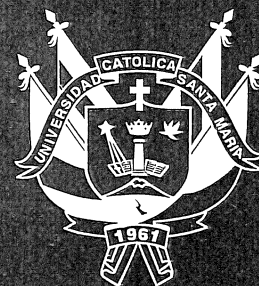


REVISTA DE DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA



REVISTA DE DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA



PRESENTACIÓN

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica Santa María, gracias al apoyo de la Fundación Luis de Taboada Bustamante, nuevamente tiene la satisfacción de presentar el ejemplar No. 2 de “La Revista de Derecho”, que reúne artículos, ponencias, comentarios y discursos vinculados a las ciencias jurídicas, preparados por eminentes juristas nacionales y extranjeros, profesores de la Facultad e invitados.

El contenido de la revista, constituye un importante aporte al estudio de las ciencias jurídicas, que, a su vez, contribuye al desarrollo económico, social y político de nuestra sociedad.

El segundo número de La Revista de Derecho que hoy presentamos trata de satisfacer las inquietudes en el campo del derecho, convirtiéndose no sólo en fuente de consulta en las variadas e ilustradas opiniones que contiene, sino en punto de referencia y hasta de controversia en el debate esclarecedor.

La importancia de esta publicación resalta más si la consideramos dentro del contexto de la formación académica y profesional de los estudiantes de la facultad, de sus egresados, de los abogados y de sus docentes, todos ellos tendrán en la revista un valioso instrumento de consulta.

Este segundo número constituye un nuevo esfuerzo de la Fundación Manuel de Taboada Bustamante que con su aporte hace posible que este ejemplar llegue a las manos de sus lectores: estudiantes, docentes, abogados, magistrados y estudiosos del derecho que han acogido con mucho entusiasmo nuestro primer número, por lo que estamos muy agradecidos.

Debo también agradecer y felicitar a los juristas, nacionales y extranjeros, docentes y alumnos que han contribuido, de distintas maneras, para que el segundo número de esta revista pueda estar en sus manos, como instrumento que difunda los valores de la Ciencia del Derecho.

Dr. Oscar Urviola Hani
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Políticas

DOCENTES DEL DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE CIENCIAS JURÍDICAS

Oscar Marco Antonio Urviola Hani
Luis Guillermo Vargas Fernández
Luis Iván Velando Puertas

Ramiro de Valdivia Cano
Henry Guillén Sosa
Javier Rodríguez Velarde
Arquímedes Revilla Pulcha
David Dongo Ortega
Dante Valdivia Zegarra
Luis Valenzuela Valencia
Héctor Delgado Castro
José Butrón Fuentes
Julio Virrueta Revilla

Juan Carlos Valdivia Cano
Berly Cano Suárez
Marco Falconí Picardo
Gabriel Torreblanca Lazo
Jorge Luis Cáceres Arce
José Luis Yucra Quispe
Alfredo Lovón Sánchez
César Fonseca Tapia

Julio Armaza Galdos

Fernando Bustamante Zegarra
Guillermo Zavalaga Mariño
Ana María Amado Mendoza
Carlos Rodríguez Martínez
Claudia Pía Chirinos Pacheco
Juan Carlos Agramonte Mostajo
James Fernández Salguero

INDICE

Presentación

Docentes del Departamento Académico de Ciencias Jurídicas

Indice

Dr. Dn. Toribio Pacheco 1828	11
Reseña histórica	27
Acuerdo y consentimiento Julio Armaza Galdos	45
¿Es la suprema corte de justicia de México un tribunal constitucional? Edgar Corzo Sosa	65
Control y magistratura constitucional en el Perú José F. Palomino Manchego	78
Una aproximación a los instrumentos de control parlamentario en la Constitución Española de 1978 Carlos Hakansson Nieto	96
El derecho de participación en el Perú, desde una perspectiva comparada: ¿Un derecho debilitado o fortalecido? Janeyri Boyer Carrera	120
El proceso en el Estado de derecho Gustavo Calvino	142
La Propiedad inmobiliaria urbana Javier Rodríguez Velarde	152
Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras Ramiro Valdivia Cano	164

El depósito de las mujeres en el siglo XVII: Entre corrección y protección	187
Ana María Amado Mendoza	
El regreso al derecho penal del autor en el Perú	191
Berly Gustavo Cano Suárez	
El Derecho Penal Económico	195
Berly Gustavo Cano Suárez	
Aproximaciones al tratamiento jurídico integral del grupo de empresas	200
Manuel Alejandro Ruiz Paredes	
La concentración empresarial a través de las fusiones: Un enfoque jurídico de una tendencia vigente en el mercado	244
Pía Chirinos-Pacheco De Rivero	
Jornada Laboral de Trabajo en la Minería	260
Julio Salomón Virrueta Revilla	
La importancia de la lectura del Diario Oficial por los estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas	264
David Fernando Dongo Ortega	
Política antidrogas: Las ideas de Alfredo	267
Juan Carlos Valdivia Cano	
El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	273
Alfredo Lovón	
Las garantías para el desempeño profesional del juez y la independencia judicial en un estado constitucional	303
Gorki Gonzáles Mantilla	
Discurso de Orden en Ocasión del 45 Aniversario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María	315
Héctor Delgado Castro	
Calidad con responsabilidad social	321
Oscar Urviola Hani	
Cuadro de Honor	

DR. DN. TORIBIO PACHECO

1828

Toribio Pacheco y Rivero nació en Arequipa, el 17 de abril de 1828. Hijo de don Toribio Pacheco, de prosapia española nobilísima y de doña Manuela Rivero y Ustaris, dama de alta alcurnia arequipeña, hermana del gran sabio de reputación mundial Dr. Mariano Eduardo Rivero y Ustaris y del Dr. Francisco Rivero y Ustaris, el brillante diplomático peruano, ministro plenipotenciario ante las cortes de Inglaterra y Francia.

Sus primeros estudios los hizo en Arequipa, su ciudad natal. Después se educó en Puño, y de ahí pasó al colegio de San Carlos en Lima, donde terminó sus estudios principales. De Lima pasó a París, y estudió en la célebre Universidad de la Sorbona y de esta gran ciudad pasó a Bruselas, donde se graduó, presentando una brillante tesis sobre asuntos económicos. En esta tesis, escrita en francés, estudia metódicamente el movimiento económico e intuye el advenimiento de las luchas económicas del presente. Hace un examen prolijo de las escuelas y de la filosofía económica.

En esta tesis, Pacheco, estudia el movimiento social de su época y critica las doctrinas disolventes del socialismo extremista y del comunismo. Refiriéndose al comunismo combate esta tendencia y defiende la civilización moderna, cuyos sostenes son la libertad ante todo y después la propiedad privada y el gobierno democrático.

1928

De regreso al Perú mereció del supremo gobierno, ser nombrado, en reemplazo del reputado intelectual arequipeño Dr. Juan Gualberto Valdivia,

rector del Colegio de la Independencia. La Universidad y el Colegio formaban un solo cuerpo. Corno maestro su paso por ambas entidades intelectuales fue fecundo. En la Universidad creó la facultad de Letras. Tanto en la Universidad, como en el Colegio, hizo penetrar el espíritu nuevo. Se cambiaron métodos y programas, en ambas instituciones. Pacheco en ese entonces tenía 30 años. Maestro en plena juventud. Simultáneamente prepara su comentario a nuestro Código Civil que vió la luz al año siguiente en Lima.

Indiscutiblemente, Pacheco, representa el pensamiento peruano. Es el jurista más profundo y de más latitud espiritual del Perú. Su inteligencia, no solo se circunscribe a las cosas del Perú. Su pensamiento es continental. Ante la guerra tripartita protesta. Ante la anarquía y ante las revoluciones fratricidas de México, hace oír su voz condenatoria.

Arequipa, al conmemorar el primer centenario del nacimiento de Toribio Pacheco, rinde justicia a su más ilustre hijo. Esta conmemoración adquiere relieves nacionales merced a la actitud noble del municipio de Arequipa. El supremo gobierno también está asociado a esta conmemoración. Muchísimas municipalidades de la república, han elegido sus delegados ante las fiestas conmemorativas. Recordar la memoria de los grandes hombres, es la lección más profunda que se da a las jóvenes generaciones. Avivar el recuerdo de aquellos que supieron dar lustre a su patria, es incitar a las jóvenes inteligencias, a que estudien la vida y la obra de ellos. En el estudio de los más grandes hombres las nuevas generaciones forman su carácter y amplían sus conocimientos. Hay cierto anhelo de superar a los que nos precedieron. En este anhelo reside la ley del progreso. Por eso estudiar la vida y la obra de los varones ilustres, es la tarea más provechosa para la juventud. Toribio Pacheco, fue la vida más augusta de su tiempo. Pero donde se destaca esta noble alma es cuando manifiesta ante el mundo, la nueva tentativa de tutelaje que el gobierno de Isabel II, quería imponer nuevamente a los pueblos emancipados de América.

La magnitud de la figura de Pacheco, me obliga a estudiar su personalidad en sus diferentes faces. Como estudiante y como maestro acabo de hacer una somera silueta de esta gran figura. Ahora me voy a concretar al estudio de sus otras fases: como jurisconsulto, como periodista, como revolucionario, como canciller del Perú y como Fiscal de la Nación.

EL JURISCONSULTO

El Perú jurídico antes de Pacheco vivía en la ignorancia completa de la doctrina jurídica. Existía es cierto la codificación de nuestras leyes pero faltaba el comentario científico. La obra jurídica de T. Pacheco, vino a llenar este vacío en nuestra legislación. Con el comentario de Pacheco, los abogados y los jueces tenían una fuente informativa de ciencia de derecho. La ley escueta sin el comentario sereno de los jurisconsultos es un peligro en su aplicación. En la ley existen vacíos y contradicciones y también deficiencias y si no hubieran comentaristas de la ley a quienes se designan con el nombre de jurisconsultos, tanto los jueces y los abogados se verían a menudo perplejos en los casos particulares al aplicar las leyes. El jurista es el teorizante de la ley. El jurista estudia el origen de la ley. Los legisladores crean la ley inspirados en las necesidades sociales. El jurista estudia el origen de esas necesidades y su razón filosófica. Antes de Pacheco no había en el Perú, ningún comentario de nuestra legislación. Pacheco a los 31 años publica su 1ra. parte del comentario a nuestro Código Civil. Su obra quedó trunca, porque su vida fue breve. Sin embargo hay la certidumbre de que Pacheco, escribió muchos capítulos de su segunda parte.

Todos sus artículos postumos se han perdido. Lo que queda de Pacheco, es quizá menos de lo que se ha perdido de él. El Perú, jurídico e intelectual ha perdido mucho con el extravío de la obra de Pacheco.

EL JURISTA

El comentario a la ley civil, es profundo. Todas las disposiciones sustanciales de la ley son comentadas con claridad nítida. Pacheco, maneja el idioma con maestría y observa el método cartesiano en sus razonamientos. La luminosa comprensión de la ley lo hace un experto en su comentario. Al hablar del matrimonio, hace una bellísima síntesis de su historia; y explica sus fundamentos naturales y sociales; «La monogamia no es solamente un precepto religioso sino que se funda también en el Derecho Natural. El matrimonio abraza la personalidad entera y completa de los esposos, estableciendo entre ellos un cambio continuo y permanente de servicios y socorro del que ninguno de ellos puede ser privado y a los que tienen un derecho exclusivo sin que participen de ellos otras personas. De lo contrario faltaría la igualdad absoluta que requiere el matrimonio, pues el individuo que dividiera su amor y su afección, ya no los

consagrará en su totalidad a su cónyuge destruyéndose así la intimidad y la confianza, que son las bases del matrimonio y que sólo pueden existir cuando los esposos se pertenecen recíproca y absolutamente.»

Respecto a la indisolubilidad del vínculo matrimonial que ha sido tratado hace poco tiempo en el Perú, dice Pacheco lo siguiente: *.El matrimonio contraído según las prescripciones y con los requisitos de la ley produce diferentes efectos y da origen a derechos y deberes, que nacen todos de la naturaleza misma de la institución.

«El primero y el más importante de esos efectos es la indisolubilidad del matrimonio, que sólo puede acabarse con la muerte de uno de los cónyuges, y este principio se funda, tanto en el carácter religioso del matrimonio, cuanto en su esencia de sociedad para toda la vida. CONSORTITUDM OMNIS VITAE en virtud de la cual los cónyuges se pertenecen recíprocamente y sin limitación y pertenecen a los hijos sobre cuya educación deben velar incesantemente y cuya suerte sería precaria y estaría sujeta a mil contratiempos si el vínculo matrimonial, una vez contraído, llegara a disolverse.

En efecto el matrimonio es además de un contrato social, la fusión de dos sentimientos y de dos voluntades guiadas por el corazón. Esta fusión sublime de los sexos fue elevada a la categoría de sacramento por Jesús. La religión sosteniendo que el matrimonio es la religión que ama la vida y que busca su perpetuación. El matrimonio colabora con el plan divino. Traer nuevos seres a la vida para que hagan la experiencia del mundo, es toda la tarea del matrimonio. Y esta tarea está dentro del plan de Dios. De ahí que la Iglesia Católica, se oponga al divorcio absoluto. Para la Iglesia Católica, el matrimonio debe ser indisoluble. La Iglesia Católica, ha comprendido la misión del matrimonio y es por eso que defiende el vínculo con el carácter de indisoluble. Para la Iglesia Católica, el matrimonio es una sociedad, en la cual ambos esposos deben ser abnegados en sobrellevar todos los sufrimientos y como misión especial deben sostener el vínculo que aceptaron ante Dios.

La prematura muerte de Pacheco, dejó trunca su obra comentarista. Esta breve vida duró apenas 39 años. Todos sus manuscritos desaparecieron. V es tradición que Pacheco, no sólo se concretó a escribir su comentario al Código Civil, sino a toda nuestra legislación.

La pérdida de estos manuscritos ha privado a la legislación nacional, de

una fuente preciosa para la mejor comprensión de la ley.

A pesar de los años transcurridos los juristas peruanos que han sucedido a Pacheco, no lo han superado, pues la obra trunca de Pacheco, es consultada con fervor por 103 estudios en esta materia.

PERIODISTA

Una de las faces más brillantes de la actividad intelectual de Pacheco, es la de periodista. El periodista encarna las aspiraciones del hombre y cristaliza sus ideales. El periodista tiene una grave responsabilidad ante el momento social que actúa y ante la posteridad. El periodista no puede serlo, no puede existir sin libertad. Por eso la libertad de la prensa es el eje primordial en las democracias avanzadas del mundo. El periodista es el sacerdote de la democracia. En la vida moderna el periodista es una garantía. El dinamismo de la prensa requiere voluntades vigorosas: La prensa tiene su disciplina. También tiene su virtud. La tarea del periodista es de responsabilidad moral. La prensa como la religión, exige la fidelidad. También existe la abnegación. El periodista, como el sacerdote, se sacrifican al bien humano. San Pablo, es el precursor del periodismo.

