo cuyo contexto se analizan las repercusiones jurídicas del expediente promovido por los curacas de la doctrina de la provincia de Huaylas ante la administración política del Virreinato del Perú, con el objeto de lograr el auxilio económico con los fondos de la Caja de Censos del Corregimiento, a fin de que se socorra a los indios de dicha provincia.

Palabras clave: Administración colonial – Real Hacienda – Corregimiento – Tributación indígena – Censo fiscal – Exacciones – Insurrección – Legislación indiana – Auxilio económico a los indígenas.

Abstract

A historical retrospective of the social indigenous movements in the 18th Century in the County of Huaylas, within the context of tax reforms introduced by the colonial administration with the aim of obtaining greater revenues for the Spanish crown, and the abuses committed by the intermediary bureaucracy in charge of tax collection. This article analyzes the legal repercussions of the action promoted by the leaders of the doctrine of the County of Huaylas before the political administration of the Viceroyalty of Peru with the aim of obtaining financial aid from the funds of the Census Bank of the County, to assist the indigenous peoples of said Province.

Key words: Colonial Administration – Royal Tax Office – County – Indigenous Taxation – Tax Census – Tax Levying – Insurrection – Indian Legislation – Economic aid for the natives.

Sumario

1. Preliminares. 2. Revueltas indígenas. 2.1. La revuelta de Caráz. 2.2. Revuelta de las acabalas. 3. Del Corregidor Marqués de Casa Hermosa. 4. La petición de auxilio de los tributarios. 5. Expresión jurídica. 6. Colofón.

* Asesor de la Presidencia del Poder Judicial del Perú.

1. PRELIMINARES

Al tomar los borbones las riendas de España en los albores del siglo dieciochesco, emprendieron la labor de encontrar las mejores formas para optimizar la administración colonial en América, buscando la manera de hacerla más dinámica y moderna, tendiendo a una, cada vez mayor, recaudación de caudales hacia las arcas reales, las que a su vez, cerrando el círculo vicioso de derroche, discurrían en mantener la nobleza parasitaria de la Corte ibérica.

La recaudación tributaria, desde inicios, tuvo incidencia importante en la política fiscal colonial, pues ésta llegaba a ser la columna vertebral de toda la estructura hacendaria de la corona, que se manifestaba de diversas formas: tributo, quinto real, almojarifazgos, alcabalas, seguidos de los diezmos y primicias, por solamente citar los más importantes.

Dicha recaudación recayó, desde siempre, sobre el estrato más pobre y bajo del Estado colonial que estaba constituido por los indígenas, y se realizaba mediante una intrincada burocracia intermediaria, la que estaba encarnada por el corregidor, el encomendero y los curacas. Estos últimos no tenían ningún tipo de contemplaciones para con sus hermanos de raza en el cobro excesivo de los tributos.

Por el año de 1501, con las instrucciones del Gobernador Obando, se establece la idea del tributo con caracteres fiscales, hecho que se mantiene a lo largo de toda la etapa virreinal americana, razón por la cual se cobraba rigurosamente a todos los reñícolas.

En 1553 se llegó a dictar una Real Cédula, por medio de la cual se ordenaba, que al momento de hacer la tasación, se tomara en cuenta las exacciones que recayeran sobre los indígenas, de tal modo que el tributo no los agobiara.

Sabido es que estas leyes solamente eran meras declaraciones de buenas intenciones que no tenían un correlato con la realidad, pues en la práctica se evidenciaban los excesos cometidos contra los indígenas por los funcionarios de consumo con los curacas, sumándose a ellos muchos clérigos doctrineros. Ello motivaba que los indígenas se mostraran estar más dispuestos a pagar el tributo que las cargas eclesiásticas, provocando la competencia entre curas y corregidores. A esto hay que agregar que la aparición de los corregidores, trajo como consecuencia el que los curacas se vieran reducidos a desempeñar las funciones de meros colectores con arreglo a los padrones o registros

hechos por estos nuevos funcionarios; descontento que no duró mucho, pues pronto lograron coludirse de perfecta manera; de modo tal que, como dice el notable historiador Guillermo Lohmann Villena, los corregidores manejaban dos padrones, el oficial y el propio, que independientemente o en connivencia con los curacas, contenía el censo real de los tributarios. No es menester especificar que el padrón o censo fiscal registraba un número inferior de contribuyentes que la nómina del corregidor¹.

En lo que respecta a la labor de recaudación, el sistema usado por los corregidores fue el del arriendo de esta función a ciertos rematistas, que ofrecían una cantidad determinada por repartimiento; de esa forma, se pensaba, según lo sostiene el doctor Lohmann Villena, que no se coludirían tan fácilmente, por su propio interés, con los corregidores o curacas para declarar excedentes o fugitivos a los contribuyentes indígenas².

La Recopilación de 1680 en su Ley 2, Título 5, Libro VI, establecía “que los indios reducidos y congregados a poblaciones paguen por dos años la mitad del tributo (...) y si fuesen infieles, la parte que se había de aplicar para la doctrina, se paga en caja separada para formar los hospitales en beneficio de los mismos indios y enviarles doctrina”³.

Hecho este introito general sobre el sistema de tributación indígena, el cual nos sirve como recuadro para poder entender un tanto mejor el tema que se desarrollará a continuación, nos avocamos a analizar lo atinente a la mecánica legal que funcionaba para que un delimitado grupo de solicitantes regnícolas

¹ Cf. LOHMANN VILLENA, Guillermo. *El Corregidor de Indios en el Perú bajo los Austrias*. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1957, p. 268, y pp. 316-317 de la 2^a ed. a cargo del Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2001.

² Durante la segunda mitad del s. XVIII, fue legalizado el reparto que realizaba el corregidor, convirtiéndose en otro medio de explotación de la población indígena y mestiza, a través de un sistema de deudas que permitía conseguir el pago en trabajo y en especie. En la década de los años setenta, la producción y el comercio fueron fuertemente gravados, incrementándose así las presiones tributarias sobre la población colonial. Como resultado de las mencionadas reformas borbónicas, la alcabala fue elevada hasta por dos veces en un período de cuatro años y se gravaron productos que antes estaban exentos. Sólo en diezmos y cobos de 993 779,3 ps. que recolectaban en 1773-1776, se incrementó a 1' 213 642,1 ps. en 1777-1780; y en cuanto a tributos, de 913 327,1 ps. (en el primer período) aumentó a 1' 609 576,7 ps. en 1777-1780. LOHMANN. *Op. cit.*, p. 274, y O'PHELAN, Scarlett. “Un siglo de Rebeliones Anticoloniales. Perú y Bolivia 1700-1783”. Cusco: Centro Bartolomé de las Casas, 1988, p. 73.

³ Para mayores datos cabe agregar que en sus leyes xviii, xix y xx, se estipulaban las exenciones del pago del tributo por parte de los curacas y sus hijos, así como de las mujeres y de los alcaldes de indios. Cf. *Recopilación de leyes de los reynos de las indias* (1681), t. 2, edición facsimilar, México, Escuela Libre de Derecho y M.A. Porrúa, 1987.

Resulta ilustrativo revisar los antecedentes de esta Recopilación realizada por Antonio León Pinelo, los mismos que han sido editados bajo el título: *Recopilación de las Indias*, en tres tomos, a cargo de la Escuela Libre de Derecho, Miguel A. Porrúa y otros, México, 1992, edición y estudio preliminar de Ismael Sánchez Bella. Para nuestro caso ver el t. II, pp. 1904 y ss.

pudieran obtener asistencia de los reales erarios coloniales frente a singulares situaciones que los apremiaban. Dicho esto, pasamos a la analizar el bagaje documental que hallamos en el Archivo General de la Nación (en adelante AGN), como producto de nuestras investigaciones realizadas respecto a la historia jurídica virreinal peruana.

En dicho repositorio ubicamos un legajo referente a los autos seguidos por los curacas del Corregimiento de Huaylas, conteniendo una petición dirigida a la administración política del virreinato del Perú con el objeto de lograr el auxilio económico con los rezagos de la Caja de Censos de su Corregimiento⁴.

En primer término, es importante hacer notar que, del análisis de los precitados autos, emerge de manera indubitable el estado de miseria en el que estaban sumidos los indígenas por una larga sequía existente y el azote de una epidemia de viruela que llegó a mermar notablemente la población del lugar, lo que hacía imposible el que los tributarios pudieran cumplir con sus obligaciones frente a la corona y al clero respectivamente⁵.

Además, como lo han sustentado muchos autores entendidos en el tema, entre ellos el P. Gridilla, para esta etapa finisecular ya se sentían los efectos del Tratado de Libre Comercio suscrito con Inglaterra y por tanto los artículos

⁴ Cf. AGN, Sección Derecho Indígena. Legajo 35, Cuaderno 715, Año 1780.

⁵ Según Jürgen Golte, la población indígena en la provincia de Huaylas era en 1754 aproximadamente de 20 935 indios (51% del total de la población), de los cuales 3 857 eran tributarios, 3 104 originarios y 753 forasteros. Por su lado el P. Soriano Infante nos comenta que en 1770 la provincia de Guaylas tenía: 44 curacas; 3 104 originarios; 753 forasteros; 436 reservados; 2 531 muchachos; 5 673 mujeres; 12 541 personas, 15 curas y contaba con 8 584 pesos y 2 reales de sínodos.

Cf. GOLTE, Jürgen, *Repartos y Rebeliones. Tupac Amaru II y las contradicciones de la economía colonial*, Lima, IEP, 1980. Ver: cuadros N° 9, p. 44 y N° 13, p. 54; SORIANO INFANTE, A., "Corregidores de la provincia de Huaylas". En: *Nueva Era. Revista inactual de Literatura, Crítica, Ciencia y Arte*. Huaraz, Año III, N° 7, diciembre, 1938, p. 1, (colección Manuel Reina Loli).

En una Revisa practicada en el Partido de Huaylas entre septiembre y mayo de 1785-1786, efectuada por el apoderado fiscal Manuel de Oyarzábal (siendo aún Subdelegado del Partido el Capitán de Milicias don Melchor Gutiérrez, dado que en noviembre de 1786 volvía a ocupar tal cargo el marqués de Casa Hermosa), se muestran los resultados de dicha labor, en la cual se informa que se dio inicio a tal retasa el 7 de septiembre de 1785, concluyendo el 30 de mayo de 1786, cuya recaudación corría a cargo de los curacas. Se indicaba la existencia de 5 095 contribuyentes actuales en esos momentos, incluidos los ausentes; de los cuales 3 221 eran originarios y forasteros con tierras, 1 492 eran forasteros sin tierras y 370 mitmas, que cotejados con los 4 082 de la última cuenta de 1782 (cuyo empadronamiento corrió a cargo del marqués de Casa Hermosa) había un aumento de 1 013 tributarios. A mayores datos se detalla de manera pormenorizada que: 461 eran indios reservados por ser mayores de 40 años y otras enfermedades que les imposibilitaba tributar; 17 ausentes, cuyo paradero se desconocía; 156 próximos; 3 768 muchachos; 8 765 mujeres de todas las edades y estados.

Siendo así, excluidos los ausentes, quedaba reducido el número de personas de la "Nación india" (sic. fs. 2v) del aludido Partido de Huaylas a 18 280 personas que cotejadas con las 12 945 de la anterior matrícula, se reconocía el aumento de 5 335 indígenas (*). Puntualizándose luego que el número de contribuyentes útiles, exceptuados los reservados por edad e impedimento y los empleados al servicio de las iglesias de las doce doctrinas que componían dicho Partido era como sigue:

producidos en los obrajes y otros centros fabriles ya no tenían la acogida de la que habían gozado anteriormente y más bien estaban en franco retroceso en cuanto a su producción⁶.

2. REVUELTAS INDÍGENAS

Previamente a desarrollar el tema que nos convoca, no podemos dejar de lado algunos actos tumultuarios que se suscitaron por los años en que se formula el petitorio de los lugareños. En efecto, entre 1779 y 1780 ocurrieron

Repartimientos	Originarios y forasteros con tierras	Forasteros sin tierras	Mitmas	Total contribuyentes
Guarás	0092	0292	345	0689
Atunguailas	2104	1109	172	3385
Choquerrequay	0620	0086	---	0706
Marca	0247	---	---	0241
Cantidad	3057	1447	517	5021

Fuente: AGN Sección Tributos. Huaylas 1785-1786 (septiembre-mayo), Revisita del Partido de Huaylas. Leg. 3, c. 61, fs. 2 y 3.

Referente a las cantidades consignadas en el cuadro anterior, de los cuatro repartimientos, se corrobora la cifra total de 5 021 tributarios útiles en un informe principal de la cuenta ordenada de tributos pertenecientes al año de 1787. Como ya se indicó era Subdelegado del Partido de Huaylas el Capitán Melchor Gutiérrez desde el 13 de noviembre de 1785 hasta noviembre de 1786, sucediéndolo en el cargo al marqués de Casa hermosa.

Cf. AGN Tributos, Intendencias. Leg. 3, c. 69, 1786-87, fs. 36.

En lo tocante a este personaje ver: ALBA HERRERA, Augusto, "Don Melchor Gutiérrez, primer benefactor de Caráz", en: Rev. Quiosco de Retretas. Bimensuario de carácter cultural, Caráz, año II, N° 5, marzo-abril, 2003, p. 8; también su opúsculo: *La sociedad de beneficencia pública de Caráz y sus benefactores*, Caráz, Campus Films, 1996, p. 9-11 y 13-16.}

(*) Es menester aclarar que la suma de los 3 221 originarios, 1 492 forasteros sin tierras y 370 mitmas da la cantidad de 5 083 y no 5 095 tributarios; el cotejo por tanto daría la diferencia de 1001 y no de 1013. En el segundo conteo la suma total, excluidos los 17 ausentes, da 13 150 personas y no 18 280, ergo el cotejo final daría una diferencia de 205 individuos.

Para un mayor estudio de las causas que provocaban la fuga de los indígenas y su condición de ausentes y forasteros, ver ESCOBEDO MANSILLA, Ronald. *El tributo indígena en el Perú (siglos XVI-XVII)*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1979, pp. 78-90 y 156.

⁶ Cosme Bueno decía con respecto a la provincia de Huaylas que se criaba abundante ganado de cuyas lanas se fabricaba ropa de la tierra en varios obrajes que había en dicha provincia.

Por su parte el P. Gridilla, nos comenta que: "Las jergas y cordellates de Huaylas eran muy solicitados, y fue el gran negocio, hasta que declararon los reyes de España el comercio libre. Desde entonces se inició la decadencia hasta que, en el siglo XVIII, sobrevino la total ruina de aquella industria. Y lo que había en Huaylas y Conchucos, no eran simples chorrillos, sino verdaderos obrajes o fábricas de tejidos, en algunos de los cuales se empleaban centenares de personas, cuyos propietarios fueron indios en gran parte."

Precisamente, respecto a los obrajes, Fernando Silva-Santisteban refiere que en el s. XVIII, al aumentar el comercio lícito e ilícito con Europa, empezaron a decaer los obrajes americanos cuyos productos no podían competir con los extranjeros ni en calidad ni en baratura, pues procedían de elevada capacidad industrial. Las disposiciones que permitieron el comercio libre, la rebelión de 1780 y la política contraria a estas industrias terminaron con gran parte de los obrajes del Alto y Bajo Perú. Muchos obrajes presentaban el aspecto de grandes factorías, ya que en algunos trabajaban hasta cuatrocientos operarios, como en el obraje

una serie de revueltas a lo largo del corregimiento de Huaylas. Insurrecciones que fueron producto de la oprobiosa situación por la que atravesaban los pobladores indígenas, agudizada por la presencia del visitador Areche, que pasó a incrementar las medidas impositivas en su afán de conseguir mayores ingresos para el fisco⁷.

Al propósito, hemos podido reunir datos sobre estos hechos acaecidos en la zona, los que revelan que por entonces fueron muy comunes los movimientos de protesta (acrecentándose más a partir de la segunda mitad del S. XVIII) frente a la política administrativa del gobierno, como lo demuestra la revuelta de 1780 que llegó a abarcar los partidos de Huaylas, Yungay, Carhuaz y Huaraz, cuyas raíces debemos encontrar en las penurias que soportaban los lugareños desde 1779.

Ahondando en la temática de los hechos, debemos señalar que los sucesos más saltantes ocurrieron en los pueblos de Caráz y Huaraz⁸, en donde los rasgos de la rebelión tomarían aparentemente causas religiosas, siendo las económicas las reales motivaciones.

del Licenciado Diego de Álvarez, en San Luis de Huari (Ancash) y otros, aunque no alcanzando estos iguales números, fueron muy importantes como en Cajamarca, Pallasca (143 obreros) y Huamachuco, por citar algunos.

Entre los obreros existentes en el corregimiento de Huaylas, citados por este investigador, estaban el de Succha (180 indios); Aija (286 indios); Cajamarca de Pira (más de 10 tributarios y 16 muchachos); Huaraz (más de 10 tributarios y 50 muchachos); Carhuaz (30 indios casados y 15 muchachos); Yungay con dos obreros (en el primero laboraban 50 indios y a veces 100 muchachos, en el segundo más de 50 muchachos); Mato (28 tributarios y 42 muchachos); Huaylas (10 indios y 46 muchachos) y Macate (con 10 tributarios y 80 muchachos).

Cf. ALBA HERRERA, Augusto. «Reseña histórica de Ancash». En: *Ancash Historia y Cultura*, t. 1, Lima, CONCYTEC, 1989, p. 65; BUENO, Cosme. *Geografía del Perú Virreinal (S. XVIII)*, publicado por Daniel Valcárcel, Lima, s/p/i (1951), p. 41; GRIDILLA, Alberto. *Ancash (sic) y sus antiguos corregimientos*. Arequipa: Ed. La Colmena. S.A., 1936, pp. 326 y 429; SILVA SANTISTEBAN, Fernando. *Los obreros en el virreinato del Perú*. Lima: Publicaciones del Museo Nacional de Historia, 1964, pp. 34, 42 y 130-135.

⁷ Areche recibió el cargo de Visitador General del Virreinato del Perú, Chile y provincias del Río de la Plata, el 10-03-1776, llegando a Lima el 14-06-1777. Hizo subir al 6% el impuesto a la Alcabala que era anteriormente del 4%, concitando el descontento general y aunque los indios estaban exonerados de ella se cometían igual injusticias estuvieran o no coludidos los exactores con los corregidores.

Como dato adicional mencionamos que en 1776 ocurrieron alzamientos indígenas en Huánuco, Pasco y Urubamba, extendiéndose los disturbios a Lambayeque, Huaraz, Huancavelica, Arequipa y Moquegua; en 1777 hubo otro levantamiento en Huamalíes con la muerte del corregidor y su familia.

Cf. DEL BUSTO, José Antonio. *Compendio de historia del Perú*. Lima: Librería Studium, 1988, p. 284; EGUILUREN, Luis Antonio. *Hojas para historia de la emancipación del Perú*. T.1. Lima: Imprenta gráfica Tscheuch S.A., 1959, p. 320; GOLTE, Jürgen. *Op. Cit.*, pp. 143-46; LORENTE, Sebastián. *Historia del Perú bajo los Austrias*. Lima, 1871, p. 169; MENDIBURU, Manuel de. *Diccionario Histórico Biográfico del Perú*. T. II, 2^a Ed., con adiciones y notas bibliográficas por Evaristo San Cristóbal, Lima, Imprenta Enrique Palacios, 1932, pp. 114 y 117; PALACIO ATARD, Vicente, «Areche y Guirior. Observaciones sobre el fracaso de una visita al Perú». En: *Anuario de Estudios Americanos*. Sevilla, t. III, 1946, pp. 269-376.

⁸ Hemos visto por conveniente describir, de manera general, estas revueltas que no han sido del todo resaltadas y valoradas por la historia nacional, pese a los esfuerzos de algunos notables historiadores ancashinos que citamos más adelante.

Es conveniente señalar que algunos curas doctrineros del lugar eran propietarios de grandes extensiones de tierras, donde abusaban de la mano de obra indígena, usufructuándola a cambio de sus servicios religiosos⁹, situación que desembocó en manifestaciones de descontento general, como ya se refirió antes, a causa de los diversos modos como se llevaban a cabo estos excesos¹⁰.

Debido al abuso de los corregidores, y después de la revolución de Tupac Amaru II, la corona en un intento por frenar los excesos de los primeros implantó el sistema de intendencias, sin embargo muchos de estos funcionarios se insertaron a la nueva organización estatal ocupando algunas subdelegaturas de los Partidos, como fue el caso del marqués de Casa Hermosa¹¹.

Del mismo modo, acotamos que no hemos podido espigar más datos referentes tanto a los personajes históricos citados, como de las revueltas indígenas, ni tampoco con relación al tema que motiva este artículo en los legajos existentes en el Archivo Departamental de Ancash, ya que los archivos del Notario Víctor Alvarado no se encuentran en dicho repositorio.

De otra parte, cabe mencionar que en la Sala de Embajadores de la Corte Superior de Justicia de Lima existen tres expedientes relativos a las revueltas en el callejón de Huaylas, el primero referido al 18-01-1780, que son unos autos seguidos contra el sacerdote Juan de la Cruz por ser sumamente inquieto. El segundo, son unos autos criminales contra los reos de los alborotos del pueblo de Caráz en agravio del cura de aquel pueblo, don Marcos de Herrera, Sala del Crimen. Y el tercero, es un cuaderno agregado y relativo al tumulto del pueblo de Guarás, año de 1782. Documentos que pudimos consultar en la debida forma gracias a la autorización concedida por la Presidencia de dicha Corte y a las gestiones de nuestro amigo Rodrigo Nole. De esa guisa, pudimos constatar que se trataban de los mismos expedientes a los que tuvo acceso, y hace referencia, el Dr. Luis A. Eguiguren en su obra colacionada en la nota precedente.

Por todo lo expuesto vid. ALBA HERRERA, Augusto. *Op. Cit.*, pp. 63-69; y su: *Huarás: Historia de un pueblo en transformación*. Carás: Ediciones El Inca, 1996, pp. 107-121; ÁLVAREZ BRUN, Félix. *Ancash. Una historia regional peruana*. Lima: P.L.V., 1970, pp. 113-125; EGUILUREN, Luis A. *Op. Cit.*, pp. 349 y 383-392; GOLTE, J. *Op. Cit.*, pp. 175-176 (el autor no hace referencia alguna al libro del Dr. Eguiguren, que citamos en esta nota); LEWIN, Boleslao. *La rebelión de Tupac Amaru. Y los orígenes de la independencia hispanoamericana*. Bs. As.: SELA, 1967, p. 179; LOAYZA, Francisco A. *Preliminares del incendio*, (Colección pequeños grandes libros para la historia americana). T. XIII, Lima, s.p.i, 1947, pp. 90-94, y *La verdad desnuda o las dos faces de un obispo, escrita en 1780 por un imparcial religioso*, Lima, s.p.i., 1943; O'PHELAN, Scarlett. *Op. Cit.*, pp. 170 y 217 (la autora cuando se refiere a las revueltas de 1774, remite a una cita de pie de página que nos parece inexacta en su contenido, la nota 220, pues tal dato no existe en el AGN, pese a que lo indica como habido en dicho repositorio); REINA LOLI, Manuel. *Op. Cit.*, pp. 30-46; SORIANO INFANTE, Augusto, «Rebeliones indígenas en el corregimiento de Huaylas». En: Rev. *El Rumbo*. Huaraz, año I, N° 4, junio, 1936, pp. 5,6 y 12 in fine. (Colección Reina Loli); VARGAS UGARTE, Rubén. *Historia general del Perú*. T. V. Lima: Milla Batres, 1966, p. 353.

⁹ Cf. O'PHELAN, S. «Revueltas anticlericales del S. XVIII». En: *Historia y Cultura*. Lima, N° 12, 1979, pp. 131-35.

¹⁰ Estos excesos comúnmente consistían en forzar a los indígenas a servicios personales no remunerados, realizar cobros indebidos por encima de lo estipulado referente a diezmos, primicias u obvenciones, expropiarles tierras o riegos de las comunidades por concepto de deudas o repartos, y también eran propietarios de grandes obras en donde se explotaba a los indígenas. A guisa de ejemplo tenemos que en 1764, los curacas de las dos guarangas y parcialidades de Rupas, Ecas, Mitma y Llacta de Carhuaz, se quejaban de las vejaciones a las que los sometía el cura Joaquín de Oribe de la Orden de Predicadores, y otros curas, cobrándoles diezmos, primicias y obvenciones en el monto que se les antojaba, no permitiéndoles pagar sus tasas y tributos.

Vid. LOHMAN, Op. Cit., pp. 348-51; Archivo Arzobispal de Lima (AAL), Secc. Capítulos: Huaylas, Exp. XIII, Leg. 32, 1764, fol. 7.

¹¹ El aludido marqués fue el último Gobernador Corregidor del Corregimiento de Huaylas, que pertenecía al Arzobispado de Lima. Este corregimiento pagaba por cada año una alcabala de 1 120 ps., y la suma permitida por repartimiento era de 140 000 ps.

2.1. La revuelta de Caráz

Con referencia a Caráz, la miseria en la que se encontraban sumidos los indígenas, la explotación de los grandes propietarios y el abuso en el cobro de los tributos, tenían exasperados a sus pobladores; motivando estos males que se busque ocasión propicia para sublevarse. Es de ese modo que al propalarse la noticia entre la población de la desaparición de la efigie de la Virgen del Rosario, los indios y mestizos bajaron a la ciudad el 14 de noviembre de 1780 en son de alzamiento.

Sucedió que era párroco de la doctrina de San Ildefonso de Caráz el Dr. Marcos de Herrera quien observó que la mencionada imagen se hallaba bastante deteriorada y mal conformada por lo que decidió contratar los servicios de un escultor para que realice las reparaciones necesarias, trasladando para esto la imagen a la casa parroquial. Motivó este hecho comentarios, por parte de los soliviantadores, que la Virgen había sido degollada y por lo tanto se tenía que hacer lo mismo con el cura, el escultor y los demás que habían conducido la imagen.

El sacerdote logró, después de denodados esfuerzos, calmar los caldeados ánimos, pero con muy poco éxito, pues pronto comenzó a correr el rumor que la imagen existente en la casa cural era otra y no la original de la Virgen del Rosario que ellos veneraban; luego, los amotinados pasaron a demoler la casa parroquial y la de otros vecinos del lugar; llegando a alcanzar graves proporciones ya que de nada valieron los intentos de sacar en procesión al Santísimo Sacramento, porque respondieron a tal acto con una lluvia de piedras que llegaron a romper algunas varas del palio.

Los insurrectos tomaron la ciudad de Caráz por espacio de cuatro días. El 16 de noviembre, el corregidor marqués de Casa Hermosa tuvo noticias del alzamiento cuando estaba regresando del pueblo de Macate y dispuso que las milicias de Huata y del valle de Guacra pasaran a sofocar el movimiento. Llegó el día 18 a Caráz, trabándose reñidos encuentros con desiguales pérdidas entre las partes; los derrotados procuraron ganar las alturas de la cordillera blanca, aunque con poco éxito.

El corregidor tomó prisioneros a varios revoltosos y luego procedió a administrar justicia, aplicó la pena de horca a tres, mandó descuartizar sus restos, sembrando los cuerpos, cabezas y manos en distintos parajes por donde se hizo firme la resistencia, y en los sitios que tuvo por conveniente. Azotó a setenta y tres, rapó cabezas y fueron pasados bajo la horca; dando cuenta pronto de las acciones tomadas al virrey Jáuregui el 21 de noviembre de 1780

y solicitándole la aprobación de tales medidas que las aplicó sin haber contado con la autorización de Lima. Contestó la misiva el Visitador Areche el día 4 de diciembre del mismo año, aprobando la actitud del corregidor por hacer respetar el poder del rey, su jurisdicción y la autoridad con que tenía en ese territorio. Finalmente, y a instancias del Protector de Naturales José Baquíjano y Carrillo¹², los revoltosos prisioneros fueron indultados mediante una Carta Provisión Real del 25 de enero de 1781 dictada por Carlos III, procediéndose a liberar a todos los detenidos y dejándose de perseguir a los fugados.

Estos hechos han sido descritos más ordenadamente por el notable investigador y diplomático argentino Enrique Ruíz Guiñazú, pues el Dr. Eguiguren menciona este hecho como si hubiera sido el mismo que la denominada Revuelta de las Alcabalas ocurrida en la ciudad de Huaraz, pese a que éste último pudo consultar directamente los documentos judiciales relativos a las revueltas, a los que también hemos tenido acceso.

2.2. Revuelta de las Alcabalas

En lo concerniente a las revueltas de 1779-1780 (llamadas de las Alcabalas por el investigador Reina Loli), el Dr. Eguiguren nos trae una minuciosa información de estos alborotos, producto de sus investigaciones realizadas en el Archivo General de Indias y en los archivos de la Corte Superior de Lima, ya realizadas escuetamente antes por el Dr. Francisco Loayza. Asimismo complementaremos este suceso con otros datos aportados por los investigadores ancashinos Augusto Soriano Infante y Manuel Reina Loli, quienes hallaron pormenores de dichas trapistas en los archivos notariales de Huaraz; a lo que sumaremos los datos obtenidos por nuestra parte de los expedientes conservados en la Corte Superior de Lima.

Los sucesos empiezan cuando el sacerdote betlemita José de la Cruz se constituyó en director intelectual del anterior corregidor don Pedro Pablo Pomar¹³, quienes, de consumo, empezaron a recorrer las doctrinas de Caráz,

¹² Sobre la vida y cargos desempeñados por Baquíjano ver: LOHMANN VILLENA, Guillermo. *Los ministros de la Real Audiencia de Lima (1700-1821)*. Sevilla: C.S.I.C., E.E.H.A., 1974, p. 9 y TAURO DEL PINO, Alberto. *Enciclopedia ilustrada del Perú*. Lima: Peisa, 1988, t. 1, pp. 242-244.

¹³ Este personaje resulta de curiosa trayectoria, pues sobre él encontramos datos referidos a su espíritu liberal e ilustrado, lo que explicaría su relación con el sacerdote betlemita Juan de la Cruz en tratar de levantar a los pueblos contra la recolección ordenada por el virrey Guirior. Empero, hay que anotar que fue el mismo Guirior quien lo designó Corregidor interino, cargo que ejerció hasta 1779.

Según afirma Guibovich Pérez, cuando el citado Pedro Pablo Pomar vino de la península para asumir el cargo de corregidor de Huaylas, una vez concluido su gobierno, dejó sus libros a Santiago de Urquiza. Estos trataban de las siguientes materias: las *Cuestiones sobre la Enciclopedia*, el *Diccionario filosófico* y

Huaylas y Macate e influyeron en los indígenas de aquellos lugares para que rechazaran la recolección que había ordenado el Virrey Guirior, quien dispuso a que contribuyeran con el salario del corregidor Casa Hermosa en recompensa de la renuncia que había hecho del repartimiento. Muy pronto el fraile se convirtió en un soliviantador de las masas, apoyando a cuantos lucharán contra la autoridad, razón por la cual el nuevo corregidor, marqués de Casa Hermosa, pidió al virrey que interviniere a fin que haga salir de su corregimiento al religioso perturbador (31-12-1779). Finalidad que se logró, y conjuntamente se hizo salir también a Juan de Florencia empleado de Pomar, en febrero de 1780, quien había realizado acciones proselitistas a favor de las revueltas; todo debido a que en enero de 1780 se pretendió ultimar a Antonio López, comisionado de Miguel de Enderica (administrador del ramo de alcabalas nombrado por Areche en 1779), quien, de no haber huido, hubiera perecido en el pueblo. Esta actitud de los naturales fue equivocada porque estaban exentos de dicho pago, pero todo se debió a la provocación de los mestizos.

De esta manera empieza en el corregimiento una etapa creciente de inquietud social, hasta que en febrero de 1780 amanecieron fijados en la plaza de la ciudad de Huaraz dos pasquines en los que amenazaban al comisionado de alcabalas, dando lugar a que el marqués ordenase se realicen rondas armadas por las calles del pueblo, encontrándose una de estas rondas con otra que había organizado el comisionado, enfrentándose por equivocación con un saldo de varios heridos, excitando más aún los ánimos ya trasegados por el alzamiento. El marqués de Casa Hermosa atribuyó la autoría de tales pasquines al sacerdote de la Cruz.

El 8 de febrero de 1780 se sublevó la población huaracina, congregando a más de 2 000 indios en los cerros aledaños. El marqués los mandó convocar a la plaza de la ciudad, presentándose a ella los insurrectos, portando rejones, espadas, dagas, piedras y batiendo banderas sui generis, apedrearon al corregidor tan pronto como lo vieron, persiguiéndolo hasta su casa y, de no ser por un sacerdote que esos momentos estaba celebrando misa, quien sacó al Santísimo Sacramento a la puerta del templo que estaba enfrente a la

las *Misceláneas de Voltaire*, el *Sistema de la naturaleza* de Holbach, el *Cristianismo descubierto* de Nicolás-Antoine Boulanger y el «Aretino». También demostró tener inquietudes sobre temas equinos, dado que se le atribuye haber presentado un discurso el año 1784 ante la Real Sociedad Aragonesa, sobre las castas de los caballos de España, su decadencia y algunos medios de restablecerlos.

Cf. MORENO CABRIÁN, Alfredo. «El marqués de Casa Hermosa, corregidor de Huaylas e intendente de Puno». En: *Anuario de Estudios Atlánticos*. N° 24, 1978, p. 102; GUIBOVICH PÉREZ, Pedro. «La literatura francesa en el virreinato del Perú: comercio legal y contrabando en el período tardío colonial». En: *Historica*. N° 31, 2007, p. 103.

casa del corregidor, no se hubieran apaciguado los ánimos. Los amotinados continuaron la hostilidad contra el curaca de forasteros y contra los que habían actuado en la revisita de tributarios; pasaron pronto a la cárcel dando libertad a los presos; sacaron las puertas de la casa del curaca principal Patricio González Viracochacho y de algunos vecinos, quemándolas luego.

La causa de todo fue la aplicación del tributo a los mestizos y de los doblados derechos de alcabala ordenada por Areche. El corregidor ordenó la salida del sacerdote de la Cruz, quien se negó a salir de la provincia pasando a Recuay, donde pretendió mover al vecindario haciéndole creer que irían 500 soldados para imponerles tributos y arrasar la ciudad, pero fue apresado en dicha ciudad, confinándosele en Lima; haciéndose lo mismo con Juan de Florencia, a quien se le extrañó a Trujillo, donde residía su mujer, bajo sanción de ser internado a la Real Cárcel de la Corte de Lima si se atrevía a salir de dicha ciudad. El Alcalde del Crimen, Ambrocio Cerdán y Pontero¹⁴, fue el encargado de conocer los memoriales del marqués en marzo de 1780 y D. Juan Bazo Berri fue nombrado visitador de la provincia para esclarecer la verdad sobre los hechos anteriores al tumulto.

El 12 de mayo de 1780 el Marqués de Casa Hermosa comunicó al virrey que el P. de la Cruz dejaba la ciudad de Huaraz y navegaba rumbo a Guayaquil, además se encarceló a un criado suyo en la Real Cárcel de la Corte y se dictaban disposiciones contra una moza llamada Martina Zolanas, que fue sirvienta del anterior corregidor Pedro Pablo Pomar.

Nuevamente, el 25 de diciembre de 1781 empezaron a aparecer pasquines contra el estanco del tabaco, debido a que el teniente de la renta José Gordillo había recorrido la provincia añadiendo otros estanquillos; indicándose en tales pasquines que si había existido en la tierra de arriba dos Tupac Amarus, allí habrían doscientos. Antes de las 24 horas el Teniente Alguacil Mayor Gabriel de Sal y Rosas retiró el pasquín, pero la noticia del panfleto ya se había propalado por toda la ciudad y la gente que recurría a comprar tabaco trataba al estanquillero Miguel de Ugarte y a su esposa con mucha insolencia.

La presencia de estos personajes -Gordillo y Ugarte-, se convirtió en motivo de rebeldía por parte de los lugareños, por lo que el marqués de Casa Hermosa les pidió que saliesen de la provincia, negándose estos a hacerlo por no depender de su autoridad. Areche y el Fiscal de la Audiencia, Francisco Antonio Moreno y Díaz de Escandón, se mostraron contrarios a tal salida,

¹⁴ Para mayores datos sobre este personaje vid. LOHMANN VILLENA, Guillermo. *Los ministros de la Real Audiencia de Lima (1700-1821)*. Sevilla: C.S.I.C., E.E.H.A., 1974, p. 33.

reprendiendo Areche al corregidor por permitir tales alborotos, ya que éstos llevaban a resultados como la revolución de Tupac Amaru II en el Cuzco, quien exigió, se saquen a los corregidores y curas que no fueran de su agrado.

El día 3 de febrero de 1782 amaneció un pasquín en el cementerio de la iglesia de la ciudad, que despoticaba contra jueces y gobernadores. Se pusieron otros pasquines más en los pueblos de Yungay, amenazando al estanquillero Diego Montes, sucediendo lo mismo en Carhuaz, Mato, Huaylas, Macate, Recuay, estancia de Mancos y valle de Guacra, que era donde estaba la fuerza principal de la provincia por “*la mucha mestizada que había en ellos*”.

Ese mismo día el corregidor prohibió toda actividad pública, y el día 4 ordenó al Coronel de Regimiento de Caráz Cayetano Pajuelo que se apertrechara bien. El 25 de febrero Jáuregui escribía al corregidor previniéndole que apurara todos los medios posibles para apaciguar los ánimos y que le avisara con anticipación los auxilios que requeriera para hacer respetar el orden en la provincia. De todas maneras el 5 de mayo por la noche, la casa del corregidor en Caráz fue atacada, llegándose a matar dos caballos tordillos, dando lugar a otras trapistas que fueron duramente reprimidas por el corregidor Francisco de Mesa Ponte y Castilla. Con posterioridad se produjeron nuevas protestas en 1784 (en Huaylas) y 1788 (en Carhuaz). También en la zona del callejón de los Conchucos se suscitaron hechos similares, como fue en Chacas (20 de octubre de 1789) y Pomabamba (6 de septiembre de 1790)¹⁵.

3. DEL CORREGIDOR MARQUÉS DE CASA HERMOSA

Conviene ocuparnos también de este personaje que tuvo actuación descollante tanto en los hechos belicosos descritos como en el tema que nos convoca para realizar este artículo.

El aludido marqués se llamaba Francisco José de Mesa Ponte y Castilla, Caballero profeso de la Orden de Santiago, nació en Canarias en donde su padre don José Jacinto de Mesa y Castilla ejerció el cargo de Coronel del Regimiento de Tacorante, en las islas de Tenerife. También él, como su padre, sirvió en el mismo regimiento por veinticuatro años llegando a ser Teniente Coronel. Fue entonces cuando se le nombró corregidor de la

¹⁵ Cf. RÚZ GUIÑAZÚ, Enrique. *La Tradición en América*, (Colección Austral Nº 1155). Argentina: Ed. Espasa Calpe S.A., 1953, Cap. XII «*La iconolatría incaica y el tumulto de Caráz*», pp. 154-156. Vid. además REINA LOLI, Manuel. *Rebeliones indígenas en el S. XVIII en Huaylas*. Huaraz: UNASAM, 1980, pp. 1-16 (quien se acoda en el anterior autor para desarrollar su obra); CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, SALA DE EMBAJADORES. *Autos criminales contra los reos de los alborotos del pueblo de Caráz contra el cura de aquel pueblo don Marcos de Herrera tramitados ante la Sala del Crimen de la Real Audiencia, 1780*.

provincia de Huaylas (según Rodríguez Casado el 17.VII.1767, en tanto que Moreno Cebrián afirma que fue el 12.X.1766), trayendo en su viaje a América las órdenes a las autoridades ecuatorianas para expulsar a los jesuitas, conforme nos menciona Vicente Rodríguez Casado. Llega a asumir el cargo para su primer período de corregidor de la provincia de Huaylas en octubre de 1769, hasta aproximadamente octubre de 1774, siendo reemplazado por Pedro Pablo Pomar; volviendo a retomar el cargo en noviembre de 1779 hasta 1784 (al haber solicitado tal puesto el 22 de abril de 1776). Al respecto, cabe destacarse que el P. Soriano Infante consigna fechas distintas, sosteniendo que de 1767 a 1772 ocupó el cargo de corregidor de la provincia de Huaylas el general Fermín Delgado y Peralta. De 1772 a 1775 Rafael Solís y de 1775 a 1781 Pedro Pablo Pomar; sucediéndolo recién en 1781 el marqués de Casa Hermosa. Datos que se contradicen con los sucesos acaecidos en la época, pues en la revuelta de 1774 ya era corregidor el mentado marqués, conforme lo manifiesta el historiador Reina Loli en su obra citada, emergiendo tal hecho también de los documentos consultados por nuestra parte.

En su época de corregidor organizó la Real Hacienda y las milicias, formando con ellas cinco regimientos de infantería y uno de caballería; ordenó levantar las estadísticas de la población con arreglo a las leyes generales y consiguió intensificar el trabajo en las minas, dándose el caso que en el año de 1772 promueve un expediente sobre el mayor aumento y adelantamiento de las minas que se habían descubierto en la provincia, logrando que los remates de las mismas se hagan en la capital del corregimiento y ya no en la ciudad de Cerro de Pasco por ser muy lejana. Debido a esto, al rendir las cuentas en su Juicio de Residencia fue merecedor que se le declarase buen ministro y juez recto, digno para ocupar mayores empleos.

Es en esta etapa en la que le tocó intervenir en las revueltas indígenas ocurridas en los términos de Yungay y Huaraz, dándoles pronto fin; siendo uno de los primeros en dar aviso que se avecindaba una rebelión mayor y de más funestas consecuencias, de lo que hizo saber al virrey Guirior, incluso proponiéndole extinguir el repartimiento en su corregimiento y que, más bien, se le asegurase una renta de 8 000 pesos anuales que podían recaudarse con una pequeña cuota que erogasen los indios, propuesta hecha en 1779, la que hizo suya Guirior, pero Areche le dio muy dilatados trámites y lo frustró remitiéndolo a la Corte, en donde nada llegó a resolverse, estando a favor del plan gran parte de los pueblos. Opinaba Areche, con relación al caso, que había algunas personas que decían que el señor marqués hacía tal propuesta por haber gobernado antes el corregimiento de Huaylas y por haber hecho un nuevo repartimiento, creyendo seguir en el cargo por dos o más años, y eso

motivaba su pedido, y si ofrecía no efectuar reparto alguno era porque ya lo tenía repartido e iba a cobrar con las otras ventajas que solicitaba de sueldo.

Aún realizando tal petición, viose obligado a cumplir las órdenes del gobierno peruano sobre tributos nuevos y reforma de los antiguos en aquellas regiones de la provincia, como eran las aduanas, alcabalas, matrículas de tributarios, rentas de tabacos, etc. La prontitud con que sofocó las revueltas indígenas le permitió enviar una expedición de tropas a Casma conforme a las órdenes del virrey¹⁶.

En 1784 (y no en 1785 como lo dicen Mendiburu y Rodríguez Casado), ocupa el cargo de Subdelegado de la misma provincia de Huaylas, al crearse la intendencia de Tarma, cargo que ocupa hasta el 13 de noviembre de 1785. Luego, con fecha 23 de enero de 1789, se le asciende a Coronel con declaración de sueldo y antigüedad desde el 11 de noviembre de 1779, en tanto que por decreto del 7 de marzo del mismo año, fue nombrado Gobernador Intendente de la provincia de Puno en el distrito de la Real Audiencia de Charcas, dependiente por ese entonces del virreinato de Buenos Aires.

Fue el segundo Intendente que tuvo Puno, cuyo cargo se le entregó el 1 de enero de 1790 por el Dr. José Joaquín Contreras, abogado de Chuquisaca, que servía el cargo de Teniente Gobernador. En 1794, por cuestiones de rivalidad, se le inicia secretamente un Juicio de Residencia que concluye en 1798, siendo absuelto de los principales cargos, pero condenado al pago de costas (él ya había dejado su cargo en 1795 por razones de salud, quedando en calidad de encargado don José Antonio de Campos por orden del Virrey de Buenos Aires), fallo que apeló ante la junta de la Real Audiencia de Buenos Aires, cuyo recurso se dirige al Consejo de Indias el 10 de febrero de 1800, órgano que reunido en la Sala de Justicia pronunció el 19 de agosto del mismo año la sentencia definitiva de completo acuerdo con los deseos del marqués, pagándosele así las indemnizaciones que pedía y condenándoseles a sus acusadores al pago de los gastos en que había incurrido el susodicho marqués.

A diferencia de lo sostenido por Rodríguez Casado, hemos hallado por nuestra parte una Real Cédula fechada en 1801 por la cual se dispone incoarle juicio de Residencia al marqués de Casa Hermosa, proceso que tenía que correr a cargo de José González nuevo Gobernador de Puno.

¹⁶ Es necesario anotar que el 7 de diciembre de 1780, mediante un bando del Virrey Jáuregui se anulaban los repartimientos de los corregidores y se les asignaba un sueldo por cuenta de la Real Hacienda. Esta supresión fue una decisión unilateral del virreinato peruano, la misma que encontró eco en la metrópoli al expedirse la Real orden del 1 de junio de 1781, por la cual se daba fin a este régimen.

Como Intendente de Puno elevó reiteradas peticiones ante el Consejo de Indias para que se permita el comercio neutral para el Perú, alegando que debía recuperarse de la suspensión que había sufrido durante el juicio al que se vio sometido en 1794. Peticiones que no fueron aceptadas por el colegiado indiano.

Finalmente podemos acotar que el referido marquesado le fue concedido el 10 de octubre de 1776, con el Vizcondado previo de San Carlos a don Francisco de Mesa y Ponte, Caballero de Santiago, según sostiene Atienza; en tanto que Izcue apuntala que fue en 1792¹⁷.

4. LA PETICIÓN DE AUXILIO DE LOS TRIBUTARIOS

El documento que motiva el presente comentario, es un expediente promovido por los curacas de la doctrina de la provincia de Huaylas¹⁸ con el objeto de lograr que se les auxilie con los fondos existentes en el Caja de Censos de la provincia para así poder aliviar la difícil situación económica por la que estaban atravesando producto de una sequía y una epidemia de viruela.

¹⁷ Cf. MORENO CEBRIÁN, Alfredo. *El corregidor de indios y la economía peruana del siglo XVIII (Los repartos forzados de mercancías)*. Madrid: C.S.I.C, 1978, p. 609 y ss.

¹⁸ Cf. ATIENZA, Julio de. *Nobilario español: Diccionario heráldico de apellidos españoles y de títulos nobiliarios*. Madrid: Ed. Aguilar, 1959, p. 828; GOLTE, J. Op. Cit., p. 196; IZCUE, Luis de. *La nobleza titulada en el Perú colonial*. 2^a Ed. Lima: Cervantes, 1929; MENDIBURU, Manuel de. Op. Cit. 2^a ed. T. VII. Lima, 1933, pp. 376-37; t. II, Lima, 1932, pp. 116-117, y t. IV, Lima, 1932, pp. 456 y 459; MORENO CEBRIÁN, Alfredo. *El corregidor de indios...*, pp. 568-579 y passim; y «El marqués...», pp. 18 y ss; PARRÓN SALAS, Carmen. *De las reformas borbónicas a la república: El consulado y el comercio marítimo de Lima, 1778-1821*. Murcia: Imprenta de la Academia General del Aire, 1995, pp. 438-440; REINA LOLI, Manuel. Op. Cit., p. 22; RODRÍGUEZ CASADO, Vicente. «Causa seguida contra el marqués de Casa Hermosa, gobernador intendente de Puno». En: *Anuario de Estudios Americanos*. T. III. Sevilla, 1946, pp. 957-68; SORIANO INFANTE, A., *Corregidores de la provincia...*, p. 12; y BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ, SECCIÓN MANUSCRITOS, C. 2757 (1772), fs. 1-4 y D. 60 (1801), fs. 1.

Referente a la provincia de Huaylas Cosme Bueno, después de mencionarnos las bondades de esta ubérrima zona, pasa a decirnos que esta provincia constaba de 12 curatos y dos pueblos de otro cuya cabeza está en la de Santa (que es el pueblo de Yaután), siendo los siguientes: 1) Huaraz; 2) Recuay; 3) Marca; 4) Carhuaz; 5) Yungay -precisando que en 1725 desapareció el pueblo de Ancash de cerca de 1500 habitantes a causa de un alud- 6) Caráz; 7) Huaylas; 8) Mato; 9) Aija; 10) Cotaparaco; 11) Pararín y 12) Pampas.

Otro autor, Alcedo y Herrera, refiriéndose a la provincia y corregimiento de Guailas nos dice que su repartimiento era de 1 400 ps., pagando 10 120 ps. al año de alcabala. La población constaba de 30 pueblos y la capital era Huaraz, siendo los otros: Recuay, Olleros, Marca, Ichoca, Pampa, Huambo, Carhuaz, Yungay, Caráz, Huaylas, Macate, Lacramarca, Aija, Hicayán, Sudcha, Coris, Huacllán, Cotaparazo, Tanacochas, Cochapet, Malvas, Huallancanhuambo, Colchahuanca, Pararín, Pampas, Pira, Llacllín, Cajamarquilla, Huallón y Huanchay.

La descripción de Haénke es similar a las anteriores, acotando que su población contenía 12 doctrinas y 20 pueblos anejos, habitados por 40 822 almas, entre ellas 3 604 españoles, 20 935 indios y el crecido número de 15 971 mestizos, siendo los demás pardos libres y esclavos. Todos estos habitantes eran de los más cultos y despejados que los de otras sierras y se distinguían por su laboriosidad.

Cf. ALCEDO Y HERRERA, Antonio de. *Diccionario geográfico histórico de las indias occidentales o América*. T.2. Madrid: Imprenta Benito Cano, 1786-89, pp. 254-55; BUENO, Cosme. Op. Cit., pp. 41-42.; VÁSQUEZ DE ESPINOZA, Antonio. *Descripción de las indias occidentales*. Madrid (Biblioteca de autores españoles), 1969, pp. 333-34. y

El grupo de autoridades indígenas fue numeroso y está conformado por los representantes de todas las parcialidades del Partido de Huaylas. En este caso consignaremos los nombres de las ciudades de la forma como se registran en el legajo consultado. Las citadas autoridades fueron: Patricio Gonsales Rimaicochachin¹⁹, Carlos Gonsales, Thomás Rosales, Joseph Ysidro y Santos Solis, de la doctrina de Guarás; Thomas Janan, de Macate; Estevan Chauca, Juan Flores y Clemente Alba de Guailas; Thomás Pariachi, Pedro Blas, Estevan Gerónimo y Ambrocio Rivas, de Carás; Francisco Torivio, Antonio Baltasar Riques, Antonio Felis, Jacinto Montes y Pasqual Mathías Sarón, de Yungai; Luis Cochachin, Antonio Paredes, Antonio Torivio y Miguel Yanac, de Cargas; Juan de la Cruz García, Manuel Francisco Rafael Ynquistopaynga y Joseph Ancelmo Yaruguamán, de Requay; Joseph Gregorio Caricambo, Joseph Asencio Padilla, Eucevio Asencio Padilla y Domingo Espíritu Vega Chauca, de Marca; Joseph Luna, Domingo Andrade y Andrés Bartolo, de la Guaranga de Pararín; Rafael Colquipoma²⁰, Tiburcio Quirós, Pedro Ermenegildo Guamán

HAENKE, Tadeo. *Descripción del Perú*. Lima: Imp. El Lucero, 1901, pp. 204-205. [Sobre este último autor, según Porras Barrenechea en su libro *Fuentes históricas peruanas*, la autoría real sobre la obra le correspondería a Felipe Bauzá y no a Haenke. De igual parecer son los historiadores Laurio H. Destefani y Donald Cutler en su obra: *Tadeo Haenke y el final de una vieja polémica*, Bs. As., Secretaría de Estado de la Marina, 1966, p. 106].

¹⁹ Este curaca, Patricio Gonsáles Rimaicochachín, es nombrado por Eguiguren como Gonsáles Viracochacho, Golte lo transcribe (del mismo documento consultado en el Archivo General de Indias) como Rimaycochachi y en el legajo del AGN consultado por nosotros lo encontramos como Patricio Gonsales Rimaicochachín. Es pertinente señalar que perteneció a una estirpe de autoridades de comunidad, tal como emerge de los trabajos de Varón Gabai y de Espinoza Soriano, quienes aportan datos sobre esta autoridad indígena, el mismo que era hermano de Carlos Gonsales Rimaicochachín, el otro curaca peticionante y, ambos fueron hijos de Pedro Gonsales Rimaicochachín.

Cf. EGUILUREN. *Op. Cit.*, p. 388; ESPINOZA SORIANO, Waldemar. *Huaraz: Poder, sociedad y economía en los siglos XV y XVI*. Lima: Seminario de Estudios Rurales Andinos, UNMSM, 1978, edición mimeografiada; GOLTE, *Op. Cit.*, p. 176, y VARÓN GABAI, Rafael. *Curacas y encomenderos. Acomodamiento nativo en Huaraz, siglos XVI-XVII*. Lima: P.L.V, 1980, pp. 80-81.

²⁰ En 1771 el común de indios del pueblo de San Pedro de Tapacocha inicia unos autos sobre la sucesión legítima del cacicazgo del repartimiento de Marca contra el curaca interino don Rafael Colquipoma en favor de Francisco Guzmán quien provenía del linaje de los Caquixambo y se suponía que era a quien le correspondía dicho cargo por derecho de sangre, acusándosele al citado Colquipoma de ser cruel y sanguinario.

Ocurrió que el geneárga de Guzmán, el curaca Luis Caquixambo, había fallecido sin dejar descendientes y ante la falta de sucesores, el Corregidor y Justicia Mayor de la provincia don Manuel de Yzuriaga nombró en 1730 a Francisco de la Cruz Colquipoma como curaca interino, tal como sostén el marqués de Casa Hermosa en carta del 17 de junio de 1771 (f. 5). A la muerte de éste y creyéndose que el cacicazgo era hereditario, toma la posta su sobrino Domingo Colquipoma, quien luego de ejercer el cargo por cuatro años le transmite dicha encargatura a su primo Diego Colquipoma, y a la muerte de éste ocupa el cargo Rafael Colquipoma, detentando el cacicazgo por treinta años.

Los testimonios de los lugareños le daban la razón a Francisco Guzmán, sin embargo no pudimos saber exactamente en qué acabó tal litigio, pues el expediente se encuentra incompleto; lo que podemos afirmar es que en la relación de curacas peticionantes del documento motivo del presente artículo, aparece un Joseph Gregorio Caricambo como perteneciente a Marca y el mencionado Rafael Colquipoma como curaca de Cotaparaco (estancia muy cercana a la de Marca), no figurando con cargo alguno Francisco Guzmán; por lo que estando a los documentos glosados, podemos aseverar que el dicho Joseph Gregorio era de la estirpe de los Caquisambo, en consecuencia tendríamos que dos lugares, Marca y Cotaparaco, estuvieron bajo la égida de una misma línea de autoridades nativas.

AGN. Secc. Derecho Indígena, Leg. 20, c. 340, 1771; 6 fs.

y Francisco Benito, curacas de Cotaparaco; Pedro Matheo Gonsáles, Joseph Tolentino, Pedro Calistro, Sebastián Collas, Miguel Quiñones, Juan Joseph Auquinibín y Juan Torivio García, de Pampas; y Eduardo Villafranca, curaca de Cochabamba²¹.

El petitorio está dirigido a que se les socorra a los indios de dicha provincia con los rezagos de la Caja de Censos, por hallarse estos en el más lamentable estado de pobreza. Abundando en argumentos, alegan que sufren el azote de una epidemia de viruela que había causado una gran mortandad, sobre todo en la población infantil.

Como era de rigor, el petitorio lo elevan ante el Corregidor Gobernador de la provincia de Huaylas, función que estaba en manos del marqués de Casa Hermosa, quien en carta del 22 de julio de 1780 expone tal situación al virrey Agustín de Jáuregui, precisándole “... que quanto manifiesta la información que he recibido ha pasado por ojos por haberlo así reconocido en la visita que he hecho, que me han movido a compasión y lo he reconocido con más inmediación en las faltas de enteros de reales tributos...”²².

Adicionando probanzas a su solicitud, los peticionarios llegan a presentar por testigos a ocho personas notables de la zona, los que a la sazón eran Pedro de Larrea, Isidro Francisco del Barrio, Manuel de Robles, Joseph María del Barrio, Domingo González, Mariano Vergara, Joaquín Calvente y Norverto Macedo²³, quienes de acuerdo a los usos procedimentales de la época, absuel-

²¹ AGN Secc. Derecho Indígena. Leg. 35, c. 715, 1780, fs. 1 y 1v.

²² Continuando dice: “...no obstante de lo que contaba de la información, y tenía reconocido, para mayor formalidad pasé un oficio á los vicarios de la provincia para que me instruyan mejor y por ello consta calificado quanto se há expuesto, y en cumplimiento de mi cargo y movido a lástima conociendo la gran necesidad de estos miserables, soy de parecer que la solicitud de que se les auxilie con los rezagos que tiene la Caja General de Censos, es de justicia, sobre que determinará V.E. lo que fuese de su justificado arbitrio. Huaraz y julio de 1780. (Firma del marqués).”

Recibida tal misiva, el virrey Jáuregui envía una comunicación al Visitador Areche, cuyo tenor decía: “Muy señor mío. El corregidor de Guaylas, me ha informado del lamentable estado de pobreza a que han venido a reducirse los indios de aquella provincia, clasificándolo con una información que he recibido sobre el asunto, y siendo su objeto a que se les auxilie con los rezagos que tiene en la Caja General de Censos; he resuelto pasar a V.S. dicho informe y diligencia para que se sirva resolver lo que estimare por más conveniente en razón de la citada pretensión. Dios guarde V.S. muchos años. Lima 22 de septiembre de 1780. Una firma (Jáuregui).”

Cf. AGN Leg. 35, fs. 12, 12v y 14.

²³ A continuación ofrecemos una breve descripción de estos personajes:

a) *Pedro de Larrea*, era Teniente Coronel del regimiento de caballería del pueblo de Huaraz. Describe la gran mortandad que había producido la epidemia de viruela y sequía, contaba con 35 años al momento de depor como testigo.

AGN. Leg. 35 fs. 2v.

b) *Isidro Francisco del Barrio*, Coronel, de 63 años, natural de Madrid, afirma en su testimonio lo mismo que el anterior testigo (fojas 3 y 3v). Fue Administrador de Tabaco durante la revuelta de Huaraz en 1780,

ven las preguntas en formato uniforme, pues las mismas versan sobre temas similares; culminando esta pieza con la suscripción del marqués así como las de Cayetano de Utorbeli y Juan José Carbajal en calidad de fedatarios.

A estas testimoniales se incorporan las de los curas de las doctrinas de la provincia, quienes a pedido del marqués, corroboran los hechos descriptos por los deponentes primeros y particularmente el vicario de Huaylas, don Marcos de Herrera dice que esta difícil situación de los lugareños “... los lleva a estar esclavizados en las haciendas con un sueldo de 2 reales siéndoles imposible a los indígenas mantener a sus familias”²⁴.

Con fecha 20 de septiembre, el virrey Jáuregui pasa el expediente al Visitador General y Superintendente de la Real Hacienda José Antonio de Areche,

también Teniente de Corregidor de la provincia de Huaylas en 1779, cuando era Capitán Comandante y además fue Juez Subsidiario del Corregidor Manuel Gregorio García en 1766. Fue casado con doña María Antonia Gutiérrez y Posada, teniendo como hijos a María Antonia, Joseph, Manuel, Joseph, María y María Luisa del Barrio y Gutiérrez. Otorgó testamento el 07 de junio de 1759.

EGUIUREN, *Op. Cit.*, p. 399; SORIANO INFANTE. Art. Cit., p. 12; MORENO CEBRIÁN, Alfredo, «El marqués de casa hermosa, corregidor de Huaylas e intendente de puno». En: *Anuario de Estudios Atlánticos*, N° 24, 1978, p. 104; AAL, Secc. Capítulos: Carhuaz, Leg. 32, Exp. 32. xix, 1766, fs 1v y 2; AGN. Escribano José de Aizcorbe, 1759-1762 (09), fol. 102 y 103v.

c) *Manuel de Robles*, Capitán, español, de 51 años, tenía una estancia en Cochabamba, reafirma lo dicho por los testigos anteriores. Legajo citado, fs. 3v y 4.

d) *Joseph María del Barrio*, Capitán, hijo del coronel Isidro del Barrio, de 24 años de edad, manifiesta igual parecer que los anteriores testimoniantes (*Ibíd*. fs. 4). En 1792, siendo Capitán de Milicias de Dragones, ocupa el cargo de Justicia Mayor del Partido de Huaylas, cuando era Sub Delegado Juan Garcés. B. N. Sección manuscritos. C. 3636 (1792).

e) *Domingo González*, español, de 38 años, estanciero y ganadero del pueblo de Huaraz, testimonia también en favor de los solicitantes respecto a la severidad de la sequía y epidemia que los asolaba. Legajo citado, fs. 5

f) *Mariano Vergara*, Teniente de Correo de 34 años, corrobora lo dicho por los testigos mencionados. *Ibid.*, fs. 5v.

Otorgó testamento y poder a favor de su hija Catalina Vergara el 12 de agosto de 1818. Fueron sus padres D. Pedro Vergara y Toro y doña Mariana Rubin de Celis. Casado con Margarita Nieto, tuvo como hijos a José Eusebio Vergara, quien fue Sub Teniente ya fallecido, y Catalina. A su vez su hijo José fue casado con Teresa Lostanau, teniendo como hijos a: Josefa, Juana, Leonor y Lorenzo Vergara Lostanau.

AGN, Escr. José Mendoza y Santa Cruz, 1818 (401), fol. 306v.

g) *Joaquín Calvente*, Alguacil Mayor de la provincia de 42 años de edad, llega a testimoniar sobre la condición de pauperismo a la que llegaron los lugareños a consecuencia de las inclemencias del tiempo. Legajo citado, fs. 6 y 6v.

h) *Norberto Macedo*, comerciante de 74 años, manifiesta de manera idéntica respecto a las penurias por las cuales atravesaban los regnólicas. *Ibíd*. fs. 7 y 7v.

²⁴ El vicario Herrera contesta la misiva del marqués el 14 de julio de 1780. Y añadiendo un comentario, expresa que “En una de las cláusulas antecedentes, dije que se pagaba un jornal de dos reales a los indios, y ahora he advertido que hay algunas haciendas en que solo se les paga un real, y este en unos efectos en que hagan un quinientos por ciento, después de bien oprobados y castigados, lo que lloramos con lágrimas del corazón, sin poder remediar sus grandes usuras, con repetidas exhortaciones que le hacemos a los que así roban los trabajos de los pobres. una firma (Herrera)”.

Por su parte, Fernando de la Cámara, quien era vicario de Huaraz, Recuay y Marca por más de veinte años, contesta el pedido del marqués el 19 de julio de 1780.

AGN. Leg. 35, fs. 9, 9v, 10v, 11 y 11v.

quién en carta del 23 del mismo mes provee: *"infórmese al señor juez de la Caja de Censos sobre la cantidad que tengan los pueblos de la provincia que se enuncia y pásese luego este expediente al señor fiscal"*²⁵. Empero, el 17 de octubre de aquel año, el juez de la Caja de Censos responde que el pago a la mencionada Caja estaba atrasado en varios años debido a los autos promovidos por el mismo marqués y que no había fondos para auxiliarlos, pues los que habían se remitieron a la Real Caja de Lima. En respuesta el corregidor, al dar una razón al pedido del fiscal sobre los bienes de los indígenas, decía que estos pobladores no tenían con qué pagar los tributos²⁶, y que no había bienes de comunidades, salvo algunas manadas de ganado en la zona de Vertientes, los que no les redituaban ganancia alguna, más aún si es a raíz de la sequía se había visto notablemente mermada la ganadería en la zona.

Cabe anotar que los llamados rezagos eran los faltantes que no se entregaban totalmente en las fechas señaladas por la Real Hacienda y que muchas veces nunca se llegaban a rendir cuenta porque los curacas y gobernadores se ponían, de consuno, en componenda para entregar solo parte de las obvenciones faltantes; claro que en varias oportunidades sirvieron como base para la condena en los juicios de Residencia de estos funcionarios indianos.

Por esas fechas, junio de 1780, hizo el Marqués una visita de tasación a los pueblos de Vertientes (cadena montañosa occidental del Callejón de Huaylas, yuxtapuesta a la franja costera del actual departamento de Ancash), haciendo entrega de cabezas de ganado ovino de Castilla a determinados mayordomos por el lapso de un año a fin que con su crianza pudieran subsistir los indígenas del Callejón de Huaylas²⁷.

Resulta interesante el comentario del Corregidor, al decir que los indígenas no se preocupaban mucho de la conservación y reproducción de su ganado, pues los curas doctrineros los despojaban de ellos por concepto de diezmos, punto que volveremos a tocar más adelante.

²⁵ *Ibid.* fs. 14.

²⁶ *Ibid.* fs. 16 y 16v.

²⁷ El Marqués realizó la entrega de 154 cabezas de ganado ovino, correspondiente de Santa María Magdalena de Pampas, y del pueblo de Marca 210 ovinos y 22 caprinos para lo cual nombró a los respectivos encargados por el plazo de un año como.

Ibidem, fs. 20.

El P. Soriano Infante nos indica que el corregidor formó una razón circunstanciada de los bienes de comunidad que correspondían a las parcialidades y comunes de indios en 1781, expresando su anual importancia y del modo cómo se invertía y distribuía, visitando las manadas y hatos de toda la provincia. Cf. SORIANO INFANTE, A. «*Rebeliones indígenas ...*», p. 5.

Estando a los sucesos narrados, la gestión realizada por los curacas tuvo resultado favorable ya que el 13 de julio de 1780 José Ramos de Figueroa, Subdelegado de las Visitas y Superintendente de la Real Hacienda, ordena que se proceda al auxilio respectivo con 700 pesos cada año a contarse desde 1781. Previamente el Fiscal Juan José de Leuro expone que le “... parece muy de justicia y conforme a las piadosas intenciones de su Majestad contenidas en las leyes y ordenanzas del Reino que a los pueblos que los gozan, se les administre anualmente alguna proporcionada cantidad, para que prorrataeda entre los contribuyentes de ellos puedan ser así menos gravados en la contribución personal que hicieron: De este modo tendrían un debido cumplimiento las expresadas R^{es} decisiones y los indios [al] ver este auxilio y alivio, serán más puntuales en la satisfacción de sus tasas ...”²⁸.

Para lograr el cobro de tal auxilio, las autoridades indígenas otorgan poder, con fecha 9 de junio de 1781, en San Sebastián de Huaraz, a Domingo Ramírez de Arellano para que haga efectivo el cobro de dicho apoyo económico²⁹. Apoderado que cumple tal encomendación el 29 de julio de dicho año, pues recibió la orden librada por don Juan de Rivero y Peña³⁰, Consejero de su Majestad y Oidor de la Real Audiencia, con lo que se concretiza el pago mediante decreto del 30 de julio de 1781.

Ante los insistentes requerimientos que se le hacían al marqués para que dé cuenta detallada de su corregimiento, contesta el 29 de agosto de 1781 a Juan de Rivero -quien en ese entonces era Juez Privativo del Juzgado Mayor de Censos de Comunidades de Indios-, que le era imposible dar dicha cuenta

²⁸ *Ibid.*, fs. 22v y 23.