El gran apóstol de las epístolas, instituyó la imprenta y la misión del periodismo. Expresar el pensamiento con la palabra escrita y agitar a las multitudes, y combatir los errores de su tiempo, y encender en la nueva fe, es toda la obra de San Pablo, esta obra es la obra de un periodista.

Pacheco primero dirige "La Bolsa" en Arequipa, donde hizo conocer las nuevas ideas de su tiempo y después en Lima, dirige "El Heraldo", donde combate la pusilanimidad de Pezet ante el conflicto con España. Nuevos rumbos obtuvo el periodismo Arequipeño. De un periódico noticiero, hizo Pacheco, un gran diario de programa y de doctrina. No falló un sólo día el comentario editorialista sobre asuntos internos y sobró asuntos exteriores. El profundo conocimiento de la historia de los pueblos lo hacía un internacionalista experto. Su profundo amor por el Perú, lo convertía en un obrero de su felicidad. Por su espíritu liberal era un ciudadano del mundo. Por su patriotismo era un nacionalista constructivo. En "La Bolsa", de Arequipa, se destacó como un periodista máximo. Después y a los pocos años dirigía "El Heraldo", de Lima. En los editoriales de "El Heraldo" está todo el juego del gran patriota evidenciado.

El Perú, estaba sin piloto. Pezet transige con el comisario español, sobre una supuesta deuda del Perú a España. El comisario español contra todo derecho arranca la enseña Peruana izada en las islas de Chincha, y la sustituye por la bandera española. Pezet acepta todo esto. Pero Pacheco no; Pezet ratifica por sí y ante sí el tratado Vivanco - Pareja. La pluma augusta del periodista fustiga a España, condena la debilidad de Pezet y levanta a la opinión nacional contra el gobierno pusilánime de Pezet. Sus editoriales son grandes alertas al Perú y su tierra natal escucha la admonición del gran repúblico y Arequipa estalla el 28 de febrero de 1865. Esta revolución se produce ante la ideología patriótica expuesta por Pacheco. Su campaña es tan alta y tan nutrida que el gobierno de la revolución le encomienda la cartera de RR. EE. R- VOLUCIONARIO.

(Esta parte de la biografía escrita por el Dr. Benjamín Chirinos Pacheco, la publica en la página de esta Guía con el título de “La Revolución del 65”.)

ESPAÑA, LA DOCTRINA DE MONROE Y PACHECO

La cualidad más sobresaliente de Pacheco, es la del internacionalista. Pacheco, como canciller del Perú eleva la diplomacia peruana sobre las demás de América. La victoria diplomática de Toribio Pacheco sobre la diplomacia española, tiene más elevación que la doctrina de Monroe.

La doctrina de Monroe, tiene un doble sentido o por lo menos se presta a una doble interpretación. La doctrina expuesta por Pacheco en su luminosa nota impregnada de un profundo republicanismo, defiende el derecho de las naciones como no lo hizo la doctrina de Monroe. En esta nota diplomática explica Pacheco, los orígenes de las nuevas tentativas colonizadoras de los pueblos libres de América; los atropellos de la marina española en las islas de Chincha y las humillantes exigencias de la Corona española al pueblo peruano.

Toribio Pacheco, después de explicar, condena la política falaz de los dirigentes de España. No es cierto que los barcos de Méndez Núñez, vinieran a una exploración científica como menudamente querían hacer ver marinos y políticos españoles. La verdad es que España, nunca se resignó a perder los dominios de América, y que siempre intrigó contra la libertad de los pueblos emancipados. Henry Clay, vió esto y denunció en la Cámara de Norte América estas intrigas abogando por la libertad de los pueblos libres de América del Sur. James Monroe aprovechó de la obra libertadora de Clay, y manifestó ante el

Congreso de su patria la conocidísima doctrina que lleva su nombre. El monroísmo es el fruto, mejor dicho es la protesta ante las intrigas de España, que no perdía ocasión para interesar a las potencias europeas en favor de la nueva colonización de América. El principio de Monroe, fue el alerta y también el desafío a esas tendencias dominadoras. América había nacido a la libertad y todos sus hombres preclaros la defendían. Henry Clay, en el Norte y Bolívar en el Sur, eran los campeones de este ideal. El monroísmo es la protesta ante la política colonizadora auspiciada por España, es también el desafío, la resolución inquebrantable de defender la libertad de América ante cualquier amenaza venga de donde viniera. Este es el espíritu monroísta. Los Estados Unidos, con la visión práctica, que es la dominante de su poderosa psicología, veía en las débiles Repúblicas de Sur América la presa codiciada por los intereses económicos de la vieja Europa. El peligro de las incipientes democracias hispanoamericanas fundó el monroísmo. El precursor de esta doctrina americanista es Henry Clay. Su campaña poderosa en favor de la libertad de los pueblos sudamericanos encontró eco. Y fue James Monroe, quien cristalizó todo el pensamiento de Clay. Así nació el monroísmo. A pesar de esta doctrina, España, alimentaba el deseo de una nueva conquista. En 1864 manda una escuadra con el pretexto de una expedición científica: La expedición se concreta a tomar por asalto las indefensas islas de Chincha, su pretexto de una imaginaria deuda. El gobierno del general Pezet, toma en serio las absurdas demandas del comisario español y transa con él. Fue entonces que Arequipa se subleva. Esta tierra de un riquísimo vitalismo y de un profundo sentido democrático vio el peligro de la nacionalidad y se incorpora y derrota a Pezet. Sube el general Prado acompañado por una constelación de inteligencias. La luz de mayor magnitud es la de Pacheco. El gobierno de la revolución hace a Pacheco secretario de RR. EE. Entonces el canciller peruano lanza su primera nota de declaratoria de guerra a España. Después otra nota refutando a la cancillería española. Ambas notas están llenas de ardor patriótico y llenas también de justicia.

El 16 de enero de 1866, Pacheco explica la declaración de guerra a España. Veamos esta importante nota: "Los sucesos de Talambo, intencionalmente exagerados sirvieron de pretexto para el rompimiento que de tiempo atrás parecía buscarse, como único medio para arrancar al Perú concesiones a que jamás se habría suscrito. Para entonces, ya se hallaba en el Pacífico la imponente escuadra que el gobierno español había preparado con ese objeto y que se mandó a estos parajes con el fermento y falaz ropaje de una expedición científica.

Para alejar las sospechas, la escuadra se dirigió a California, donde permaneció poco tiempo. A su regreso arribó a Acapulco en donde el Almirante Pinzón, tuvo una entrevista con don Eusebio Salazar y Mazarredo, que acababa de estar en el Perú, de un modo incógnito. En Acapulco, se convino en que el señor Mazarredo, iría a España, en busca de un título cualquiera, para proceder enseguida de acuerdo con el Almirante. Sabido es que el Sr. Mazarredo, obtuvo el título de Comisionario especial del Gobierno de su Majestad Católica, y llegó a Lima, el 18 de marzo de 1864, cuando ya las naves españolas excepto la Covadonga, habían zarpado para Valparaíso. Los hechos ocurridos posteriormente son demasiado conocidos. El Sr. Mazarredo, anunció su llegada al Ministro de Relaciones Exteriores y este le dirigió entonces el 1° de abril un oficio en que sin negarse a recibirlo, le pedía una explicación sobre el título de Comisario. Trascurrieron doce días sin mediar ninguna otra comunicación. De improviso el Sr. Mazarredo, se embarcó en la Covadonga, dejando un memorándum, conjunto de cargos injuriosos los unos, imaginarios los otros. Tres días después esto es el 14 de abril de 1864 la Covadonga se unía al grueso de la escuadra y los agentes de España procedían a usurpar las islas de Chincha, arriando el pabellón nacional y sustituyéndolo con el español, apresando un buque de nuestra escuadra y reduciendo a prisión a las autoridades peruanas de las islas y del buque. La historia no había registrado hasta entonces ejemplo de semejante atentado.

No sólo el Perú, sino la América toda fueron heridos en su honra, en su dignidad y en sus derechos. Invocando el principio de reivindicación ¿qué podían aguardar las repúblicas americanas, sino la renovación del coloniaje que sobre ellas había pesado durante 300 años? Consumados los sucesos de Chincha de un modo tan violento y ex-abrupto ¿qué garantías tendría la América de que en adelante se respetarían en ella los principios tutelares del derecho y de la justicia? Ahora pregunto yo ¿dónde estuvo el principio de Monroe? ¿dónde la gestión de la diplomacia de Estados Unidos, para impedir las agresiones europeas?

El tratado Vivanco-Pareja del 27 de enero de 1865, en que el gobierno del Perú, reconoció y aceptó las exigencias de la corona española fue la causa de la caída de Pezet. Oigamos a Pacheco: "Bien sabido es que por consecuencia de la celebración del Tratado y de su indebida ratificación, estalló en Arequipa, el 28 de febrero de 1865, un movimiento revolucionario que muy pronto se hizo general, hasta el extremo de no dejar al ex-presidente Pezet, ni territorio que el

comprendido en las ciudades de Lima y Callao, sojuzgadas por un poderoso ejército. El primordial objeto de la revolución fue protestar, como en efecto protestó, contra ese Tratado que la Nación había calificado de desdoroso para su honra, y que en concepto de la misma "Nación envuelve para los que en él tomaron parte, la responsabilidad que las leyes imponen a los que traicionan a su patria. Pero donde se destaca la nota y se vé al gran estadista, tan grande como Henry Clay y quizá, más grande que Monroe, es en estos dos párrafos: "La Nación peruana sabe perfectamente que al entrar de nuevo en luchar con la España se impone sacrificios tanto más graves cuanto que vienen después de los que sin tasa ha hecho para derrocar a un gobierno que la había traicionado, y después que ese mismo gobierno no ha omitido medio para dejar al país aniquilado y su Erario casi en bancarrota pero sabe también que esos sacrificios son indispensables y lo soportará gustosa hasta el último trance, en defensa de sus propios derechos y de los derechos de América". Defender al Perú y defender a América, de la agresión española, siendo el Perú una débil república y siendo España una potencia poderosa, es el gesto más sublime, abnegación sin límites, sacrificio sobre-humano.

Sigamos oyendo a Pacheco: "En cuanto al Gobierno provisorio asístele la profunda convicción de que al proceder como lo ha hecho, ha sido fiel intérprete de la voluntad de los pueblos del Perú, manifestado del modo más solemne, explícito y unánime. En ellos está viva todavía la profunda emoción que produjo la nueva del alentado que las naves españolas consumaron el 14 de abril de 1864 y si entonces todos a porfía se apresuraron a ofrecer en aras de la patria sus vidas y haciendas, si después han demostrado prácticamente que no eran vanos sus ofrecimientos ya que vidas y haciendas han sacrificado para derrocar al Gobierno que se había desviado de la senda que le trazara la honra nacional; hoy que el peligro para el Perú y para la América vuelve a presentarse con proporciones gigantescas, los pueblos del Perú manifestarán que su patriótico ardimiento y su justa, indignación no se han amortiguado y que en todo caso prefieren mil veces sucumbir con honra antes que ver empañado el lustre de los pabellones americanos o puesto siquiera en duda los sagrados tutelares principios que la América invocó al sacudir el yugo de la metrópoli". Esto es más grande que la doctrina de Monroe. En plena paz con Europa, hablaba el presidente Monroe a su propio congreso. Toribio Pacheco está hablando aquí frente al peligro mismo. Sigamos al canciller peruano en su luminosa nota: "La nación peruana es consecuente con sus propósitos y convicciones. Derribó al

Gobierno que se había interpuesto entre ella y la España: hoy se halla frente a frente de la última, para reivindicar su honra".

Pacheco, no hace mención de la doctrina de Monroe. Parece que los políticos de Estados Unidos, han desenterrado esta doctrina con fines utilitarios. La doctrina de Monroe, no fue aplicada ni a la conquista de Santo Domingo ni a la agresión española del 14 de abril de 1864. Estados Unidos garantizaba con su doctrina de Monroe la libertad de América. En la práctica la cancillería de Estados Unidos guardaba un criminal silencio.

Antes del 2 de Mayo el canciller Pacheco hizo circular entre sus agentes diplomáticos del mundo entero una nota, replicando los discursos de Bermudez de Castro, pronunciado en el Senado Español. La nota se refiere a probar que Pezet, no tenía autorización para ratificar el Tratado Vivanco -Pareja, del 27 de enero de 1865. En efecto Pacheco, el 21 de abril de 1886, dirigió la referida nota citando en apoyo de su tesis las opiniones de los siguientes grandes jurisconsultos e internacionalistas Bello, Kimber, Martns y Wehton. Veamos un párrafo de esta extensa e importante nota: "Si quien contrae con otro debe conocer la condición de éste, según un principio ciertamente de Derecho común, el Gobierno Español debía conocer que por constitución del Estado, no correspondía al Gobierno Peruano, la facultad de ratificar un Tratado, sin la previa aprobación del Congreso, y que si lo ratificó, salvando tan esencial formalidad, la ratificación era indebida, por parte del Gobierno, "una verdadera usurpación de atribuciones cuyo resultado inmediato tenía que ser la nulidad del acto". La otra parte de su importante nota dice lo siguiente: "Principio es del Derecho común que los contratos celebrados por persona incapaz o por persona que se obliga a nombre de otra sin autorización suficiente, son nulos y no producen efecto alguno. Y esa nulidad no solamente autoriza a la parte interesada para reclamar contra quien, a su nombre contrajo la obligación, sino también para eximirse hipso-facto del cumplimiento de esta. Lo que sucede con los contratos entre particulares sucede también con los celebrados entre Naciones."

Estas dos notas dan al Perú, la gran victoria diplomática precursora de la victoria del 2 de mayo, la única victoria republicana y tan grande y quizá más grande que la victoria de Junín y más definitiva que el triunfo de Ayacucho.

Los hombres del 2 de mayo son tan grandes como los hombres de la emancipación. Ambas generaciones unidas a esa otra tercera generación que resistió a la agresión chilena, expresar la verdadera fisonomía del Perú.

Aquellos hombres amaban la libertad sobre todo. Sus haciendas y sus propias vidas eran sacrificadas al ideal. Volvamos al Monroísmo:

El espíritu Monroista es de abnegación por la causa de los pueblos emancipados. Pero desgraciadamente los políticos de Estados Unidos, no han seguido este espíritu Monroista. La no intervención proclamada por James Monroe en 1823, es burlada por España, en 1865. Las notas diplomáticas de Pacheco, primero y la victoria del 2 de mayo de 1866, después, tienen más elocuencia y garantizan más la independencia del continente americano que la doctrina de Monroe Probemos:

Es cierto que en ese entonces todavía en el Perú se tenía un ferviente culto por las ideas de libertad, la generación en la que actuó Pacheco, tenía muy cerca las luchas por la independencia. Tanto el espíritu de la revolución americana como el espíritu de la revolución francesa agitaban todavía a la generación de Pacheco. Por eso esta generación se levantó contra la nueva tentativa usurpadora de España. La expedición de la marina española violaba la doctrina de Monroe y sin embargo EE. UU. no se opuso ni tampoco intervino en el combate del 2 de mayo de 1866. Esto si que es admirable ¿dónde estuvo la doctrina de Monroe, cuando arriba el pabellón peruano en las islas de Chincha y se le sustituía por el pabellón español? ¿Dónde estuvo esta misma doctrina cuando Chile, ejecutaba su plan agresivo, concebido y preparado de antemano, contra Bolivia y el Perú? Dentro de la realidad histórica la doctrina de Monroe, es una farsa. Esta doctrina fue americana en su iniciación y dejó de serla en el curso de la historia. En 1823, Monroe en su famoso mensaje desafiaba a Europa, y sentaba el principio de no intervención de las potencias europeas en las cuestiones americanas. En 1864, España, envía al Perú, una escuadra con el objeto de intentar una nueva colonización. El pretexto fue doble: ante las potencias, la expedición de la marina española viajaba en estudio científico. Para el Perú venía la escuadra española a cobrar una imaginaria deuda. Pero el objeto y fin del gobierno de Isabel II era rescatar las antiguas colonias. España violaba el famoso principio de Monroe. Estados Unidos, dejó que se violaran las islas de Chincha. Ni su diplomacia se opuso, ni hubo una voz autorizada en la república de Lincoln, que hiciera mención del principio de Monroe. La doctrina Monroe se opuso a la intervención europea cuando Europa, vivía momentos de paz después de haber derrocado la tiranía militar de Napoleón. La declaración de Monroe, se adelantaba a las posibles intervenciones de las potencias europeas. Era una

advertencia para Europa.

Esta declaración presidencial fué aprobada por el parlamento de EE. UU. Fue una noble aspiración del pueblo de Washigton garantizar la vida Ubre del continente americano.

A pesar de esta noble declaración que en Europa, se respetaba, España intervino agresivamente en 1861, apoderándose de las islas de Chincha, Si el principio de Monroe, hubiese sido una doctrina continental aprobada por los países libres de América la agresión de España, no hubiera tenido el éxito que tuvo en 1864, y si esta moderna doctrina hubiera sido un principio sustancial de Estados Unidos, este país se hubiera opuesto a las pretensiones de la corona española. Si el Perú, no hubiera tenido la noble generación de Galvez, la libertad de América Latina hubiera sufrido un eclipse. Fue el Perú solo quien rechazó por la fuerza la agresión española. Ante la debilidad y la inconciencia de Pezet, estalla Arequipa, encabezada por el General Prado, el 25 de febrero de 1865. Las huestes revolucionarias marchan a Lima y derrocan a Pezet. El gobierno revolucionario da a Pacheco la dirección de los asuntos exteriores. El gran canciller peruano, explica al mundo el conflicto creado por las ambiciones de la corona española. Después y ante las humillaciones sucesivas de los enviados de España, Pacheco redacta la declaración de guerra a España. El 2 de mayo de 1866, es la cita de la marina española agresiva y del fuerte del Callao, defensor de los derechos del Perú y de América. Es el fuerte del Callao, el que hace respetar el principio de Monroe. Al Perú le toca el honor de haber defendido la doctrina de Monroe en el terreno de los hechos y de haber afianzado la libertad del continente. En ese combate muere Gálvez el presidente del Concejo de Ministros y Ministro de la Guerra con él mueren varios miles de patriotas pero España sale derrotada. La escuadra agresiva torna a España, mal herida. La tentativa de la corona española fracasa y le toca al Perú repetir la victoria de Ayacucho. El 2 de mayo de 1865, es la doctrina y la lección más elocuente de americanismo que registra la historia de América. El 2 de mayo de 1866 sella para siempre la libertad de América, La obra de esa gran generación es profundamente continental.

La victoria diplomática de Pacheco, se une la victoria Militar del 2 de mayo. Pacheco, no midió la fuerza militar de España, muy superior a la incipiente fuerza militar de la joven República Peruana, Pacheco vio el desafío de España, y sintió la herida de la humillación española al apoderarse de las islas

de Chíncha, violentamente. Por eso Pacheco, fustiga al gobierno de Pezet, desde las columnas de "El Heraldó". Y sus admoniciones al pueblo peruano encuentran eco en su ciudad natal y contribuye al movimiento revolucionario que culmina con el triunfo de Prado que prepara a su vez la victoria del 2 de mayo.

España salió derrotada y humillada en el combate naval del 2 de mayo de 1866. Y esta derrota la curó para siempre de sus alucinaciones imperialistas y dominadoras. Esta derrota es el preludio de la derrota que le infringió Estados Unidos, con ocasión a la liberación de Cuba. Es verdad que es muy distinta la situación. Cuba debió liberarse por acto propio como lo hicieron sus hermanas de América del Sur. La liberación de Cuba, es un sarcasmo para esta nación. Apesar de la enmienda Platt, enmienda que ha sido traicionada por la absorción imperialista de Estados Unidos, la república de Cuba, lo es en nombre. Cuba no pertenece al rango de nación libre. Lo único importante en esto está en haber arrojado a España de América.

La obra diplomática de Pacheco, es enorme. Aquí en América del Sur, se quiso imitar lo que hiciera. Prusia, Austria y Rusia, respecto de Polonia, Brasil, Argentina y Uruguay, quisieron colonizar al Paraguay. Entonces la voz de Pacheco, resonó por los ámbitos de América, y fue la única voz autorizada que se dejó oír en son de protesta ante la guerra inicua tripartita. Hizo ver el profundo diplomático la enormidad del crimen que se cometía al atacar al pueblo del Paraguay, en su libertad y en su soberanía. Condenó la empresa colonizadora y la calificó como una traición a la obra libertadora de los emancipadores. Probó el origen histórico del Paraguay, similar a los orígenes de todos los pueblos latino-americanos y en nombre de América libre fustigó la codicia de los agresores del Paraguay. Sus notas de protesta por la guerra tripartita contra el Paraguay, están impregnadas de un espíritu democrático más vigoroso y más fuerte, que las admoniciones de Bolívar y que los fogosos discursos de Henry Clay, Toribio Pacheco, es el gran demócrata de esos tiempos. Ante la guerra tripartita habló en nombre de América. Su voz de protesta fue el órgano de nuestro continente. Sus notas lucieron brillar la diplomacia Peruana. La intervención armada de Brasil, Argentina y Uruguay, fue condenada acertadamente por Pacheco. Su famosa impugnación arrebatada por su lirismo y por su forma valiente y cierta. En ella está la apología de la libertad. El principio intervencionista lo declara principio usurpador, un pueblo debe intervenir en los destinos de otro. Pacheco en sus notas se adelanta al congreso jurídico realizado en Río de Janeiro, en abril-mayo

de 1927. Pacheco, al defender al Paraguay, defendía la justicia. Impugna la agresión tripartita en nombre del derecho, es el único diplomático de América, que asume esa actitud.

Pacheco, hace notar que mientras el Perú, defendía los derechos propios de la América, en la parte oriental de nuestro hemisferio se aliaban tres naciones secretamente para invadir a la república hermana del Paraguay y repetir lo que hizo Estados Unidos, en la guerra del 48, tanto en asuntos relativos a la mutilación del territorio Mejicano como a la cuestión interna de su gobierno. Pacheco, condena esta política que sin embargo en estos momentos mismos la estamos viendo aplicada a la pequeña e indefensa república de Nicaragua. Oigamos a Pacheco. En su célebre nota a los ministros de Buenos Aires, Montevideo y Río de Janeiro, dice el insigne estadista peruano lo siguiente:

Prescindiendo del análisis de las causas que motivaron esa lucha, ya que de su justicia y necesidad solo podían ser jueces competentes los Estados beligerantes; pero no ha podido dejar de fijarse esta cancillería, en sus desastrosos resultados, sobre todo cuando la guerra se hacía en una época en que la parte occidental del continente era víctima de una inicua agresión europea, que, en la hipótesis de ser coronada de buen éxito podía muy bien repetirse en sus costas orientales.

Amenazada la América toda por un enemigo común, era menester reconcentrar las fuerzas de todos sus Estados, para sostener en cualesquiera emergencia, la libertad y la independencia que todos juntos conquistaron hace cuarenta años. Dolíale al Gobierno peruano que, al propio tiempo de formarse una alianza ofensiva y defensiva entre las repúblicas del Pacífico, para repetir los violentos ataques y las arrogantes pretensiones de la España, existiese ya otra alianza entre naciones americanas del Atlántico, para combatir, no contra una potencia extraña, sino contra los vínculos tan caros y estrechos que en época no muy remota la hacían formar parte integrante del territorio de uno de esos mismos Estados con quienes se hallaba actualmente en lucha. Si en todo tiempo debía ser sumamente doloroso tan extraño espectáculo, tenía que serlo más en el presente, merced a las excepcionales circunstancias en que, las agresiones europeas habían colocado a la América desde 1861. Esta nota tiene la fecha del 11 de julio de 1866. Es decir dos meses y días después del glorioso triunfo del 2 de mayo. La nota no es tan extensa como las dos célebres notas que motivaron las cuestiones de España. En otra parte de esta nota se ve impugnada la política

intervencionista. Sin embargo de la doctrina sentada por Pacheco, hemos visto como la Conferencia Panamericana de La Habana, ha silenciado la cuestión de Nicaragua. Y como ninguna cancillería de América, ha protestado de la inicua intervención de Estados Unidos, en los asuntos interiores de los pueblos Centro Americanos. Muy al contrario del deber que les imponía la situación de Nicaragua las delegaciones de América, se comprometieron a no ocuparse de la política intervencionista de Estados Unidos. Por eso el jefe de la delegación de Estados Unidos, llamó traidor al delegado de San Salvador, por haber este tratado la cuestión de la intervención en el seno de la asamblea. Una Conferencia Americana, que acepta tácitamente la política nefasta de la intervención, es el balance de la Conferencia de La Habana, y es también quiebra de los inmutables principios de la libertad, de la soberanía y de la independencia de las naciones. Oigamos a Pacheco. Veamos como juzga la política intervencionista. Que sus razonamientos profundos sirvan de ejemplo para lo posterior:

Hay algo más. Legítimo como puede ser el derecho de los aliados para hacer la guerra a Paraguay, ese derecho sólo puede extenderse hasta alcanzar una completa victoria e imponer al vencido las condiciones necesarias para reparar las ofensas y los daños irrogados y alcanzar, si le quiere, seguridades para lo futuro; pero no es admisible que la alianza tenga por objeto principal derrocar al Gobierno Paraguayo; porque el derecho de derrocar un Gobierno sólo es concedido a la misma nación que lo ha elegido. En esta cuestión el único juez competente es la nación paraguaya: sufra ella, en buena hora las consecuencias de los desaciertos de su Gobierno, pero mientras la sostenga ningún poder extraño puede arrogarse la facultad de hacer en obsequio de los Paraguayos lo que estos no hacen por si mismos. Proceder de otro modo es minar los principios del Derecho público moderno, que son los de todos los Estados americanos, y establecer una doctrina que, aplicada hoy al Paraguay, como lo fue hace poco a la república mejicana, pondrían a los demás Estados de América, a merced de lo que una o más Potencias vecinas o lejanas tuviesen a bien resolver sobre sus destinos presentes o futuros. Y ¿qué seguridad tendría ya una nación de conservar su soberanía, su independencia, su integridad territorial, sus instituciones, todos y cada uno de esos elementos que constituyen su autonomía? La existencia de los gobiernos y por lo tanto de las naciones mismas, no dependería ya única y exclusivamente de la voluntad del pueblo sino de los juicios, de las apreciaciones y acaso de las conveniencias de otros gobiernos y otras naciones. Admitir semejante doctrina, -sería renunciar a los principios de la

soberanía nacional, que son el fundamento de los Estados Americanos: guardar silencio cuando se ve puesta en práctica esa doctrina, por alguna o algunas de las naciones americanas, sería acoger para las demás un sistema que tarde o temprano, podría aplicársele con buen derecho, La Conferencia de La Habana, ha silenciado la política intervencionista de Estados Unidos. Las naciones de América ya saben como bien lo dice Pacheco que tarde o temprano esa misma intervención puede ser aplicada en cada una de las naciones de América, según convenga a los intereses de Estados Unidos.

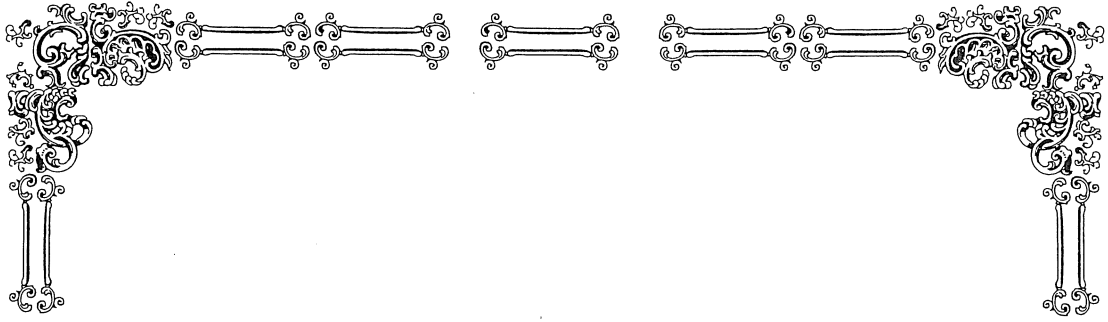
EL FISCAL DE LA NACIÓN

Después de haber servido brillantemente al país al frente del ministerio de Relaciones Exteriores, ocupa la fiscalía de la nación.

En el ejercicio de esta alia función lo sorprende la muerte y esta breve vida se extingue a los 40 años.

Apesar del alto rango político que ocupó, muere pobre. Su vida política fue honrada. Sirvió al país con desinterés. No lucró en los altos puestos públicos que ocupó. Su vida fue consagrada al derecho y a la justicia, por eso fue una vida pura. Las generaciones actuales deben estudiar a Pacheco; su vida y su obra. En ellas encontrará ejemplos que imitar y direcciones saludables para sus jóvenes inteligencias.

Nota. Esta biografía fue escrita por el Dr. Benjamín Chirinos Pacheco, especialmente para la edición extraordinaria del diario "El Deber" que conmemoró el centenario del Dr. Pacheco. "El Derecho", órgano del Colegio de Abogados de Arequipa.