La actuación del Fiscal se ajustaba a lo dispuesto por la Ley XXII, Título IV, Libro VI de la Recopilación de Leyes de Indias de 1680, pues era el encargado de velar por los asuntos tocantes a los censos y bienes de comunidad, siendo su defensor y abogado en todo lo que fuere demandas, pedimentos, respuestas, excepciones y otros temas más, conforme se detalla en dicha ley.

²⁹ *Ibid.*, fs. 24v, 25, 28v, 29 y 29v.

Respecto a Domingo Ramírez de Arellano allegamos al lector algunos datos sobre su persona: Nació en La Rioja, fue ordenado Caballero de la Orden de Calatrava, además de ser Coronel de milicias y Capitán de la compañía de la guardia de Alabarderos en el gobierno del Caballero de Croix. Casó con Josefa Baquijano y Carrillo. Fue dueño del navío “Mercedes” y Prior del Tribunal del Consulado entre 1793 y 1794. Falleció en junio de 1811. Mantuvo estrechos vínculos comerciales con el marqués de Casa Hermosa, pues ambos concertaban respecto a la venta de mulas en el Corregimiento de Huaylas. Por lo tanto, no hubiera sido extraño que ese apoderamiento otorgado por los curacas se haya dado a sugerencia del mismo corregidor. Para más pormenores se puede consultar a: AGUILAR GIL, Roisidia. «Domingo Ramírez de Arellano: Comerciante, naviero y hacendado». En: *Los comerciantes limeños a fines del siglo XVIII. Capacidad y cohesión de una élite. 1750-1825*, 3^a ed. Lima: PUCP, 2000, pp. 175-185; MENDIBURU, Op. Cit. T. IX, 2^a ed., Lima: Librería e imprenta Gil, 1934, p. 290; RIZO-PATRÓN BOYLAN, Paul. *Linaje, dote y poder. La nobleza de Lima de 1700 a 1850*. Lima: PUCP, 2001, p. 114; VILLA ESTEVEZ, Deolinda Mercedes. «Una negociación de mulas en el corregimiento de Huaylas». En: Boletín del Instituto Riva Agüero. Lima, N° 13, 1984-1985, pp. 379-393, y SWAYNE Y MENDOZA, Guillermo. *Mis antepasados*. Lima: Tipografía Peruana, 1951, pp. 266-270.

³⁰ El historiador Guillermo Lohmann Villena lo identifica como Ramón de Ribera y Peña. Vid. *Los ministros..*, p. 118.

por los propios usos de los indios y que los diezmeros desempeñaban tales cargos por 60 u 80 años y pagaban por el pase de ellos 200 o 300 pesos y se les cobraba a golpes a los indios con la consecuente enervación del ganado, por lo que solicita se les prohíba a los curas los aludidos cobros³¹.

Como resultado de la contundente respuesta del marqués de Casa Hermosa, se le autoriza expresamente, con fecha 19 de octubre de 1783, a que tome las medidas necesarias "... previniéndole que si nota algún desorden en la administración de diezmos, lo represente separadamente donde corresponda..."³². Con esta carta no se hacía más que aplicar las leyes XXX a XXXI del Título V, Libro VI de la Recopilación de 1680, en donde se ordena que en cuanto al estipendio del doctrinero y los pagos a la iglesia se haga por separado de las recaudaciones propias de la corona.

Esta carta de respuesta da punto final al documento bajo estudio, por contener treinta y ocho fojas, que para efectos de nuestro comentario nos bastan para exponer un aspecto más de la política fiscal virreinal, y de paso de la historia ancashina, en una época en que también se cobijó un suceso de trascendental importancia para nuestra historia nacional como fue la revolución de Tupac Amaru II en el Cuzco.

5. EXPRESIÓN JURÍDICA

Desde la perspectiva jurídica, cabe remarcar lo relativo a las exoneraciones tributarias –puesto que estaban inafectos al pago de tributos los curacas, sus familiares y algunas otras personas expresamente indicadas en la copiosa legislación india–, las que estaban contempladas en el cuerpo legislativo vigente allende esos años, la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680, la misma que, a tener lo dicho por el ilustre iushistoriador español José

³¹ Si bien es cierto que el Diezmo era un impuesto en especie, controlado por la alta jerarquía eclesiástica, el diezmero era por lo general un laico a quien se le arrendaban periódicamente los cobros. (Legajo citado, fs. 34v)

Los clérigos en la primera década del S. XVII, para el caso de las órdenes, sus ingresos por sínodo o salario fueron de 122, 122 pesos de ocho reales en total, de 302 doctrinas que tenían en el virreinato del Perú. Posteriormente por el Concilio de Trento, se prefiere introducir como doctrineros a sacerdotes seculares que estaban más propensos a beneficiar a la corona y acatar el Regio Patronato. Pero en el S. XVIII, estos curas eran grandes propietarios y más bien se disputaban los tributos con la corona; habida cuenta que a fines de ese siglo se extinguieron los repartos y se hizo extensivo el diezmo a los indígenas –supresión por la que lucharon mucho los clérigos–, dando pie así para que se produzcan las denominadas revueltas anticlericales.

Cf. CASTAÑEDA, Paulino y Juan MARCHENA. «Las órdenes religiosas en América: propiedades, diezmos, excenciones y privilegios». En: *Anuario de Estudios Americanos*. T. XXXV. Sevilla, 1978, p. 30 de la separata especial, y O'PHELAN, S. «Revueltas anticlericales...», p. 134.

³² Leg. 35 fs. 37 y 37v.

María Ots Capdequí, prescribía la conveniencia de moderar los tributos y de revisar las tasaciones cuando las circunstancias dadas así lo aconsejaban³³. Para mejor detallar lo dicho, la Ley xlv, Título V, Libro VI de la mencionada Recopilación indicaba: “*Que habiendo peste en pueblos de indios, se ordenen las tasas. Si los indios padecieran contagio de peste, mortandad es nuestra voluntad que sean relevados...*”.

Una argumentación mayor para apuntalar aún más las razones de las excepciones tributarias, la podemos hallar en la monumental Política Indiana, de Juan de Solórzano Pereyra, cuando precisa que: “*La notoria pobreza también podrá escusar á los indios de la paga de estos tributos de que tratamos, como en los semejantes lo disponen algunos textos de derecho común y resuelven los glosadores*”³⁴, acotando a lo dicho, indica: “*Pero si esta pobreza les sobreviniese á los indios por alguna grande esterilidad que aconteciese á los frutos y especies en que, ó en todo ó en parte, estuviesen tasados los tributos que han de pagar, más propensos deberíamos estar hacerles suelta o quiebra de ellos, como nos lo aconseja en una ley el jurisconsulto Ulpiano, y en otra los emperadores Arcadio y Onorio, concluyendo ambos, que esto lo pide la equidad y es justo lo concedan los príncipes y magistrados, pues no es razón de quien vé y llora perdido miserablemente su patrimonio, haya de tributar para engrasar el ageno...*”³⁵.

Pesada carga, era pues, el tributo que debían de soportar los indígenas, quienes además ya eran víctimas de grandes abusos cometidos por las autoridades coloniales, a las que se sumaban los clérigos quienes perseguían sus obvenciones respectivas, garramas que afrontaban los indígenas desde temprana edad exceptuándose a los curacas y sus hijos mayores, a la par que a sus mujeres, puesto que las veces que se trataron de incluir a los dichos curacas llegaron a producirse grandes perturbaciones debido a la ascendencia que tenían sobre sus gobernados, a pesar de que muchos de ellos eran los que cometían los mayores atropellos contra estos infelices oprimidos, aprovechándose de su nesciencia, para así exigirles más de lo debido, recurriendo para ello al uso de la mencionada duplicitud de padrones, punto que ya abordamos antes.

³³ Cf. OTS CAPDEQUÍ, José María. *Manual de historia del derecho español y del derecho propiamente indiano*. 2^a ed. Bs. As.: Ed. Losada S.A., 1945, pp. 252-53. Existe una primera edición a cargo del Instituto Ricardo Levene, Bs. As., 1943, en 2 vols. También se puede consultar una reelaboración de esta obra en su: *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*. Madrid: Aguilar, 1969, pp. 211-213.

³⁴ Cf. SOLÓRZANO PEREYRA, Juan de. *Política india*. Madrid-Buenos Aires: Compañía Iberoamericana de Publicaciones, s/f. (1930?), corregida y aumentada por el Lic. Ramiro de Valenzuela, con prólogo de J. M. Ots Capdequí; t.1, Lib. II, Cap. XX, N° 22 y ss. [Hay otra interesante edición en 3 tomos a cargo de Francisco Tomás y Valiente y Ana María Barrero, con prólogo del mismo F. Tomás y Valiente, Madrid, Fundación José Antonio de Castro, 1996.]

³⁵ *Ibid* N° 27.

La única forma de evitar pagar tal carga era mostrándose pobres, ocultando sus pertenencias, huyendo de sus comunidades, lo que al final de cuentas les traían más daños que el mismo pago de tributo, pues los “... *caciques, escribe el gobernador Lope García de Castro, roban a los indios cuanto tienen; no hay esclavos que tan poca libertad tengan como estos pobres, y si por males de sus pecados algunos de ellos se queja de su cacique, luego desaparece que no se sabe más de él. Ninguno guarda tasa ni el indio osa quejarse*”³⁶.

Dábase el caso que los titulares, las más de las veces, eran obligados a tributar por los fallecidos, sin importarles el sufrimiento de sus familiares y acrecentando los resquemores ante tales prácticas extralimitadas, hecho que no es de extrañarse que también acontecía en el Corregimiento de Huaylas por encontrarse en una posición envidiable frente a sus similares, debido a que se le consideraba entre los corregimientos que más redituaban a las arcas del virreinato peruano, habida cuenta que por la compra del cargo de corregidor se pagaba por cabeza de cada población indígena un promedio de 2 a 4 pesos, como ocurrió en 1740; cifras que evidencian su ventajosa condición debiéndose ello, de seguro, a la ubérrima calidad de sus tierras, propicias para el cultivo de múltiples productos así como para el pastoreo durante todo el año, cuyos frutos que redundaban en provecho de sus exactores³⁷.

Todos estos elementos hacían, en suma, que la situación de los indígenas se haga más oprobiosa, por lo que si a ello les avenía una epidemia de viruela como la que padecieron los lugareños provocaba un colapso poblacional que a la postre acrecentaría aún más las obligaciones tributarias de los súbditos, por tal razón es que los curacas de los pueblos del Callejón de Huaylas recurren ante la autoridad para poder ser asistidos con dineros que les permitieran solventar los gastos a los que estaban sometidos.

En lo atinente a la Caja de Censos y Bienes de Comunidad³⁸, la legislación de la época regulaba los fines y modos de hacer uso de dichos fondos, cuya normatividad corría detallada en el Título IV, Libro VI de la citada Recopilación de 1680, siendo importante, para el caso que nos convoca, traer

³⁶ Citado por VILLARÁN, Manuel Vicente. *Apuntes sobre la realidad social de los indígenas del Perú ante las leyes de indias*. Lima: s.p.i., 1964, p. 95.

³⁷ Cf. GOLTE, ob. cit., mapa N° 16.

³⁸ Las Cajas de Comunidad de Indios fueron fundadas por el marqués de Cañete, quien dispuso que debían constituirse en todo pueblo o agrupación de indios, cuyos fondos se invertirían en el sostenimiento de sus hospitales, de sus bienes de pobres (en el auxilio de viudas, huérfanos, enfermos, inválidos, etc.), ayudar a sufragar los gastos de las misiones y demás elementos para la conversión, para permitirles efectuar sin detrimento de sus bienes el pago de tributos y en general para que sirviese de ayuda, socorro y alivio en sus necesidades.

a cita las leyes XIV y XX, referentes a que el dinero que resultare de los bienes, censos y rentas de la comunidad solamente se podía utilizar en el descanso y alivio de los indios, revirtiéndose en su provecho y utilidad, así como para gastar en sus necesidades para los que se fundaron dichos fondos³⁹.

Resulta pertinente anotar que en los documentos oficiales no se hacen citas expresas a normas legales de la época para la concesión del auxilio económico, salvo en el caso del informe del Fiscal José de Leuro, quien menciona de manera genérica que las reales ordenanzas disponen que se les asista a los indígenas para que puedan pagar más adelante los tributos fijados por la corona. Ciento es que no era usual en esas épocas que se motivaran las resoluciones judiciales o decisiones administrativas, y menos que se estilara citar las normas legales que sustentaban las providencias de la judicatura o administración india. Empero, hemos colacionado algunas otras que nos permiten vislumbrar el sustento jurídico de la petición de los curacas que permitió se haga realidad el esperado auxilio de la Caja de Censos.

6. COLOFÓN

De todo lo expuesto, lo que se puede advertir respecto a este hecho, es que así como el régimen colonial español imponía una serie de gravámenes a la población indígena, también contemplaba, dentro de su intrincada y frondosa legislación, un procedimiento a través del cual se podía auxiliar a los regnólicos con determinadas cantidades de dinero para poder aliviar sus deprimida situación económica, lo cual no significa que este era un gesto de supuesta magnanimitad, pues a la larga lo único que se buscaba era garantizar el pago de los futuros impuestos, conforme se puede colegir del comentario del Fiscal Juan José de Leuro.

La gestión económica de las Cajas corría a cargo de los oficiales reales, nombrándose por cada Audiencia un administrador contador y pagador de las cajas de cada provincia, los cuales actuaban bajo el control y dirección del Juzgado de bienes de comunidad, integrado por el Oidor protector de indios, el Fiscal de la Audiencia, un escribano y un alguacil.

Para mayores datos sobre esta institución puede consultarse a: LAZO GARCÍA, Carlos y Alex ORTEGAL IZQUIERDO. «La caja general de censos de indios de Lima, institución colonial de crédito dinerario (Perú 1580-1821)». En: *Fénix. Revista de la Biblioteca Nacional del Perú*. N° 39. Lima, 1997, p. 95 y ss., así como VIÑAS MEY, Carmelo. *El régimen jurídico y la responsabilidad en la América india*. Proemio de Antonio Martínez Báez. 2^a ed. México: UNAM, 1993, p. 32, y MORENO CEBRIÁN. *El corregidor de indios...*, p. 243 y ss.

³⁹ En el año 1777 el Real Tribunal del Consulado hace un préstamo a la corona por un monto de un millón y medio de pesos, para ser utilizados en la expedición de Buenos Aires.

Por otro lado el mismo Tribunal consular sugiere que se tomen los fondos existentes en la Caja de Censos por el monto de 48 000 pesos, a 3% de interés anual, objetivo que se logró al contar con la autorización de los fiscales, el Juez privativo y defensor de naturales, además del Acuerdo de la Real Audiencia.

Cf. AGN, Superior Gobierno, Leg. 16, c. 407, 1777.

El entramado legal que tenía la corona en el nuevo mundo se muestra de manera patente en este caso analizado, pues no solamente nos permite desplazarnos a través de las manifestaciones sociales sino que, para el campo jurídico que nos interesa particularmente, se evidencia que las mismas autoridades locales recurren al uso de mecanismos legales pertinentes para lograr un apoyo económico a favor de sus pueblos, lo cual no obsta para dejar en claro que en todo este procedimiento se contó con la participación de activos personajes de la colonia, siendo uno de ellos Domingo Ramírez de Arellano, quien era un asiduo comerciante de mulas en dicho corregimiento debido a sus estrechas relaciones comerciales con el susodicho marqués, además de tener una posición social relevante a causa de sus vinculaciones familiares nacidas de su matrimonio con doña Josefa Baquíjano y Carrillo.

Por otra parte, no hemos podido determinar cuál era el procedimiento que se seguía en este tipo de casos, tanto por la ausencia de regulación normativa expresa en la legislación colonial como de casos similares, razón por la cual nos hemos limitado a describir el iter procedural seguido, realizando algunas apuntaciones de orden jurídico basándonos en las fuentes doctrinarias de la época.

Relevante también resulta anotar que en todo el documento histórico bajo estudio no se haga una sola referencia a las trapatiestas mencionadas por nuestra parte, y tanto las autoridades locales como las de la sede virreinal solo se hayan limitado a considerar los apremios económicos de los lugareños, pese a estar íntimamente entrelazados los hechos.

Finalmente, por lo menos para este caso en concreto, se observa que la Caja de censos de Indios cumplió con su finalidad para la cual se creó, cual fue el de auxiliar a los indígenas en casos de necesidad⁴⁰.

⁴⁰ Queremos expresar nuestro agradecimiento al ilustre historiador huaracino D. Manuel Reina Loli, quien generosamente nos permitió acceder a su archivo de revistas de la región y a sus propias obras sobre las revueltas en el callejón de Huaylas, que de otro modo no nos hubiese sido posible consultarlas, carencia que habría hecho aún más este sencillo trabajo.

DOCTRINA INTERNACIONAL

CONSTITUCIÓN Y JURISDICCIÓN*

LUIGI FERRAJOLI**

Resumen

Se formula una reflexión teórica sobre la naturaleza y sobre el futuro del entero sistema de garantías, frente a la expansión del ámbito de la jurisdicción equiparable al desarrollo del sistema de límites y deberes legales concedidos a los poderes públicos. A toda expansión de la legalidad debe corresponder una expansión de los espacios de la jurisdicción y, consecuentemente, un crecimiento del poder judicial que exige a su vez un reforzamiento de sus condiciones de legitimidad. Así, la expresión de la jurisdicción consecuente a la expansión de la legalidad determinada por el paradigma constitucional, permite repensar las fuentes de legitimación del poder judicial y de su separación de los otros poderes. Dicho proceso expansivo no se ha agotado y expresa una clara tendencia destinada a desarrollarse ulteriormente; crecimiento que pone en evidencia que el conjunto de las garantías y el rol de la jurisdicción son hoy en día insuficientes respecto a las funciones de protección de los derechos estipulados en las diversas cartas constitucionales estatales y supraestatales, lo que conlleva a la necesidad de repensar, también en el plano teórico, el rol de la jurisdicción.

Palabras clave: Separación de poderes – Estado constitucional de derecho – Legalidad y jurisdicción – Jurisdicción y Estado de derecho – Legitimación de la jurisdicción – Funciones de gobierno y funciones de garantía.

Abstract

A theoretical reflection on the nature and future of the entire system of guarantees in the face of the expansion of the scope of the jurisdiction as compared to the development of the system of legal limits and obligations granted to the public power structures. For every expansion in legality an expansion in jurisdiction should follow and hence, a growth of judicial power which, at the same time, requires the reinforcement of its legitimacy. Thus, the expression of the jurisdiction in line with the expansion of the legality established by the constitution, allows us to rethink the sources for the legitimization of the judiciary and its separation from the other public powers. The referred expansion process is not exhausted and expresses a clear tendency towards its ulterior development; a growth that evidences that the guarantees and the role of the jurisdiction are presently insufficient in relation to the function for the protection of rights stipulated in the different statal and suprastatal constitutions, thereby entailing the need to rethink the role of the jurisdiction, in the theoretical plane as well.

* Traducido del italiano al español por Yuri Alekandrov Tornero Cruzatt. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro fundador y ex Coordinador del Taller de Debate y Discusión “Renacere” (UNMSM); actualmente cursa estudios de Doctorado en Comparación Jurídica e Histórico Jurídico por la Università di Ferrara (Italia).

** Professore ordinario di “Filosofia del Diritto” e di “Teoria generale del Diritto”, della Facoltà di Giurisprudenza di Roma Tre. Abilitato alla libera docenza in “Filosofia del diritto”.

Key Words: Separation of Powers – Constitutional Rule of Law – Legality and jurisdiction - Jurisdiction and Rule of Law – Legitimization of the jurisdiction – Functions of governance and of guarantees.

Sumario

1. Jurisdicción y Estado de Derecho. Del Estado Legislativo al Estado Constitucional de Derecho. 2. Cuatro fundamentos de legitimación de la jurisdicción. 3. Repensar la separación de poderes. Funciones de gobierno y funciones de garantía, primaria y secundaria. 4. El constitucionalismo de tercera generación y el futuro de la jurisdicción. 5. La jurisdicción como institución de garantía.

1. JURISDICCIÓN Y ESTADO DE DERECHO. DEL ESTADO LEGISLATIVO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Existe una correlación biunívoca entre Estado de Derecho y Jurisdicción: debido a que el Estado de Derecho consiste en la sujeción de los poderes públicos a la ley, el ámbito de la jurisdicción tiende a equipararse y a crecer con el desarrollo del sistema de límites y deberes legales impuestos a los poderes públicos.

En el Estado Legislativo de Derecho dieciochesco, estos límites y deberes eran mínimos. Primero, porque el rol del Estado era mínimo: defensor y garante del orden público interno mediante el derecho y la jurisdicción penal, y de la certeza del tráfico del derecho y la jurisdicción civil. En segundo lugar, porque por largo tiempo el Estado y otros entes públicos, incluida la Administración Pública, no fueron concebidos como sujetos virtualmente sometidos a la jurisdicción, ni fueron considerados justiciables los actos legislativos y administrativos. La jurisdicción era esencialmente civil y penal, ambas destinadas únicamente a los ciudadanos: la una relativa a la defensa de los derechos en las relaciones privadas y a la investigación y reparación de los ilícitos civiles, la otra, a la investigación y sanción de los ilícitos penales. Solo luego de mucha resistencia se desarrolló, en el siglo XIX, un contencioso administrativo entre instituciones públicas y ciudadanos.

Sin embargo, la ampliación del rol del derecho y la consecuente expansión de la jurisdicción surgieron, sobre todo, en la segunda posguerra del siglo pasado, simultánea y correlativamente al crecimiento de la complejidad institucional de las democracias actuales, generada por la afirmación del constitucionalismo rígido. Es con el cambio del viejo Estado Legislativo de Derecho al nuevo Estado Constitucional de Derecho, determinado

éste por la subordinación al derecho y, consecuentemente, al control de constitucionalidad, también del último rezago de gobierno de los hombres representado por la omnipotencia del legislador, que el paradigma del Estado de Derecho se ha realizado y completado plenamente. En efecto, podemos identificar dos postulados fundamentales del Estado de Derecho: *el principio de legalidad*, en razón del cual todo poder implica su sujeción al derecho y, en consecuencia, una expansión de la legalidad; y aquello que podemos denominar *principio de jurisdiccionalidad*, en virtud del cual, a toda expansión de la legalidad, cualquier acción realizada para la limitación y la sujeción de los poderes, tanto públicos como privados, debe corresponder una expansión de los espacios de la jurisdicción. Debido a que la jurisdicción interviene en presencia de las violaciones del derecho, su destino es expandirse, junto con las obligaciones y las prohibiciones impuestas al sistema de los poderes, el área de las posibles violaciones de estos derechos también podría ser afectada. Es cuanto ha ocurrido y está destinado a ocurrir aun más con la afirmación del paradigma constitucional, es decir, con la estipulación de los principios y derechos fundamentales en las Cartas Constitucionales, tanto a nivel nacional como a nivel supranacional, y con la consecuente articulación multinivel de los ordenamientos jurídicos.

La primera prolongación multinivel de los ordenamientos jurídicos ha sido determinada por el paradigma constitucional como sistema de límites y deberes impuestos por la legislación, como garantía de los derechos fundamentales estipulados en las constituciones rígidas de hoy en día. Se trató de una expansión y también un complemento no solamente del Estado de Derecho, sino también del positivismo jurídico. Contrariamente a la lectura “post-positivista” o “no-positivista” o abiertamente “iusnaturalista” del constitucionalismo ofrecida por gran parte de la filosofía jurídica actual¹; en efecto, el paradigma constitucional puede configurarse como un positivismo reforzado, dado que, con este han sido estipulados como normas jurídicas positivas también las elecciones políticas a las cuales el legislador ordinario se ve obligado tenerlas en cuenta. En cualquier caso, cual fuese la lectura del constitucionalismo y de la constitución operante, se ha conseguido una importante expansión de la jurisdicción que se ha manifestado en la

¹ Es la concepción denominada “neoconstitucionalista” del constitucionalismo propuesto por autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Gustavo Zagrebelsky, en base al fundamento de una renovada conexión entre derecho y moral que sería producida por la constitucionalización de los principios de justicia, como igualdad, la dignidad de la persona y de los derechos fundamentales. Para una crítica de esta corriente reenvío a mi artículo *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, en “Giurisprudenza costituzionale”, 2010, n.3, pp.2771-2816, publicado en “Doxa”, n.34, junto a un amplio debate que ha seguido a mi réplica *El constitucionalismo garantista entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*.

introducción del control de constitucionalidad sobre las leyes inválidas, tanto de la jurisdicción constitucional, como de la jurisdicción ordinaria. Ha sido un cambio de paradigma de enorme dimensión, que ha ofrecido una solución, aunque contingente, al antiguo dilema y conflicto entre *ratio* y *voluntas*, entre ley de la razón y ley de la voluntad, entre derecho natural y derecho positivo, entre gobierno de las leyes y gobierno de los hombres, entre Antígona y Creonte. En efecto, el constitucionalismo rígido es equivalente a la imposición al gobierno de los hombres, esto es al derecho positivo, de aquella ley de la razón, tanto históricamente determinada, que ha sido positivizada con la constitucionalización de los derechos fundamentales como límites y deberes de la voluntad de la mayoría.

La segunda prolongación multinivel de los ordenamientos jurídicos ha sido determinada por el desarrollo de una legalidad supraestatal, supra ordenada a la legalidad de los Estados Nacionales, la cual corresponde al desarrollo de jurisdicciones supra estatal, desde la Corte Internacional de Justicia hasta la Corte Penal Internacional, incluyendo la Corte Europea de Estrasburgo y de Luxemburgo. La soberanía, como *potestas legibus soluta*, disuelta como *soberanía interna* por la sujeción al derecho de los supremos poderes políticos, legislativos y de gobierno, y también, disminuida, en vía de principio, como *soberanía externa*, gracias a la progresiva sujeción al derecho supraestatal e internacional también de los Estados y de sus gobernantes. Es claro que este desarrollo de una legalidad supraestatal es de lejos insuficiente respecto a las promesas expresadas por tantas cartas internacionales de derechos; pero ya, hoy en día ésta configura, y sobretodo, prefigura, una expansión de la jurisdicción más allá del modelo clásico del Estado Legislativo de Derecho.

2. CUATRO FUNDAMENTOS DELEGITIMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN

La expresión de la jurisdicción consecuente a la expansión de la legalidad determinada por el paradigma constitucional permite repensar las fuentes de legitimación del poder judicial y de su separación de los otros poderes. Enumeraré cuatro *fundamentos*² de legitimación de la jurisdicción y de su independencia: los primeros dos conexos a la estructura del Estado Legislativo de Derecho; y los otros dos generados o reforzados por la estructura del Estado Constitucional de Derecho.

El primer fundamento es la *sujeción del juez solamente a la ley*. Es a través de esta sujeción a la ley que la jurisdicción se obliga, en democracia, a la

² Los términos “fonte” y “fundamento”, son usados como sinónimos por parte del autor. Se ha elegido usar el término “fundamento” (*Nota del traductor*).

voluntad política expresada por las representaciones parlamentarias. Se trata de una sujeción diferente de aquella a la cual son sometidas, en el Estado de Derecho, los otros poderes públicos, cuyo ejercicio exige solamente el *respeto* a las normas a estas supraordenadas, el ejercicio del poder judicial exige, más bien, la *aplicación sustancial* de las normas a las cuales está sometido; entonces, no es solo la simple observancia, vinculada solamente, a la prohibición de contradecirlas, como sucede en la legislación y en la administración, sino el deber impuesto por la tendencial correspondencia, o subsunción, de los hechos acontecidos a las fórmulas normativas presupuestadas en la ley, vínculo impuesto a los contenidos de las decisiones judiciales³. Y, precisamente, en este deber reside el significado del adverbio “solamente”, asociado en los textos constitucionales a la “sujeción del juez a la ley”. Y, es en este “solamente” que reside el primer fundamento de la independencia de la jurisdicción. Entonces, es evidente que la sujeción a la ley, que consiste en su aplicación sustancial, será para los jueces cuanto más vinculante y cuanto más precisas, determinadas y taxativas sean las normas que éstos están llamados a aplicar. Por esto, el único modo para limitar la discrecionalidad judicial es que el legislador sepa hacer su labor, es decir, produzca normas de significado, cuanto más posible claro y unívoco. El principio de estricta legalidad, que es una meta-norma que impone al legislador el uso de un lenguaje cuanto más posible riguroso, se revela así como la principal condición de la primacía de la ley, y en consecuencia, de la política de la cual la ley se produce, y asimismo, de la independencia de la jurisdicción de cualquier otro poder.

Se consigue un segundo fundamento de la legitimidad de la jurisdicción y de su independencia: la aplicación jurisdiccional de la ley conduce a *la verdad procesal* de la certeza de los presupuestos de la decisión. Es este un segundo sentido distintivo de la “juris-dicción”. Diversamente de otro acto preceptivo (como la ley, los procedimientos administrativos y los negocios privados) la validez jurídica y la legitimidad política de las sentencias, depende de la verdad de sus motivaciones: una verdad relativa, aproximativa como se quiere, y más aún basada en pruebas, más allá de cualquier duda razonable, que solo puede provenir del respeto de las garantías epistémicas de verificabilidad y falsificabilidad en abstracto y de verificación y falsificación, en concreto, que son las garantías penales y procesales. Decimos que una sentencia es justa, más que válida, solo si consideramos plausiblemente verdadera, aunque

³ Sobre las nociones de “aplicación”, “respeto”, “aplicación formal” y “aplicación sustancial” y sobre aquellas correlativas de “correspondencia”, “coherencia”, “conformidad” y “subsunción”, reenvío a *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto; II. Teoria della democrazia; III, La sintassi del diritto* (de ahora en adelante *PiI, PiII y PiIII*), Laterza, Roma-Bari 2007, vol.I, §§ 9.15-9.16, pp.556-566.

no absolutamente cierta, su motivación; mientras decimos que es injusta en caso contrario. Ciertamente, el juicio es siempre un saber-poder, pero este es mucho más legítimo cuanto mayor es el saber y cuanto menor es el poder: La dimensión del poder en todo caso no es siempre reconducible; y, más aún, éste solo puede ser reducido por las garantías, que por consiguiente, van identificadas y defendidas como técnicas idóneas a reducir cuanto más posible los márgenes del arbitrio potestativo, y a fundamentar las decisiones del juicio, en base a la verdad procesal y a valores de otro tipo. Es en esta naturaleza tendencialmente cognitiva de la jurisdicción en que reside el segundo fundamento de la independencia del poder judicial, en ausencia de la cual no se tiene jurisdicción sino cualquier otra cosa. En efecto, ningún consenso de la mayoría o de la opinión pública puede hacer verdadero aquello que es falso o falso aquello que es verdadero. Es este el sentido de la frase *“siempre habrá un juez en Berlín”*⁴: un juez debe ser capaz, gracias a su independencia, de absolver a todos o casi a todos –periódicos, fuerzas políticas, gobiernos, opinión pública– exigiendo condena y condenando cuando todos o la mayoría exigen solo la absolución. A pesar de la contradicción aparente, la sujeción del juez a la ley implica independencia y la separación de poderes de cualquier otro poder.

En consecuencia, hay una tercera fuente de legitimación del poder judicial y de su independencia del poder político, reforzado y extendido por el paradigma constitucional: la *garantía de los derechos* individuales y, en particular, de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Aquello que es garantizado por el juicio ya no es cualquier interés general, sino los intereses y los derechos de los individuos que son parte del proceso: los derechos fundamentales de libertad y de defensa del imputado contra los juicios y punciones arbitrarias en el proceso penal; los derechos patrimoniales de las partes en el proceso civil; los derechos de los ciudadanos contra sus violaciones por obra de la Administración Pública en el juicio administrativo. En todos los casos el ejercicio del poder judicial interviene siempre en casos singulares, identificando el daño o la justa razón de las partes en causa –de aquí la conexión de este tercer fundamento con el segundo–, y por esto incidiendo en los derechos y en consecuencia en la libertad de la persona como particular

⁴ *“CI SARA UN GIUDICE A BERLINO”* traducido como “siempre habrá un juez en Berlín”. Frase tomada de la dramaturgia alemana, ambientada en el siglo dieciocho, que trata acerca del caso de un molinero de Postdan que sentía la impotencia de ser atendido su reclamo de justicia a causa del sometimiento abusivo de un noble. Luego de haber buscado justicia en todos los tribunales de Prusia, el humilde molinero decide ir donde Federico II de Hohenzollern, denominado en la historia general Federico El Grande, y así, en Berlín el pobre hombre tuvo finalmente justicia: porque “el mejor juez es el rey”. Pueden encontrar un ejemplo del uso de esta frase en el título del siguiente artículo: COLLELLA, Angela. «C'é Un Giudice a Strasburgo». In: *Rivista italiana di Diritto e Procesale Penale*. 2009, p. 1801 (Nota del traductor).

individuo. Y, debido a que, los derechos de todo individuo están presentes, según una bella frase de Ronald Dworkin, virtualmente contra la mayoría y contra los poderes por ésta detentados⁵, incluso las funciones e instituciones consideradas a su garantía deben estar, virtualmente, contra la mayoría. No se puede condenar o absolver un ciudadano porque esto responde o no a los intereses o a la voluntad de la mayoría. En consecuencia, si se quiere estar en capacidad de garantizar los derechos de los individuos, la función judicial, en cuanto función de garantía, no puede ser expresión, ni depender del poder de la mayoría, sino debe estar sujeta solamente a la ley. Por esto no hay garantía jurisdiccional de los derechos sin independencia del juez y sin separación de los poderes. Bajo este aspecto, la separación de los poderes y la garantía de los derechos fundamentales, es decir, los dos elementos identificados por el art. 16 de la *Déclaration* de 1979 como esenciales en cualquier constitución, son entre sí lógicamente conexos: si reconocemos que los derechos fundamentales son derechos de todos y de cualquiera, virtualmente, contra los poderes de la mayoría, entonces también las funciones y las instituciones de garantía no pueden dejar de estar separadas e independientes de las funciones políticas y de los poderes de la mayoría que estas tienen el deber de limitar y obligar.