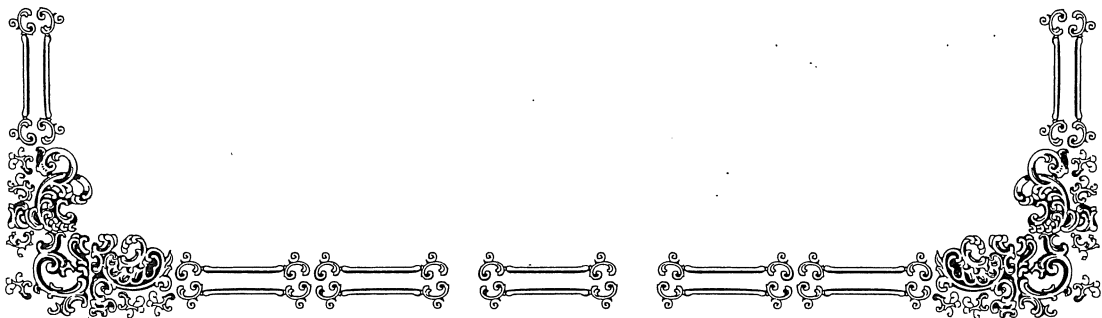


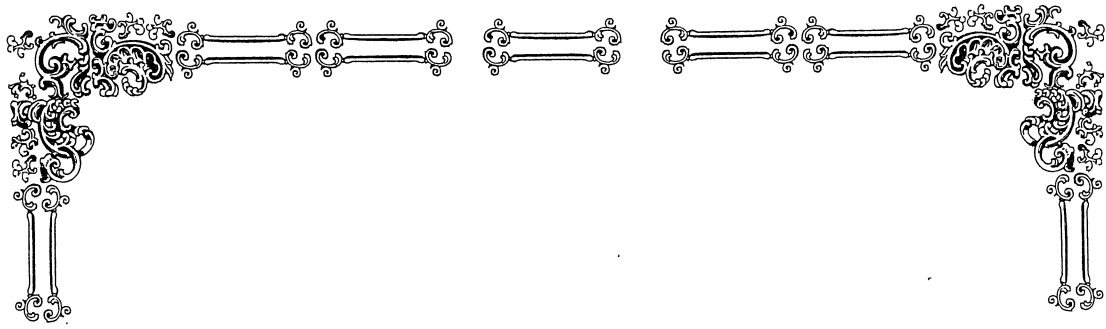
AL EXCMO. S. CORONEL D. JOSÉ BALTA



omo muestra de adhesion y gra-
titud á V. E. os dedica esta segunda edi-
cion

La Familia.





MINISTERIO DE GOBIERNO, POLICÍA Y
OBRAS PÚBLICAS.

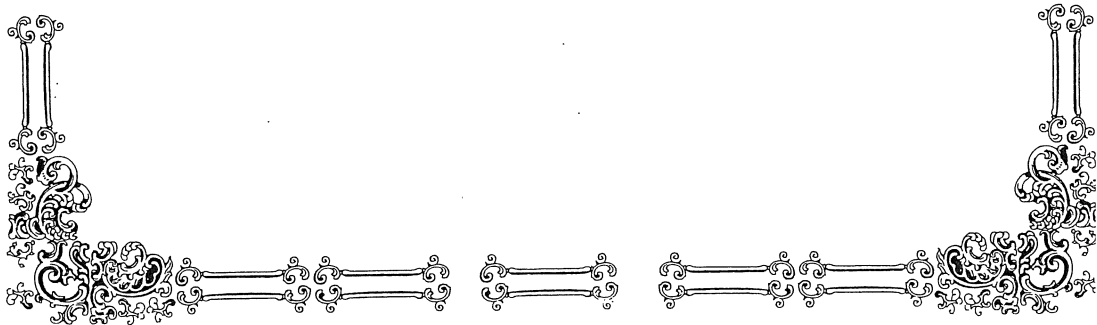
Lima, 11 de Diciembre de 1871,

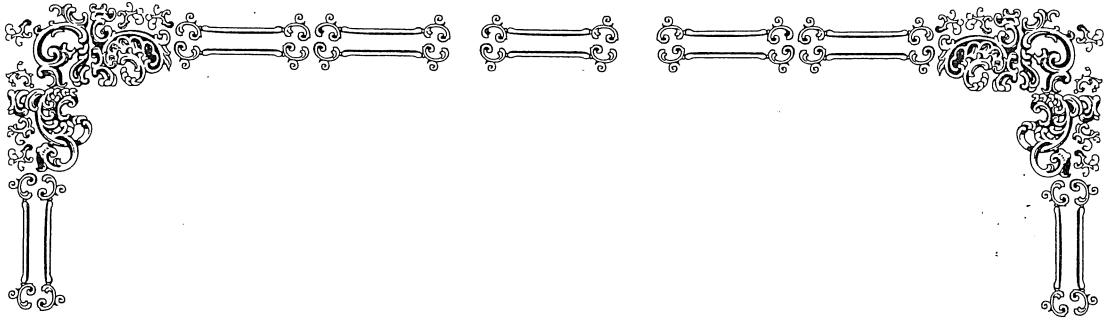
Al Administrador de la Imprenta del Estado Dr. D.
Manuel A. Fuentes.

S. E. el Presidente dispone que en la Imprenta del Estado que corre á su cargo, se haga la reimpression del tratado del Derecho Civil que escribió el finado D. D. Toribio Pacheco, debiendo presentar el texto de la obra, su hermano D. Jaime M. Pacheco y verificarse su impresion por dos mil ejemplares, siendo todos los gastos de cuenta del Gobierno, que concede esta gracia, por vía de proteccion, á sus menores hijos y con el fin de que se generalice el conocimiento de dicha obra, cuya primera edicion se halla agotada.

Dios guarde á U.

MANUEL SANTA MARIA.





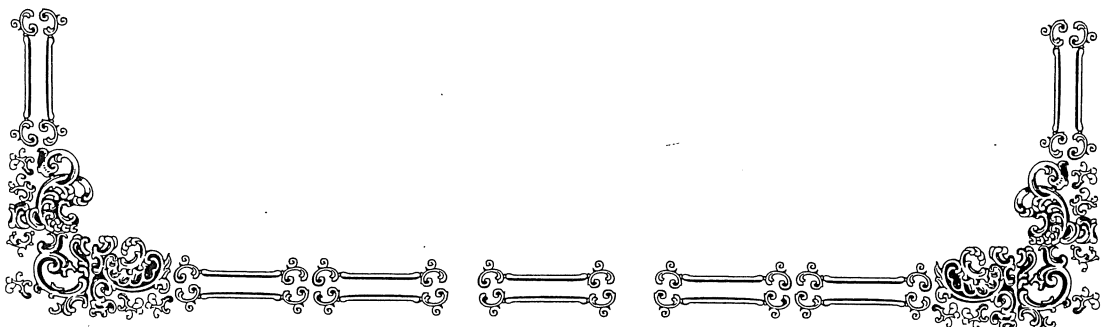
AL SEÑOR DOCTOR DON GREGORIO FLORES.

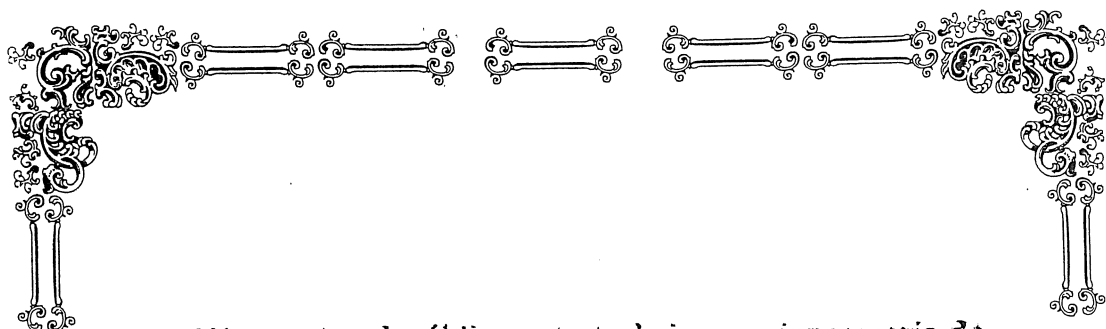
Bajo cuyos hospitalarios auspicios se inició este imperfecto trabajo.

Como una débil prueba de respetuosa gratitud.

Su amigo y servidor.

T. PACHECO.



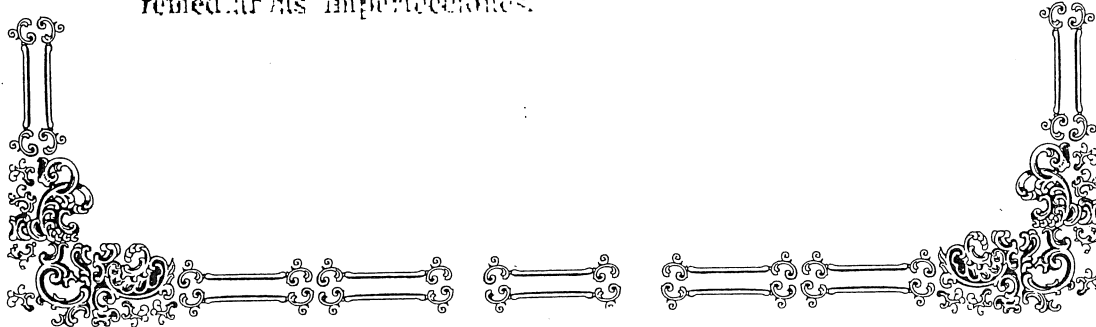


Al presentar al público este trabajo, creo innecesario detenerme en manifestar la importancia del estudio de la jurisprudencia, pues no hay quien no la reconozca, por poca atención que preste á los negocios en que cuotidianamente y sin cesar se versa la actividad del hombre, y á las estrechas, variadas y á veces complicadísimas relaciones que de allí nacen. La sociedad sería un caos incomprensible si semejantes relaciones estuviesen sujetas al capricho de los individuos: necesario es que haya una regla fija que las normalice y que, encerrándolas en la esfera de lo justo, mantenga el orden tan necesario para la marcha progresiva de la humanidad. Esa regla es la ley, cuyo conocimiento es, por lo mismo, indispensable y esencial.

La ley tiene un carácter absoluto. Como expresión sintética de la razón social, impone sus preceptos, sin dar cuenta de sus determinaciones, dejando á otros el cuidado de investigar los fundamentos que le sirven de apoyo, sea para indicar sus omisiones, sea para hacer palpables las contradicciones en que haya incurrido. Esto corresponde á la doctrina, que no es otra cosa que la exposición razonada y metódica de la ley.

Donde quiera que haya leyes, y donde quiera que se reconozca la libertad del pensamiento, debe haber y es necesario que haya doctrina; porque el exámen y la discusión son los únicos medios de descubrir la verdad, que debe de ser el fundamento de la ley, como debe serlo de todas las cosas. Este principio que es general, se aplica mas particularmente á las leyes civiles, porque tienen una relación mas directa y estrecha con el individuo, puesto que abrazan su persona y su propiedad.

Sobre este punto, no puede negarse que existe un gran vacío entre nosotros: hasta ahora, no se conoce la doctrina en el Perú: la ley únicamente domina, dejando en completa perplexidad á los que están encargados de aplicarla, en los casos por ella no previstos ó para los que no se encuentran sino prescripciones oscuras, dudosas y aun contradictorias. Por otra parte, las leyes son precisamente imperfectas, como hechura de los hombres, y si falta la doctrina, imposible será remediar las imperfecciones.



Imperfecta es, en verdad, nuestra legislación civil; pero si de ella no se hace un exámen prolijo, si no es estudiada con calma y reflexión, en todos sus detalles, apenas podrán descubrirse sus defectos y notarse sus vacíos. De todos modos, no puede desconocerse que, con la codificación, se ha dado un gran paso en la mejora de nuestras leyes, fundamento importante del progreso social. Si, de un lado, ha desaparecido la anomalía que presentaba un Estado independiente y republicano de ser regido por leyes dictadas para otro país y en épocas muy distintas de la nuestra, siendo por consiguiente, distintas nuestras necesidades, distintas nuestras costumbres y mas distintas aún, porque se han hecho mas variadas, las relaciones de los hombres entre sí; de otro, se tiene siquiera una base segura que haga mas fácil la reforma paulatina de aquellos vicios que una crítica concienzuda va ya manifestando.

En la exposición que me he propuesto hacer de nuestro actual Derecho civil, he tenido presentes la consideraciones que acabo de consignar, y si he impugnado algunas disposiciones legales, no es porque me haya dejado arrastrar de ese vano placer de encontrar algo que censurar, que á veces hasta lo bueno se censura, sino porque verdaderamente tengo el convencimiento de que son defectos reales los que señalo, abrigando el fervoroso deseo de que desaparezcan, pues que muy lisonjero sería para una patria, á quien todos tenemos el deber de servir y el derecho de llamar nuestra, que poseyera la mas perfecta legislación entre todos los pueblos civilizados. *Non licet jus civile calumniari*, decía una máxima antigua, que puede ser aplicable al caso presente. No tengo, por cierto, la jactancia de creer que este trabajo se halle exento de equivocaciones y de errores, porque sé muy bien que el error es el patrimonio del hombre; pero los errores y las equivocaciones nacerán del poco alcance de una limitada inteligencia; jamás de la intencion.

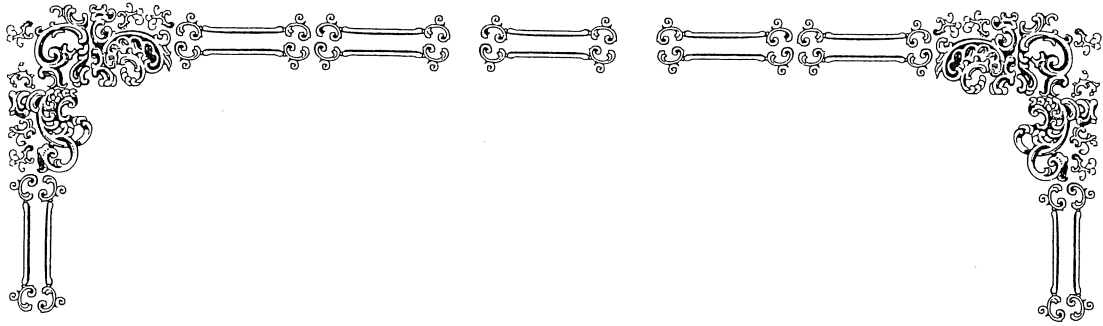
Aspirar á que este libro forme un cuerpo de doctrina y á que sirva de obra de consulta para los hombres que hoy lucen en el foro y en la magistratura, sería una exageradísima pretension de mi parte; pero lo que sí creo, sin temor de incurrir en un exceso de presuncion, es que él puede muy bien llenar el objeto á que está destinado, esto es, á servir de un tratado puramente elemental para los jóvenes que se dedican al estudio de la jurisprudencia.

Digase lo que se quiera, evidente es, á todas luces, que este estudio se halla entre nosotros en un deplorable atraso y que el método que actualmente se sigue (si tal nombre puede

darse á la carencia absoluta de sistema), no sirve mas que para procurar algunas nociones superficiales, que embarazan y confunden el espíritu. El mal, en verdad, es general y domina en la enseñanza pública y sus causas para nadie son desconocidas, pues que abrazan toda la organizacion de nuestra sociedad. Pero en nada ejerce esta lamentable situacion una influencia mas perniciosa y mas funesta, que en el estudio de la jurisprudencia, por su inmediata é inevitable aplicacion á las personas, á los bienes y á las acciones de los hombres, en casos que sin cesar y en tropel se presentan á cada instante. De alli provienen esas deplorables aberraciones que nos hacen genir y nos cubren de vergüenza, porque tienen su origen, no en un depravado instinto, sino en la ignorancia, á veces mas fatal y mas terrible que las malas pasiones. Sin el estudio pausado y reflexivo de la legislacion, sin una educacion legal, si es lícito expresarse así, imposible es que podamos tener buenos abogados y buenos jueces. Por desgracia, todo esto se halla en el Perú en completo abandono. Relegada la enseñanza superior en los colegios, cuyo mecanismo los hace inaparentes para suministrarla como es debido; sin esperanza de que llegue el dia de ver plantificado entre nosotros el sistema universitario; el estudio de la jurisprudencia se hace sin método y casi sin discernimiento, bastando apenas un año, y quizás menos tiempo, para recorrerla de principio á fin y obtener el certificado de legista, siendo así que dos ó tres apenas serian suficientes para adquirir un mediano conocimiento de las nociones elementales.

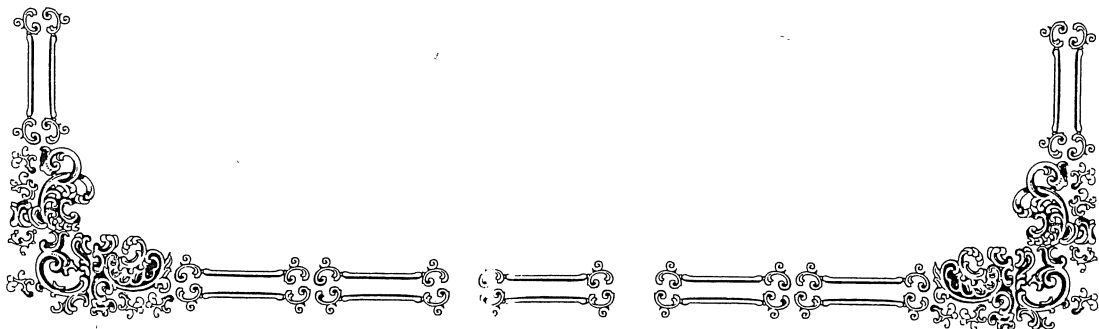
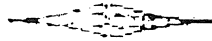
Mis deseos quedarán, pues, superabundantemente satisfechos, si logro que los jóvenes estudiantes de Derecho encuentren en este tratado un auxiliar que les facilite el conocimiento de la ciencia. Mas tarde, quizás el estímulo hará que hombres mas competentes que yo se consagren á esta clase de trabajos, proporcionando á la juventud nuevas obras en que brillen las sanas doctrinas, el profundo raciocinio y una crítica sagaz é ilustrada, y muy grato me sería que no estuviese lejos la época en que la imperfecta produccion que ahora ofrezco, cayese en completo y perpétuo olvido, por la aparicion de otras obras de verdadera mérito.

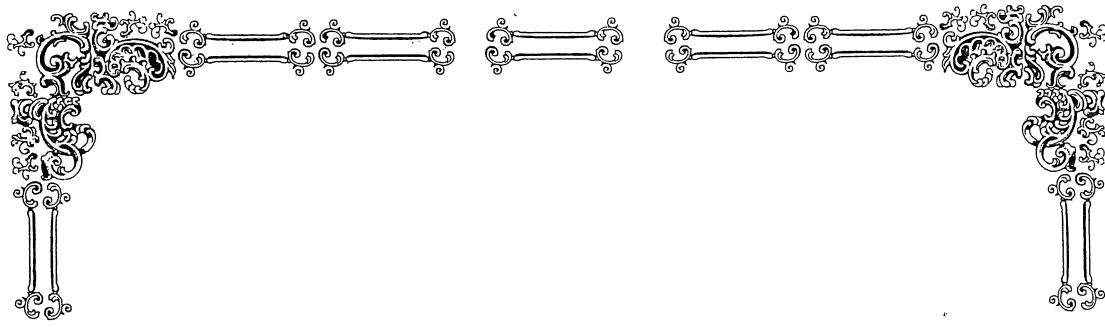
Al terminar, seame lícito cumplir con un deber de justicia, manifestando aquí mi gratitud hácia las personas que, juzgando mi trabajo con una excesiva benevolencia, me han estimulado á darlo á luz y á perseverar en él. Reciban, pues, mis cordiales agradecimientos, el Señor Don José Gregorio Paz Soldan, cuyos ilustrados consejos me han sido de mucha utilidad; los Señores Don Ignacio Nuboa, D. Santiago Táva-



ra, D. José Simeón Tejada y Don Manuel A. Fuentes, en quienes siempre he encontrado amistad sincera é imparcial criterio; y el Señor General Don Manuel de Mendiburn, que ha sabido colocarse en un rango distinguido, por su amor y por su proteccion á todo lo que tienda á la ilustracion del pais, y sin cuya eficaz, generosa y espontánea cooperacion no habria sido posible llevar á cabo la publicacion de esta obra.

Lima, Diciembre 8 de 1859.





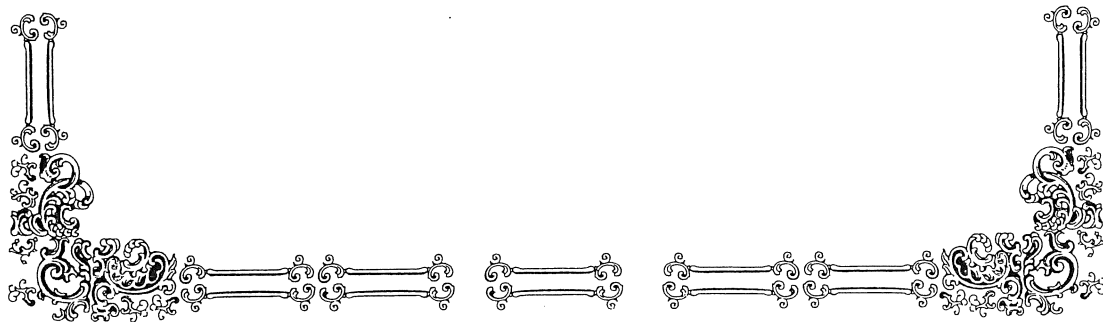
DERECHO CIVIL.

NOCIONES PRELIMINARES.

DEL DERECHO Y DE LA LEY.

§ 1º Origen y naturaleza del derecho.

El exámen de la naturaleza humana hace conocer que el hombre, considerado en sí mismo y como miembro de la sociedad, tiene un fin que llenar, que es el de su perfeccion, y que debe alcanzarlo, ó, al ménos, aproximarse á él por el desarrollo gradual y progresivo de los dos elementos de que se compone, del cuerpo y del alma, ó lo que es lo mismo, de sus facultades físicas é intelectuales. Para conseguir el fin, es menester emplear los medios ó las condiciones que á él conducen, del mismo modo que, para llegar al término, es preciso atravesar la distancia que lo separa del punto de partida.



Estas condiciones son de diferentes especies. En primer lugar, son físicas ó intelectuales, segun se refieran al cuerpo ó al espíritu; y esta division primordial se subdivide en otras muchas, segun la variedad en las necesidades de los dos elementos constitutivos del hombre. En segundo lugar, las hay independientes de la voluntad del hombre y que son suministradas por la naturaleza, y otras que dependen de esa voluntad y que deben ser suministradas por la actividad individual ó social de los otros hombres. Cada una de estas condiciones *voluntarias ó libres* forma lo que se llama un *derecho*; de modo que podemos definir el derecho, diciendo que es una condicion, dependiente de la voluntad humana, necesaria para el desarrollo y el perfeccionamiento del hombre.

El hombre, desde que nace, y aun desde el instante de su concepcion, posee, segun esto, derechos; porque desde entónces tiene necesidad de que se le suministren las condiciones indispensables para su existencia y posterior desarrollo. El derecho presenta, por consiguiente, una cualidad de relacion entre un hombre y los demas individuos de su especie; y esta cualidad relativa lo hace distinguir perfectamente de todas las demas condiciones necesarias para el desarrollo del individuo, pero que no depende de la voluntad de los demas hombres.

Entre estas condiciones, las que tienen mas analogía con el derecho son las de la moral. La moral tiene por objeto exponer las nociones del bien en general ó del bien absoluto y la necesidad de llegar á él. Por consiguiente, ella comprende todas las condiciones del desarrollo, capaces de producir el bien; pero se limita á indicarlas, dejando á las demas ciencias el cuidado de determinar los medios y condiciones que deben emplearse para ser conducidos á ese fin.

Algunas de estas condiciones son las que forman el derecho. Se puede, por tanto, concluir, que el derecho hace parte de la moral; pero como las condiciones que constituyen el derecho dependen de la voluntad de los demas hombres, resulta de allí su diferencia de todas las acciones puramente morales. Llenando las condiciones de la moral, se cumple con un derecho, se cumple además con un deber de humanidad. Las acciones morales se refieren al mismo individuo que las practica; las del derecho se refieren á los demas seres con quienes vivimos y particularmente á nuestros semejantes.

De aquí nacen dos diferencias esenciales entre la moral pura y el derecho: 1^a las obligaciones de la moral dependen enteramente de la intencion y de la pureza de los motivos; las del derecho son independientes de la intencion y deben cumplirse cualesquiera que sean los motivos que den lugar á ellas; 2^a el cumplimiento de las obligaciones de la moral depende exclusivamente de la voluntad del individuo; las obligaciones del derecho son susceptibles de coercion, es decir, que pueden ser exigidas por la fuerza, porque si un hombre es libre para privarse de las condiciones de su propio desarrollo, no lo es para privar de ellas á los demas hombres.

De la relacion íntima que existe entre la moral y el derecho, se deduce que todas las prescripciones del derecho deben estar en armonía con la moral, ó en otros términos, que todo lo que el derecho permite ó prohíbe, debe ser permitido ó prohibido por la moral; pero como los límites del derecho son mas estrechos que los de la moral, se sigue naturalmente que no todo lo que permite ó prohíbe la moral es permitido ó prohibido por el derecho; por la sencilla razon de que esto no entra en el círculo de su competencia.

El *derecho*, tal como lo hemos definido; es sinónimo de *justicia*, porque está también en el conjunto de las condiciones, dependientes de la voluntad, necesarias para el desarrollo físico é intelectual del hombre; pero puede distinguirse de aquel, diciendo que el derecho es la condicion misma, y la justicia, el acto de suministrar esa condicion. Un hombre tiene necesidad de que se le suministren las condiciones del desarrollo; tiene derechos: los demas hombres están obligados á proporcionarle dichas condiciones, á hacerle justicia, á ser justo con él.

La naturaleza del derecho, tal como la hemos expuesto, y su analogía con la moral, forman la base del criterio de todas las prescripciones jurídicas.

El derecho es esencialmente personal, porque tiene por fundamento y por fin la persona, el hombre; y si se refiere también á las cosas, no es sino en cuanto estas son condiciones físicas para el desarrollo de la persona. El *sujeto* ó el ser que posee el derecho, es el hombre, y por esto se llama *persona jurídica*. El *objeto* ó el contenido del derecho, es todo aquello que constituye una condicion dependiente de la voluntad, para que el hombre pueda desarrollarse y llenar su fin racional. Estas condiciones son, ó cosas del mundo exterior, que el hombre puede transformar por medio de su actividad y servirse de ellas, ó *acciones* propiamente dichas, esto es, condiciones suministradas por el espíritu y la inteligencia, como la instruccion, la educacion &^a

§ 2º Diferentes especies de derechos.

Entre los derechos del hombre, hay algunos que

nacen inmediatamente de su propia naturaleza, porque son condiciones indispensables para su existencia: llámanse estos derechos *naturales, primitivos ó absolutos*. Hay otros, que no nacen inmediatamente de la naturaleza del hombre, sino de un hecho de su parte, de su actividad, y se llaman *hipotéticos, contingentes ó eventuales*, porque no se adquieren sino en ciertas circunstancias.

§ 3.º Manifestacion del derecho.

El derecho considerado como condicion del desarrollo, dependiente de la voluntad, se manifiesta de dos maneras: por la costumbre y por la ley. La costumbre es la manifestacion instintiva y espontánea de las necesidades individuales y sociales, que se satisfacen por sí mismas y sin obstáculo, porque el hábito la ha hecho obligatoria: por esto se llama tambien *derecho no escrito*. Cuando esta manifestacion tácita del derecho es comprendida por la razon pública, determinada y formulada expresa y positivamente por un poder social constituido, entónces toma la denominacion de *ley*. La ley es, pues, la expresion de la razon pública, formulada en declaracion solemne y jurídica, por el poder competente, con el fin de que sirva de regla socialmente obligatoria, sobre objetos de régimen interior y de interes comun.

La costumbre y la ley se asemejan en que tienen el mismo origen, porque una y otra son la manifestacion de la necesidad; en que ambas son la expresion del derecho; en que las dos tienen el carácter de obligatorias forzosamente, y en que el objeto y el resultado inmediato son los mismos é idénticos. Pero se

Diferencias: 1º en que la costumbre es la consecuencia espontánea de una necesidad, mientras que la ley es el resultado producido por la meditación y por un convenio expreso: 2º en que la costumbre es menos precisa y menos positiva que la ley: 3º en que la costumbre es menos imperativa, menos coercitiva, menos moralizadora y menos instructiva que la ley.

Determinados así los puntos de contacto y las diferencias entre las dos manifestaciones del derecho, expondremos separadamente los caracteres particulares de cada una de ellas.

A.—LA COSTUMBRE.

a.—*Origen de la costumbre.*—La costumbre nace del uso y del tiempo. El uso no es mas que la práctica de ciertos hechos, admitida tácitamente por un pueblo. Cuando el uso ha durado un tiempo mas ó menos largo, se llama ya costumbre. El espacio de tiempo que ha de dar un uso, para convertirse en costumbre, depende enteramente de las circunstancias. Según las leyes españolas, se requería el tiempo de la prescripción, es decir, diez ó veinte años (l. 5, tit 2, P. 1º;) debiendo advertirse, según lo observa Gregorio Lopez, que los veinte años se exigían equivocadamente, puesto que, asimilándose la costumbre á la prescripción, no hay lugar al término designado para los ausentes, por cuanto el pueblo en que se establece la costumbre siempre está presente. Además de esto, el uso debía tener otros dos requisitos: 1º que fuese consentido por el soberano: 2º que se hubiesen dado dos sentencias con arreglo á él. De esta

manera, el uso se convertía en costumbre, y la costumbre tenía fuerza de ley.

b.—*Fuerza obligatoria de la costumbre.*— En los países en que se ha admitido la costumbre, no solamente tenía esta el carácter de ley, sino que podía derogar las leyes anteriores ó interpretar las dudosas. Por eso se decía que había costumbre fuera de la ley, contra la ley y según la ley. La primera era la que decidía los casos que no habían sido reglados por la ley; la segunda, la que derogaba la ley por actos contrarios á ella; y la tercera, la que interpretaba la ley, fijando el sentido en que esta debía entenderse.