En fin, una cuarta fuente o fundamento de la legitimidad del poder judicial y de su singular independencia está constituido por la articulación multinivel, virtualmente determinado, que como se ha dicho caracteriza el paradigma constitucional frente a la *organización de la ilegalidad del poder*. Todas las expansiones de la jurisdicción tanto son seguidas como reunidas en un mismo sentido: acontecen gracias a la expansión del Estado de Derecho, es decir, la sujeción de los poderes públicos al derecho y al consecuente control de legalidad sobre su ejercicio mas allá de las clásicas funciones de la jurisdicción civil y penal destinada prevalentemente, no exclusivamente, a los ciudadanos comunes. La misma jurisdicción penal, reservada en su modelo clásico solamente a los culpables partícipes del daño y a otras personas o a bienes jurídicos de carácter público, hoy en día, se ha extendido de las más distintas formas, gracias a las garantías y al poder de independencia propio de los jueces y, de otra parte, al cambio de la fenomenología criminal, de las diversas formas de la criminalidad del poder, a menudo, entre éstas coincidentes y vinculadas: tanto, a los *poderes criminales* del crimen organizado, desde las mafias al narcotráfico y

⁵ R.DWORKIN. *Taking Rights Seriously* (1977). Trad.it., *I diritti presi sul serio*. Boloña: Il Mulino, 1982, pp.274-278 e 318-323. Donde se ha defendido el carácter anti-mayoritario y anti-utilitarista de los derechos fundamentales, si por "utilidad" se entiende la utilidad general: "Un derecho en las consideraciones del Estado significa poder hacer algo aunque la mayoría piense que sería equivocado hacerlo o cuando la mayoría habría realizado un daño si esto fuese realizado" (ivi, p. 278).

terrorismo, como, a los delitos de los poderes públicos y privados, desde los delitos de corrupción, concusión y peculado, a las bancarrotas, al falso presupuesto y a las transgresiones al ambiente. En efecto, todas estas nuevas y diversas funciones consisten en diversas formas de organización del ejercicio ilegal del poder: las leyes inválidas producidas por el Legislativo, los ilícitos internacionales de los Estados o de sus funcionarios, o los crímenes cometidos por los titulares de los poderes públicos. De aquí el cuarto factor de legitimación de la independencia de los jueces, ciertamente el más evidente para el sentido común. Solo un poder judicial independiente de los poderes políticos está en capacidad de desarrollar una efectiva función de control y garantía contra las violaciones del derecho realizadas por los poderes públicos, sean estas mediante actos inválidos o con actos ilícitos.

3. REPENSAR LA SEPARACIÓN DE PODERES. FUNCIONES DE GOBIERNO Y FUNCIONES DE GARANTÍA, PRIMARIA Y SECUNDARIA

Estas expansiones de la legalidad y de la jurisdicción requieren una reflexión teórica sobre la naturaleza y sobre el futuro del entero sistema de garantías. En primer lugar, este proceso expansivo no se ha agotado, al contrario, este expresa una tendencia destinada, como estamos seguros, a desarrollarse ulteriormente. En efecto, su expansión actual, el conjunto de las garantías y el rol de la jurisdicción son hoy en día, de lejos, insuficientes respecto a las funciones de protección de los derechos estipulados en las diversas cartas constitucionales y supranacionales. Lo son a nivel estatal y lo son sobre todo a nivel internacional, donde existe un vacío de derecho público y de garantías respecto, de una parte, a los nuevos derechos, y de otra parte, a los poderes salvajemente desarrollados en el mundo globalizado. Como lo he dicho antes, es parte del teorema de la teoría del Estado de Derecho el principio según el cual ante todo nuevo poder y ante toda expansión de los viejos poderes, debe corresponder una correlativa expansión de la legalidad en capacidad de controlar y de limitar su ejercicio, que a su vez implica una correlativa expansión del rol de la jurisdicción y una ulterior articulación de la separación de poderes. En efecto, las expansiones hasta ahora existentes son aún limitadas, incompletas e insuficientes respecto a las tantas premisas constitucionales formuladas en las diversas cartas de los derechos, nacionales y supranacionales, y a los poderes desregulados desarrollándose, a nivel estatal y supraestatal, tanto en la esfera pública como en la esfera económica. De aquí la necesidad de reflejar en el futuro del constitucionalismo y de repensar, en el plano teórico, el rol de la jurisdicción: no sólo de una magistratura juzgadora sino también de una magistratura más activa.

Los temas que trato de poner a reflexión son tres. En primer lugar: la clásica tripartición de los poderes diseñada, hace más de dos siglos y medio, por Montesquieu, ¿es suficiente para las finalidades requeridas por el paradigma constitucional, o más bien, debe ser repensada? En segundo lugar: las transformaciones del rol de la jurisdicción producidas por las expansiones hasta aquí enumeradas ¿son suficientes para satisfacer las premisas constitucionales formuladas con la estipulación de los tantos derechos formulados en las tantas cartas estatales y supraestatales, o requieren, más bien, una ulterior ampliación del rol de la jurisdicción, a nivel de los poderes desregulados desde los cuales los derechos son agredidos? En tercer lugar: ¿qué concepción del constitucionalismo, y qué límites y garantías son exigidas por esta expansión de la jurisdicción, a fin de que la separación de poderes garantizada por la independencia del poder judicial sea salvaguardada, indistintamente, tanto de una indebida invasión de la jurisdicción como del excesivo poder de los jueces?

Comencemos por la primera cuestión. El viejo modelo montesquiano de la tripartición refleja el paradigma del estado liberal y legislativo de derecho, esto es una fase de la historia de las instituciones ligada al Estado mínimo, garante a través de la ley de los derechos de libertad: una fase en la cual las funciones estatales se limitaban a nada menos que a la defensa militar externa, al mantenimiento del orden público interno, a una legislación coincidente tendencialmente con la codificación y a la administración de la justicia civil y penal. Hoy las funciones públicas son incomparablemente más numerosas y complejas. Tanto el desarrollo del Estado Social, como el paradigma constitucional, han producido una creciente ampliación de la esfera pública: no solo a través de la articulación multinivel de los sistemas jurídicos y la sujeción al derecho también del poder legislativo, sino además a través de la imposición a la esfera pública no solo de límites y prohibiciones de lesión correspondientes a los derechos de libertad, sino también de los deberes y obligaciones de prestaciones correspondientes a los derechos sociales, como los derechos a la salud, a la instrucción y similares. Son estas las dos novedades del paradigma constitucional de hoy en día: de una parte la sujeción a constituciones rígidas de las funciones políticas, tanto legislativa como de gobierno; de otra parte, la constitucionalización, en conjunción, de los clásicos derechos de libertad, de los derechos sociales que exigen la transformación del Estado Social Burocrático del Novecientos en un Estado Social de Derecho.

De aquí la necesidad de repensar la separación de los poderes y los espacios de la jurisdicción. La separación de los poderes se funda en la diversidad

de sus fuentes de legitimación: la *representación política* como fuente de legitimidad de las funciones políticas de innovación normativa, sean estas legislativas o de gobierno, y el *principio de legalidad*, es decir, la aplicación de la ley ya producida por el ejercicio de las primeras -la jurisdicción como "dicción" o certeza de la verdad procesal- como fuentes de legitimación del poder judicial. Las dos novedades introducidas en los sistemas jurídicos -la rigidez constitucional y la constitucionalización de los derechos sociales- exigen, por consiguiente, a mi parecer, una actualización de la clásica separación y tripartición de los poderes -el legislativo, el ejecutivo y el judicial- elaborada hace más allá de dos siglos y medio antes, aún cuando todavía se buscaba afirmar la independencia y la primacía del poder legislativo frente al poder ejecutivo detentado este último por la monarquía, y la independencia de ambos del judicial. Hoy, en las actuales democracias, el poder legislativo y el poder ejecutivo están ambos legitimados por la representatividad popular y su relación, seguramente en las democracias parlamentarias, es quizás más de complementar que de diferenciar: el gobierno está vinculado a la confianza del Parlamento, está dotado de poderes de iniciativa y asimismo de producción legislativa y puede disolver las Cámaras. De otra parte, a la clásica función de garantía ejercitada por el poder judicial se han agregado, gracias al desarrollo del Estado Social, otras funciones de garantía -la educación, la sanidad, la seguridad social- que a causa de la triparticipación montesquiana, no pudiéndose ciertamente colocar en el legislativo y en el judicial, han venido siendo organizadas al interior de aquel grande contenedor que es la administración pública de las dependencias del poder ejecutivo.

Por esto, como he sostenido más de una vez, la separación que hoy debería ser perseguida es entre dos clases de funciones: las *funciones de gobierno*, que incluyen tanto el *poder legislativo* como el *poder ejecutivo*, legitimados ambos por la representación política y por esto, en las democracias parlamentarias, no separadas, sino más bien compartidas por los organismos que son los titulares; y las *funciones de garantía*, distinguidas en *funciones administrativas de garantía primaria* y *funciones judiciares de garantía secundaria*, legitimadas ambas por la aplicación de la ley como garantía de los derechos de las personas y que los parámetros solían separar y hacer independientes de las funciones de gobierno⁶. En efecto, si desagregamos aquel cúmulo de funciones heterogéneas denominado Administración Pública, es fácil distinguir aquellas *funciones administrativas de garantía primaria*, como la educación, la sanidad y

⁶ Sobre esta distinción y separación renvío a mis trabajos *Pil*, §§ 12.5-12.8, pp.862-885 e *PilI*, §§ 14.10-14.12, pp.200-218.

la seguridad social, esto es consideradas a la directa tutela y satisfacción de derechos fundamentales de todos, incluso en contraste con la contingente voluntad de la mayoría. En cuanto a las funciones jurisdiccionales de *garantía secundaria*, la máxima “*siempre habrá un juez en berlín*” no podrá limitarse solamente a la clásica función civil y a la penal, sino comprenderá además la garantía de los derechos sociales; y no solo contra las violaciones de las leyes sino también contra las violaciones de la Constitución por obra de la ley misma; y no solo a nivel estatal, sino también a nivel supraestatal; y no solo en los conflictos de los poderes públicos, sino también en lo que refiere a los poderes económicos privados –los denominados “mercados”– cuya falta de límites, reglas y controles esta produciendo crisis económicas devastadoras que arriesgan convertirse en la crisis de nuestras democracias. Y no bastará un juez en Berlín, deberá ejercerse un Ministerio Público en Berlín, con capacidad de activar la tutela de los derechos fundamentales establecidos⁷ en los diversos niveles del sistema jurídico, en las diversas jurisdicciones (tanto ordinaria como constitucional).

4. EL CONSTITUCIONALISMO DE TERCERA GENERACIÓN Y EL FUTURO DE LA JURISDICCIÓN

Preguntémonos entonces, y voy así al segundo tema arriba formulado: ¿existe verdaderamente, a todos los niveles de nuestros ordenamientos y a garantía de todos los derechos fundamentales, un sistema adecuado de garantías? No trataré, por razones de espacio, de las garantías primarias y de las secundarias a nivel constitucional, ni del enorme problema de las garantías de la estabilidad económica contra los poderes salvajes del mercado y de la finanza. A este nivel hay un vacío de derecho público, y en particular de las garantías, en relación con los poderes que se han dislocado fuera de los confines de los Estados, eludiendo los límites y las limitaciones las legislaciones y jurisdicciones estatales. Se trata de una laguna que debe ser casi enteramente colmada con la construcción de una esfera pública supraestatal y con la introducción de funciones idóneas e instituciones de garantía, tanto primaria como secundaria, de los derechos fundamentales establecidos en las tantas cartas, pactos y convenciones internacionales.

En vez de comenzar por el ordenamiento italiano, trataré más bien otros ordenamientos estatales. A pesar que, en tales ordenamientos a causa de la expansión normativa del Estado de Derecho, producido por el paradigma

⁷ Sobre el tema reenvío a mi artículo *Per un Pubblico Ministero come istituzione di garanzia*, en “*Questione giustizia*”, 2012.

constitucional, se ha evidenciado un adecuado desarrollo del respectivo sistema de garantías primarias y secundarias. Para responder a nuestra pregunta, conviene reflexionar sobre las innovaciones introducidas en la experiencia constitucional de algunos ordenamientos de América Latina, y en particular en la experiencia brasileña, gracias a aquello que bien podemos llamar constitucionalismo de tercera generación, a causa de los nuevos derechos estipulados, de la mayor rigidez constitucional y de las nuevas formas e instituciones de garantía.

La Corte brasileña ha instituido un procurador general titular de la acción de inconstitucionalidad para el *Tribunal Supremo Federal*⁸. Asimismo, en Brasil han sido introducidos los dos controles de constitucionalidad desarrollados por la tradición: tanto el control concentrado, mediante la anulación de las leyes inválidas, activado de oficio, aunque no solo por el Procurador General, sino también por los órganos políticos como el Presidente de la República, las dependencias de la presidencia de las cámaras y los gobernadores de los Estados; como el control difuso, mediante su desaplicación en el caso concreto por parte de los jueces ordinarios, según el modelo estadounidense. Así resulta enormemente reforzada la eficacia y la efectividad del sistema de las garantías constitucionales secundarias, de hecho quizás parcial en ordenamientos como el italiano, en el cual el control incidental solicitado por un juez en el curso de un proceso es limitado solo a las leyes, y no así a los actos legislativos que violan la constitución, y deja de hecho sobrevivir las mismas leyes inválidas hasta cuando el tema de la ilegitimidad no venga demostrado frente a la Corte Constitucional.

Asimismo, se han introducido en México y en muchos otros países de América Latina, instituciones de garantía de los derechos políticos. En vez de ser activadas por las mismas instituciones representativas, como sucede en Italia, con el consiguiente conflicto de intereses generado por la coincidencia de controles y controlados, todos los controles para la normalidad de los procedimientos electorales y para la correcta elección de los representantes son confiados a *instituciones electorales de garantías*, separadas e independientes

⁸ El instituto recalca una vieja propuesta avanzada por Kelsen: "Un instituto del todo nuevo pero que requeriría la más seria consideración, sería el de un defensor de la Constitución para el Tribunal constitucional que, a semejanza del Ministerio Público en el proceso penal, debería introducir de oficio el procedimiento del control de constitucionalidad para los actos que considerase irregulares. El titular de una similar función debería tener, evidentemente, las más amplias posibles garantías de independencia, tanto en los conflictos con el gobierno como con el parlamento. Por esto, en lo que concierne a los recursos contra la ley, sería de una extrema importancia atribuir el derecho de proponerles también a una minoría cualificada del parlamento" (H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, (1928), § 19. En *Ibid. La giustizia costituzionale*. Milán: Giuffrè, 1981, p.196).

de la jurisdicción⁹. Por ejemplo, en México una reforma del 1996 ha dado vida a dos instituciones electorales, una de garantía prevalentemente primaria y la otra de garantía secundaria: el *Instituto Federal Electoral* y el *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, involucrados con la vigilancia preventiva y el control en vía de contencioso de las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad, del respeto a las reglas de corrección en las campañas electorales y en los procesos de votación, del financiamiento público de los partidos y de la transparencia y sobre el respeto de los límites máximos de los financiamientos privados, de la igualdad de oportunidades ofrecidas a todas las fuerzas políticas en la esfera pública y en las competencias electorales, comenzando por el igual acceso a los espacios televisivos de la comunicación política, de la regularidad de los procedimientos electorales y de todas las controversias en materia de elecciones y sobre la observancia, en fin, de las normas que garantizan la democracia interna de los partidos. Acaso no ha sucedido que, luego de la introducción de estas instituciones, por primera vez, luego de más de setenta años, el partido de gobierno –el Partido Revolucionario Institucional– ha perdido las elecciones. Y ciertamente, donde similares instituciones hubiesen estado presentes en el ordenamiento italiano, la larga aventura berlusconiana acaso habría sido impedida o por lo menos contenida desde el comienzo¹⁰.

Una tercera innovación, quizás la más importante y original, ha sido la previsión en la constitución brasileña de deberes impuestos a los poderes públicos, esto es de cuotas mínimas destinadas a la garantía de los derechos sociales. En particular, el art. 212 establece que son destinados a la educación no menos del 18% del presupuesto de la Unión y no menos del 25% del 18% del presupuesto de los Municipios; y el art. 198, inc. 2 y 3, establece que cada año una ley complementaria establecerá las cuotas mínimas del presupuesto de la Unión, de los Estados y de los Municipios destinadas a la asistencia sanitaria, previendo que en ausencia de tal ley, se apliquen las cuotas establecidas el año precedente “aumentado como mínimo del 5% en cuanto refiere a la Unión, del 12% en cuanto refiere a los Estados y Distritos

⁹ Para un análisis comparativo se puede revisar J. OROZCO HENRÍQUEZ. «El Contencioso electoral». En D. NOHLEN, S. PICADO e D. ZOVATTO (a cura di). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. Ciudad de México: Ife, 1998, pp.708-807. En cuanto a Europa, se recuerda las competencias confiadas por los Arts. 58-60 de la Constitución francesa al Conseil Constitutionnel, en razón de la vigilancia a la regularidad de la elección del Presidente de la República, al examen de las demandas presentadas, a las decisiones, en caso de constestación, sobre la regularidad de las elecciones de los diputados y de los senadores y a la observancia de la regularidad de las operaciones del referéndum.

¹⁰ El artículo 10 de la ley electoral italiana n.361 del 30.3.1957, declarado inaplicable, declara inelegible “aquellos que en propio o en calidad de representantes legales de la sociedad o de la empresa privada resulten vinculados con el Estado...para concesiones o autorizaciones administrativas de notable entidad económica”, como son, ciertamente, las empresas televisoras .

Federales y del 15% en cuanto refiere a los Municipios”¹¹. Es fácil de entender las innovaciones de similares normas. Gracias a estas, la laguna de leyes de actuación de los derechos sociales o de su inadecuación, per se incensurables, han sido cambiadas en antinomias, es decir, en violaciones de la constitución relevantes y reparables en sede jurisdiccional mediante iniciativas de los ministerios públicos a diversos niveles del ordenamiento federal.

En fin, la constitución brasileña diseña la figura del Ministerio Público como órgano complejo, dotado de competencias que van más allá de las tradicionales funciones de la acusación en el proceso penal y que lo convierte en una institución de garantía de los derechos fundamentales, y en particular de los derechos sociales, auxiliar a la función jurisdiccional. Más allá del ejercicio de la acción penal, el art. 129 de la Constitución le atribuye una serie de funciones garantizadoras de iniciativas de carácter extra penal mediante los organismos jurisdiccionales, de las cuales las más importantes son “la promoción del respeto a los derechos de los ciudadanos por parte de los poderes públicos y servicios de relevancia pública, mediante adecuación de medidas de garantía” y “la iniciativa de la investigación civil y de la acción pública civil para la protección del patrimonio público y social, del ambiente y de los otros intereses difusos y colectivos” (como los derechos de los consumidores, de las minorías y similares).

Se entiende que esta extraordinaria expansión de las garantías –tanto primarias como secundarias, principalmente en materia de derechos sociales– proviene de similares innovaciones, de las cuales la cultura jurídica europea tendría mucho que aprender. En nuestros ordenamientos, la estructura garantista es aún aquella del viejo Estado liberal, falto de efectivas garantías secundarias de los derechos sociales constitucionalmente estipulados, como lo demuestran los recortes continuamente realizados a los presupuestos destinados a su sostentamiento. Medidas como los deberes de presupuestar y la intervención de la jurisdicción, activada de oficio por el Ministerio Público en caso de su violación por parte tanto de la legislación como de la Administración Pública, equivalen los unos a las garantías primarias y los otros a las garantías secundarias de todos los derechos fundamentales, comenzando por los derechos sociales.

¹¹ Por último, la laguna de la ley complementaria ha sido evitada por la recientísima ley n. 141 del 13 de enero del 2012, que en materia de sanidad ha confirmado el porcentaje del 12% para los Estados y del 15% para los Municipios y para la Unión, estableciendo que estos deben crecer, en el mínimo, con el crecimiento del PBI. Asimismo, el art. 34, VII, literal e) establece que la Unión no intervendrá en las políticas sociales de los estados ni de los distritos federales” sino para “asegurar la observancia” del principio de la “aplicación del mínimo requerido de entradas resultantes de impuestos estatales... para la conservación y el desarrollo de la enseñanza y para las prestaciones y los servicios sanitarios”. Sobre la importancia de los deberes de rendir cuentas, cfr. también *Pill*, § 13.19, p.98 e § 15.18, pp.402-403.

5. LA JURISDICCIÓN COMO INSTITUCIÓN DE GARANTÍA

La expansión de las funciones jurisdiccionales impuesta por el paradigma constitucional puesto en práctica con las radicales transformaciones en la experiencia brasileña, para mantener equilibrio entre poderes del Estado, conlleva al tercer orden de condiciones más adelante propuestas. Es evidente que todas estas nuevas funciones judiciales son funciones ya no de *innovación*, como las funciones legislativas y de gobierno, sino más bien, de conservación y actuación en el orden existente, dado que intervienen y se justifican para sancionar o reparar violaciones de la ley o de la Constitución. Precisamente, son *funciones de garantía* de los derechos fundamentales, lógicamente exigidos por los límites y deberes impuestos por los derechos constitucionalmente estipulados a la esfera pública, los cuales tienen la necesidad de tener como respaldo garantías jurisdiccionales en capacidad de defenderse por sí mismas frente a sus violaciones. De aquí se deduce la independencia y la separación requerida por todos los poderes políticos del gobierno, como constitutivas de su misma naturaleza y como condiciones indispensables para el ejercicio de su rol. En efecto, se trata de nuevas funciones que señalan una tendencia expansiva de la jurisdicción, que también sería promocionable en los ordenamientos europeos, simultáneamente a la expansión, igualmente promocionable, de las garantías primarias; es decir, de límites y deberes, a la altura de los nuevos poderes que van manifestándose, principalmente, a nivel global. Se piensa solo en la necesidad y urgencia de un constitucionalismo de derecho privado y al mismo tiempo supranacional en capacidad de imponer límites y deberes a los actuales poderes salvajes del mercado y, asimismo, las correlativas garantías secundarias de tipo jurisdiccional.

Es del todo innegable que, debido a la expansión de la jurisdicción, debe darse un crecimiento del poder judicial que exige a su vez un reforzamiento de sus condiciones de legitimidad. Ciertamente, el rol de garantía en que consiste tal poder y su ejercicio, debe darse solo ante violaciones, excluyendo así toda justificación de tener miedo al denominado gobierno de los jueces y de los ministerios públicos. Como escribe Alexander Hamilton: “El judicario [...] no puede influir ni sobre la espada ni sobre la riqueza” y por consiguiente, “sin parangón alguno, es el más débil de los tres poderes del estado”, dado que “no podrá jamás arremeter con éxito alguno contra uno de los otros dos poderes”¹². En efecto, el juicio consiste en la aplicación sustancial de la ley. E interviene, puede intervenir, ya no en los espacios legitimados, sino solo en los espacios ilegítimos de la política. Y más aún en el momento mismo en el

¹² A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON. *The Federalist* [1788]. Tr. it. *Il Federalista*. Boloña: Il Mulino, 1997, p. 623.

cual el poder judicial se convierte en poder de control del válido ejercicio de los otros poderes también legitimados por la representación política. En consecuencia, se vuelve más esencial aún afirmar sus límites y deberes lo más rigurosamente posible como condición de su propia legitimidad. Enumeraré tres condiciones.

La primera de las condiciones consiste en el reforzamiento de las garantías jurisdiccionales. Se ha dicho que la jurisdicción es siempre un saber-poder; de aquí la necesidad de refundar la legalidad, comenzando por la legalidad penal, poniendo un freno a la inflación legislativa, que afecta al mismo tiempo la efectividad y las garantías penales y procesales. En esta perspectiva, he sostenido más de una vez, la necesidad de un reforzamiento de la reserva de ley a través de su transformación en una reserva de código: todas las normas penales y procesales, sobre la base de este principio, deberían ser incluidas en los códigos, donde se hacen más fácilmente cognoscibles, sea asegurada por lo menos la coherencia y la sistematicidad del conjunto y tenga así puesto un freno la deriva inflacionaria provocada por las leyes de emergencia o de excepción. Pero, sería igualmente necesaria una refundación de la legalidad constitucional, a través de una formulación más precisa de las normas constitucionales y en particular de los derechos fundamentales. En efecto, hay un solo modo, repito, para limitar el arbitrio judicial y para hacer efectiva la sujeción a la voluntad del legislador que el juez está llamado a aplicar: la estricta legalidad o taxatividad y, en consecuencia, la formulación cuanto menos posible unívoca y precisa de las normas.

La segunda de las condiciones refiere a la concesión misma del constitucionalismo. Justamente la expansión hasta aquí ilustrada del rol y del poder de los jueces hace, a mi propio parecer inaceptable la orientación, de la hoy largamente difundida en la literatura, del denominado "neoconstitucionalista", que lee la mayor parte de las normas constitucionales, incluso los derechos fundamentales, ya no como reglas destinadas a la aplicación jurisdiccional ante sus violaciones, sino como principios objeto de ponderación o equilibrio, consistente en la enunciación de objetivos políticos y no en prescripciones o prohibiciones de comportamientos en estos subsumibles como *fattispecie*¹³. Ciertamente, tienen este sentido muchas normas constitucionales, incluso fundamentales, las cuales no se les ha configurado violaciones precisas, y

¹³ R. DWORKIN. *I diritti presi sul serio* (1977). A cargo de G. Rebuffa. Boloña: Il Mulino, 1982, pp.90-121; R. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales* (1985). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, cap. III; M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996, cap.I; G. ZAGREBELSKY. *La legge e la sua giustizia*. Bologna: Il Mulino, 2008, cap.VI, pp. 205-236.

por esto ni siquiera se precisa aplicaciones jurisdiccionales, como por ejemplo los artículos 1, 3, CPV y 47 de la constitución italiana, los cuales establecieron que “Italia es una República fundada en el trabajo”, “es deber de la República remover los obstáculos de tipo económico y social que... impiden el pleno desarrollo de la persona humana” y “la República promueve y protege el ahorro”. Aunque, es igualmente cierto, a mi parecer, que no lo son las normas sobre derechos fundamentales, de las cuales son configurables tanto la observancia como la inobservancia como cualquier otra regla¹⁴. En efecto, el tema no es puramente académico, la importancia práctica consiste en el hecho que la lectura, como principios o como reglas de las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales, vale de hecho para coadyuvar, más allá de los ordinarios márgenes de opinión presentes en cierta actividad interpretativa, una propia discrecionalidad judiciaria. Se ha debilitado la normativa de la constitución, y consecuentemente, el primer fundamento de la legitimidad de la jurisdicción, es decir, su sujeción a la ley. El activismo judiciario avalado por esta injustificada extensión de la noción de “principios”, arriesga así de resolver en una doble lesión del paradigma del Estado de Derecho: de una parte, el cuestionamiento de la jerarquía de las fuentes, dado que, la ponderación consiste en la elección de los principios constitucionales, de vez en cuando, considerados más “pesados” que otros y, de otra parte, la separación de los poderes a causa del indebido rol creativo del derecho de hecho asignado a la función judiciaria¹⁵.

La tercera de las condiciones, sobre el cual he insistido más de una vez, refiere a la deontología y a la responsabilidad de los jueces y ministerios públicos; se ha dicho que la independencia de éstos, es una condición necesaria para los múltiples roles de garantía de la jurisdicción. Pero también vale la tesis inversa: la independencia de los jueces y los ministerios públicos implica su rol efectivo de garantía de los derechos, como condición necesaria para su creíble defensa. Por esto, toda vez que un juez o un fiscal comenten un abuso o violan una ley, o condenan a un inocente, o asimismo violan los derechos de un ciudadano, esto amenaza la legitimidad de sus funciones y atenta contra el fundamento de su independencia. Ya que, de una parte, existe un nexo unívoco entre independencia y legitimación de las funciones de garantía, y de otra parte, al riguroso respeto de las garantías a cargo de su ejercicio. Cada juez y cada fiscal encuentran, en su larga carrera, millones de

¹⁴ Sobre la noción de “regla (norma) deontótica” de un comportamiento (o de un acto) y sobre su equivalencia extensiva con su observancia o inobservancia, reenvío a *Pil*, cap.IV, § 4.7, p. 242 y cap.VIII, § 8.3, p. 424.

¹⁵ Reenvío, para un desarrollo más analítico de estas tesis, a consideración de una concepción garantista del constitucionalismo, los escritos citados en la nota 1.

ciudadanos: como imputados, como partes ofendidas, como testigos, como demandantes o demandados. Naturalmente no recuerdan casi ninguna de estas personas; sino, más bien, alguna de estas personas, recordará aquel encuentro como una experiencia existencial inolvidable. Independientemente del hecho que haya habido mal o bien, recordará y juzgará a su juez, valorará la ponderación o la arrogancia, el respeto, o bien el desprecio por la persona, la capacidad de escuchar sus razones o bien la obtusidad de la burocracia, la imparcialidad o bien el pre-juicio, el sentido de humanidad o bien la inercia e insensibilidad. Recordará, principalmente, si aquel juez le ha dado miedo o le ha suscitado confianza. Solo en este segundo caso se advertirá y se defenderá la independencia como su garantía, es decir, como una garantía de sus derechos de ciudadano. Asimismo, podemos decir que, el juez advertirá aquella independencia como el privilegio de un poder odioso y terrible. Recordemos lo que escribe Tocqueville de los jueces del *ancien régime*: aquellos jueces eran independientes, porque eran propietarios de sus cargos; pero eran jueces feroces e injustos, y nadie defendía ni añoraba su independencia.

FORMACIÓN DE MAGISTRADOS EN BRASIL: UN MODELO EDUCATIVO INSTITUCIONAL EN CONSTRUCCIÓN TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1988*

GRAÇA MARIA BORGES DE FREITAS**

Resumen

Los sistemas de selección y formación de magistrados poseen peculiaridades vinculadas a la tradición jurídica adoptada por cada país; sin embargo, más que relación con el sistema jurídico adoptado por el país, estos criterios de selección y formación hacen referencia al sitio y al rol que tiene el Poder Judicial en la organización del Estado, y en tal sentido, lo que de ninguna manera podrá quedar de lado es que la valoración del rol constitucional del juez y el fortalecimiento de los principios del Estado democrático de derecho deben atravesar toda la formación del magistrado, en orden a que los principios fundadores del orden jurídico nacional sean reafirmados por el juez cada vez que aplique el derecho a un caso concreto.

Palabras clave: Selección de magistrados – Formación de magistrados – Escuelas de la Magistratura – Oposiciones públicas en el modelo brasileño.

Abstract

The systems for the selection and formation of judges possess certain particularities related to the legal tradition adopted by each country; however, more than their relation with legal system adopted by each country, these selection and formation criteria refer to the place and role of the Judiciary in the organization of the State and in this regard, something than can, under no circumstances, be left aside is that the valuation of the constitutional role of the judge and the strengthening of the principles of a democratic State must be included in the formation of every judge so that the founding principles of the national legal order can be reasserted by the judge every time he applies the law to a specific case.

Key Words: Selection of Judges – Training of Judges – Judgeship Schools – Public Objections in the Brazilian Model.

* Artículo originalmente publicado en la Revista de la ENM, Año II, N. 4, octubre/2007 (Número especial en homenaje a Sálvio de Figueiredo Teixeira), aquí revisado y ampliado. Parte de las reflexiones aquí presentadas han sido objeto de la tesis de Master de la autora: "A Formação Do Juiz: Papel, limites e desafios das Escolas de Magistratura na sociedade brasileira contemporânea". Traducido por Dalton Ricoy Torres. Miembro del equipo de funcionarios de la Escuela Judicial del TRT de la 3^a Región.

**Juez del Trabajo del Tribunal Regional del Trabajo de la 3^a Región. Miembro del Consejo Consultivo de la Escuela Judicial del TRT de la 3^a Región.

Sumario

1. Importancia del tema.
2. Modelos de selección y formación de magistrados.
3. La legitimación de las escuelas de gobierno y de las escuelas de magistratura en el escenario jurídico nacional a partir de 1988.
4. Peculiaridades del sistema de formación de magistrados en Brasil. Funciones de las escuelas. Propuestas acerca de su rol institucional.

1. IMPORTANCIA DEL TEMA

Por diversos factores y bajo distintas perspectivas, el tema de la formación de magistrados ha sido señalado como uno de los asuntos prioritarios a afrontarse para responder a los desafíos impuestos al Poder Judicial en la sociedad contemporánea.

Uno de los motivos del interés por el tema es el aumento de la litigiosidad y de la complejidad de las demandas ocurridas a partir de los años de 1980, resultantes de cambios sociales, políticos y económicos que han transformado las estructuras del Estado y de la sociedad y desplazado hacia el Poder Judicial¹ conflictos que antes se resolvían en otros espacios públicos o privados.

Para intentar hacer la regulación de esa complejidad el derecho también ha cambiado, sea por las dificultades de formulación de consensos en una sociedad más plural, haciendo que el Poder Legislativo transfiera para el Judicial algunas decisiones sobre el contenido del derecho a ser aplicado, sea por la necesidad de edición de normas más abiertas y principiológicas que puedan adecuarse a la pluralidad de los casos concretos, sea, aun, por el exceso de normas jurídicas, muchas veces contenido dispositivos contradictorios entre sí, que necesitan ser analizados, ponderados y aplicados al caso concreto.

La consecuencia de esos factores ha sido, también, la modificación o la ampliación del rol del Juez en la construcción y aplicación del derecho².

Los cambios del Estado y de la sociedad han generado, aun, nuevos conflictos jurídicos, de entre los cuales están aquellos resultantes de problemas relativos a la efectividad de los derechos sociales, precarizados por la desregulación neoliberal, o incumplidos por el Estado.