La costumbre poderosa en tiempos anteriores, sobre todo durante la edad media, ha perdido insensiblemente su valor, á medida que las naciones se han esforzado en introducir la unidad en sus respectivas legislaciones, dando á estas un carácter positivo, uniforme y permanente; de suerte que, mientras la costumbre se ha debilitado, la ley ha adquirido más vigor. Actualmente la costumbre casi no existe en los países de derecho escrito, pues se ha tenido y se tiene aun cuidado de consignar en las leyes las relaciones de los individuos que pertenecen á una misma asociación. Por consiguiente, si existe todavía alguna costumbre fuera de la ley, para casos que esta no ha tomado en consideración, no se admite la costumbre contra la ley, ni según la ley; es decir, que una ley no puede ser derogada ni interpretada por la costumbre. Así lo ha dispuesto también nuestra legislación patria, estableciendo que la leyes no se derogán por la costumbre (VI pr. tít. preliminar. C.) Y la razón es obvia: la ley es la expresión formal y solemne de la voluntad social, que es superior á la voluntad de los particulares: una vez manifestada aquella de un modo competente, éstos deben someterse á ella, mientras la

voluntad social no disponga lo contrario. Nadie puede eximirse del cumplimiento de la ley, sin violarla é infringirla, y la infraccion de la ley es un acto atentatorio contra la soberanía de la sociedad. Ahora bien, para que una costumbre pudiese derogar una ley seria necesario una sucesion de actos contrarios á ella, es decir, una constante violacion de la ley, y si la ley permitiera esto, suministraría ella misma los medios de eludir sus prescripciones, lo que es contrario y opuesto á la naturaleza de la ley, cuyo carácter debe ser de permanencia y perpetuidad. Por razones análogas, tampoco puede admitirse la interpretacion de la ley por la costumbre, porque esto seria quitar al autor de la ley, único juez competente de la interpretacion, el derecho de atribuirle el verdadero sentido que quiso darle, dejando este cuidado al capricho de cualquier individuo que, dando á la ley el sentido que mas se acomodase á sus intereses, sentaría el precedente de una práctica viciosa, que desvirtuaría enteramente la ley.

Segun el principio establecido en nuestra legislacion los derechos de los particulares deben decidirse únicamente por la ley y no por la costumbre (VL VIII, FX, tít. prelim. C.) Sin embargo, la misma ley determina ciertos casos especiales y en muy corto número, en los cuales debe decidirse por la costumbre; casos de poca entidad, es cierto, en los cuales la costumbre entra como medio supletorio de un convenio, y que ha sido preciso admitir en razon á que la diversidad de lugares y objetos á que puede aplicarse, hace muy difícil la uniformidad. En el contrato de locacion es en el que se presentan esos casos que pueden decidirse por la costumbre: son cinco: 1º la entrega de la cosa arrendada, siempre que no se haya convenido en el tiempo en que ha de veri-

ficarse, se hará inmediatamente, á no ser que por costumbre deba hacerse en otra época (1585 C.): 2º el locador está obligado á hacer en la cosa arrendada los reparos necesarios que, por pacto ó costumbre, no sean de cuenta del arrendatario (1587, 5º C.) 3º el conductor, por su parte, está obligado á hacer los reparos que determina la costumbre, si no hay pacto en contrario (1595, 6º C.) 4º las cuestiones que se susciten, tanto sobre el derecho á la rebaja de la renta, como sobre lo que corresponda al daño causado por heladas, superabundancia de lluvia, falta de agua, ó por otra calamidad que menoscabe la cosecha, en la tercera parte ó mas, se resolverán por la costumbre del lugar, á falta de convenio anterior de las partes (1569 C.) 5º la tasacion de las mejoras hechas en la cosa arrendada; se arreglará á la costumbre, si no ha habido convenio de las partes (1623, 1º, 2º, C.) También en materia de servidumbres puede aplicarse á la costumbres: 1º para el establecimiento de alguna servidumbre legal ó convencional, siempre que no sea contraria á disposiciones terminantes de la ley (1131, 1157 C.) 2º para el uso de las aguas que atraviesan heredades, á falta de reglamento (1135 C.) Ultimamente, se puede atender á la costumbre para la remision á un juez extranjero de las providencias de un juez peruano, y para el cumplimiento de las que aquel dirija á éste (942 E.); bien que este punto es bastante delicado y será materia de un detenido exámen en su oportunidad.

B. LA LEY.

a. *Formacion de la ley.*—La ley, segun lo hemos

indicado, debe ser formulada por un poder social constituido, al que, por esta razón, se dá el nombre de *poder legislativo*. El derecho de legislar pertenece, en el fondo, á la sociedad entera, á la nación; pero, siendo imposible la reunión de todos sus miembros, se ha convenido en delegar ese poder á un corto número de individuos, nombrados por cada una de las partes de que la nación se compone y designados con los nombres de *representantes* ó *diputados*. Aun para mayor garantía de madurez y reflexión en la formación de la ley, se ha convenido en que la Representación Nacional se componga de dos cuerpos, que deben discutir y aprobar sucesivamente la ley. Esos cuerpos se designan con las denominaciones de *Cámara de Diputados* y *Cámara de Senadores*. Al poder legislativo corresponde, pues, la formación de la ley; su ejecución, al poder ejecutivo; y su aplicación, á lo que se llama poder judicial, que está ya admitido casi generalmente, al ménos en la teoría, como distinto y en rango casi igual á los otros dos.

b. *Formas externas de la ley.*—Para que la voluntad nacional pueda convertirse en ley y obligar á todos los asociados, es necesario: 1º que sea adoptada por el cuerpo legislativo: 2º que sea promulgada: 3º que sea publicada.

La adopción de la ley consiste en el asentimiento de las dos ramas del poder legislativo, en el modo y forma determinados por la ley constitucional y por los reglamentos de las Cámaras. La adopción de la ley por estas, es la manifestación del voto público sobre la medida que se trata de presentar como regla obligatoria para la sociedad.

En los países regidos por el sistema monárquico constitucional, no solamente debe de ser la ley adoptada por las Cámaras, sino también revestida de la san-

cion real, que no es otra cosa que el asentimiento dado á la ley por el monarca, en su cualidad de miembro del poder legislativo. Esta sancion se designa tambien con el nombre de *veto absoluto*, que se confiere al Jefe del poder ejecutivo, para rechazar una ley, cuya ejecucion traería consigo graves inconvenientes ó encontraría obstáculos insuperables, que él puede apreciar mejor y mas atinadamente que el cuerpo legislativo, por su contacto inmediato con la sociedad y por la experiencia que naturalmente debe darle el manejo cotidiano y constante de los negocios. En los países republicanos, si no tiene lugar la sancion, tampoco se ha querido admitir el veto absoluto, sin embargo de que, por la amovilidad del Jefe del poder ejecutivo, no produciría las consecuencias que de él se temen sin razon, y únicamente se ha establecido el *veto suspensivo*, es decir, el derecho que el Jefe del poder ejecutivo tiene de hacer observaciones á una ley, en un plazo determinado y fatal que, á veces, como en el Perú, no excede de diez dias. Pero esas observaciones no embarazan para que el cuerpo legislativo, volviendo á discutir someramente su ley, y aun alentado del deseo de vencer la oposicion á su voluntad, declare, nuevamente en el acto, que ha permanecido inflexible, y que la ley debe ejecutarse.

ACUERDO Y CONSENTIMIENTO

Por: Julio Armaza Galdos*

En el sistema legislativo peruano se ha reunido, en un solo artículo, varias eximentes o aspectos negativos del delito.

En efecto, el número 20 de nuestro texto punitivo lo conforman 10 incisos, todos contentivos de algunas de las eximentes más importantes¹ como la insania mental, minoría de edad, legítima defensa, estado de necesidad, fuerza física irresistible, miedo insuperable, cumplimiento de un deber, obediencia jerárquica y consentimiento. El estado de necesidad, con todo, en unos casos puede tener la naturaleza jurídica de justificante, en tanto que en otros será meramente una eximente por inculpabilidad; el miedo insuperable, de igual modo, puede presentarse como elemento negativo de la culpabilidad, imputabilidad o acción y, el consentimiento, por último, tornasolará su naturaleza según haya conseguido o no domeñar el agente la voluntad del sujeto pasivo en aquellos casos en los que éste decide disponer, y de hecho dispone, de un bien jurídico que le pertenece.

De las eximentes anunciadas, importa detenernos brevemente con relación a una que a partir de 1991 fue incluida en la Parte General del CP y respecto de la cual se ha pronunciado la doctrina nacional tan extensa como impecablemente².

* Profesor de Derecho Penal, Universidad Católica de Santa María.

¹ Otras especialmente cruciales para el entendimiento del Derecho patrio, han sido incluidas en los arts. 14 (error de tipo y error de prohibición) y 15 (error de comprensión culturalmente condicionado).

² Han prestado particular interés en el estudio del consentimiento los profesores Alonso Peña Cabrera Freyre, Ángeles Gonzáles-Frisancho Aparicio, José Hurtado Pozo, Raúl Peña Cabrera, Julio Rodríguez Delgado, Felipe Villavicencio Terreros, Bramont Arias y Luis A. Bramont-Arias Torres. Asumiendo un criterio distinto del que se seguirá a continuación, Javier Villa Stein ha defendido la tesis de que el consentimiento es una eximente por inculpabilidad (específicamente, dice este autor, por inexigibilidad de otra conducta). Cfr. La culpabilidad, Ediciones Jurídicas, Lima, 1997, pp. 159 y ss. Una revisión sucinta del instituto en el Derecho comparado, concretamente en referencia a la teoría jurídica argentina, puede encontrarse en Manuel de Rivacoba, Las causas de justificación, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pp. 81 y 82.

1. HISTORIA Y LEGISLACIÓN NACIONAL

Fluye del Digesto la famosa frase «lo realizado con la voluntad del lesionado, no constituye injusto» que, más tarde, los penalistas sintetizaron bajo otra no menos difundida fórmula (*volenti non fit iniuria*) que iteraba y ponía de manifiesto una vez más la inexistencia de injuria (daño) si se consintió.

Muy lograda, con relación a la época en que fue escrita, es también la fórmula contenida en el Código que Feuerbach elaboró para el reino de Baviera, en cuyo art. 123 se consigna: «Una acción prohibida bajo una pena no será impune ni penada en menor grado en razón del permiso otorgado tácita o expresamente por el perjudicado.

Las acciones, que se dirigen sólo a la pérdida de la propiedad o a su perjuicio sin peligro alguno, serán impunes por el otorgamiento de permiso del perjudicado».

Un recuento histórico breve, como el presente, no puede pasar por alto los Proyectos americanos de Bernardo Pereira de Vasconcellos (1827) y el redactado más tarde por Carlos Tejedor (1866). Al primero corresponde haber iniciado en el Nuevo Mundo el tratamiento autónomo del instituto bajo una fórmula (art. 12) conforme a la cual no podía reputarse delito el hecho perpetrado por mérito del consentimiento otorgado por el sujeto pasivo, salvo, como es de suponer, que la aquiescencia hubiese sido obtenida a través del engaño. Semejante propuesta, sin embargo, no fue recogida en el Código del Imperio del Brasil de 1830. El Proyecto argentino de Tejedor (Libro II, Tít. II, art. 5), por su parte, tenía alcances y pretensiones muchísimo más modestas, pues únicamente reconocía relevancia al consentimiento respecto del delito daños a la propiedad de particulares, castigando, sin remisión, cualquier otra conducta infractora. (Por lo demás, no puede pasar desapercibida la impronta del texto bávaro en el Proyecto argentino de que se dio cuenta).

Ricardo Heredia, J. Silva Santisteban y José Viterbo Arias omitieron pronunciarse con relación al instituto³.

Los Proyectos de Códigos penales de Manuel Lorenzo de Vidaurre

³ Ricardo Heredia, *Lecciones de Derecho penal filosófico*. Dictadas en la Universidad de San Marcos, Lima, 1884; José Silva Santisteban, *Curso de Derecho penal*, Tipografía del autor, Lima, 1863; José Viterbo Arias, *Exposición comentada y comparada del Código penal del Perú*, de 1863, I, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1900.

(1828), Juan Antonio Ribeyro (1878) y Ángel Gustavo Cornejo-Plácido Jiménez (1928), no hacían referencia de la eximente en la Parte general; igual orientación tuvieron los Códigos de 1862 y 1924. Tampoco tuvo cabida la eximente en el Código penal del Mariscal Andrés de Santa Cruz, que rigió en el Estado Sud Peruano desde 1836 a 1838 y que, siendo el CP boliviano de 1834, recibió, a través de éste, decisiva influencia del CP español de 1822. El actual, en cambio, la regula (art. 20, inc. 10) en los términos siguientes: «Está exento de responsabilidad penal: El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición». Los Proyectos de septiembre de 1989 (Ed. Oficial, p. 7), julio de 1990 (Ed. Oficial, p. 16) y enero de 1991 (Ed. Oficial, p. 7) asilan a la eximente en los arts. 25, inc. 11, 25, inc.10 y 20, inc. 10, respectivamente.

Acaso convenga añadir a lo dicho, para dar una idea de cómo es que tuvimos ocasión de familiarizarnos con el tema en el país, que la Revista «El Derecho. Órgano del Colegio de Abogados» de Ayacucho (Año XI, tomo VI, núm. 34, del 12 de enero de 1939, pp. 11 a 21), recogió un hecho ocurrido en Italia el 17 de agosto 1930 en el que se extrajo a una persona una glándula sexual para ser implantada a un tercero al que se deseaba liberar del estado de impotencia en que se hallaba; la repercusión que la glosa tuvo en los textos penales de la época, sin embargo, fue nula y los juristas nacionales se mostraron refractarios a estudiar el instituto.

2. EL CONSENTIMIENTO (ACUERDO) COMO EXCLUYENTE DE TIPICIDAD

Algunas eximentes, a pesar de tener la misma denominación (exempli gratia, el estado de necesidad, el miedo insuperable y el consentimiento), tienen distinta naturaleza jurídica; la identidad en la denominación, por ende, no vincula a cada una de las eximentes con los mismos resultados, sino, por el contrario, con otros diferentes.