¹ En este sentido, señalamos, de entre otros, los estudios respecto a la judicialización de la política y de las relaciones sociales en Brasil (VIANNA *et al.*, 1999) y judicialización de las relaciones familiares (SIFUENTES, 2004). Véase también Araújo (2004).

² Lo que explica, en parte, la presión por la institución de las súmulas vinculantes en Brasil.

Ha cambiado el perfil de los litigantes, siendo unos más poderosos económicamente, a ejemplo de las empresas originadas de los procesos de privatización de la economía, o las grandes corporaciones internacionales, en muchos casos responsables por la colonización³ del Poder Judicial, sea por la violación sistemática del orden jurídico, sea por la discusión de temas de interés económico, ampliando el padrón de litigación habitual, que no puede ser resuelto satisfactoriamente por medio de acciones individuales.

La centralidad ocupada por el Poder Judicial ha derivado, también, de un mayor protagonismo de nuevos movimientos sociales⁴ y, en Brasil, de la ampliación de los derechos inscritos en la Constitución de 1988⁵, generando expectativas en cuanto a las posibilidades de que este Poder garantice la realización de derechos previstos en las leyes y en la Constitución.

La transnacionalización de la economía y el interés del capital en la estabilidad de las instituciones del Estado, en la homogeneidad del derecho en materias de interés económico y en la previsibilidad de las decisiones judiciales, han hecho que la reforma del Poder Judicial y, en su hilo, la creación de Escuelas Judiciales, pasara a ser una bandera también de los defensores de la economía de mercado, en los términos de las reglas del llamado “segundo consenso de Washington”⁶, cuestión que aparece en las propuestas del Banco Mundial para la reforma del Poder Judicial en Latinoamérica y en Caribe (Candeas, 2003) y que debe ser objeto de atención a la luz del énfasis dado a los valores de la “previsibilidad de las decisiones” y del “cumplimiento de los contratos” por las instituciones internacionales que difunden los parámetros de la agenda económica global.

³ Expresión de Boaventura Sousa Santos que significa el uso abusivo de la estructura del Poder Judicial por el mercado. Lo que puede ocurrir, también, cuando el propio Estado es el litigante habitual.

⁴ Santos (2000b) y Faria (1991) señalan que, al lado del Estado, estos nuevos movimientos sociales se han convertido en una nueva esfera pública en el paradigma del Estado Democrático de Derecho, que señala hacia la sustitución de un modelo de democracia representativa por una democracia participativa. Tales movimientos adoptan una perspectiva de acción distinta a aquella de los antiguos movimientos sociales (especialmente, de los sindicatos y partidos políticos), puesto que sus pugnas son sectoriales, de entre las que podemos citar: el acceso a la vivienda y a la tierra, la preservación del medio ambiente, la lucha en contra de la discriminación respecto al sexo, color u orientación sexual.

⁵ Además de la positivación de muchos derechos individuales, políticos y sociales, la Constitución amplió la estructura del Poder Judicial y del Ministerio Público (N.T.: en algunos países el MP se llama: Fiscalía o Ministerio Fiscal) y revalorizó el rol de la Abogacía y Defensoría Pública (N.T.: en algunos países también conocida como: Colegio de Abogados). La creación de Juzgados Especiales Civiles también representó un importante factor de ampliación del acceso a la justicia por la población más pobre en causas de pequeño valor.

⁶ El nuevo consenso formado a partir de finales de los años de 1990 predica que la eficacia del modelo económico propuesto depende de un Estado fuerte y con instituciones sólidas y eficaces, actuando en “asociación” con el mercado. El Poder Judicial está considerado como fundamental en este proceso, puesto que es quien va a juzgar la aplicabilidad de los contratos y de las nuevas leyes de ajuste de la economía, de modo que su estabilidad y su previsibilidad suponen la mayor posibilidad para que el inversor estime el riesgo de “traer recursos” al país. En este sentido, véase Candeas (2003).

A propósito de esa cuestión, la crisis que asoló el mundo pone en duda los paradigmas de la economía neoliberal al apuntar la necesidad de regulación de la economía por el Estado, más allá de poner en evidencia la importancia de la asunción, por el Estado, de algunos servicios esenciales a la protección del ciudadano, como la salud, educación y previdencia social. Ese es un buen ejemplo para la reflexión acerca de la importancia de un Poder Judicial que sea permeable a la pluralidad de voces de la sociedad y de los intereses en conflicto, así como de una formación de los magistrados que sea crítica, pluralista y atenta a la intersubjetividad y al diálogo.

Al corriente de ello, expertos en Sociología del Derecho y en Sociología de las Profesiones se han referido también a la importancia del tema.

En este contexto, Santos (2000a, p. 37) llama la atención para los riesgos de la falta de preparación de la magistratura en la sociedad actual⁷ y pone de relieve (2000b, p.181) la importancia de los sistemas de formación y reclutamiento de magistrados y la necesidad, hoy día, de una magistratura *“culturalmente ilustrada”*, es decir, con un cierto *“distanciamiento crítico”* y *“prudente vigilancia personal en el ejercicio de sus funciones”*, destacando, respecto a la formación de magistrados: [...] la necesidad urgente de dotarlos de conocimientos culturales, sociológicos y económicos que les aclare sobre sus propias opciones personales y sobre el significado político del cuerpo profesional al que pertenecen, con vistas a posibilitarles un cierto alejamiento crítico y una actitud de prudente vigilancia personal en el ejercicio de sus funciones en una sociedad cada vez más compleja y dinámica. (2000b, p.174).

Así que, en el momento en el que se crearan las Escuelas Nacionales de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados en Brasil (ENFAM y ENAMAT), el tema de la formación de magistrados tenía muchos retos que afrontar.

Tales retos persisten en el momento actual de su consolidación, entre los cuales está el de definir, con claridad, su rol político-institucional y de legitimar su actuación, especialmente delante de la creación de otras instancias administrativas como el Consejo Nacional de Justicia y el Consejo Superior

⁷ Según Santos, Como interpreta mal la realidad, el magistrado queda como presa fácil de ideas dominantes, porque no tiene ideas propias sobre ello. Además, de acuerdo con la cultura dominante, no las tiene que tener, lo que sí tiene es que aplicar la ley. Obviamente que, no teniendo ideas propias, tiene que tener algunas ideas, aunque piense que no las tiene. Son ideas dominantes que, en Portugal, son las ideas de una clase política muy pequeña, de formadores de opinión, también muy pequeña, y de una gran concentración de los medios de comunicación social. De ahí que se cree un sentido común muy restringido en el que se analiza la realidad.

de la Justicia del Trabajo, cuyas esferas de atribución todavía están siendo modeladas, padeciendo, algunas veces, de sobreposición de funciones regulatorias, y otras veces, del olvido del rol constitucional específico de las Escuelas Nacionales, que es el de regular los temas afectos a la formación judicial, lo que denota la existencia de una disputa de espacio en la esfera de regulación del tema, cuestión sobre la cual haremos algunas consideraciones más adelante.

2. MODELOS DE SELECCIÓN Y FORMACIÓN DE MAGISTRADOS

Los sistemas de selección y formación de magistrados no son estáticos históricamente y poseen peculiaridades locales vinculadas a la tradición jurídica adoptada por el país y a la formación histórica de la organización del Estado y, como advierte Sagüés (1998:7), “[...] *no constituyen instancias neutras o políticamente esterilizadas*”.

Sobre esta cuestión Fix-Fierro (1998: 9-10) afirma que: [...] *la definición de la adecuada preparación y selección de los juzgadores no está exenta de aspectos institucionales y políticos que inciden de manera clara y definitiva en la concepción de lo que es y debe ser una escuela judicial. No aceptar esta incidencia sólo puede tener por resultado, en el mejor de los casos, una institución de enseñanza jurídica más, y no el semillero de los funcionarios que tendrán a su cargo una de las funciones centrales y más delicadas del Estado de derecho [...]*⁸.

Los principales tipos de selección todavía hoy existentes son: la elección popular, el libre nombramiento por el Ejecutivo, el libre nombramiento por el Poder Judicial, el nombramiento por el Ejecutivo condicionado a la propuesta de otros poderes, el nombramiento por el Ejecutivo condicionado a la aprobación por el Legislativo y las oposiciones públicas (Bandeira; 2002, p. 3; y Teixeira; 1999, p. 19).

Los modelos de formación, a su vez, también se diferencian entre los varios países. Pueden realizarse solamente en universidades; por el Estado, tras la conclusión de la licenciatura universitaria y antes del ingreso en la carrera judicial (el caso de Alemania); por un órgano del Poder Judicial o Ministerio de la Justicia, tras examen de selección para ingreso en la carrera judicial, en Escuelas Judiciales o no.

⁸ Hector Fix Fierro es investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México en las áreas de la Sociología del Derecho y Sociología de las profesiones jurídicas, e responsable por la organización y presentación del número 5 de los Cuadernos para la reforma de la justicia (FIX-FIERRO, 1998).

En la literatura europea⁹, al tratarse de los modos de selección y formación de magistrados, se suele señalar la existencia de dos grandes modelos: el “*burocrático*” y el “*profesional*”, que serían los modelos adoptados, respectivamente, por los países de la tradición romanista (o del *civil law*) y por aquellos de la tradición del *common law*.

Las principales características de los modelos señalados es que, a través del modelo llamado “*burocrático*”, el juez se inserta en un cuerpo “funcionarial”, con perfil generalista, en la mayoría de las veces, todavía joven, pasando a hacer parte de una carrera judicial a ejercerse por muchos años y en la que ocupará distintos cargos hasta ascender a los niveles superiores de la misma carrera.

En este sistema, la selección, generalmente, se hace por oposiciones y no se exige del candidato notorio saber jurídico o gran experiencia de práctica forense. La formación se realiza, tras las oposiciones, en una Escuela Judicial o en otro órgano incumbido de esta función.

Tal sistema tiene la ventaja de eliminar la influencia política de los nombramientos y de crear mecanismo para suplir unos eventuales déficits de formación y experiencia de los jóvenes licenciados en Derecho, siendo también ventajoso en lo que atañe a la oferta de una formación específica para el desempeño de la función jurisdiccional.

En las magistraturas denominadas “*profesionales*”, por su parte, los magistrados, normalmente, se indican para asumir un puesto específico de la carrera, a través de elecciones o de designación política del Poder Ejecutivo, del Legislativo o de ambos.

En general, deben indicarse entre juristas poseedores de notorio saber, reconocidos por medio de su actuación en litis forenses, como es el caso de Inglaterra; o bien, por el destaque como juristas en universidades, hipótesis más bien común en los Estados Unidos.

En este caso, por tratarse de personas supuestamente ya preparadas para el ejercicio del cargo, no se realiza la formación inicial en Escuelas Judiciales, aunque puede haber sistemas de formación permanente, como pasa, pongamos por caso, en los Estados Unidos y Canadá.

En Brasil, la realización de la selección por medio de oposiciones públicas acerca el modelo brasileño a los sistemas denominados “*burocráticos*”. Sin

⁹ En este sentido, véase, de entre otros, a Guarnieri (2001), a Pederzoli (2001a; 2001b), a Oberto (2003) y a Jiménez Asensio (2001).

embargo, se considera que, más que relación con el sistema jurídico adoptado por el país, los criterios de selección y formación de magistrados hacen referencia al sitio y al rol que tiene el Poder Judicial en la organización del Estado.

El ordenamiento jurídico brasileño posee institutos específicos que lo diferencian de la mayoría de los ordenamientos europeos y latinoamericanos, de manera que hará falta analizar el rol de las Escuelas Judiciales en Brasil en función de su modelo constitucional de magistratura para evitarse la importación inadecuada de institutos relacionados a la formación de sus miembros, como analizaremos a continuación.

3. LA LEGITIMACIÓN DE LAS ESCUELAS DE GOBIERNO Y DE LAS ESCUELAS DE MAGISTRATURA EN EL ESCENARIO JURÍDICO NACIONAL A PARTIR DE 1988

El reconocimiento de las Escuelas de Gobierno por la Enmienda Constitucional n. 19/98 y la introducción de las Escuelas Nacionales de Magistratura en el marco de los Tribunales Superiores, en Brasil, representan un acercamiento de nuestro modelo de perfeccionamiento de carreras públicas al modelo francés, en lo que ataña a la existencia de un sistema propio de formación pública en servicio.

Ello no es novedoso en Brasil, puesto que ya se aplicaba a las carreras diplomáticas, por medio del Instituto Rio Branco, desde el 1945, y a otras carreras federales vinculadas al Poder Ejecutivo, por medio de la Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP) y de la Escuela de Administración de la Hacienda Pública (ESAF), de entre otras instituciones semejantes de ámbito nacional o regional.

La novedad introducida en nuestra Constitución se ataña, por un lado, al reconocimiento de esas Escuelas de Gobierno y al estímulo a su creación en el marco de la Administración Pública, a tenor de la nueva redacción del apartado 3º del artículo 39 del capítulo que rige el régimen jurídico de los servidores públicos civiles, y, por otro, a la admisión de este modelo de Escuelas en el seno del Poder Judicial (artículos 111-A, apartado 2º, n. I y 105, apartado único, n. I), cuya formación de sus miembros, hasta antes de 1988, no estaba regulada por norma de ámbito federal, a salvo de dispositivos dispersos de la Ley Complementaria n. 35/79 (Loman - Ley Orgánica de la Magistratura Nacional), de entre los que permite el alejamiento del magistrado para cursos, sin perjuicio de sus sueldos (Art. 73, I).

La ausencia de referencia a Escuelas de Magistratura en las normas constitucionales que regían la selección y formación de magistrados en Brasil hacía que nuestro sistema de formación judicial fuera más similar al modelo “estadounidense”, mencionado, normalmente, como contrapunto al modelo “francés” de formación de agentes públicos, cuya característica es la de hacerse “[...] en el mismo espacio de formación técnica y profesional del sector privado [...]” (Ribeiro, 2003, p. 131)¹⁰ a salvo de iniciativas espontáneas de algunos tribunales regionales o de los estados miembros, que han pasado a facilitar formación inicial y permanente a sus magistrados, por medio de Escuelas Judiciales creadas en su marco¹¹.

Al exponer, en líneas generales, las características de los sistemas de formación de las carreras públicas, tomando como referencia genérica el sistema “francés” y el “estadounidense”, Ribeiro (2003, p. 131-132) expone, de la siguiente manera, las críticas que se hacen a los dos sistemas y las ventajas de un sistema público específico de formación:

Los críticos del sistema francés entienden que una formación específica alejaría a los servidores públicos de la sociedad, induciendo la administración a adoptar conceptos herméticos, convirtiéndola en una “torre de marfil”, de acceso restringido a algunos tecnócratas. Esta crítica, vinculada a la defensa de valores democráticos, también se preocupa por la eficiencia, puesto que sería mejor para la administración pública compartir de los conocimientos técnicos y científicos producidos por el conjunto de la sociedad, lo cual colaboraría para combatir lo que se considera notoria ineficiencia de los medios gerenciales públicos.

Los defensores del modelo de formación específica de los servidores civiles dicen, como contra argumento, que la actividad de la administración pública posee características específicas. Para esta corriente, dados los poderes reconocidos a los órganos del Estado, aun cuando estos ejercen actividades, en principio, iguales que las ejercidas por particulares, los efectos producidos son totalmente diferentes. A causa de ello, más que tratar de sustituir la formación

¹⁰ Excepción hecha a las carreras militares cuya formación, en los dos sistemas, se dan en Academias o Escuelas específicas.

¹¹ Se pone por caso, la Escuela Judicial Desembargador Edésio Fernandes, creada por el Tribunal de Justicia de Minas Gerais, en 1975, y la Escuela Judicial del TRT de la 3^a Región, creada en septiembre de 1988, pioneras en sendos segmentos. Hubo, por otro lado, antes de ello, la creación de Escuelas en el marco de asociaciones de magistrados, como les pasó a la Asociación de Jueces de Rio Grande do Sul (AJURIS) y a la Asociación de Magistrados Brasileños (AMB), cuyos ejemplos fueron seguidos por muchas asociaciones de magistrados. Tales escuelas, a veces, actúan en asociación con las Escuelas institucionales o las sustituyen, en el caso de los Tribunales que no las poseen.

técnica y científica producida por la sociedad, esto significa complementarla, a fuerza de las características específicas de la administración pública, lo cual justifica la necesidad de las Escuelas de Administración Pública o, aun más, de las Escuelas de Gobierno.

Las Escuelas de Magistratura previstas en la Constitución hacen parte, por lo tanto, de la opción del poder público brasileño de instituir sistemas específicos de formación para las carreras públicas, especialmente para las carreras de Estado. Estas Escuelas, sin embargo, no son el único espacio reconocido de formación del magistrado, prevaleciendo, en nuestro sistema, la valoración concurrente de la formación recabada en el sistema regular de enseñanza, mediante la posibilidad de reconocimiento de cursos realizados en otras instituciones y de alejamientos remunerados para estudio, asuntos cuya reglamentación es objeto de análisis por las Escuelas Nacionales y por el Consejo Nacional de Justicia¹².

La opción de crearse escuelas institucionales reconocidas constitucionalmente no podrá, por lo tanto, recibirse como transposición de un cierto modelo de magistratura para Brasil. Las Escuelas Judiciales tienen que estar pensadas en nuestro país como *locus* creado para perfeccionar el modelo de Magistratura Democrática de Derecho vigente en el país, según la clasificación de Zaffaroni (1993)¹³ aliada a una magistratura concebida constitucionalmente como un poder político-institucional (Sagüés, 1998)¹⁴, lo cual es un reto de los más instigadores para el Poder Judicial brasileño hoy día y una oportunidad que se abre a este Poder de crear, en su interior, un espacio permanente y crítico de reflexión y perfeccionamiento.

¹² La ENFAM (Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados) estableció criterios para reconocimiento de los cursos de perfeccionamiento impartidos por las escuelas provinciales o regionales de la Justicia común federal y de los estados por medio de las Resoluciones 02/2007 y 02/2008.

¹³ En ese modelo de magistratura, según Zaffaroni, además garantizarse la selección de los jueces por criterio técnico-jurídico, mediante oposiciones públicas, se cumplen los requisitos de la independencia interna y externa, por medio del traspaso del gobierno del Poder Judicial un órgano distinto del Ejecutivo y del Supremo Tribunal, integrado por una mayoría de jueces y una minoría de juristas independientes, designados por representación popular. En Brasil, en virtud de la independencia del Poder Judicial respecto de los demás poderes, de la selección de magistrados por oposiciones públicas, de la autonomía administrativa de los tribunales y de la institución de un órgano de autogobierno, consideramos que el Poder Judicial ha superado el modelo de magistratura técnico-burocrática referido por Zaffaroni.

¹⁴ Tal característica resulta de la posibilidad que tiene este Poder de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y de hacer efectivas las garantías de los ciudadanos delante de abusos de los Poderes del Estado. Por lo tanto, de neutralizar o controlar, en alguna medida, los actos oriundos del Legislativo, del Ejecutivo y del propio Poder Judicial. Este modelo de Poder Judicial deriva del constitucionalismo estadounidense y, como resalta Sagüés (1998), tuvo este entendimiento consagrado a partir del célebre caso "Marbury X Madison".

4. PECULIARIDADES DEL SISTEMA DE FORMACIÓN DE MAGISTRADOS EN BRASIL. FUNCIONES DE LAS ESCUELAS. PROPUESTAS ACERCA DE SU ROL INSTITUCIONAL

Pensar la formación de magistrados en Brasil supone reconocer que la magistratura brasileña tiene algunas peculiaridades que conllevan retos específicos para la organización de su formación, de entre esas, citamos:

- Organización judicial compleja con distintas ramas, dotadas de competencias distintas y organizadas en carreras específicas;
- Organización federativa del país y su gran extensión territorial, con significativas diferencias regionales;
- Existencia de tribunales de los estados miembros y tribunales regionales, administrativamente autónomos, responsables por la selección de sus magistrados;
- Coexistencia de Escuelas Nacionales y Escuelas Regionales para las distintas ramas de las carreras y de dos sistemas reconocidos de perfeccionamiento para la carrera: el institucional (Escuelas Judiciales) y el regular de enseñanza (Universidades), que necesitan considerarse en un proyecto nacional de formación;
- Selección de los magistrados para ingreso en el nivel inicial de la carrera basada en el criterio exclusivo de oposiciones públicas de pruebas y de títulos, con formación inicial, en regla, no selectiva;
- Existencia de un periodo en cuyo transcurso el magistrado tendrá su confirmación como vitalicio y así confirmado en el cargo;
- Frecuencia y aprovechamiento en cursos de perfeccionamiento, no obligatorios, en regla, pero previstos como requisitos para promoción por mérito en la carrera;
- Sistema de control de constitucionalidad difuso que hace de cada juez brasileño un juez constitucional.

En razón de las peculiaridades del sistema nacional de selección de magistrados, considero que la función constitucional de las Escuelas de Magistratura es aquella de formación de los miembros de la carrera o de aquellos que se encuentren en proceso de selección, en caso de que haya institución de cursos de preparación oficiales¹⁵, previstos como una etapa del proceso selectivo.

¹⁵ Esta cuestión ha sido objeto de resolución de ENFAM (Resolución 01/07, del 17.09.07). Por las repercusiones posibles en la carrera de los candidatos ya ocupantes de cargos o empleos públicos o privados (posibilidad de acumulación de sueldos, retorno al cargo o empleo de origen en caso de suspensión en el proceso selectivo, etc.), considero que el tema sería más adecuadamente tratado se regulado a través de ley complementaria.

Respecto a la inserción de curso preparatorio como etapa selectiva, sin embargo, ha sido la opción elegida por la ENFAM, considero que tal exigencia hecha por medio de resolución administrativa viola el principio de la legalidad por falta de previsión en la constitución y en la ley complementaria que regula la materia. Además, delante de las especificidades del sistema brasileño, especialmente por el sistema de vitaliciedad vigente, pienso que es más adecuada la opción adoptada por la ENAMAT, de integrar la formación inicial al periodo probatorio correspondiente a los dos primeros años de carrera, lo que también parece ser la opción constitucional.

En lo que atañe a la tarea de realizar cursos preparatorios para la oposición de ingreso en la carrera, sin embargo, no hay consenso al respecto entre las Escuelas Judiciales¹⁶. Considero que la preparación de candidatos a las oposiciones solamente debe ser objeto de ocupación de las Escuelas Judiciales si hay una finalidad pública en esta tarea. Esto puede ocurrir, por ejemplo, con el ofrecimiento de cursos o becas de estudio como política afirmativa para corrección de desigualdades sociales o económicas en el acceso a la carrera¹⁷, bajo pena de creación de un filtro indirecto y elitista para el acceso a la magistratura, sin respeto al principio de la isonomía previsto en la Constitución.

Cabe subrayar que, en este tema, la situación brasileña es distinta a aquella de muchos países latinoamericanos, como la Argentina y Uruguay, en los que no existen las oposiciones públicas como mecanismo de acceso a la carrera judicial, donde la realización de los cursos de preparación a la magistratura, en las Escuelas Judiciales, funciona como prerequisito de calificación del letrado para ocupar un puesto de Juez.

En términos de la Constitución de la República Federativa de Brasil, cabrá a las Escuelas Nacionales de la Magistratura (art. 111-A, apartado 2º, I, y art. 105, apartado único, I, de la Constitución) reglamentar los cursos oficiales para el ingreso y promoción en la carrera.

La ENAMAT -Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados del Trabajo- ya realiza directamente parte de la tarea formadora de los nuevos miembros de la carrera (formación nacional mínima común),

¹⁶ Ver a tal respecto el artículo del magistrado laboral Roberto da Silva Fragale Filho (FRAGALE, 2008) que diferencia la idea de una escuela “para jueces” de una escuela “de jueces”.

¹⁷ Por su parte, mencionamos la relevante experiencia brasileña del Instituto Rio Branco en la concesión de becas de estudio para candidatos afrodescendientes o de la Escuela Nacional de Magistratura francesa en el reciente ofrecimiento de curso preparatorio gratuito y con la concesión de becas de mantenimiento para 15 candidatos necesitados que pretendan el acceso a aquella Escuela.

aparte de ser el órgano que reglamentará el sistema nacional de formación y perfeccionamiento de magistrados del trabajo, actualmente ya en fase de consolidación, cuya reglamentación de los mínimos obligatorios ha sido hecha por medio de la Resolución 01/2008.

La ENFAM -Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados-, a su vez, tiene la tarea de reglamentar el sistema de formación de toda la magistratura federal y de los estados, cuya diversidad y amplitud traen hacia esta Escuela un reto aun mayor.

Para que las Escuelas Nacionales y Regionales puedan realizar una tarea de motor del cambio y del perfeccionamiento institucional del Poder Judicial, necesitan funcionar con una autonomía didáctica y administrativa y de modo flojamente articulado, horizontal y verticalmente, evitándose el establecimiento de jerarquías rígidas y la centralización excesiva en nivel nacional que impida el florecimiento de nuevas ideas y la construcción de alternativas más adecuadas a las necesidades regionales.

Por otro lado, el fortalecimiento del Sistema Nacional de Formación de Magistrados del Trabajo (formado por la ENAMAT y cada una de las veinticuatro Escuelas Regionales) es factor fundamental para garantizar la preservación y el fortalecimiento del rol institucional de las Escuelas Regionales, así como para difundir las buenas prácticas desarrolladas en las diversas regiones.

Por tratarse de una Escuela de cuño institucional y destinada a la formación de miembros de una carrera de Estado, los parámetros que orientarán la actuación de las Escuelas Judiciales deben buscarse en la Constitución brasileña.

La valoración del rol constitucional del juez y el fortalecimiento de los principios del Estado Democrático de Derecho deben atravesar toda la formación del magistrado, en orden a que los principios fundadores del orden jurídico nacional sean reafirmados por el juez cada vez que aplique el derecho a un caso concreto.

El conocimiento de experiencias internacionales y regionales puede servir a las Escuelas Nacionales para que dimensionen la complejidad de su tarea, sin el desperdicio de la experiencia acumulada.

Además, considerando la enorme diversidad regional brasileña y la tensión política entre poder central y poder local, constitutiva de la organización

del Estado brasileño desde su origen, hace falta crear mecanismos de frenos y contrapesos en el sistema nacional de formación, en orden a equilibrar la necesidad de una base nacional común formativa, que cree una identidad común de la magistratura nacional y elimine eventuales distorsiones locales, respecto a las peculiaridades regionales y a la autonomía administrativa de los Tribunales. Esto puede recabarse por medio de mecanismos de consulta y participación de las Escuelas Regionales y Tribunales en los temas a reglamentarse en nivel nacional en materia de selección y formación de magistrados, sin prejuicio de la participación de otros actores sociales.

También hace falta permanecer atento a las presiones globales que influyen en las políticas de reforma de los Poderes Judiciales, principalmente si se trata de intereses regidos por reglas económicas que puedan colisionar con principios constitucionales que rigen la organización del Estado Democrático de Derecho en Brasil.

Así que, para que las Escuelas funcionen como un mecanismo de cambio de la cultura institucional y de perfeccionamiento del Poder Judicial, éstas necesitan organizarse de modo que creen un ambiente institucional de reflexión que posibilite que los cambios ocurran y esto solamente podrá ocurrir en un sistema que se articule sin rigidez jerárquica. Para ello, propongo, en orden a contribuir con la reflexión sobre el tema, que las Escuelas Judiciales, en todos sus niveles, se organicen con base en los siguientes principios:

- Autonomía didáctico-administrativa y de gestión financiera que permita la formulación y aprobación de sus programas pedagógicos y realización de estas actividades sin interferencia de otras instancias administrativas de la institución en lo que atañe a los aspectos didáctico-pedagógicos de sus cursos;
- Elaboración de un proyecto pedagógico que sea objeto de un repensar colectivo con la participación de los afectados por la formación. Este proyecto debe tomar en cuenta los principios constitucionales que rigen la carrera de la magistratura, el Poder Judicial y el Estado Democrático de Derecho y, como una Constitución debe, a la vez, legitimar y limitar la actuación institucional de la Escuela;
- Organización de las Escuelas de modo flojamente articulado y que garantice su descentralización horizontal y vertical y el respeto a las autonomías regionales. Esto, para que se permita el surgimiento de nuevas ideas para lo cual es necesario no reproducir la estructura jerarquizada de los Tribunales;
- Para que estén abiertas a la renovación institucional, las Escuelas deben privilegiar la lógica del funcionamiento en red. Por su parte, se propone

que la estructura del Sistema Nacional de Formación de los Magistrados observe la articulación y cooperación entre las Escuelas Regionales y entre éstas y la Escuela Nacional;

- El trabajo en red debe posibilitar, también, la aproximación entre el Poder Judicial y otros agentes públicos y sociales, bien como la aproximación a la Universidad en orden a que se desarrolle una cooperación en vía de doble sentido que permita, a la vez, la formación permanente de los magistrados y la formación complementaria de los estudiantes que están a punto de licenciarse en Derecho;
- Las Escuelas de Magistratura deben financiarse con recursos públicos destinados específicamente para tal fin, sin prejuicio de la realización de asociaciones y convenios interinstitucionales con organismos nacionales o internacionales que realicen funciones de interés compatible con los fines del Poder Judicial;
- En cuanto a la cooperación interinstitucional, debe evitarse la cooperación con organismos de financiación internacional que impongan restricción a la autonomía de la Escuela, bien por medio del establecimiento de condiciones y criterios teórico-metodológicos, o bien por la elección de contenidos e instructores. Tal cuidado debe observarse para evitarse la utilización de las Escuelas para obtención de propósitos ajenos a los intereses del Poder Judicial y volcados hacia los intereses del órgano financiador. Así que, la fuente pública de financiación de la formación de magistrados es fundamental para la autonomía de las Escuelas e independencia del Poder Judicial;
- En lo que atañe a la gestión de la Escuela, debe observarse la amplia representatividad de sus dirigentes, con magistrados integrantes de todos los niveles de la carrera, los cuales, por lo menos en parte, deben elegirse de modo democrático y que permita la participación de aquellos que se afectarán por su actuación, al lado de la valorización de los méritos de aquellos interesados y aptos a realizar esa tarea;
- En relación al proceso formativo, debe privilegiarse el trabajo del magistrado como punto de partida para la elaboración de los programas, los cuales deben organizarse observando el protagonismo del alumno, la variedad y la adecuación de las prácticas pedagógicas a los objetivos de los cursos y la búsqueda de la superación de las dicotomías teoría-práctica, parte-totalidad, disciplinariedad-interdisciplinariedad, lo que ha sido contemplado en la Resolución 01/2008 de la ENAMAT¹⁸.

¹⁸ Estos son los principios en discusión para la construcción de los proyectos pedagógicos de las Escuelas de Magistratura integrantes en la red de Escuelas como es el CONEMATRA, trabajo que viene haciéndose bajo la orientación de la Pedagoga Laboral Prof^a Acácia Kuenzer.

Considero, por lo tanto, que las Escuelas de Magistratura que funcionan en el interior de los Tribunales con autonomía y proyectos pedagógicos competentes y basados en los principios constitucionales que rigen el Estado Democrático de Derecho en Brasil son fundamentales para propiciar el perfeccionamiento del Poder Judicial y del ejercicio de la función jurisdiccional.

La institución de las Escuelas Nacionales de la Magistratura en el ordenamiento jurídico brasileño debe, por lo tanto, recibir la atención debida para que puedan desarrollar la relevante tarea que les confía la Constitución y que puede resultar en la construcción de un Poder Judicial más eficiente y efectivo¹⁹, en pro del ciudadano.

¹⁹ Los conceptos de “eficiencia” y “efectividad” se tratan aquí con base en Sander (1978, p.11-14) según el que eficiencia es [...] el criterio administrativo que revela la capacidad real de producir lo máximo con lo mínimo de recursos, energía y tiempo [...]. Por su parte, la administración, para la eficiencia, se mide por “[...] criterio de desempeño instrumental extrínseco, de naturaleza económica, medido en términos de capacidad administrativa para alcanzar un elevado grado de productividad [...]”. El concepto de “efectividad”, a su vez, trae en su interior el sentido de realización. Efectivo, conforme a Sander (1978:13), significa “[...] real, verdadero, que causa efecto concreto [...]. Su sentido se refiere, por lo tanto, a las demandas externas. Para el autor (1978:14), “La efectividad es un criterio sustantivo, mientras que la eficacia y la eficiencia son criterios instrumentales [...]”.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. UNA INTRODUCCIÓN A LA REGULACIÓN DE ALGUNAS FIGURAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

MIGUEL POLAINO-ORTS*

Resumen

En este estudio se sistematiza y analiza críticamente la regulación de los delitos contenidos en los numerales 1 a 4 del Código Penal español en todas sus modalidades: prevaricación judicial, omisión de deberes de impedir delitos o promover su persecución, encubrimiento y realización arbitraria del propio derecho. Se trata de figuras delictivas relacionadas con el desempeño de la función judicial por los jueces, el entorpecimiento de dicha función por parte de un tercero ajeno al sistema de justicia, el incorrecto entendimiento de la idea de justicia por los particulares que pretenden tomarse la justicia por su mano o burlando la correcta impartición de justicia. La incriminación de dichos ilícitos penales tiene por finalidad proteger el bien jurídico “Administración de Justicia”, concepto que es analizado desde el punto de vista orgánico, estructural, funcional y de su control político.

Palabras clave: Administración de Justicia – Sistema judicial – Conducta típica – Imputación – Prevaricación – Encubrimiento – Sentencia injusta.

Abstract

This study systematizes and critically analyzes the regulation of the crimes contained in Articles 1 to 4 of the Spanish Criminal Code in all its forms: judicial corruption, failure to comply with the duty to prevent crimes or promote their prosecution, aiding and abetting (concealment) and arbitrary use of the law. These are offences related to the performance of the judicial function by the judges, the obstruction of said function by a third person not related to the justice system, the wrong understanding of the idea of justice by private persons who attempt to take justice into their own hands or disturb the proper administration of justice. The purpose of prosecuting the referred offences is to protect the legal interest “the Administration of Justice”, a concept that is analyzed from an organic, structural and functional viewpoint and its political control.

Key words: Administration of Justice – Judicial System – Typical Behavior – Accusation – Corruption – Concealment – Unfair Judgment.

* Doctor Iuris por la Universidad de Sevilla, España y Profesor de la misma universidad. Profesor Visitante en la Universidad Peruana Los Andes. Profesor Honorario de la Universidad de Huánuco y de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Sumario

1. Introducción a los delitos contra la Administración de Justicia: bien jurídico, sistemática y contenido del Título XX.
2. Prevaricación Judicial:
 - 2.1. Prevaricación dolosa (art. 446).
 - 2.2. Prevaricación imprudente (art. 447).
 - 2.3. Negativa de juzgamiento (art. 448).
 - 2.4. Retardo malicioso en la Administración de Justicia (art. 449).
3. Omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución (art. 450).
4. Encubrimiento.
 - 4.1. Encubrimiento objetivo o real (art. 451.1 y 2).
 - 4.2. Encubrimiento subjetivo o personal (art. 451.3).
5. Realización arbitraria del propio derecho (art. 455).

1. INTRODUCCIÓN A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: BIEN JURÍDICO, SISTEMÁTICA Y CONTENIDO DEL TÍTULO XX

El Título XX del Libro II del CP español de 1995 se destina a la incriminación de los Delitos contra la Administración de Justicia. Esta rúbrica legal incorpora, según la doctrina mayoritaria, el bien jurídico protegido en la presente materia: la Administración de Justicia. Sin embargo, el CP se limita a incriminar una serie de figuras delictivas relacionadas con la impartición de Justicia, pero no ofrece, en cambio, una definición sobre lo que haya de entenderse por Administración de Justicia. Este concepto puede analizarse desde varios puntos de vista:

- Desde la óptica orgánica, Administración de Justicia alude al conjunto de órganos y tribunales, unipersonales o colegiados, insertos en el organigrama judicial: se trata, pues, del conjunto de jueces y magistrados, concebidos en su función jurisdiccional.
- Desde el punto de vista estructural, se menciona la composición y estructura jerárquica del sistema judicial.
- Desde el prisma funcional, el término se refiere a la distribución competencial de cada órgano judicial y, sobre todo, a la impartición *stricto sensu* de la Justicia: la función judicial viene expresamente determinada en la Constitución, cuyo art. 117.3 cifra dicha función en los cometidos de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado".
- Finalmente, desde el punto de vista del control político, el concepto alude al control y gestión de la actividad judicial (regidas en España por el Consejo General del Poder Judicial, que es el máximo órgano de gobierno de los jueces y magistrados).

Pues bien, los delitos previstos en el presente título XX se relacionan, de una u otra manera, con alguno de estos aspectos de la Administración de

Justicia, ya sea en relación al desempeño de la función judicial por los propios jueces o magistrados (así, por ejemplo, el delito de prevaricación judicial, que sanciona la más grave infracción del deber judicial de dictar sentencia justa), ya sea referido al entorpecimiento de dicha función por parte de un tercero ajeno al sistema de justicia (*v.gr.* el delito de obstrucción a la justicia), ya sea en un incorrecto entendimiento *sui generis* de la idea de Justicia por parte del particular que pretende tomarse la justicia por su mano (así, en el delito de realización arbitraria del propio derecho), ya sea burlando de manera mendaz la correcta impartición de Justicia (como sucede en los delitos de falso testimonio y de acusación o denuncia falsas).

En un intento de sistematizar los delitos incriminados en los nueve capítulos de que se compone el presente título, podemos esquematizarlos de la siguiente manera:

- 1) **Prevaricación judicial**, que a su vez incorpora varios tipos de delito
 - a) **Prevaricación dolosa** (art. 446)
 - b) **Prevaricación imprudente** (art. 447)
 - c) **Negativa de juzgamiento** (art. 448)
 - d) **Retardo malicioso** en la Administración de Justicia (art. 449)
- 2) **Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución** (art. 450)
- 3) **Encubrimiento**, que engloba –además de varias reglas de exención y de ampliación de pena– dos figuras de delito:
 - a) **Encubrimiento real** (art. 451.1 y 2)
 - b) **Favorecimiento personal** (art. 451.3)
- 4) **Realización arbitraria del propio derecho** (art. 455)
- 5) **Acusación y denuncia falsas** (art. 456)
- 6) **Simulación de delito** (art. 457)
- 7) **Falso testimonio**, que engloba varios tipos diversos:
 - a) Falso testimonio en **causa judicial** (art. 458)
 - b) Falso testimonio de **peritos o intérpretes** (art. 459)
 - c) Falso testimonio mediante **reticencias, inexactitudes o silencios** (art. 460)
 - d) **Presentación de testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces** (art. 461)
- 8) **Obstrucción a la justicia** (arts. 463 a 466) y **deslealtad profesional** (art. 467)

- 9) **Quebrantamiento de condena o medida cautelar (art. 468) y evasión de presos (arts. 469 y 470)**
- 10) **Delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional (art. 471 bis).**

En este estudio de hoy nos vamos a referir a los delitos contenidos en los números 1 a 4, con todas sus modalidades: prevaricación judicial, omisión de deberes de impedir delitos o promover su persecución, encubrimiento y realización arbitraria del propio derecho, cuyas regulaciones en el Código penal español vigente serán expuestas críticamente en las páginas siguientes, sin perjuicio de un estudio ulterior donde se complete el análisis crítico de las figuras delictivas contra la Administración de Justicia. Entremos, pues, sin más demora, en materia.

2. PREVARICACIÓN JUDICIAL

El Capítulo I del Título XX incrimina, bajo la rúbrica común “De la prevaricación”, cuatro figuras delictivas, a saber: 1) prevaricación dolosa (art. 446); 2) prevaricación imprudente (art. 447); 3) negativa de juzgamiento (art. 448) y 4) retardo malicioso en la Administración de Justicia (art. 449).

2.1. Prevaricación dolosa (art. 446)

La primera figura de delito contra la Administración de Justicia es el tipo básico de prevaricación judicial, prevista en el art. 446:

“El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

1. Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.
2. Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.
3. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas”.

La conducta típica consiste en dictar una sentencia o resolución injusta a sabiendas de su injusticia. Con ello, se infringe el deber esencial de todo juez y magistrado, a saber: resolver, con criterios de justicia, un caso problemático que se le presenta aplicando las normas jurídicas vigentes al supuesto problemático, esto es: hacer justicia mediante resoluciones judiciales. De esa forma, el juzgador no solo es un sujeto imprescindible en la materialización de la justicia, sino que de él (del correcto ejercicio de su cometido) depende la confianza de los ciudadanos en el entero sistema judicial. En consecuencia, el juez o magistrado que, a sabiendas, dicta una sentencia o resolución injusta no solo menoscaba o lesionó el legítimo interés del juzgando, sino que quebranta el normal funcionamiento de la Administración de Justicia, defraudando de tal modo la expectativa que la Sociedad había depositado en él como garante de la impartición de Justicia.

Bien jurídico es la Administración de Justicia en su aspecto funcional, esto es: el correcto desempeño del cometido de impartición de Justicia. Dicho cometido compete, exclusivamente, a sujetos especiales revestidos de una concreta cualidad fundante: ser el funcionario público a quien se encomienda dicha competencia (juez o magistrado). Se trata, pues, de un delito especial, y no de un delito común: sujeto activo de la prevaricación judicial no puede ser cualquiera, sino exclusivamente quien tiene autoridad y competencia para dictar la resolución o sentencia en el caso concreto, y ello con independencia de que sea o no el titular del órgano jurisdiccional o se halle transitoriamente en una situación administrativa de interinidad (juez substituto, etc.) o encargado temporalmente de dicho cargo aunque no sea juez de carrera, sino que haya accedido al cargo por el llamado cuarto turno, como jurista de reconocido prestigio profesional.

El verbo típico dictar (una sentencia o resolución) equivale a pronunciar o emitir dicho pronunciamiento injusto. La distinción entre acción y omisión es puramente fenomenológica, lo cual es irrelevante desde el punto de vista jurídico: normativamente es indiferente que el delito se realice por acción o por omisión (impropia: comisión por omisión), pues lo que interesa es que se vulnere la idea de Justicia en la solución de un caso concreto. Por ello, lo mismo prevarica quien dicta positiva o activamente la resolución injusta que quien omite analizar aspectos esenciales del caso, propiciando de tal modo una solución injusta -prevaricatoria- al problema.

Cuestión discutida es la extensión de la imputación por prevaricación a los jueces o magistrados que, en los tribunales colegiados, se adhieren y firman

como suya la resolución del Magistrado ponente. Aunque materialmente no hayan redactado la resolución, formalmente les corresponde en absoluto y, en consecuencia, también ellos dictan una sentencia injusta. Responderá, pues, por prevaricación dolosa en comisión por omisión en el juez o magistrado que no se opone, en el seno del tribunal colegiado, a la sentencia o resolución del magistrado ponente, avalándola con su firma. En este sentido, la doctrina exige que concurran en el magistrado que se adhiere, a más del dolo (es decir: conocimiento de la ilegalidad de la resolución), el elemento subjetivo a sabiendas, que –en tanto presupuesto cognitivo– es personal e intransferible, de forma que la simple adjunción de firma en la sentencia del ponente no confiere tal elemento subjetivo a quien se adhiere (Polaino Navarrete).

Ejemplo de prevaricación por acción: el Magistrado A, reconociendo en caso que ha de juzgar a B –un antiguo enemigo–, dicta a sabiendas una sentencia injusta condenando al inocente.

Ejemplo de prevaricación por omisión de algún aspecto fundamental: el Magistrado A, que ha de juzgar a B, dicta a sabiendas la sentencia injusta condenatoria, omitiendo en los fundamentos de Derecho la evidencia de que B no se hallaba en el lugar de los hechos sino de viaje en el extranjero; u omitiendo analizar la evidencia de que la víctima murió por un infarto y no por muerte violenta, etc.

Ejemplo de prevaricación en comisión por omisión: el Magistrado ponente A1 dicta, a sabiendas de su injusticia, sentencia condenatoria contra B; los Magistrados A2 y A3, conocedores de la injusticia, omiten oponerse a la sentencia y la firman tal como la dicta el ponente. A2 y A3 responden por prevaricación dolosa (en comisión por omisión), exactamente igual que el ponente, pues su deber de garante les obligaba a evitar el resultado lesivo producido.

La sentencia o resolución dictada ha de ser injusta. Con ello, no se alude a la solución meramente equivocada a juicio de otro juzgador, de manera que la sentencia sea susceptible de revisión correctora por parte de un Tribunal de instancia superior. La injusticia a que se refiere el tipo no es una mera discrepancia subjetiva de criterio jurídico. Antes bien, el término injusta significa manifiesta oposición al Derecho: por ello, injusta es la resolución que supone una manifiesta, evidente e inqueestionable contradicción con el ordenamiento jurídico (así, entre otras, STS de 14.III.1996; en la doctrina, por todos, González Rus, Gimbernat, García Arán). Por ello, la injusticia

relevante para la prevaricación no es de carácter subjetivo (adopción de uno de los varios pareceres sobre una cuestión, aunque otro se reputa más acertado o preferible) sino de carácter objetivo (antinormatividad manifiesta y evidente, frontal oposición con el criterio de justicia, abierta vulneración del Derecho).

El tipo exige un elemento subjetivo del injusto de carácter cognitivo: "a sabiendas". Se trata de un presupuesto cognitivo que presupone el dolo y que va más allá de él: no solo se tiene conciencia de los elementos típicos, sino que deliberadamente, a ciencia cierta y sobre seguro, se dicta la sentencia o resolución prevaricatoria. En este sentido, algún autor considera que se exige dolo directo, excluyéndose el dolo eventual (así también, Polaino Navarrete, González Rus, Palomo del Arco; además de la Jurisprudencia mayoritaria: SSTS de 16.V.1992, 20.XI.1995, 4.VII.1996, 24.VI.1998, 3.II.2009...). En cambio, otros autores (como Orts Berenguer) admiten la apreciación de dolo eventual. La cuestión estriba en cómo se interprete el término "a sabiendas": si se interpreta como un elemento subjetivo del injusto que presupone el dolo y va más allá, entonces solo cabe el dolo directo; si se equipara al conocimiento propio del dolo, se abriría la puerta a la aceptación de dolo eventual. En mi opinión, esta segunda postura es la correcta, porque normativamente son indistinguibles el conocimiento de la ilicitud -propio del dolo- y el conocimiento del elemento subjetivo a sabiendas.

No se exige, en cambio, que la sentencia o resolución sean firmes, sino que cabe perfectamente la prevaricación con independencia de la firmeza del pronunciamiento judicial (así, Quintero Olivares).

El art. 446 distingue tres hipótesis de prevaricación judicial dolosa, a saber:

- a) Cuando se trate de una sentencia injusta dictada en una causa por delito. En esta primera modalidad el juzgador condena al reo por un delito que no cometió. A efectos de determinación de la pena, el tipo distingue, a su vez, dos supuestos diversos: 1) que la sentencia no haya llegado a ejecutarse; y 2) que ya se haya ejecutado: en el primer caso se impone al juez o magistrado prevaricador la pena de prisión de uno a cuatro años y la de inhabilitación absoluta por un lapso de diez a veinte años; y en el segundo, la pena de prisión en su mitad superior (de dos y medio a cuatro años), la misma pena de inhabilitación (de diez a veinte años) y además multa de doce a veinticuatro meses.

Esta primera modalidad exige necesariamente que se trate de una sentencia (y no otra resolución, como auto o providencia). Es discutible que haya de entenderse por sentencia no ejecutada o ya ejecutada. Algunos autores (Orts Berenguer, González Rus) consideran la diferencia entre ambas situaciones coincide con el comienzo del cumplimiento de la sentencia: si ya comenzó a cumplirse, se entiende ejecutada; si aun no comenzó, se supone no ejecutada. Este criterio vale, empero, solo para la pena de prisión, pero no para otras penas (como la de multa). Podría pensarse en un segundo criterio: considerar que la sentencia ejecutada es aquella que se cumplió a cabalidad; mientras que la no ejecutada es aquella cuyo cumplimiento no ha comenzado o bien no ha concluido. Esta solución podría explicar más correctamente la diferencia de pena (pues en el segundo caso la injusticia es más notoria), pero en cambio tendría en contra la circunstancia temporal: solo podría imponerse la hipótesis más grave ("sentencia ya ejecutada") cuando hubiera transcurrido el tiempo (eventualmente varios años) de cumplimiento de la sentencia injusta.

- b) Cuando se trate de una sentencia injusta dictada en un proceso por falta. En este caso la sentencia condena injustamente al sujeto por una falta, esto es: por una infracción penal de menor gravedad que el delito. En este caso, la pena no es prisión, sino de multa de seis a doce meses y, además, inhabilitación especial (no absoluta) de seis a diez años. En esta hipótesis carece de relevancia si la sentencia se ha ejecutado o no.
- c) Cuando se dicte cualquier otra sentencia o resolución injustas. En este supuesto se incluyen sentencias extrapenales (dictadas en un orden jurisdiccional distinto al penal: por ejemplo, por un Juzgado de Familia, o en el ámbito contencioso-administrativo, o laboral, etc.) y cualquier resolución judicial: autos, providencias, etc.

Algún autor (González Rus) incluye también, en esta tercera hipótesis las sentencias penales no incluidas en las dos modalidades anteriores: así, las sentencias dictadas a favor del reo o aquellas en las que no se ventila su responsabilidad criminal. Esta postura es cuestionable, porque -aunque favorezcan al reo- nada excluye que sean sentencias injustas dictadas además en causas por delito o falta, y porque el hecho de que favorezcan al reo -y no se impongan contra él- no puede ser un motivo de exención o de reducción de la responsabilidad del prevaricador.

2.2. Prevaricación imprudente (art. 447)

El delito de prevaricación culposa o imprudente se prevé en el art. 447 CP:

“El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

La prevaricación imprudente comparte con la dolosa, además del sujeto activo especial (juez o magistrado), el aspecto objetivo del tipo (dictar una sentencia o resolución manifiestamente injusta: aunque aquí se añade el adverbio manifiestamente, la esencia de la acción es la misma). Sin embargo, ambas difieren en el aspecto subjetivo: mientras que la primera modalidad exige dolo directo y el elemento subjetivo del injusto a sabiendas, la prevaricación culposa, ante la ausencia de dolo, requiere imprudencia grave o ignorancia inexcusable. A diferencia de lo que ocurre en el tipo doloso, en esta modalidad culposa no existe una coincidencia entre lo conocido, lo querido y lo ocurrido, de manera que la resolución o sentencia injusta no es ni conocida ni querida ni perseguida por el juez o magistrado. La imprudencia grave o la ignorancia inexcusable constituyen básicamente supuestos de error de tipo: el juez o magistrado no es que infrinja un deber de cuidado (¡también en el delito doloso se infringe un deber!) sino que yerra sobre un elemento del tipo (el resultado típico) siendo así que ese resultado debió haberse previsto y evitado. Por ello, se imputa prevaricación imprudente al juzgador que carece de un conocimiento actual sobre la injusticia de su resolución, desconocimiento que era evitable y, por tanto, debió haber evitado. En cambio, no se imputa el delito cuando no es previsible, pues lo que no es previsible no es imputable.

Ejemplo: Así, se imputará prevaricación por imprudencia grave al juez que dicte una resolución o sentencia con burda omisión u inobservancia de requisitos o plazos legales, procedimientos, etc. o en supuesto de manifiesto desconocimiento técnico sobre el tema objeto de discusión (ignorancia inexcusable).

Resulta irrelevante el tipo de resolución dictada (sentencia, orden, auto, providencia), así como el orden jurisdiccional en que se dicta (penal, civil,

laboral, etc.). La pena correspondiente al prevaricador imprudente es inhabilitación especial para empleo o cargo público por un lapso de tiempo de dos a seis años.

2.3. Negativa de juzgamiento (art. 448)

El tipo de negarse a juzgar se incrimina en el art. 448, que dispone lo siguiente:

“El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años”.

La conducta típica consiste en negarse a juzgar, que es concebida por el legislador como una modalidad de prevaricación. Al incurrir en esta conducta, el sujeto activo (juez o magistrado) incumple el principal y más primario cometido que le compete conforme a su rol: el de dar cabal respuesta jurídica, aplicando una norma vigente a un supuesto problemático que se le presenta. Se trata de una función imprescindible de realización, restablecimiento o materialización de la justicia. Por ello, la actividad de juzgamiento constituye no solo un deber del juzgador sino un derecho del administrado. En ese sentido, con el presente delito se protege el cumplimiento del más fundamental deber de la Administración de Justicia y, al mismo tiempo, el derecho constitucional de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva.

La negativa de juzgamiento ha de ser, como cabe suponer, infundada e improcedente. El precepto prevé dos motivos de improcedencia:

- Que el juzgador no alegue causa alguna, esto es: que se niegue a juzgar sin pretextsar ni aportar motivo alguno para fundar su negativa.
- So pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley: en este caso, el juzgador opone como pretexto (esto es: como motivo simulado, irreal y ficticio) una supuesta laguna o defecto legal que le llevaría a abstenerse de cumplir su obligación juzgadora. Lógicamente ha de tratarse de un motivo falso, pues de ser cierto no se daría el tipo.

La negativa al juzgamiento puede manifestarse mediante una acción (*v.gr.* con un acto expreso mediante el cual rehúsa juzgar) o mediante una omisión (*v.gr.* sin acto expreso, con silencio judicial). Si no consta de algún modo la voluntad de negarse al juzgamiento entonces estaríamos ante el tipo de retardo malicioso en la Administración de Justicia del art. 449. En cambio, si constara un acto expreso denegatorio del derecho a la tutela judicial efectiva nos hallaríamos ante un supuesto de prevaricación (art. 446; así, González Rus). En cambio, concurrirá el delito de negativa a juzgar cuando, constando la voluntad de no juzgar, omita algún acto exigido para el juzgamiento.

Ejemplo: cuando, iniciado el procedimiento, manifiesta su voluntad de no proseguirlo, pretextando falta de claridad en la ley, o resulta inaceptar el ejercicio de acciones u omite dictar sentencia, etc.

Únicamente cabe la comisión dolosa. La pena prevista es de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

2.4. Retardo malicioso en la Administración de Justicia (art. 449)

Una ulterior modalidad de prevaricación lo constituye el retardo malicioso en la Administración de Justicia, castigado en el art. 449, que preceptúa lo siguiente:

1. En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.
2. Cuando el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior, se le impondrá la pena indicada, en su mitad inferior".

La conducta típica consiste en incurrir en retardo malicioso. El inciso 2º. del art. 449.1 define qué se entiende, a estos efectos, por retardo malicioso: el "provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima". De esta definición legal se sigue, por una parte, que se trata de una demora o tardanza intencional, esto es, provocada dolosamente bien por el juez

bien por el Secretario judicial; queda fuera del concepto -y, por tanto, del ámbito del tipo- cualquier retardo imprevisto o fortuito devenido en la Administración de Justicia. Por otra parte, el retardo ha de perseguir un fin espurio. Provocado y finalidad ilegal son, pues, dos requisitos del retardo típico. No se exige, en cambio, que se alcance la ilegalidad pretendida. Si se alcanzara, estaríamos ante un delito diferente (que puede ser desde enriquecimiento hasta la misma prevaricación *stricto sensu*).

Con todo, algunos autores han interpretado la expresión finalidad ilegítima de manera excesivamente restringida. Así, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES menciona, como modalidades de tal finalidad, la de alterar el equilibrio de las partes, favorecer a una parte y/o perjudicar a otra, hacer estéril el objeto de la acción procesal emprendida u obtener un beneficio directo por parte del juez, secretario judicial u otro funcionario. Del mismo modo, GONZÁLEZ RUS considera que queda fuera del ámbito del tipo el retardo debido a simple abandono o negligencia. Desde luego, la simple negligencia queda al margen del tipo de retardo, que exige dolo y perseguir una finalidad ilegal. Pero la finalidad ilegal no ha de consistir necesariamente en un delito, sino en cualquier acto, circunstancia o situación, que perjudique el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas de los ciudadanos. Por ello, cabe el delito de retardo cuando la finalidad no es constitutiva de delito sino solo de infracción administrativa, que -de concurrir- daría lugar a responsabilidad disciplinaria.

Cabe la forma activa y la forma omisiva de realización del tipo: lo mismo se retarda la acción de la justicia con un acto positivo tendente a una finalidad ilegítima que omitiendo imprimir al proceso el ritmo adecuado, ralentizando de ese modo la correcta impartición de justicia.

En el presente delito se amplía el círculo de posibles sujetos activos: al juez o magistrado se une ahora, en el tipo básico (art. 449.1), como sujeto activo idóneo, el Secretario judicial; y en tipo atenuado (art. 449.2), otros funcionarios distintos de los anteriores, que también participan en la Administración de Justicia desempeñando diversos cometidos de diferente entidad (*v.gr.* fiscales, médicos forenses, oficiales de juzgado, agentes judiciales, auxiliares). Queda excluido, a efectos de la consideración de sujeto activo, en cambio, el retardo ocasionado por las partes del proceso o letrados de las mismas (abogado acusador o abogado defensor). En todo caso, y no obstante la ampliación del círculo de posibles sujetos activos,

sigue siendo un delito especial, que no puede ser cometido por cualquiera sino solo por sujetos especialmente revestidos de una cualidad o cargo: el juez, el Secretario judicial (que es el fedatario público o notario del proceso que da fe de las actuaciones judiciales evacuadas) u otro funcionario que conforme el personal al servicio de la Administración de Justicia.

Bien jurídico protegido no es tanto la Administración de Justicia en su conjunto, cuanto el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, consagrado en el art. 24 CE. Desde luego, dicho derecho fundamental es parte esencial del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, junto a otras garantías esenciales del proceso, como la tutela judicial efectiva o el derecho a un juez imparcial. La pena es coincidente con la del tipo de negativa a juzgamiento: inhabilitación especial para empleo o cargo público por un tiempo de seis meses a cuatro años.

3. OMISIÓN DEL DEBER DE IMPEDIR DELITOS O DE PROMOVER SU PERSECUCIÓN (ART. 450)

La segunda figura de delito contra la Administración de Justicia (cap. II del Tít. XX) es el tipo de omisión del deber de impedir delitos o del deber de promover la persecución de los mismos, previsto en el art. 450:

“1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.
2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia”.

Dos son las figuras delictivas previstas en el tipo: de un lado, la omisión del deber de impedir determinados delitos (art. 450.1); de otro del deber de promover la persecución de tales delitos (art. 450.2). Estas modalidades delictivas son ejemplos paradigmáticos de omisión pura o propia. Por ello, guardan una íntima relación y una semejanza estructural con el otro claro

ejemplo de omisión propia: el delito de omisión del deber de socorro (art. 195). La omisión propia se opone, por definición, a la omisión impura o impropia, más conocida como comisión por omisión. La omisión propia genera una responsabilidad penal más reducida que la de la comisión por omisión: en ésta última, la no evitación del resultado material se equipara a su causación activa cuando el sujeto tenga un específico deber de actuar (esto es: sea garante). El delito de omisión propia, como el tipo del art. 450, consiste también en un no hacer una conducta normativamente debida. Pero, a diferencia del deber de la comisión por omisión, se trata de un deber penal no asumido anteriormente por el sujeto (cualquier sujeto ajeno hasta entonces al hecho), que aflora cuando el sujeto se enfrenta a una situación descrita en la norma: es un deber penal que la norma impone a todo aquél que se halle en la situación descrita en la misma: en el presente caso, el deber de impedir la comisión de un delito determinado o el deber de promover su persecución.

La diferencia normativa y fundamental entre la omisión pura y la comisión por omisión gira en torno al concepto de deber jurídico que infringe el sujeto en cada hipótesis. Dichas diferencias, que definen al tipo de omisión propia (como el delito del art. 450, que nos ocupa) se observan en tres aspectos concretos: *a) la naturaleza; b) la titularidad y c) el alcance de ese deber* (al respecto, Polaino Navarrete).

- a) Naturaleza del deber, que en este caso es un deber llamado de solidaridad mínima (*Mindestsolidarität*). Se trata de un deber positivo que conmina a toda persona a realizar una conducta positiva de auxilio, salvamento o colaboración en una situación de necesidad o desgracia (Silva Sánchez, Caro John). El deber infringido en cada hipótesis del art. 450 (impedir determinados delitos y promover su persecución o -mejor- su impedimento) es una modalidad del deber de mínima solidaridad: constituyen obligaciones de colaboración ciudadana activa o positiva en la labor de Administración de Justicia (prevención de la delincuencia e identificación de los delincuentes). Este deber de solidaridad se diferencia -en tanto deber positivo- del deber negativo, cuyo contenido consiste en no dañar a los demás (*neminem laedere*). En la solidaridad mínima no basta con no causar daño sino que exige hacer alguna conducta expresa de salvamento o de colaboración en beneficio de un tercero o de la colectividad. Con ello, el deber de solidaridad persigue la maximización de los bienes, mientras que el deber negativo se encamina a garantizar el máximo de libertad (Jakobs), o lo que es lo mismo: el deber negativo (¡no lesiones a nadie!) preserva la autonomía de la persona, mientras que

el deber de solidaridad obliga a la realización de una prestación positiva en favor de terceros o de la comunidad.

- b) Titularidad del deber de solidaridad mínima: una segunda característica del art. 450 (y, en general, de los delitos de omisión propia), es que el deber afecta u obliga a todo el mundo que se encuentre en la situación normativa. No se trata de un deber de garante (que obliga únicamente a concretos sujetos especialmente determinados: por ejemplo, el juez o magistrado respecto de la impartición de justicia, y cuya infracción da lugar a la segunda modalidad de la omisión: la llamada omisión impropia o comisión por omisión), sino de un deber que no exige relación previa alguna entre autor y víctima, ni conducta precedente de peligro al bien jurídico por el autor, sino que otorga una protección *erga omnes* a un bien jurídico. Del ciudadano –de todo ciudadano- se espera, por el hecho de serlo (esto es: por pertenecer al grupo social) una conducta positiva: la solidaridad mínima (en este caso: de colaboración activa con la justicia). Por ello, los delitos del art. 450 son comunes, y no especiales: porque el titular del deber infringido es cualquier persona, sin requerirse en el autor una cualificación o rol especial, sino únicamente el rol general o común de ciudadano.
- c) Alcance del deber: El Derecho penal no exige del ciudadano que sea, siempre y en toda circunstancia, un héroe. No le obliga, por tanto, a lo imposible, sino únicamente a una conducta general y común de mínima solidaridad con los demás. El deber de solidaridad tiene, pues, un límite: no se imputa cualquier resultado material que se derive de una situación peligrosa, sino únicamente no haber realizado una actividad de salvamento o de información, como sucede en los tipos del art. 450, y con siempre que la conducta no realiza fuera posible. La solidaridad mínima no se vincula con la producción de un resultado material, sino con el incumplimiento de un deber básico de mínima solidaridad, de manera que la omisión pura se equipararía a la responsabilidad por delitos de mera actividad (que son aquellos que no exigen para su consumación un resultado material, sino que se consuman por la mera realización de la acción penalmente relevante).

El deber de solidaridad da cuerpo y contenido a la omisión pura; este deber es un producto del Estado social de Derecho: en determinadas circunstancias se espera del ciudadano una determinada prestación que colabore o coadyuve al mantenimiento de la estructura social. Así se entiende el deber de colaboración ciudadana en la prevención de la delincuencia y

en la identificación de los delincuentes. Todo ciudadano tiene este deber por el hecho de pertenecer al grupo social. Por ello, el deber de solidaridad resulta del “deber social del ciudadano en una Democracia social” (Welzel). En todo caso, y frente a lo que consideraron pensadores como Stuart Mill y Kant, la solidaridad mínima no es un deber moral, sino un deber propiamente jurídico: “no puede basarse en el amor entre las personas, sino en la exigencia de que cada individuo tiene deberes positivos de acción para el bienestar de la generalidad” (Caro John). Los deberes negativos (no dañar a nadie) no bastan para garantizar la totalidad de las relaciones sociales, sino que –en ocasiones– se requiere de estos deberes positivos que contribuyan mediante la acción positiva al bienestar y al desarrollo del mundo social (Sánchez-Vera).

La infracción del deber ciudadano de colaboración con la justicia da lugar a dos tipos de delito diferentes:

- De un lado, el tipo del art. 450.1, que presupone la omisión –la inobservancia– del deber de impedir determinados delitos mencionados en el precepto: delitos contra la vida (homicidio, asesinato), la integridad física (lesiones), contra la libertad (p.ej., detención ilegal) y contra la libertad sexual (violación, agresiones o abusos sexuales etc.). En estos casos, cuando el ciudadano, con su intervención inmediata, no impida el delito pudiendo hacerlo sin riesgo para él o para otro sujeto, será sancionado con pena de prisión (de seis meses a dos años) si el delito no impeditido fuera contra la vida, y con multa de seis a veinticuatro meses en los restantes casos, salvo que el delito no impeditido fuera sancionado con pena inferior, en cuyo caso se impondría esta. Lógicamente el sujeto que infringe el deber no es garante: si lo fuera, se le imputaría como coautor, en comisión por omisión, el delito no impeditido.
- De otro lado, el tipo del art. 450.2, en el que se infringe el deber de promover la persecución (o mejor: la evitación) de los mencionados delitos. En esta modalidad, se sanciona al sujeto que, pudiendo alertar a autoridad o a agentes de la misma para que eviten el delito, omite hacerlo. La rúbrica del capítulo II del presente título, en el que se inserta el art. 450, habla de “los deberes de impedir delitos o de promover su persecución”. Propiamente no se trata aquí de persecución (de los delitos o de los delincuentes), sino de promover o procurar su evitación (por parte de agentes de la autoridad), porque el delito aun no se ha cometido, aunque o se está cometiendo actualmente o es de inminente

comisión. Para ello, el tipo exige que el autor omitente “tenga noticia” de la “próxima o actual comisión” del delito. Las penas son idénticas a las de la modalidad anterior, con lo cual se entiende que se aplica una pena mayor si el delito es contra la vida, y más reducida en los demás casos.

El tipo menciona, en los dos apartados, la no evitación de delitos (Rubio Lara). *Ergo* se entiende, conforme al principio de legalidad, que es atípica la no evitación de faltas, que son infracciones penales de menor entidad que los delitos.

La doctrina mayoritaria niega la posibilidad de apreciar la tentativa en los delitos de omisión propia, como –en general– en los delitos de mera actividad, porque en ellos, al no exigir un resultado material, la mera realización de la conducta (en este caso: la mera omisión de la conducta) ya produce la consumación del tipo. Sin embargo, son conceptualmente imaginables algunos supuestos en los que cabe apreciar la tentativa en la omisión propia.

Ejemplo: un sujeto observa como van a disparar, golpear o violar a alguien en un descampado. Tiene prisa y quiere desentenderse del asunto. Cuando se ausenta apresuradamente del lugar, pasa un policía que toma un gesto involuntario del omitente como una señal de alarma o de llamada de atención, razón por la cual se estaciona el agente y evita el delito. En este caso, si consta el dolo del autor, podría apreciarse delito de omisión del deber de impedir la comisión de delito o de promover su impedimento, en grado de tentativa.

Son imaginables también supuestos de error (*v.gr.* quien observa a un sujeto golpear a otro por la calle, pero lo toma como una broma entre amigos). Estos casos, se resuelven aplicando las reglas comunes de la doctrina del error (González Rus).

4. ENCUBRIMIENTO

El tipo de encubrimiento es previsto en el art. 451, que dispone lo siguiente:

“Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1. Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.
2. Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.
3. Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:
 - a. Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos.
 - b. Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave”.