Se distingue, según esto, entre un consentimiento que elimina la

tipicidad⁴ del comportamiento⁵ y otro que anula la antijuridicidad. Cuando en el tipo penal se describe una conducta, indicándose en el mismo que para que tal sea típica la ejecute el agente contra la voluntad del sujeto pasivo (*invito laesio*) y éste, otorga su conformidad, dicha conformidad o acuerdo impedirá que la acción ejecutada sea la que describió el legislador en la parte preceptiva de la ley. Ahora bien, la exigencia de que el comportamiento violente la voluntad del sujeto pasivo, puede constar expresa o tácitamente en el tipo e igualmente, en ambos casos, el acto será atípico si media, como lo anotamos, el consentimiento de quien aparecería formalmente como sujeto pasivo. Conforme a lo dicho, por consiguiente, pueden presentarse las siguientes situaciones: en el delito de violación de la libertad sexual del número 170, debe el autor obligar a su víctima a sostener las relaciones íntimas por ésta no queridas, pues cuando hay acuerdo en ellas, no será típico el hecho⁶; el art. 216 prevé, asimismo, que se cometería delito contra los derechos intelectuales si alguien publica inconsultamente una obra científica; contrario sensu, no sería típica la acción si el agente fuese autorizado a publicar la labor científica; en los delitos contra la propiedad industrial de los arts. 222 y 223 se sanciona la fabricación de productos cuando se utilizan procesos patentados por terceros o se producen diseños o modelos industriales registrados por otros, salvo, por supuesto (y como en los casos anteriores), que haya sido autorizado para ello el agente, en cuyo caso el comportamiento será, igualmente, atípico; el delito de violación del secreto profesional (art. 165) lo comete quien habiendo recibido información secreta de hechos cuya divulgación pueden causar perjuicio, los revela sin la anuencia del interesado; por el contrario, faltará la tipicidad de la acción si el abogado difunde en el juicio de divorcio por causales (v.gr. por homosexualidad) la condición sexual de su patrocinado (demandado), siempre y cuando, claro está, la publicidad del secreto le haya sido autorizada por aquél; constituye

⁴ No excluye el tipo, como dice Raúl Peña Cabrera, Tratado de Derecho penal, Estudio programático de la Parte general, Ed. Grijley, Lima, 1994, p. 384. La parte preceptiva de la ley, es decir, el tipo, permanece intacta.

⁵ Y que suele llamarse "acuerdo" por la doctrina, así: Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, Tratado de Derecho penal, Parte general, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 400 (traducción de Miguel Olmedo Cardenete); Santiago Mir Puig en Adiciones a la traducción del Tratado de Derecho penal, Parte general de Hans-Heinrich Jescheck, I, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 529; Peña Cabrera, op. cit., p. 384; Villavicencio Terreros, Lecciones de Derecho penal, Parte general, Cultural Cusco, S.A., Lima, 1990, p. 160; Hans Welzel, Derecho penal alemán, Ed. Jurídica de Chile, 1987, p. 138. (Traducción de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez).

El profesor Edgardo Donna, prefiere denominar, al consentimiento que elimina la tipicidad penal, asentimiento. Cfr. Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva, vol. 2, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 24.

⁶ En realidad, los once capítulos que conforman el Título IV del Libro Segundo del Código penal, contienen disposiciones que exigen que para que sea típica la conducta, debe el agente actuar contra la voluntad del sujeto pasivo. En estos Delitos contra la libertad, si media conformidad o acuerdo de quien sería en caso contrario el perjudicado, queda eliminada la

contravención al patrimonio, según el art. 447, introducir ganado en el predio ajeno sin permiso del dueño del mismo; de mediar acuerdo por parte del titular del derecho de uso del inmueble, sin embargo, quedará excluida la tipicidad⁷.

En suma: si en el tipo penal se prescribe que la conducta, para ser típica, debe ir en contra de la voluntad del sujeto pasivo y éste se muestra conforme con su ejecución, difícilmente puede entenderse que haya lesión del bien jurídico, pues la ausencia de «oposición»⁸ la haría desaparecer. Pensemos en el delito de violación de la libertad sexual del número 170; allí, como fluye del texto de la propia ley, se cometerá el hecho delictuoso si alguien obliga a una mujer a mantener relaciones sexuales no queridas por ésta, pues cuando las desea y, por lo mismo, admite voluntariamente la propuesta materializada en hechos, la consentidora no puede ser reputada como sujeto pasivo, al haber desaparecido la exigencia típica de haber actuado el agente contra su voluntad. Claramente se ve, en estos casos, que el acuerdo hiere mortalmente el encuadramiento de la conducta y, finalmente, lo elimina. Lo mismo ha de decirse de los comportamientos que para ser típicos se exige se ejecuten sin la autorización del sujeto pasivo ya que, mediando el permiso, la acción sería atípica (al no habérsela ejecutado como exige el texto de la ley). Dicho de diferente manera, y tomando como ejemplo el número 446 del CP: las faltas contra el patrimonio de que se hace referencia allí, únicamente se configuran si se penetra en terreno ajeno sin permiso del dueño; si éste, por el contrario, lo otorga, la penetración o ingreso no podrá ser el descrito en la ley (la disposición legal, en efecto, describe una circunstancia en la que justamente porque la acción está siendo ejecutada contra la voluntad del sujeto pasivo, es que se la considera lesiva. No habría afectación a bien alguno, en cambio, si el acto es perpetrado conforme al deseo de quien otorga su asentimiento).

⁷ Con relación al delito de usurpación diríamos lo mismo. La Ejecutoria del 3 de octubre de 1985, haciendo suyos los fundamentos de la Fiscalía Suprema en lo Penal, exige que para que pueda configurarse la usurpación no debe el «propietario» (o poseedor) otorgar su «autorización» y que la «penetración», por consiguiente, deba practicarse: sin el «conocimiento» del titular o contra su asentimiento. Cfr. Anales Judiciales de la Corte Suprema, LXXIII, 1985, pp. 282 y ss. En ese mismo sentido, pero haciendo referencia al «consentimiento», «acuerdo» y «autorización», las Sentencias del 24 de octubre de 1950, 17 de mayo de 1951 y 31 de julio de 1956 reproducidas parcialmente en Julio Espino Pérez, Código penal, Concordancias, 7ma Ed. Cultural Cuzco, S.A. Editores, Lima, 1988, p. 334.

⁸ S. Mir Puig, Derecho penal, Parte general, Promociones Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 1985, p. 446. No pudiendo reputarse ofendido, entonces, al titular del bien jurídico que autoriza su propia lesión, tampoco puede denominarse consentimiento del ofendido a la institución (como lo hacen Santiago Benites Sánchez, Derecho penal peruano, Comentarios a la Parte general del Código penal, I, segunda edición, Lima, 1958, p. 96; Francisco Chirinos Soto, Código penal, Ed. Rohas, Lima, 2004, p. 96. Correctamente, en cambio, Diego-Manuel Luzón Peña, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Casa Ed. Bosch, S.A., Barcelona, 1978, p. 264; Manuel de Rivacoba-J. L. Guzmán Dálbora, Programa analítico de Derecho penal, Edeval, Valparaíso, 1997, p. 29, donde hace referencia al «consentimiento del interesado»; Sebastián Soler, Derecho penal argentino, I, Tea, Buenos Aires, 1951, p. 373).

En los ejemplos que hemos puesto hasta aquí, el tipo exige que el comportamiento se desenvuelva contra la voluntad del sujeto pasivo, salvo que éste, como quedó anotado, otorgue su expresa permisión, en cuyo caso no habría tipicidad. El acuerdo, por consiguiente, empece la tipicidad. No se demanda, en cambio, el explícito acuerdo en otros tipos (como el de interferencia de las comunicaciones del art. 162), pero del contexto de los mismos, fluye con claridad que de mediar aquiescencia tácita se eliminaría también el encuadramiento típico de la acción. Se comete el delito de publicación indebida de correspondencia (art. 164), según esto, si se difunde una no destinada a la publicidad; no encuadrará la acción en la parte preceptiva de la ley, a pesar de todo, si tácitamente autorizó el destinatario el hecho. No importa, entonces, que el consentimiento sea dado expresa o tácitamente, y en ambos casos, por lo mismo, operará la eximente.

El consentimiento como causa excluyente de tipicidad, debe además ser válido, entendiéndose por tal el que es dado libre y conscientemente. No surtirá eficacia, por tanto, si fue obtenido engañosamente, por violencia o a través de amenazas; nunca podrá considerarse atípica la conducta de quien consiguió, pistola en mano, que el autor de una obra famosa le otorgue «autorización» para publicarla, pues además del delito contra los derechos intelectuales perpetrado, se cometió el de coacciones (art. 151 del CP). La irrelevancia de la pseudo autorización obtenida, según la hipótesis, haría que el comportamiento sea de todos modos delictuoso.

Ahora bien, la totalidad de supuestos analizados hasta aquí, interesa destacarlo, son para Zaffaroni/Alagia/Slokar eximentes por atipicidad objetiva sistemática. La nota que distingue a los llamados tipos objetivos sistemáticos, según la terminología creada por los juristas citados, la da el hecho de ser preceptos que admiten la presencia de elementos normativos de recorte. El “penetrar sin derecho” a la morada ajena de que trata el art. 159 del CP, es un elemento normativo de recorte que hace posible la sanción por el delito de violación de domicilio, pues cuando el agente ingresa con la aquiescencia del morador, quedará ausente la tipicidad. Muchas personas pueden de hecho ingresar a diario a uno o varios domicilios ajenos, únicamente cuando lo hacen “sin derecho” (este “sin derecho” es precisamente el elemento normativo de recorte, en la doctrina de Zaffaroni), sus conductas constituyen el pragma que merece ser sancionado.

3. EL CONSENTIMIENTO JUSTIFICANTE

Desconocemos cuán antigua sea la distinción entre consentimiento como causal excluyente de tipicidad y antijuridicidad⁹; nos basta saber, para los efectos de estas páginas, que la distinción es admitida por un sector mayoritario de la doctrina¹⁰.

En los supuestos señalados en el punto anterior, habíamos visto que el encuadramiento del comportamiento dependía de si se autorizaba o no el hecho (cuando en el tipo se da ocasión para ello, por estar redactado de tal forma que prevea como típica únicamente la acción contraventora de la voluntad del sujeto pasivo) y que, en el primer caso, desaparecía el concepto mismo de lesión al bien protegido. Si el tipo no exige que la acción deba dirigirse contra la voluntad del sujeto pasivo y éste otorga su asentimiento para que se produzca el menoscabo en un bien de su libre disposición, lejos de excluirse la tipicidad, se excluirá, más bien, la antijuridicidad del comportamiento¹¹. El art. 130 de nuestra ley penal recoge el delito de injuria y no estipula que para que se configure deba actuarse contra la voluntad del sujeto pasivo, por lo que, siendo éste titular exclusivo del bien jurídico honor, puede autorizar a un tercero para que le increpe en público la conducta o conductas por las que es conocido, con lo cual ha de entenderse que si con dicho propósito luego el agente indica que el consintiente tiene la fama de rufián, el hecho no será antijurídico (aunque haya en verdad aprovechado la ocasión, el que profiere el denuesto, para obrar con *animus iniuriandi* o, que es lo mismo decir, para hollar a quien formalmente aparece como sujeto pasivo).

⁹ Ya en Edmund Mezger, sin embargo, está nítidamente establecida. Cfr. Tratado de Derecho penal, Parte general, I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pp. 352 y ss. (Traducción y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz).

¹⁰ Por todos, cfr. Carlos María Romeo Casabona, Las transformaciones del Derecho penal en un mundo en cambio, vol. I, Ed. Adrus, Arequipa, 2004, p. 150 y Luiz Regis Prado, Comentarios ao Código penal, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 140. Críticamente con respecto a admitir un consentimiento excluyente de antijuridicidad, Bramont Arias y L. Bramont-Arias Torres, Código penal anotado, Ed. «San Marcos», Lima, 1995, pp. 177-180.

Mir Puig, consecuente con la teoría de los elementos negativos del tipo que defiende, admite la posibilidad de que el consentimiento pueda tener la naturaleza jurídica de justificante o ser, otras veces, un supuesto de atipicidad; sin embargo, como para él las justificantes son aspectos negativos de la tipicidad (y no de la antijuridicidad como lo son para los sostenedores de la tesis de la *ratio cognoscendi*), en definitiva, estima «que sólo como causa que impide la tipicidad de la Parte Especial puede desplegar eficacia el consentimiento»; cfr. sus Adiciones a la traducción del Tratado de Jescheck, pp. 530-531; asimismo, su Derecho penal, Parte general, 1985, pp. 448-449.

En la teoría jurídica alemana reciente, ven en el consentimiento un supuesto de atipicidad (no una justificante) Eser, Armin Kaufmann, Kientzy, Maurach-Zipf, Kühne, Roxin, Rudolphi, Sax y Schmidhäuser. En Hispanoamérica, con solería y sugestivos argumentos, hacen lo propio Zaffaroni/Alagia/Slokar, Derecho penal, Parte general, Ediar, Buenos Aires, 2000, p., 477.

¹¹ En el sistema ideado por Zaffaroni, sin embargo, estaríamos ante un supuesto de atipicidad objetiva conglobante.

Lo problemático radica en determinar qué bienes pueden ser objeto de renuncia por parte de su titular; si la autorización debe ser otorgada indiscriminada e irrestrictamente o si, por el contrario, para impedir periclitarse la función protectora del Estado, deba prohibirse la disponibilidad de determinados bienes. Una solución que tienda a «lograr un equilibrio entre el interés personal [...] y los intereses sociales de la comunidad»¹², parece ser la correcta.

El tipo penal del delito de lesiones dolosas es expresión de la norma prohibitiva «no vulnerarás la salud o la integridad físico psicológica de las personas». En las contiendas de boxeo, karate, tae kwon do, etc., donde los contendores quieren precisamente derribarse uno al otro a través de golpes intencionales dirigidos con el propósito de lesionar, no puede negarse que la acción por ellos ejecutada sea típica. Pese a la tipicidad del comportamiento lesivo de quien ejerce la profesión de boxeador, por ejemplo¹³, únicamente le será justificado el hecho si el oponente, cuya integridad física fue vulnerada, otorgó su aquiescencia para ser golpeado. El consentimiento, aquí, es el presupuesto sobre el que se erigirá la eximente por el ejercicio legítimo de una profesión (que es la que estrictamente corresponde aplicar).

Hay lesiones, de otro lado, que no podrán justificarse por el ejercicio legítimo de una profesión, pero que tendrán la naturaleza jurídica de éste en mérito al consentimiento propiamente dicho. Estará justificada por el consentimiento, así, la lesión leve que ocasiona el amante sádico a la mujer con quien intimó, si conocía ésta la anomalía sexual de aquél y a pesar de ello autorizó el trato y maltrato. En las intervenciones no terapéuticas; como la derivadas de aquellas que tienden a posibilitar una figura esbelta o a extirpar un riñón que luego será implantado en una tercera persona, habrá tipicidad, aunque cuando no pueda imponerse sanción penal por estar justificadas por el ejercicio de una profesión y, a su vez, por el consentimiento.