El encubrimiento constituye una intervención no ejecutiva *ex post facto*, de manera que se sancionan las llamadas adhesiones post-ejecutivas (Sánchez-Ostiz Gutiérrez). Tradicionalmente se definía el encubrimiento, dentro de la regulación de la autoría y participación, en la Parte general del CP (art. 17 del texto anterior al CP de 1995), y solo se reservaba para la Parte especial una figura específica de encubrimiento con ánimo de lucro como modalidad de receptación (definida por el anterior art. 546 bis a), dentro de los delitos contra la propiedad, como aprovechamiento para sí de los efectos del delito). El CP de 1995 eliminó el encubrimiento de la regulación de la Parte general y lo incluye, en un capítulo propio (el III), como delito autónomo dentro del Título XX dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia.

Antecedente histórico es la figura romana de la ratificación (*ratihabito*), surgida en el ámbito civil como acto complejo que englobaba tanto la convalidación de un negocio jurídico anulable o radicalmente nulo, como la perfección de uno no propiamente anulable pero sí incompleto que, por virtud de la *ratihabito* se torna plenamente eficaz (Gutiérrez-Alviz). La estructura de esta figura civil se trasladó posteriormente al ámbito penal, sancionándose el *auxilium post delictum* de manera separada -y más atenuada- respecto de la ejecución del delito, aunque necesidades técnicas y preventivas determinaron que se incluyera su definición junto a las formas de participación en la Parte general de los códigos españoles (desde el primero, de 1822, y -sobre todo- desde 1848, hasta 1995; al respecto, fundamental, Sánchez-Ostiz; sobre los antecedentes y modalidades de recepción, Gili Pascual, Martos Núñez, Abel Souto).

El art. 451 CP prevé varias modalidades de adhesiones post-ejecutivas para encubrir *a posteriori* un delito, que constituyen un injusto propio y diferente:

- a) Auxilio a autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio (art. 451.1).
- b) Ocultamiento, alteración o inutilización del cuerpo, efectos o instrumentos del delito, para impedir su descubrimiento (art. 451.2).
- c) Ayuda a los presuntos responsables del delito para eludir la investigación policial o para sustraerse a su busca o captura, en determinados delitos y bajo concretas circunstancias (art. 451.3).

A las dos primeras figuras se las suele llamar encubrimiento objetivo o real, porque tienen como objeto encubrir el delito o elementos objetivos del mismo (provecho, efectos, instrumentos del delito, etc.). La figura del art. 451.3 integra el encubrimiento subjetivo o personal, en el que se oculta al presunto delincuente para evitar que sea identificado y/o capturado.

Las tres figuras delictivas presentan varios elementos en común: la estructura típica, los sujetos, el bien jurídico, el conocimiento de la comisión del hecho, así como la pena.

- Estructura compleja, conforme a la cual se exige la sucesión secuencial de dos delitos: un primer delito cometido por un sujeto A, y un segundo delito (el de encubrimiento), diferente del primero, pero dependiente de él, que consiste -precisamente- en una acción de auxilio al autor y/o cómplice del primer delito (para que se aprovechen del delito por ellos cometido), o de ocultamiento de instrumentos o pruebas del delito (para impedir su descubrimiento) o de ayuda de los autores y/o cómplices del primer delito (para evitar que sean descubiertos y/o capturados). En esta

estructura compleja, el primer delito es presupuesto del segundo: si no existe el primero, no puede existir el segundo, pues éste consiste en ocultar objetos o encubrir a los sujetos activos de aquél.

- Sujeto activo (el encubridor) puede cualquier persona, siempre que no sea autor ni cómplice del primer delito a cuyo aprovechamiento auxilia o cuyos objetos o sujetos encubre, porque si lo fuera, no existiría el segundo delito sino que respondería como colaborador necesario del primer delito (siempre que el acto de auxilio se concibiera como acto ejecutivo simultáneo al delito encubierto). El autor (entendido en sentido lato: autor inmediato o único, mediato, coautor, inductor, cooperador necesario *ex art. 28*) o cómplice (*ex art. 29*) del primer delito es el destinatario de la acción de auxilio o encubrimiento. Sujeto pasivo del encubrimiento es el Estado, titular de la Administración de Justicia, que es –según el legislador– el bien jurídico protegido en la presente figura.
- Por lo demás, los diferentes modos de encubrimiento exigen el “conocimiento de la comisión del hecho”. Algunos autores y la jurisprudencia equiparan este conocimiento con la certeza de que tales sujetos son autores o cómplices del primer delito, o que el instrumento o efectos provienen exactamente de ese delito, lo cual equivale a exigir el dolo directo (Rodríguez Mourullo, Gómez Pavón, STS de 20.VI.1995). Esta postura es, a mi juicio, rechazable: la estructura del tipo, así como la conveniencia político-criminal, hace preferible la aceptación del dolo eventual (lo acepta también Quintero Olivares).
- Finalmente, tienen en común la pena: prisión de seis meses a tres años.

Veamos ahora cada figura por separado.

4.1. Encubrimiento objetivo o real (art. 451.1 y 2)

- a) La primera modalidad de encubrimiento real es el auxilio prestado, sin ánimo de lucro propio, a autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito por ellos cometido (art. 451.1).
 - La acción consiste en el auxilio de autores o cómplices del primer delito. Auxiliar significa prestar una ayuda para alcanzar un determinado fin. El auxilio puede consistir en actos necesarios o no necesarios.
 - Se exige un elemento subjetivo del injusto de carácter positivo (“para que se beneficien”). Conforme a esta exigencia, no basta cualquier auxilio, sino que ha de auxiliarse precisamente para aprovechamiento ajeno. Se trata de un elemento de carácter intencional, que configura

al delito como un tipo intencional de resultado cortado. El beneficio a cuya consecución se auxilia puede ser de cualquier clase, esto es: no ha de ser exclusivamente una ganancia económica (lo exige, en cambio, Gómez Pavón), aunque sea económicamente valioso. Para la consumación del delito de encubrimiento no se requiere, en cambio, que los autores o cómplices del primer delito realmente se lleguen a beneficiar, sino que basta el auxilio con tal fin.

- Además, ha de concurrir un elemento subjetivo del injusto de carácter negativo ("sin ánimo de lucro propio"). Este elemento no sólo refuerza el fin de aprovechamiento ajeno sino que acentúa la separación entre las formas de intervención en el primer delito y la adhesión ulterior, que configura -en el sistema del CP- un injusto diferente.
 - Objeto del beneficio al que se auxilia ha de ser el provecho, producto o precio del primer delito, esto es: todo beneficio -económico o no- derivado del delito.
- b) La segunda modalidad de encubrimiento real es consiste en ocultar, alterar o inutilizar el cuerpo, efectos o instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento (art. 451.2).
- La acción es triplemente alternativa: puede consistir en el ocultamiento, alteración o inutilización de determinados objetos del delito. Tales acciones tienen en común el hecho de dificultar el descubrimiento del delito, lo cual puede tener lugar por una de las modalidades mencionadas en el tipo:
 - o Ocultar significa hacer desaparecer el cuerpo, efectos o instrumentos del delito previo.
 - o Alterar equivale a modificar substancialmente la estructura, composición o identidad de tales objetos.
 - o Inutilizar implica desnaturalizar o hacer inservible en su integridad o parcialmente un objeto hasta hacerlo irreconocible.
 - Se exige también aquí un elemento subjetivo del injusto ("para impedir su descubrimiento"). Conforme a este requisito, no es suficiente cualquier acto de ocultamiento, alteración o inutilización sino que ha de actuar precisamente con la finalidad exigida en el tipo: para impedir el descubrimiento del delito. Es, asimismo un elemento intencional, que configura al delito como un tipo intencional de resultado cortado. Al encubridor se le sanciona incluso cuando, no obstante su acto para impedir el descubrimiento del delito, éste termina siendo descubierto.

- Objeto del ocultamiento, alteración o inutilización son el cuerpo, efectos o instrumentos del delito, que se hacen desaparecer, se modifican substancialmente o se inutilizan desnaturalizándolos en su estructura, composición o integridad:
 - o Cuerpo del delito (*corpus delicti*) alude a la cosa en que, o con que, se ha cometido un delito, o en la cual perduran las señales de él (así, la definición contenida en el DRAE). El art. 337 LECr lo define como la persona o cosa objeto del delito, e incluye entre ellos las armas, instrumentos, documentos y efectos de cualquier clase, siempre que tengan relación con el delito, con independencia del lugar donde se hallen (lugar de los hechos, en sus inmediaciones, en poder del reo o en cualquier otra parte *ex art.* 334 LECr).
 - o Efectos del delito son aquellas circunstancias o elementos que tienen su causa en el delito.
 - o Instrumentos son los objetos empleados en la comisión del delito.

4.2. Encubrimiento subjetivo o personal (art. 451.3)

El delito de encubrimiento personal castiga la ayuda a los presuntos responsables del delito para eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes o para sustraerse a su busca o captura, siempre que concurran determinadas circunstancias, que analizaremos a continuación.

La acción típica consiste en la prestación de ayuda con un fin elusivo. Nada dice el tipo a propósito del tipo, clase o intensidad de la ayuda en cuestión. Se entiende, pues, que puede tratarse de cualquier tipo de ayuda: ya sea logística o material (*v.gr.* esconder a los sujetos en su propia vivienda), ya sea económica (prestarles una cantidad de dinero para que huyan), etc.; consista en una acción (dar pistas falsas sobre su paradero) o una omisión (omitar decir donde se hallan), etc.

El encubrimiento personal únicamente concurre en determinados supuestos o circunstancias mencionados en el tipo:

- Por un lado, no se da en cualquier delito, sino solo en algunos delitos de especial gravedad contra bienes jurídicos personalísimos (como la vida), contra la humanidad o contra el Estado. Tales delitos son: traición, homicidio del Rey, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos

en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio y piratería. A ellos se añade también dos figuras incluidas por obra de la LO 5/2010: trata de seres humanos y tráfico ilegal de órganos.

- En segundo término, se aprecia encubrimiento personal agravado cuando el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso, a la pena de prisión, se añade otras dos penas adicionales y alternativas, que corresponderá imponer según la gravedad del delito: la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años (si el delito fuera grave: *v.gr.* castigado con pena de prisión superior a cinco años: art. 33) o inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave.

Por lo demás, los arts. 452 a 454 contienen tres reglas generales aplicables a todas las modalidades de encubrimiento:

- La primera es una regla de penalidad, conforme a la cual la pena prevista para el primer delito funge como límite máximo de la pena del encubrimiento: “(e)n ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto” (art. 452, inciso primero). Además, se establece que si el delito encubierto “estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior” (art. 452, inciso segundo).
- La segunda regla es extensiva de la responsabilidad: “(l)as disposiciones de este Capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté personalmente exento de pena” (art. 453).
- Por último, la tercera regla, prevista en el art. 454, es una exención de pena, conocida como encubrimiento entre parientes (impropriamente, porque los cónyuges o novios no son parientes entre sí):

“Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1 del artículo 451”.

Conforme a esta regla, en los casos del art. 451.2 (ocultamiento, alteración o inutilización del cuerpo, efectos o instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento) y 451.3 (ayuda a los autores o cómplices del delito para eludir la investigación o no ser capturados (art. 451.3) no es punible el encubrimiento. Esta exención penal no opera, en cambio, en el supuesto del art. 451.1 (auxilio a los responsables para que se beneficien del delito).

La regla se aplica en caso de matrimonio válido y vigente, aunque los cónyuges estén separados de hecho. No opera, en cambio, en caso de separación de derecho o de divorcio. La expresión “persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad” posibilita que la regla se aplique a las parejas de hecho (novios entre sí), aun sin convivencia, incluyendo las parejas del mismo sexo.

Es discutida la naturaleza jurídica de la figura: algunos autores consideran que constituye una excusa absolutoria, que excluye la punibilidad de la conducta típica, antijurídica y culpable (así, González Rus); otros autores consideran que se trata de una causa de exculpación, que excluye la culpabilidad (en este sentido, García Pérez) mientras que otros autores opinan que constituye una causa de justificación, que excluye la antijuricidad.

Según algunos autores, el fundamento de la exención radica en la inexigibilidad de otra conducta que considera disculpable el encubrimiento a personas con las que el encubridor une una especial vinculación de familiaridad o de afectividad.

5. REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO (ART. 455)

El art. 455 incrimina como delito la realización arbitraria del propio derecho, en los siguientes términos:

- “1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos”.

Este delito castiga, en dos tipos (uno básico y otro agravado), al sujeto que, so pretexto de realizar o ejercer un derecho propio, se toma la justicia por su mano (González Rus).

Presupuesto del delito es la existencia de un derecho propio, que es ejercitado por el titular del mismo. Sujeto activo sólo puede ser quien, respecto del sujeto obligado, tiene y ejercita alguna pretensión jurídicamente válida y exigible (De La Mata Barranco): se trata, pues, de un delito especial, y no de un tipo común. Debe tratarse de un derecho propio, aunque no necesariamente individual, sino también compartido o colectivo.

Ejemplo de derecho individual: el caso paradigmático de realización arbitraria del propio derecho es el del cobro violento de un derecho de crédito: A debe mil euros a B. Éste, con la pretensión de que se los pague, acude a A y violentamente intenta cobrarse la deuda arrebatándole por la fuerza el dinero.

Ejemplo de derecho colectivo: A, molesto con que el bar de debajo de su casa impida dormir a todo el vecindario con el elevado ruido de la música, acude al local y violentamente intenta ejercer el derecho a la salud pública (que implica la ausencia de ruido desproporcionado).

El núcleo de la acción típica radica, precisamente, en el modo en que el titular del derecho lo ejercita: empleando medios violentos para ello. La filosofía que inspira el presente tipo es, pues, que el fin no justifica los medios: esto es, el ejercicio de un derecho no justifica el uso de medios violentos para conseguirlo.

La arbitrariedad del ejercicio del derecho proviene del carácter violento o intimidatorio del procedimiento empleado. La conducta compleja exige, de una parte: actuar fuera de las vías legales; y de otra, emplear violencia, intimidación o fuerza en la cosas:

- Actuar fuera de las vías legales menciona el *quid* de la cuestión. Esta expresión significa transitar caminos alternativos o diferentes a los legalmente admitidos en Derecho, esto es: seguir procedimientos ilegales no permitidos por el ordenamiento jurídico.
- Emplear violencia, intimidación o fuerza en las cosas alude al *quomodo* de la cuestión, es decir: al modo en que se ejerce o se pretende ejercitar el derecho en cuestión. Ha de hacerse usando medios ilegítimos en el ejercicio de un derecho, ya sea mediante medios físicos (violencia, fuerza) o psicológicos coactivos (intimidación).

Los medios violentos, intimidatorios o donde se emplee fuerza consistirán en actos que, en la mayoría de los casos, son incriminados como delitos (amenazas,

coacciones, extorsión, robo con violencia o intimidación, incluso detención ilegal, etc.). Si esos actos son medios o procedimientos instrumentales al servicio del ejercicio del derecho propio, entonces no son sancionables como delitos autónomos, sino que se aplica el tipo del art. 455, que es *lex specialis* que tiene preferencia frente a los tipos autónomos. En cambio, si no se trata de medios o procedimientos instrumentales sino de actos delictivos cometidos al margen del ejercicio del derecho serán sancionables como delitos autónomos (*v.gr.*, en caso de lesiones sobrevenidas, etc.).

Se trata de un tipo pluriofensivo que afecta más de un objeto de tutela: constituye una figura híbrida, a mitad de camino entre las coacciones y un tipo contra la Administración de Justicia. De hecho, sistemática y materialmente se halla más cerca de otras figuras delictivas contra la libertad o contra el patrimonio que de los delitos contra la Administración de Justicia. Desde este punto de vista, el delito del art. 455 supone un cuerpo extraño que desentona entre los demás delito contenidos en el título.

Para la consumación no se exige que el titular del derecho se salga con la suya y consiga alcanzar en la pretensión jurídica que integra su propio derecho. Basta con que, pretendiendo ejercer el derecho, emplee modos violentos o intimidatorios. Si el titular del derecho no ha comenzado aun a realizar actos de ejercicio del derecho pero sí ha empleado actos violentos o intimidatorios éstos serán sancionados como tentativa de realización arbitraria del propio derecho (si esos medios no constituyen otro delito) o como delito autónomo (si fueran subsumibles en otro tipo: amenazas, coacciones, etc.).

El art. 455.2 prevé un tipo agravado de realización arbitraria del propio derecho, que concurre cuando se empleen armas u objetos peligrosos en el ejercicio del derecho. La pena del tipo básico es de multa de seis a doce meses y la del tipo agravado en la superior en grado: esto es, multa de doce a dieciocho meses. El fundamento de la agravación radica en el mayor potencial lesivo que entraña la conducta del sujeto que hace uso de tales objetos contundentes, que crean una mayor peligrosidad y, al tiempo, un debilitamiento o atemorizamiento mayor en la víctima (persona ante la cual se pretende ejercer la pretensión jurídica).

VÍCTIMA E IMPUTACIÓN OBJETIVA*

DUVI ALFREDO TEIXIDOR VINJOY**

Resumen

Se ofrece una aproximación a la teoría de la imputación a la víctima, desde la imputación objetiva de comportamiento, con énfasis en el giro interpretativo que significó la asunción del finalismo, re-ubicación sistemática del dolo, la imprudencia, e incidencia de la teoría de imputación objetiva, en la expresión de sentido y significado de la tipicidad. El enfoque discurre desde la evolución histórica de la concepción de imputación, hasta el estado actual de la discusión en materia de: a) determinación del ámbito y contenido concreto de sentido en la norma, esto es, la *imputación objetiva*, y b) la incidencia del principio de autoresponsabilidad de la víctima en la imputación al tipo objetivo, como "experiencia normativa recalcitrante". Con ello, se pretende: a) poner el énfasis en la normativización de la tipicidad objetiva y subjetiva, como presupuesto del juicio de referibilidad del comportamiento al desvalor, y b) jerarquizar el principio fundamental de proporcionalidad en el ámbito de atribución del comportamiento a su autor, en situaciones de organización conjunta. A partir de su evolución dogmática, se analizan casos concretos, identificando criterios de imputación a la víctima aplicados por los Tribunales; visión pragmática de la dogmática penal que justifica una *propuesta de estructuración de la infracción al debido cuidado como instituto organizacional normativo, a partir de una re-interpretación de los arts. 18 y 59 inc. 2 del CP*. Con ella, se procura: a) evitar que la imprudencia se considere con independencia del principio de auto-responsabilidad de la víctima, y b) facilitar una solución finalística-normativa de *tipicidad conglobante*, a los problemas que plantea la adscripción objetiva y subjetiva del comportamiento, y su expresión de sentido desde el desvalor de acto.

Palabras clave: Tipicidad - Autor - Víctima - Causalismo - Finalismo normativista - Principio de autorresponsabilidad - Desvalor de acto - Imputación objetiva - Proporcionalidad.

Abstract

An approximation to the theory of victim blaming, from the objective accusation of a behavior, with emphasis on the interpretation of the finalism, systematic relocation of maliciousness, recklessness and the importance of the theory of the objective accusation in the expression of the meaning and sense of the typical identity. The approach ranges from the historical evolution of the conception of the accusation to the current condition of the discussion on the subject: a) establishment of the scope and the specific content of the norm, in other words the objective accusation; and b) the importance of the principle of self-responsibility of the victim

* El texto refleja la exposición en las VIII nacionales y VI Jornadas internacionales de Victimología en Punta del Este, los días 25 y 26 de noviembre de 2011, reformulada para esta publicación. Su carácter coloquial excusa la omisión de citas precisas y suficientes del material bibliográfico que lo informa.

** Asistente (Grado 2) de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Uruguay.

in the accusation, as a “recalcitrating normative experience”, in an attempt to a) place emphasis on the standardization of the objective and subjective identity as an assumed reference of disvalue and b) rank the fundamental principle of proportionality upon attributing a behavior to its perpetrator, in situations of joint organization. Based on its dogmatic evolution, specific cases are analyzed, identifying the criteria used by the Courts to accuse the victim; a pragmatic vision of the criminal dogma that justifies the structuring of the violation of due care as a normative organizational institution, based on the reinterpretation of Articles 18 and 59, paragraph 2 of the Criminal Code, with the purpose of a) preventing the separation of recklessness from the victim's self-responsibility and b) facilitating a normative solution of a comprehensive tipicity to address the problems of the objective and subjective ascription of the behavior and its expression based on the disvalue of the act.

Key words: Typicity – Perpetrator – Victim – Causal – Finalistic Normativism – Principle of self-responsibility – Disvalue of the act – Objective Accusation – Proportionality.

Sumario

1. Introducción. 2. Concepciones de la imputación. “*Nihil novum sub sole*”. 2.1. La imputación como atribución de una obra a su autor. 2.2. La imputación como determinación del sentido del desvalor (expresión de sentido típico). 3. Ubicación sistemática de la imputación a la víctima. 4. Modelos dogmáticos. 4.1. En el causalismo. 4.2. En el funcionalismo teleológico. 4.3. En el funcionalismo sistémico. 4.4. En la victimo-dogmática. 4.5. En el principio fundamental de auto-responsabilidad. 5. La imputación subjetiva en torno a la víctima. Un “*fuzzy logic*”. 6. En la jurisprudencia. 7. Propuesta de re-estructuración categorial y giro hermenéutico. 8. Conclusiones provisionas.

1. INTRODUCCIÓN

La imputación a la víctima, en el ámbito más amplio de la imputación objetiva de comportamientos, implica una toma de posición en torno a su ubicación sistemática, modelo dogmático al que se adscribe, y consecuencias argumentativas que importa sustentar el principio de auto-protección de raigambre constitucional, en la determinación de la responsabilidad jurídico penal.

Si bien la tesis que se asumirá, implica afiliarse a la doctrina normativista, ello no importa soslayar la evolución dogmática que precede, y las concepciones que aún hoy, conviven en el ámbito académico. De allí que el análisis no solo se circunscribirá a la descripción de doctrinas confluentes, sino que pretende además, realizar una evaluación crítica, que permita re-estructurar categorías de Derecho Positivo vigente, armonizándolas con los principios constitucionales y convencionales en juego.

En auxilio de la tarea propuesta, se recurrirá a la teoría de la argumentación, transparencia y opacidad de las normas que reclaman adscripción del comportamiento al ámbito de la responsabilidad, y la solución de lo que Frederick Schauer ha denominado “experiencias recalcitrantes”, en la zona de institutos que incorporan conceptos borrosos, como el que es objetivo de este trabajo.

Se procurará con estas herramientas, construir una dogmática analítica, compleja, que se contraponga a la dogmática “botánica”, en feliz expresión de Dubbel, que ha dominado –en buena parte de nuestra historia académica– el enfoque intuitivo-causalista de la cuestión.

Y finalmente, en este entendido, las conclusiones a las que se arribe, serán provisorias, dejando abierto el tema, por sus aspectos controversiales, a la discusión dogmática penal.

2. CONCEPCIONES DE LA IMPUTACIÓN. “NIHIL NOVUM SUB SOLE”

2.1. La imputación como atribución de una obra a su autor

Partiendo de las ideas de Pufendorf (“Elementa...” 1660), un primer acercamiento a la imputación implicó “poner una obra en la cuenta de alguien”, tanto en lo fáctico (*imputatio facti*) como en el ámbito jurídico (*imputatio iuris*). La misma idea fue desarrollada por Kant (1797), Feuerbach (1799), Mayer (1901), Liepmann (1915), y los autores que se ubican en el origen de la segunda concepción: Larenz (1927, para el Derecho Civil) y Hönig (1930). Modernamente, es asumida por Hruschka (1974), quien distingue las *actio libera in se* (imputación ordinaria) y las *actio in sua causa* (imputación extraordinaria), y utiliza para la imputación de primer (injusto) y segundo nivel (culpabilidad), reglas de comportamiento e imputación al *urheber*¹.

2.2. La imputación como determinación del sentido del desvalor (expresión de sentido típico)

La segunda concepción, tiene como punto de partida –señala Cancio– en los años 70, a partir de Roxin, con una primera aproximación en 1962 y su desarrollo en 1970. La idea ya no será la mera “*atribución de obra*”, sino antes bien, el “*contenido o expresión de sentido del desvalor*”, de tal suerte que el

¹ ALLER, Germán. *Dogmática de la acción y praxis penal*. Buenos Aires-Montevideo: Editorial B de F, 2009, pp. 122-124.

cambio de “horizonte” de la imputación, conducirá a nutrir la imputación de criterios fundamentales de la tipicidad. Este entendimiento, será el de Jakobs y Frisch con matices que Cancio desarrolla (imputación “*de resultado*”, o “*al tipo objetivo*” en Roxin), y “*de comportamiento*” o conducta en Jakobs y Frisch².

3. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA

Si la imputación objetiva se ubica en la categoría de la tipicidad, la imputación a la víctima habrá de ocupar el mismo lugar por ser uno de los criterios para la determinación del desvalor de comportamiento, sin perjuicio de que funcionalmente también disminuirá la responsabilidad en casos en que no elimine la tipicidad de la conducta del autor.

Por el contrario, quienes focalizan el instituto desde el consentimiento del ofendido, serán proclives a plantear su funcionalidad como justificante, y por tanto, enervante de la antijuricidad, dejando un margen para la atenuación, por vía de justificación incompleta.

Y en la postura de quienes entienden al consentimiento como causa de impunidad (doctrina minoritaria atribuible a la ubicación de la lesión consensual en nuestro Código Penal ex art. 44), será una excluyente de punibilidad.

Este análisis, nos deja en condiciones de valorar los distintos fundamentos que se han estructurado, para dar carta de ciudadanía penal a la imputación a la víctima.

4. MODELOS DOGMÁTICOS

4.1. En el causalismo

Desde el método óntico (sistema clásico: List-Beling, y neo-clásico de Mezger), propio de las ciencias naturales, atiende a la observación y experimentación. De este modo, el causalismo (físico-biologicista e intuitivo), consideró que la víctima se inserta en ámbito de la culpa (a la que concibe como un elemento de la culpabilidad), incidiendo en la actitud psicológica del agente. Cancio, descarta el criterio por subjetivista y equívoco.

En Uruguay –desde esta óptica– se sostuvo que el inc. 2 del art. 59 del Código Penal prohíbe la “*compensación de culpas*”.

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Tiempos del Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2009, pp. 46-49.

4.2. En el funcionalismo teleológico

Roxin introdujo la imputación a la víctima en su idea de “*autopuesta en peligro*”, generalmente impune, y “*heteropuesta en peligro*”, punible.

Sin embargo, la tesis presenta insuficiencias, ya que resulta artificial la referida separación. En efecto, como se examinará *infra*, pueden concebirse en la praxis, supuestos en que la heteropuesta en peligro, según los datos cognitivos de la víctima (subjetividad de la imputación objetiva), al igual que la autopuesta en peligro, puede resultar impune (caso de aceptación por la víctima de transporte benévolos de conductor que -sabe- se encuentra ebrio).

4.3. En el funcionalismo sistémico

Jakobs aludió a la imputación de la víctima desde su idea de “*competencia*”, status o rol que -por organización- determina si el sujeto competente frustra las expectativas cognitivas atribuidas por la norma, y entonces, adscribe responsabilidad por su comportamiento. Y ese comportamiento fuera del rol, que concierne a la víctima, tendrá por efecto, el desplazamiento de la posición de garante del autor (que según el autor rige tanto para la comisión como la omisión), y determinará la atipicidad de la conducta.

Este planteo, tiene el mérito de consolidar el aporte victimal al ámbito de la imputación. Sin embargo, resulta extremadamente riguroso y propio de un punto de partida contractualista a ultranza, desconociendo el conflicto (pragma conflictivo que está en la génesis del delito).

4.4. En la victimo-dogmática

Schünemann ubica a la imputación a la víctima en el ámbito específico de la victimodogmática a partir de la idea de “*descuido en la protección de bienes jurídicos*”, atribuyéndole situaciones de “*grave imprudencia*”. Cancio critica esta posición, ya que focaliza exageradamente la cuestión desde la óptica victimal, separándose de la teoría del delito en general, donde debería ubicarse.

4.5. En el principio fundamental de auto-responsabilidad

Finalmente, si bien la idea del consentimiento puede ser atractiva para localizar la imputación a la víctima -tal como lo entiende Cancio- no es suficiente.

En efecto, la solución de Derecho Positivo en materia de ayuda al suicidio (como el art. 315 Código Penal Uruguayo) o autolesión (como el art. 44 de dicho cuerpo legal), no es decisiva para la postura dogmática sobre imputación a la víctima.

Por tal razón, la idea central de imputación a la víctima, debe encontrarse en el **principio de autorresponsabilidad**, que tiene raigambre constitucional (art. 10 de la Constitución española, 10 y 44 inc. 2 de la uruguaya y 19 de la argentina), el cual es corolario del libre desarrollo de la personalidad (autonomía moral o auto-determinación)³.

La víctima en el sistema de imputación objetiva. Una experiencia recalcitrante

La reconstrucción del tratamiento dogmático de la víctima desde el principio de auto-responsabilidad implica reconocer que:

- a) El ámbito de lo prohibido pertenece a la tipicidad, lugar en que habrá de focalizarse el aporte victimal.
- b) El referido principio de autorresponsabilidad tiene como límites la imposibilidad de instrumentalizar a la víctima y la intangibilidad del régimen tuitivo de orden público (régimen laboral, ámbito de libertad, zonas en las que existe un deber de protección específico del autor, etc.).

La perspectiva entonces no será del autor (implícita en las concepciones causalista, de autopuesta en peligro, etc.), sino la de “*organización conjunta*” entre autor y víctima, emprendimiento de una actividad en común, que puede producir una lesión al bien jurídico.

Por tanto, el presupuesto de imputación a la víctima es que la actividad arriesgada se corresponda con la organización conjunta de autor y víctima.

En este ámbito, corresponde distinguir entre:

- a) la imputación objetiva de resultado (rectius: al tipo objetivo-*Die Zurechnung zum Objetiven Tatbestand*) en la doctrina de Roxin, y
- b) la imputación objetiva de adscripción al comportamiento (Jakobs y Frisch), donde la “imputación a la víctima”, se ubicará predominantemente en la imputación de la conducta típica, y solo residualmente en el “nexo de imputación del comportamiento al resultado” (supuestos de riesgo vital o intervención de terceros).

³ CANCIO MELIÁ, Manuel y DÍAZ-ARANDA, Enrique. *La imputación normativa del resultado a la conducta*. Santa Fe: Editorial Rubinzal-Colzoni, 2007, pp. 15-47.

Desde la imputación de comportamiento, que -entre otros autores- Cancio asume como válida, el criterio del riesgo permitido (más propiamente: "*principio de permisión del riesgo*"), combinado con el "*principio de prohibición de regreso* (en cuanto no retroceso o ascensión), y el "*principio de confianza*", ensamblarán perfectamente con el "*principio fundamental de auto-responsabilidad*", inherente a la imputación a la víctima.

En este estadio del análisis, conviene destacar que el requisito de que el comportamiento se encuentre "dentro del *ámbito de protección de la norma*", que -en la postura de Roxin- se ubicaba en el tercer escalón del análisis adscriptivo (luego del riesgo no permitido y su concreción (*nexo con*) en el resultado), se incluirá en este primer (y predominantemente único) estrato de imputación de la conducta.

Y a partir de esta idea, la prohibición de regreso (*rectius: principio*), no tendrá el sentido que le daba Frank (1907) para la exclusión de la incidencia dolosa de un tercero (óptica causalista, tributaria de la doctrina Hegeliana). En efecto, desde la óptica de imputación objetiva, el principio de prohibición de retroceso o ascensión en el ilícito consolidado (completo en su *iter*), tendrá la virtualidad de desplazar de la expresión de sentido del desvalor, el *comportamiento estandarizado*, desvinculándolo de posteriores conductas auto-lesivas.

Por tanto, la *regla* de infracción al debido cuidado, o acción planificada final exigible normativamente (art. 18 del CP), resulta infra-incluyente, de modo que su alcance y significado, debe determinarse mediante la armonización (*rectius: ponderación*), de acuerdo con los *principios y compromisos* subyacentes a la referida regla.

En otros términos, el eje axial de nuestros arts. 18 30 del CP, nos colocan en lo que Schauer denomina "experiencia recalcitrante", en relación a la imputación a la víctima. Y solo pueden resolverse las cuestiones de la praxis, mediante la combinación de los cuatro principios rectores de la imputación objetiva (permisión del riesgo, prohibición de regreso, confianza y auto-responsabilidad), desde una óptica funcional.

5. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN TORNO A LA VÍCTIMA. UN "FUZZY LOGIC"

En este plano, Cancio distingue la subjetividad (es decir, el plano de la conciencia) de los datos del *contexto general* de actuación propios de la imputación objetiva de comportamiento, así como del conocimiento o la cognoscibilidad de datos del *contexto concreto* del comportamiento inherentes

a la imputación subjetiva (rectius: al tipo subjetivo-*Die Zurechnung zum subjektiven Tatbestand*).

Ambas categorías, inciden en la imputación a la víctima, desde que –por ejemplo– pueden excluir de la tipicidad comportamientos victimales de hetero-puesta en peligro, a los que –en principio– la tesis de Roxin en su versión originaria, incluía dentro del ámbito de protección normativa (considerándoles punibles). Y nuevamente, la solución implicará la “ fusión de horizontes”, finalista y normativista, que encontrará su ensamble pragmático, en la concepción de imputación de comportamiento sustentada por Frisch.

Con esta distinción necesaria, se evita la crítica de Hans Joachim Hirsch, Armin Kaufmann, Eberhard Struensee y Marcelo Sancinetti, quienes sostuvieron que la imputación objetiva cruzaba y confundía el ámbito de lo objetivo y subjetivo, convirtiéndose en un “Fuzzy Thinking” o “Fuzzy Logic” (pensamiento o concepto borroso, confuso explicado por Bart Kosko⁴) y que, en el extremo del finalismo ortodoxo, Hirsch calificó de “*parricidio*”.

6. EN LA JURISPRUDENCIA

En el ámbito continental-europeo, son paradigmáticos los siguientes ejemplos:

- a) Caso de la *jeringuilla*. Fue fallado por el Supremo Tribunal Federal de Alemania, considerando que una sobre-dosis de droga prohibida auto-suministrada por la víctima, excluía el homicidio, de quien había proporcionado la jeringuilla con la que se inyectó (Sentencia de 14 de febrero de 1984).
- b) Caso del *juego de puntería*. Fue fallado por el Tribunal Supremo Español, sentencia redactada por Enrique BACIGALUPO ZAPATER, quien condenó por homicidio culposo, atendiendo a la organización conjunta del juego, participación voluntaria, y auto-responsabilidad victimal (Sentencia 17 de julio de 1990).
- c) El caso de la *picada o carrera de motos*. La organización conjunta y principio de auto-responsabilidad victimal, ha llevado a los Tribunales Provinciales, Regionales, y Supremo Federal de Alemania, considerar atípico el comportamiento de quien asumiendo el marco consensuado de la competencia, resulta lesionado o aún fallece.

⁴ ALLER, Germán. *Cuestiones Dogmáticas, político-criminales y criminológicas*. Montevideo: Editorial Carlos Alvarez, 2011, pp. 24-25. Vid también: CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva*. Trabajo inédito presentado en Congreso de Derecho Penal celebrado en Córdoba, setiembre de 2011.

- d) El caso de la *transmisión de enfermedades sexuales como el SIDA*. La jurisprudencia ha oscilado entre la atipicidad, y la tipificación de lesiones culposas, siendo predominante en el ámbito continental europeo, la exclusión del desvalor de acto, ya que su expresión de sentido se desvanece con el consentimiento.

En nuestra jurisprudencia, resultan de interés:

- a) El caso de la *riña* en espectáculo público (art. 323 bis del CP), que considera autores tanto a lesionados (*víctimas*) como indemnes, por el solo hecho de la participación. La diferencia de tratamiento, se reconducirá en autoría de lesiones en concurrencia fuera de la reiteración con riña simple para quien las provoca, y riña agravada por el resultado, para los partícipes restantes. Prevalece la organización conjunta, auto-responsabilidad del padeciente, y desvalor de acto (comportamiento).
- b) El caso de la estafa (art. 347 del CP), en que la organización conjunta, puede llevar a la atipicidad, atendiendo a la subjetividad del comportamiento victimal. Es un ejemplo, el supuesto del *billete premiado*, que releva plásticamente la dogmática en examen. Se trata de quien se aprovecha de una simulada necesidad del tenedor del billete falso, lo adquiere a un precio vil con la esperanza fundada (luego de verificar el listado de Lotería), y acude a cobrarlo.
- c) El caso del lesionado ebrio imprudente en accidente de tránsito. Si el accidente es provocado por quien conduce –por ejemplo– una bicicleta, en estado de ebriedad y provoca el accidente al chocar con un automóvil en marcha, el automovilista no será garante por omisión de asistencia (criterio sustentado expresamente por JAKOBS⁵).

En definitiva, en la jurisprudencia glosada, predomina la argumentación de que la organización conjunta de la actividad arriesgada requiere la aplicación del principio de autorresponsabilidad, sin el cual (que implica imputación a la víctima), la praxis no será “*normativo-garantista*”, sino “*intuitivo-naturalística*”.

Y finalmente, del análisis dogmático y de la praxis, emerge que no se asiste – desde la óptica victimal inserta en el área de la tipicidad – a un “*neo-punitivismo*”, pre-anunciado por Daniel PASTOR. Solo podría arribarse a esa disfunción, desde un enfoque que se resista a desplazar a la imputación a la víctima

⁵ JAKOBS, Günther. *La imputación. Fundamentos y determinación de la conducta no prohibida*. Conferencia dictada en la Universidad de Göttingen (Alemania), durante Post-Grado de Especialización en Derecho Penal, en setiembre de 2011, trabajo inédito.

desde la culpabilidad entendida como actitud psicológica (causalismo), hacia la tipicidad (finalismo normativista).

7. PROPUESTA DE RE-ESTRUCTURACIÓN CATEGORIAL Y GIRO HERMENÉUTICO

El art. 18 del CP, y en especial el art. 59 inc. 2 del CP, tal como lo han entendido –en nuestro país– Beatriz Scapucio y Lina Fernández, a la luz de la imputación objetiva, solo pueden entenderse como receptores de la neutralización de riesgos, desplazando la antigua tesis de la prohibición de compensación de culpas.

Y ello es así, por cuanto la infracción del deber de cuidado que define la imprudencia que regla nuestro art. 18, solo puede adscribirse normativamente, por negligencia, impericia, violación de leyes o reglamentos. Y si este fue el entendido de nuestro Legislador, permeable al avance dogmático, el art. 59 inc. 2, que refiere a la participación delictual, y no a la tipicidad subjetiva, de ninguna manera puede ser obstáculo a la imputación a la víctima como excluyente de tipicidad.

Es que –como lo ha entendido Germán Aller– el eje axial normativista, se encuentra consagrado constitucionalmente (en especial: arts. 10, 8, 72, 332 de la Carta: programa de Derecho Penal), y reglado por los arts. 18 y 30 del CP, que reciben la imputación subjetiva y culpabilidad normativa (capacidad de auto-determinación o libre apreciación del desvalor, y poder individual de actuación arreglada a esa apreciación, en otros términos: exigibilidad normativa)⁶.

El giro hermenéutico, que implica fusionar horizontes (Gadamer), conlleva entonces, interpretar la Ley en correspondencia con la norma (Carta Magna), y desplazar la tipicidad, por déficit en el comportamiento auto-responsable victimal, para supuestos que generan inevitabilidad del evento, y atenuación, o tipicidad culposa (rectius: imprudencia, vgr. caso del juego de puntería citado) para casos en que ese mismo déficit se vincule a un comportamiento inevitable.

8. CONCLUSIONES PROVISORIAS

1. El origen de la “*imputación objetiva*”, como giro hermenéutico de la expresión de sentido concreto del desvalor, está la idea de “*fusión de*

⁶ ALLER, Germán. *Cuestiones dogmáticas, político-criminales y criminológicas*. Montevideo: Editorial Carlos Alvarez, 2011, pp. 80-81.

horizontes" sustentada en Alemania (1960) por Hans Georg Gadamer⁷. En este entendido, la imputación como atribución de una obra a su autor, muta en expresión de sentido del desvalor de la conducta o comportamiento (aspecto funcional de la vieja "imputatio"), y permite plásticamente, la imputación a la víctima.

2. Desde este punto de vista, la "imputación a la víctima", constituye una experiencia recalcitrante –en la terminología de Frederick Schauer–, que solo puede resolverse hermenéuticamente, consultando los principios y compromisos subyacentes a la regla infra-incluyente.
3. La tesis que se sustenta se separa de la originaria de JAKOBS, acercándose a la de FRISCH (y en buena medida a la de HRUSCHKA), quien dulcifica los planteos de un normativismo extremo, haciéndolos compatibles con el finalismo. En otros términos, al fusionar horizontes, *traduce* adecuadamente el avance del finalismo y el normativismo, complejizando analíticamente la imputación objetiva de comportamiento.
4. Y en este entendido, la imputación en su significación original (*genealogía* de PUFENDORF), puede ensamblar con el moderno criterio de imputación objetiva, más cercano al desvalor (ROXIN y otros) que a la atribución libre de una obra a su autor (HRUSCHKA).
5. La ubicación sistemática de la imputación a la víctima en el ámbito de la tipicidad excluye su inserción en la culpabilidad, en especial, respecto del dolo e imprudencia. Sin embargo, puede ser compatible con la categoría de "*inexigibilidad de un comportamiento alternativo*", en el entendido de HENKEL como principio jurídico regulativo (poder general de actuación alternativa).
6. Nuestro Código Penal, si bien históricamente, no pudo registrar el actual avance dogmático, fue lo suficientemente dúctil en su eje axial de responsabilidad (arts. 18 y 30), como para dar cabida a la imputación objetiva en la categoría del desvalor (rectius: tipicidad), y culpabilidad normativa. Asimismo, en la parte especial, el art. 323 CP, que tipifica la riña, es un ejemplo de aplicación del programa constitucional de auto-responsabilidad, al considerar "autores" del delito, tanto a lesionados como indemnes, por el solo hecho de la participación.

⁷ GADAMER, Hans Georg. *El giro hermenéutico*. Madrid: Editorial Cátedra, 1998, *passim*.

7. De esta manera –como lo señala CANCIO– la repercusión dogmática de la imputación a la víctima, como cualquier otra doctrina, no implica ni hace la revolución pero puede dar razones [discurso] para el cambio cultural y jurídico.
8. Ese es el mérito de una dogmática analítica o compleja, opuesta a una “botánica” al decir de DUBBEL, basada en un código binario, incapaz de brindar herramientas para la interpretación de los “casos difíciles”.
9. Por tanto, el baremo para el juicio de referibilidad normativa al autor y la víctima, será el principio fundamental de *proporcionalidad*. Y ello, por cuanto las reglas (arts. 18 y 30 CP) y principios en juego, no son ni completamente opacas, ni absolutamente transparentes, requieren de ponderación en sentido amplio y estricto, para resolver los problemas que plantea la praxis penal.
10. De este modo, será posible una graduación del déficit de auto-responsabilidad de la víctima, con consecuencias jurídico-penales proporcionales, a saber: a) un déficit *máximo* en la auto-responsabilidad de la víctima, determinará la *atipicidad* del comportamiento “auctoris” inevitable, b) un déficit *intermedio*, que plasme en un comportamiento “auctoris” evitable, se reconducirá en *imprudencia* (caso del juego de puntería), c) y un déficit *mínimo*, aunque relevante, se traducirá en mitigación del comportamiento “auctoris”, esto es, *atenuación*, ya sea por la vía de eximentes incompletas, o afectación grave de la conciencia (intensa emoción, etc.).
11. Y finalmente, como corolario del análisis precedente, a fuer de ser sinceros, emerge que la etiqueta “*imputación objetiva de comportamiento o de resultado*”, puede contribuir a hacer “*borroso*” el concepto de imputación (polisémico, por las distintas concepciones que sugiere).

En consecuencia, por la subjetividad que se reconduce en la necesaria cognoscibilidad contextual por parte de la víctima, como requisito para excluir la tipicidad, sería preferible hablar derechamente de “*imputación jurídico-penal*” como comprensiva tanto de la imputación objetiva cuanto de la subjetiva.

**DOCUMENTOS
DE INTERÉS**



IV Congreso Nacional de Jueces

DECLARACIÓN DEL CUSCO

Los señores participantes reunidos en la ciudad imperial del Cusco, con ocasión del IV Congreso Nacional de Jueces, desarrollado del 25 al 27 de agosto de 2010, declaramos lo siguiente:

Primero.- Respaldar la gestión del señor Presidente del Poder Judicial Dr. Javier Villa Stein, por su férrea defensa de la institucionalidad de este Poder del Estado.

Segundo.- Exhortar a los otros Poderes del Estado que se dote al Poder Judicial de un presupuesto acorde a sus necesidades. La adecuada provisión de recursos públicos redundará en la mejora de los índices del desarrollo económico del país, garantizará la tutela de los derechos fundamentales de la persona, y consolidará la institucionalidad democrática.

Tercero: Demandar a las agrupaciones políticas que incluyan en sus planes de Gobierno acciones concretas para fortalecer la independencia del Poder Judicial y su autonomía económica.

Cuarto. Expresar la profunda preocupación de los jueces del Perú por la sorpresiva decisión del Poder Ejecutivo de suspender la implementación del Nuevo Código Procesal Penal en los demás Distritos Judiciales, no obstante el calendario aprobado oficialmente. Pese a que públicamente se manifestó la voluntad gubernamental de continuar con el proceso de implementación y adelantar la vigencia del Código para los Distritos Judiciales de Lima, Lima Norte y Callao se anuncia la suspensión del mismo con argumentos

inaceptables y notoriamente infundados. Lamentamos que impropriamente se invoque como fundamento de este retroceso institucional los problemas de seguridad ciudadana que padece el país, sin tomar en cuenta los factores reales del incremento de la criminalidad y la efectiva incidencia de un Código Procesal Penal en la prevención del delito.

Quinto: Rechazar todo tipo de injerencia que vulnere la independencia de los Jueces y la autonomía del Poder Judicial. Valoramos las críticas fundadas y la expectativa social por un sistema de justicia que garantice el imperio del Derecho, así como reafirmamos nuestro compromiso en el ejercicio responsable de la función jurisdiccional.

Sexto: Apoyar las acciones adoptadas por los órganos de gobierno del Poder Judicial para mejorar el servicio de justicia. Especialmente, consideramos indispensable generalizar el uso de las notificaciones electrónicas en los órganos jurisdiccionales de la República. Invocamos a los señores abogados se inscriban en el registro de casillas electrónicas.

Séptimo: Agradecer a la Corte Superior de Justicia del Cusco por la cálida acogida que ha brindado a cada uno de los asistentes y por su valiosa participación en la organización del IV Congreso Nacional de Jueces.

27 de agosto de 2010



Foto Oficial del IV Congreso Nacional de Jueces. Cusco, 2010.



DECLARACIÓN DE TARAPOTO - SAN MARTÍN -

V CONGRESO NACIONAL DE JUECES "Calidad, eficiencia y eficacia"

PRIMERO.- EXPRESAR amplio respaldo al Presidente del Poder Judicial señor doctor Cesar San Martín Castro, respecto de las acciones tomadas a partir de la "Agenda Judicial de Seguridad Ciudadana" del Poder Judicial y los proyectos que formule desde la "Comisión de Seguridad Ciudadana" del Poder Judicial, para posicionar la participación activa del Poder Judicial, destacando la función del Juez en el sistema de justicia, en la Comisión Nacional de Seguridad Ciudadana (CONASEC) sobre las políticas nacionales de seguridad nacional.

SEGUNDO.- SEÑALAR la necesidad de reformular el Plan Nacional de descarga procesal considerando los problemas actuales de los despachos judiciales, poniendo especial énfasis en la identificación de fortalezas y debilidades de los sistemas aplicados hasta ahora.

TERCERO.- CONSIDERAR que la medición del desempeño jurisdiccional es una necesidad estratégica del Poder Judicial y un derecho de los magistrados para mejorar la eficacia y eficiencia de labor. El sistema de medición de desempeño jurisdiccional debe superar las omisiones y deficiencias que en la materia contienen la Ley de Carrera Judicial, así como los pronunciamientos por el Consejo Nacional de la Magistratura durante los procesos de ratificación.

CUARTO.- SOLICITAR que se dote al Poder Judicial de un presupuesto suficiente que permita cumplir con los objetivos y metas programadas para el desarrollo institucional, y permita asimismo una mejora de las remuneraciones de los magistrados.

Tarapoto 29 de octubre de 2011



Foto Oficial del V Congreso Nacional de Jueces.
Tarapoto – San Martín.



PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE JUSTICIA INTERCULTURAL EN PUEBLOS INDÍGENAS “Construyendo un País con Justicia Social”

En La Merced, Provincia de Chanchamayo, Departamento de Junín, reunidos los jueces y juezas, y las autoridades de los pueblos indígenas, expertos académicos nacionales e internacionales, convocados por el Poder Judicial, hemos arribado a las siguientes **conclusiones y recomendaciones** en el marco de un dialogo intercultural orientado a generar propuestas de coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena:

I. CONCLUSIONES

1. Este congreso constituye un **hito histórico** en el proceso de diálogo intercultural entre los sistemas de justicia ordinaria y la justicia indígena, el cual debe mantenerse y consolidarse.
2. Afirmamos que en nuestro país coexisten diversos pueblos que tienen sus propios sistemas jurídicos los cuales resuelven todo tipo de conflictos dentro de su ámbito territorial, y fuera del mismo entre sus miembros, de conformidad con su derecho consuetudinario.
3. En aplicación del artículo 149 de la Constitución Política, el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, y el artículo 18.3 del Código Procesal Penal, **la jurisdicción ordinaria debe respetar plenamente** los sistemas jurídicos indígenas.
4. Manifestamos nuestra voluntad de entrar en relaciones de coordinación y dialogo intercultural entre ambas jurisdicciones.

5. **Respaldar la iniciativa** del Presidente del Poder Judicial Dr. Javier Villa Stein, por promover espacios de diálogo con los pueblos indígenas a través de este tipo de encuentros.

II. RECOMENDACIONES

1. **Crear** en los distritos judiciales **instancias de coordinación** entre la justicia ordinaria e indígena, de composición paritaria, mixta intercultural, con representantes indígenas designados por ellos mismos.
2. **Establecer** los mecanismos y criterios de coordinación entre los sistemas de justicia ordinaria y la justicia indígena en el marco de un dialogo intercultural, con participación de las autoridades de ambas jurisdicciones.
3. **Identificar** los procesos judiciales **que involucran a indígenas y los casos de conflicto entre la jurisdicción ordinaria e indígena, para efectos de que se respeten los derechos indígenas y se realicen las coordinaciones que permitan dar las soluciones correspondientes.**
4. **Sistematizar** la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria en materia de pueblos indígenas y diversidad cultural; así como las distintas experiencias de los sistemas jurídicos indígenas.
5. **Generar** espacios de formación, capacitación e **intercambio de saberes** con enfoque intercultural para los operadores de justicia ordinaria y de autoridades de la jurisdicción indígena, con participación paritaria.
6. **Plantear** al Congreso de la República la convocatoria de la consulta previa a los pueblos indígenas para el desarrollo legislativo del artículo 149 de la Constitución Política que comprenda, entre otros, el fortalecimiento de la jurisdicción indígena, el reconocimiento de los derechos y beneficios sociales de las autoridades de dicha jurisdicción y la dotación de los recursos que requieren para su buen funcionamiento.

La Merced, 01 de octubre del 2010



**SEGUNDO CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE
JUSTICIA INTERCULTURAL EN COMUNIDADES ANDINAS Y
RONDAS CAMPESINAS
“Construyendo un País con Justicia Social”**

En Cajamarca, Provincia de Cajamarca, Departamento de Cajamarca, reunidos los jueces y juezas, y las autoridades de las rondas campesinas y comunidades andinas, expertos académicos nacionales e internacionales, convocados por el Poder Judicial, hemos arribado a las siguientes conclusiones y recomendaciones en el marco de un diálogo intercultural orientado a generar propuestas de coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena:

I. CONCLUSIONES:

1. Este Segundo Congreso viene a consolidar y ratificar las conclusiones y recomendaciones del Primer Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas realizado en la ciudad de La Merced - Chanchamayo, por lo que constituye una renovación del compromiso del Poder Judicial para desarrollar este proceso de acercamiento y de encuentro entre la justicia ordinaria y la justicia especial comunal y ronderil en el marco del diálogo intercultural.
2. Reconocemos el importante papel que cumplen las comunidades y rondas campesinas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales contribuyendo de esa forma al objetivo común de lograr la paz social y el mejor acceso a la justicia de la población rural.
3. Afirmamos la necesidad de construir procesos para que la justicia ordinaria y la justicia comunal y ronderil desarrollen mecanismos para promover relaciones de complementariedad y mutuo apoyo.

4. Ratificar el respeto y cumplimiento de la legislación nacional e internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y rondas campesinas a efectos de su debida observancia por las autoridades del sistema de justicia.
5. Reiteramos nuestro reconocimiento al papel protagónico desempeñado por el Doctor Javier Villa Stein, en su condición de Presidente del Poder Judicial, por haber propiciado la reflexión sobre la justicia intercultural en estos dos Congresos, y le solicitamos al Presidente Electo Doctor César San Martín Castro que continúe profundizando la agenda desarrollada en el marco del diálogo intercultural, entre la justicia ordinaria y justicia comunal.

II. RECOMENDACIONES

1. Fortalecer los mecanismos y criterios de coordinación entre los sistemas de justicia ordinaria y la justicia indígena en el marco de un diálogo intercultural, con participación de las autoridades de ambas jurisdicciones.
2. Solicitar al Congreso de la República la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de Setiembre de 2007.
3. Crear una Oficina Nacional de Justicia Intercultural, dependiente del Poder Judicial, para desarrollar políticas de coordinación entre la jurisdicción estatal, comunal y ronderil.
- 4.- Generar espacios de formación, capacitación e intercambio de saberes con enfoque intercultural para los operadores de justicia ordinaria y de las autoridades de la jurisdicción indígena, con participación paritaria replicando la experiencia de los Centros de Justicia Intercultural de los Distritos Judiciales de San Martín y Cajamarca.
5. Recomendar a las autoridades educativas de todos los niveles de educación la creación de cursos que promuevan el estudio y la reflexión de la diversidad cultural del Perú con el fin de impulsar la comprensión intercultural en nuestra sociedad.
6. Recomendar que en las zonas declaradas en estado de emergencia se afirme la plena vigencia de los derechos humanos y, asimismo, se respete el derecho de las comunidades indígenas y rondas campesinas.

Cajamarca, 10 de diciembre de 2010



DECLARACIÓN DE HUARAZ

III CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE JUSTICIA INTERCULTURAL

“Hacia la consolidación del pluralismo en la justicia”

En Huaraz, Región Ancash, reunidos las juezas y jueces, y las autoridades de las comunidades campesinas, comunidades nativas y de las rondas campesinas, expertos académicos nacionales e internacionales, convocados por el Poder Judicial, hemos arribado a las siguientes conclusiones y recomendaciones, en el marco de un diálogo intercultural orientado a generar propuestas de coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena:

1. El actual Congreso consolida las conclusiones y recomendaciones del I y II Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural en Comunidades Nativas, Comunidades Campesinas y Rondas, realizados en las ciudades de La Merced y Cajamarca, respectivamente, por lo que constituye una ratificación del proceso de acercamiento y de encuentro entre la justicia ordinaria y la justicia especial comunal y ronderil.
2. Confirmamos la importancia de las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas como instituciones que imparten justicia en el mundo rural peruano, contribuyendo con la paz social y el mejor acceso a la justicia de aquella población.
3. Reconocemos el esfuerzo del Poder Judicial para asumir como enfoque y política institucional a la interculturalidad en la justicia, para, en base a ella, orientar la actuación de sus instancias y órganos jurisdiccionales.

4. Declaramos que el respeto mutuo entre el Poder Judicial y la justicia indígena es la base primordial para continuar el proceso de coordinación en marcha de manera sostenible.
5. Los jueces del Poder Judicial reconocen en la diversidad de formas de justicia comunal y ronderil la aplicación de un conocimiento valioso, distinto y dinámico, y manifiestan su voluntad de esforzarse en conocerlo con mayor detalle.
6. Respaldamos el Proyecto de Ley 313/2011-PE, sobre coordinación intercultural de la justicia, y ofrecemos nuestra continua y abierta reflexión para su mejora, aprobación y aplicación práctica. Asimismo, saludamos la decisión adoptada por el Congreso de la República al aprobar el proyecto de ley sobre Justicia de Paz presentado por el Poder Judicial.
7. Resulta necesario desarrollar un protocolo de gestión a aplicarse por la justicia ordinaria, que le permita una adecuada investigación y juzgamiento de aquellos casos en que estén inmersos los miembros de las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas.
8. Es necesario que se implementen acciones de sensibilización y capacitación a nivel nacional desde el Poder Judicial para que los jueces conozcan y apliquen el nuevo marco jurídico que reconoce la jurisdicción especial indígena.
9. Se convoca la participación activa en el desarrollo de la política de justicia intercultural a las instituciones del sistema de justicia, o vinculadas con esa labor: Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo, Consejo Nacional de la Magistratura, Academia de la Magistratura, Ministerio de Justicia y Policía Nacional del Perú.
10. Reconocemos las dificultades que cada sistema de justicia tiene para cumplir sus diversas visiones y fines, aunque, a la vez, encontramos grandes afinidades entre ellas vinculadas con la paz, el derecho al desarrollo y la promoción del ser humano, lo cual permite confiar en la posibilidad y eficacia de la colaboración.
11. Destacamos que la riqueza de la pluralidad actualmente existente es afectada por la carencia de medios económicos que impiden su mejor articulación, por lo que el Poder Judicial, como líder del Sistema de Justicia, exhorta a las autoridades de los poderes Ejecutivo y Legislativo

a aprobar aquellas medidas que, de no ponerse en vigencia, van a afectar la mejor gestión de su presupuesto, pues ello repercute inmediatamente en los ciudadanos, y de manera particular en los más vulnerables, entre quienes se cuentan las personas y comunidades indígenas.

12. Lamentamos el indebido uso de la violencia en Cajamarca mientras se realiza este Congreso, y las heridas físicas y sociales que ella produce, e invocamos que se recurra al diálogo para resolver las diferencias actualmente existentes.
13. Expresamos nuestro reconocimiento al Doctor César San Martín Castro, Presidente del Poder Judicial, por su compromiso con la justicia intercultural, promoviendo una posición institucional del Poder Judicial favorable a la coordinación y colaboración con la justicia indígena, en un contexto de interculturalidad y de protección efectiva de los derechos humanos.

Huaraz, 30 de noviembre de 2011
COMISIÓN ORGANIZADORA



Foto Oficial del III Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural.
Huaraz, 2011.



DECLARACIÓN DE LA MERCED

“Por una justicia transcultural del milenio”

En la tropical y acogedora ciudad de La Merced, Provincia de Chanchamayo, Departamento de Junín, en el marco de la Primera Reunión Anual 2010 de Presidentes de Cortes Superiores de Justicia “Acciones para la celeridad procesal”, los Presidentes de los 29 Distritos Judiciales del país, por unanimidad, acuerdan lo siguiente:

Primero.- Respaldar las importantes acciones vinculadas con la celeridad procesal dispuestas por el Señor Presidente del Poder Judicial y de la Corte Suprema de Justicia de la República, Dr. Javier Villa Stein, como uno de los principales atributos que debe caracterizar la eficiente impartición del servicio de justicia dentro del marco de un Estado Constitucional de Derecho y compromiso con el desarrollo económico del país.

Segundo.- De conformidad con dichos lineamientos, se debe priorizar la implementación en todos los órganos jurisdiccionales, durante el año 2010, del sistema de Notificaciones Electrónicas (SINOE), lo que implica fortalecer del Sistema Integrado Judicial (SIJ) y el acceso al Internet de todos los órganos jurisdiccionales. Paso fundamental para la incorporación del expediente digital al que deberá unirse el uso del Portal Web, el Sistema de Atención de Justicia (SAJ), así como los demás mecanismos de información tecnológica que sean necesarios.

Tercero.- Consolidar el Plan Nacional de Descarga Procesal, lo que importa el monitoreo de los órganos jurisdiccionales de descarga procesal, el sinceramiento de la carga respectiva, el mantenimiento o sustitución de las unidades jurisdiccionales de descarga teniendo en cuenta la realidad de

cada Distrito Judicial y el seguimiento de la labor realizada por los órganos jurisdiccionales permanentes.

Cuarto.- Dar atención prioritaria a la implementación de acciones tendientes a optimizar los procesos y procedimientos administrativos al interior del despacho judicial.

Quinto.- La puesta en marcha progresiva en las Cortes Superiores de Justicia del país y teniendo en cuenta la realidad concreta de cada Distrito Judicial, del modelo de despacho judicial presentado por la Comisión de Magistrados con el objeto de racionalizar los recursos y el respeto de una la carga procesal adecuada.

Sexto.- Respaldar el acuerdo de la Sala Plena de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 25 de enero del año en curso, cuyo acuerdo unánime consiste en solicitar al Consejo Nacional de la Magistratura la modificación y rectificación del Acuerdo Plenario N° 005-2010-CNM de fecha 19 de enero de 2010, fundamentalmente, en cuanto a la presentación de un informe sobre la organización del trabajo del magistrado, referente a los últimos siete años de ejercicio.

Séptimo.- El referido acuerdo, que forma parte de la presente declaración, resulta constitucional, legal y legítimo, por cuanto la Ley de la Carrera Judicial no se aplica retroactivamente a situaciones y hechos anteriores a la fecha de su vigencia, como se pretende aplicar los artículos 78 y 79 de la Ley de la Carrera Judicial.

Octavo.- Reafirmar el genuino compromiso con las políticas y lineamientos de reforma judicial en aras de una justicia eficiente, transparente y moderna.

Noveno.- Expresar públicamente el agradecimiento a la Corte Superior de Justicia de Junín y a la población de La Merced, Provincia de Chanchamayo, por sus cálidas y afectuosas atenciones y consideraciones con la familia judicial provenientes de los diferentes departamentos del país.

29 de enero de 2010



I Encuentro de Presidentes de Cortes Superiores de Justicia de la República del año 2011

DECLARACIÓN

Los Presidentes de las treinta Cortes Superiores de Justicia del país, firmantes, saludamos la iniciativa de convocar y organizar este Primer Encuentro de Presidentes del año 2011, el que nos ha permitido intercambiar experiencias y propuestas en el marco del Plan de Gobierno Institucional 2011- 2012. En ese sentido, acordamos por unanimidad lo siguiente:

PRIMERO.- Felicitar muy especialmente al señor Presidente del Poder Judicial, Doctor César San Martín Castro, y a los integrantes del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, por su interés y disposición a promover la participación de las Cortes Superiores de Justicia en la elaboración de los planes y estrategias de gestión institucional.

SEGUNDO.- Reafirmar nuestro compromiso de fortalecer las políticas instauradas por el Presidente del Poder Judicial en sus cuatro ejes prioritarios: posicionamiento institucional, modernización de la gestión judicial, acceso a la justicia y lucha contra la corrupción.

TERCERO.- Saludar y respaldar la iniciativa de profesionalizar y descentralizar la gestión administrativa de nuestra institución, apuntalando la co- operación interinstitucional y la constitución progresiva de unidades ejecutoras en los distritos judiciales que correspondan.

CUARTO.- Ratificar la aplicación intensiva de procedimientos modernos de gestión judicial de acuerdo con los estándares del servicio de justicia

internacional, con especial incidencia en la mejora y optimización de la infraestructura y el uso de nuevas tecnologías en aras de la celeridad, eficiencia y transparencia judicial.

QUINTO.- Incentivar la producción jurisdiccional tendiente a atender la exigencia ciudadana de prestación de un servicio de justicia con calidad; así como asumir decisivamente las estrategias establecidas por los órganos de gobierno, dirigidas a disminuir la carga procesal.

SEXTO.- Comprometer nuestros esfuerzos en la promoción de la justicia de paz, y la mejor articulación del Poder Judicial con la justicia indígena y las fórmulas alternativas de composición de conflictos.

SÉTIMO.- Respaldar las gestiones del Presidente del Poder Judicial ante las instituciones del Estado, para el otorgamiento de beneficios e incentivos económicos a favor de los trabajadores.

Lima, 11 de Marzo de 2011



DECLARACIÓN DE LIMA

Los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de la República, reunidos en la ciudad de Lima, han acordado por unanimidad lo siguiente:

1. Respaldar la gestión del Presidente del Poder Judicial, Dr. César San Martín Castro en el logro de los objetivos institucionales.
2. Saludar la permanente apertura democrática en el debate de los ejes principales para la lucha contra la corrupción, modernización, transparencia y descentralización en la administración de justicia, que constituyen la política institucional del Poder Judicial.
3. Reafirmar nuestro compromiso de continuar con la gran tarea de producir los cambios institucionales que exigen los tiempos modernos, dentro del marco participativo de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Lima, 19 de julio de 2011

**PRESIDENTES DE CORTES SUPERIORES
(PERIODO 2011 - 2012)**

ESPERANZA TAFUR GUIPOC	HÉCTOR LAMA MORE
AMAZONAS	LIMA
ABRAHAM VÍLCHEZ CASTRO	WALTER DÍAZ ZEGARRA
ANCASH	LIMA NORTE
ELI ALARCÓN ALTAMIRANO	PEDRO CARTOLÍN PASTOR
APURÍMAC	LIMA SUR
JORGE LUIS SALAS ARENAS	ALDO NERVO ATARAMA LONZOY
AREQUIPA	LORETO
CÉSAR PRADO PRADO	MARINO GABRIEL CUSIMAYTA BARRETO
AYACUCHO	MADRE DE DIOS
PERCY HORNA LEÓN	MOÍSÉS QUISPE AUCCA
CAJAMARCA	MOQUEGUA
DANIEL PEIRANO SÁNCHEZ	RICARDO SAMUEL DEL POZO MORENO
CALLAO	PASCO
LUZ GLADYS ROQUE MONTESILLO	LUIS ALBERTO CEVALLOS VEGAS
CAÑETE	PIURA
LUIS ALFONSO SARMIENTO NÚÑEZ	RÓMULO CARCAUSTO CALLA
CUSCO	PUNO
MÁXIMO TEODOSIO ALVARADO ROMERO	JOSÉ IGNACIO CHACÓN ÁLVAREZ
HUANCavelica	SAN MARTÍN
JORGE ENRIQUE PICÓN VENTOCILLA	DANIEL ALBERTO VÁSQUEZ CÁRDENAS
HUÁNUCO	SANTA
LUIS ALBERTO VÁSQUEZ SILVA	JAIME ANTONIO LORA PERALTA
HUAURA	SULLANA
BONIFACIO MENÉSES GONZALES	MARIO GORDILLO COSSIO
ICA	TACNA
BERNARDO PIMENTEL ZEGARRA	PERCY ELMER LEÓN DIOS
JUNÍN	TUMBES
WALTER COTRINA MIÑANO	RENÉ EDUARDO MARTÍNEZ CASTRO
LA LIBERTAD	UCAYALI
CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ	
LAMBAYEQUE	

Esta obra se terminó de imprimir a los veintinueve días
del mes de noviembre del dos mil doce, en los talleres
gráficos de Mercedes Group S.A.C.

Jr. Ica 431, El Cercado - Lima.
(Tiraje: 1,000 ejemplares)