¹² Hurtado Pozo, Manual de Derecho penal, Parte general, Eddili, Lima, 1987, p. 393. Decididamente contrario a que se otorgue virtualidad como eximente por justificación al consentimiento, porque el ordenamiento jurídico «no protege derechos individuales», Santiago Benites Sánchez, *ibídem*.

¹³ Y cuya actividad se encuentra justificada por el art. 20, inc. 8.

4. FUNDAMENTO DE LA EXIMENTE

Mezger y Welzel, para determinar el fundamento de esta eximente, aducen los argumentos siguientes:

Dice el primero¹⁴ que la impunidad de quien lesiona el bien jurídico ajeno, mediando autorización para ello, radica en el principio de ausencia de interés. Su discurso, a tal efecto, es como sigue: «El consentimiento del ofendido constituye el ejemplo clásico de la exclusión del injusto con arreglo al principio de la ausencia del interés. Pues supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico». No valen las palabras del autor citado, a pesar de todo, para el supuesto siguiente: un padre de familia, aterido por el sufrimiento que la ceguera hace padecer a su hijo, decide donar una de sus córneas para que éste recupere la visión. La operación practicada por el cirujano, que dejó mutilado al padre, únicamente se justificará por el consentimiento si concurren los requisitos exigidos por ley. Nunca podrá decirse, sin embargo, que el progenitor abandonó su interés por gozar plenamente de la visión, pues en realidad lo sacrificó, a su pesar, para posibilitar otro que consideró también importante¹⁵.

Welzel, por su parte, hace recaer el fundamento en la renuncia a la protección jurídica¹⁶ cuando el consenciente, en determinadas circunstancias, autoriza el menoscabo o la lesión. ¿Debería tener eficacia la renuncia a la protección estatal efectuada por el particular? La respuesta a esta interrogante, decide la cuestión¹⁷.

Peter Noll¹⁸, basa su argumento en la ponderación de valores o bienes que debe hacerse en cada caso, al punto que siempre que se repute como más

¹⁴ Op. cit., p. 344.

¹⁵ Objeciones a la tesis mezgeriana pueden verse en José Cerezo Mir, Curso de Derecho penal español, Parte general, II, Tecnos, S.A., Madrid, 1990, p. 86.

¹⁶ Op. cit., p. 138; igualmente, Carlos Creus, Derecho penal, Parte general, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 311; Johannes Wessels, Derecho penal, Parte general, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 100. (Traducción de la sexta edición alemana de Conrado A. Finzi).

¹⁷ El donante de una de sus córneas, según el ejemplo puesto más arriba, ¿tendrá poder suficiente como para hacer que la lesión que le ocasiona el médico al practicarle la extracción no sea antijurídica? No dependiendo la licitud o ilicitud de una acción de criterios personales, sino, más bien, de la ley, la respuesta ha de ser negativa. «Este criterio, repara Cerezo, resulta difícilmente compatible... con el carácter público del Derecho penal; éste protege los bienes jurídicos individuales únicamente en la medida en que tengan una trascendencia social y lo hace con independencia del interés que pueda tener en ellos su portador», op. cit., p. 86.

¹⁸ Cfr. Cerezo, op. cit., p. 85. El pensamiento de Noll es seguido por Jescheck-Weigend, op. cit., p. 405, nota 30 y Mir Puig, op. cit., p. 449.

valiosa la libertad de autodeterminación del titular del bien perjudicado, la conducta del agente se hallará justificada¹⁹. En el ejemplo de Jescheck-Weigend²⁰: «El tío que consiente a su sobrino desmontar ciertas partes de su vehículo para que aquél pueda familiarizarse con las reparaciones que durante un viaje de investigación posiblemente se hagan necesarias», está haciendo uso del derecho de disponer libremente de lo que le pertenece y si el ordenamiento jurídico, al sopesar los valores o bienes en juego (libertad de autodeterminación del titular y patrimonio), se inclina porque el bien jurídico patrimonio es de menor entidad que la libertad de disponer del mismo, quedará el hecho justificado por el consentimiento. De otro lado: si recayese una amenaza penal contra el sobrino por el hecho practicado, se estaría lesionando el derecho del tío a disponer de un bien personal. Supuesto se estimase que los daños ocasionados al vehículo son de menor entidad, comparados con la lesión que se ocasionaría al tío de impedirle pueda disponer de su propiedad, tales “daños”, sin lugar a duda, deben tenerse como justificados.

Zaffaroni/Alagia/Slokar, finalmente, estiman que la aquiescencia (acuerdo y consentimiento) tiene su base en la ausencia de afectación al bien jurídico tutelado, siempre que la conducta de quien aparece formalmente como sujeto activo sea realizada conforme a los designios del consintiente; tal argumento, según es fácil colegir, no deja al Estado posibilidad, espacio o autoridad para intervenir, puesto que difícilmente se legitimaría una ingerencia que tienda a menoscabar la facultad del titular que, ejerciendo su derecho, decide disponer libremente de lo que le pertenece²¹.

5. REQUISITOS

Los que exige la doctrina, ordinariamente, son:

¹⁹ En las operaciones transexuales, por ejemplo, se tiene claro que la integridad física es un bien jurídico que posee un determinado valor; una estimación más o menos equivalente se otorga al derecho de disponer de ese bien. La acción tendiente a menoscabar la integridad física a través de una intervención transexual, asimismo, puede ser cuantificada como más o menos disvaliosa. Si efectuada la ponderación, se estimase insignificante la lesión frente al derecho que tiene el sujeto de disponer de su integridad física y su salud, el hecho practicado a través de la operación (que importó una mutilación de los órganos sexuales), estará justificado.

²⁰ Op. cit., p. 401.

²¹ Sobre la función reductora del poder punitivo que cumple el instituto, véase el estupendo ensayo (El consentimiento en la dogmática penal) que Alejandro Alagia preparó para habilitarse como Docente y que apareció publicado en Nueve Doctrina Penal de Buenos Aires, 1999/A, pp. 313 a 320.

5.1. Capacidad del sujeto que consiente

Se refiere esta capacidad a la que es necesaria para comprender el significado de la aquiescencia con relación al comportamiento lesivo del bien protegido. No se requiere la capacidad exigible para la celebración de un acto jurídico (art. 42 CC) o la necesaria para ser imputable penalmente (art. 20, inc. 2 del CP)²², pues basta, a los efectos de que opere la eximente, con la capacidad de discernimiento: un menor de 13 años carece de capacidad civil y penal; puede, sin embargo, consentir en que le sea abierta una plica.

En lo que respecta a los atentados contra la libertad sexual de persona con retardo mental (art. 172) moderado, no puede sin más presumirse que la «autorización», en todos los casos, resulta ineficaz, pues nada justifica se desconozca el derecho de la consintiente a llevar una vida sexual activa si comprende, como se indicó, los alcances de la autorización que otorga²³.

En el Derecho comparado, sin embargo, suele exigirse un grado de comprensión o capacidad menor en el acuerdo que en el consentimiento como causa de justificación²⁴.

5.2. Quien consiente debe tener facultad de disposición

Deberá ser, por tanto, titular único del bien jurídico, pues de compartir la titularidad con otros sujetos únicamente procederá en la medida en que todos se muestren de acuerdo con la disposición o renuncia.

No procede la aquiescencia respecto de bienes jurídicos colectivos²⁵ cuyo titular sea el Estado (en la falsificación de moneda, defraudación de rentas de aduana, corrupción de funcionarios, por ejemplo). Es improcedente,

²² Como al parecer pensaba Jiménez de Asúa, op. cit., p. 597: «...acaso debería imperar el límite de edad para declarar al sujeto plenamente imputable». Cuello Calón-Camargo, por su parte, sostiene que “los menores, los locos y los sordomudos que no sepan leer ni escribir”, carecen de capacidad para consentir. Cfr. Derecho penal, Parte general, Casa Ed. Bosch, Barcelona, 1980, vol. I, p. 420.

²³ Sobre ello cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni-José Enrique Pierangeli, Manual de Direito penal brasileiro, Parte geral, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 556.

²⁴ Cfr. Joaquín Cuello Contreras, El Derecho penal español, Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito, tercera edición, Dykinson, Madrid, 2002, p. 733.

²⁵ Por todos cfr., Edgardo Donna, op. cit., p. 26 y Fernando Velásquez Velásquez, Derecho penal, Parte general, 2da edición, Ed. Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995, p., 383; sobre lo mismo en nuestro país, Angeles Gonzales-Frisancho Aparicio, Código penal, Comentado, Concordado, Anotado, I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1996, p. 197; Alonso Peña Cabrera Freyre, Derecho penal peruano, Ed. Rodhas, Lima, 2004, p. 278; Villavicencio Terreros, op. cit., p. 160. Sobre la indisponibilidad del bien jurídico fe pública en la práctica judicial cfr. Fidel Rojas Vargas y Alberto Infantes Vargas, Código penal, 2da edición, Idemsa, Lima, 2005, p. 115.

igualmente, si importa una violación de los «derechos humanos esenciales»²⁶, y por lo mismo, no es válido el consentimiento que otorga un sujeto para ser sometido a esclavitud o a experimentos científicos con resultado aún no constatado y extremadamente peligrosos para la vida. El menoscabo a la integridad física y a la salud, a través de intervenciones no terapéuticas, como la vasectomía en los hombres y la salpingectomía en las mujeres, pueden muy bien justificarse con base en el instituto; otro criterio, sin embargo, sostiene en el país Ramiro Salinas Siccha, quien considera que no siendo la salud un bien jurídico de libre disposición, debe sancionarse de todos modos el hecho²⁷.

No está de más dejar consignado que resulta poco claro pueda el «propietario» de un animal autorizar válidamente el maltrato o la privación de la vida de éste, ya porque es tiempo de reconocer que los animales no humanos deben por lo menos tener derecho a la vida, a la integridad física, a un medio adecuado y a atención facultativa; ya porque la preservación y conservación de la especie animal no puede ser un bien jurídico de libre disposición²⁸.

5.3. Conocimiento del consentimiento

En los casos en que únicamente se elimina la tipicidad, no es exigible el conocimiento de la autorización por parte de quien sería agente activo (de no mediar el acuerdo), bastando, solamente, que la aquiescencia exista.

Para la doctrina mayoritaria, no sucede lo mismo con el consentimiento justificante, donde es exigible, más bien, se conozca la autorización dada por la persona de quien se lesionará un bien jurídico disponible. Se demanda el conocimiento de la anuencia, para el sector de la doctrina en mención, porque las justificantes únicamente benefician, y son tales, en tanto se ejecuten cumpliéndose con el aspecto subjetivo anejo al tipo permisivo (y acaece esa situación si, al haberse conocido la autorización para lesionar, se actuó a causa de ella). Únicamente el actuar a causa del consentimiento, que implica conocerlo,

²⁶ Hurtado Pozo, op. cit., p. 393. El consentimiento de la víctima (sometida a servidumbre u otra condición análoga), dice el Proyecto Cornejo-Jiménez (art. 258), no elimina la responsabilidad del agente.

²⁷ Cfr. Derecho penal, Parte especial, Idemsa, Lima, 2004, p. 218. La «integridad» física, para Joaquín Cuello Contreras, es un bien disponible. Op. cit., p. 731.

²⁸ Günther Jakobs, en cambio, admite que el «propietario» de un animal puede autorizar el maltrato del mismo. Cfr. Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 295-296 (Traducción de Joaquín Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo). A la autoridad científica de Zaffaroni pertenece el párrafo siguiente: «hay bienes jurídicos de sujetos no humanos y prepersonales». Cfr. Zaffaroni/Alagia/Slokar, Derecho penal, cit., p. 471.

justifica el hecho²⁹. Parece preferible, con todo, la posición contraria que, dicho sea de paso, la sigue el sector minoritario de la doctrina contemporánea.

Sí bien únicamente es exigible se tome conocimiento de la autorización otorgada por la persona cuyo bien jurídico se lesionará, no importa, de otro lado, que dicha autorización haya sido dada *expressis verbis* o tácitamente. Por expreso, se entiende el asentimiento verbal o escrito dirigido precisamente a indicar que se renuncia a un bien de libre disposición; y por tácito, el que se deduce de los hechos que implícitamente dan a entender, inequívocamente, que se otorgó la aquiescencia. El consentimiento tácito puede ser otorgado a través de ademanes y gesticulaciones. De una actitud silenciosa, puede también inferirse el consentimiento tácito.

5.4. Debe darse en el momento de la acción

El consentimiento dado antes de la acción lesiva, por el hecho de ser enteramente revocable, debe subsistir al momento de la ejecución³⁰; el otorgado con posterioridad, en el mejor de los casos, puede equivaler al perdón³¹ (el desistimiento, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico «art. 78, inc. 3», puede ser expresión del perdón del ofendido. Lejos de justificar el comportamiento, por lo tanto, exime de sanción por extinción de la acción penal o de la pena).

Otorgada la aquiescencia con anterioridad a la intervención no terapéutica (por ejemplo, en las esterilizaciones femeninas o masculinas que se materializan a través de la ligadura de trompas de Falopio o la vasectomía), se entiende extendida, salvo indicación contraria del paciente, al personal paramédico que auxilia al profesional que fue autorizado para realizar la operación; no importando, como apunta Romeo Casabona, que el tratamiento haya culminado exitosa o fallidamente³².

²⁹ De otro criterio son Javier Villa Stein, *Derecho penal, Parte general*, 2da. Edición, Ed. San Marcos, Lima, 2001, p. 369; Peña Cabrera: «No se requiere que el agente tenga conocimiento del consentimiento», *op. cit.*, p. 390; Nino, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, pp. 484-485; Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Manual de Derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 378. En favor del conocimiento del consentimiento, en cambio, Edgardo Donna, *op. cit.*, p. 177; Hurtado Pozo, *op. cit.*, p. 394.

³⁰ Cfr. Edgardo Donna, *op. cit.*, p. 28; Bramont Arias y L. Bramont-Arias Torres, *op. cit.*, p. 54; Angeles Gonzales-Frisancho Aparicio, *op. cit.*, p. 200; Hurtado Pozo, *op. cit.*, p. 394; Villavicencio Terreros, *op. cit.*, pp. 160-161. Sobre la revocabilidad del consentimiento en la doctrina comparada cfr. Esteban Righi, *La revalorización del consentimiento en la relación médico-paciente*, publicado en *Nueva Doctrina Penal de Buenos Aires*, 1997/B, p. 689.

³¹ Enrique Cury Urzúa, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 322; Hurtado Pozo, *op. cit.*, p. 394; Velásquez Velásquez, *op. cit.*, *ibídem*.

³² El médico y el Derecho penal. La actividad curativa, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 357.

5.5. Debe ser espontáneo y no provenir del error

Es inaplicable la eximente si el consentimiento fue obtenido a través de amenazas o vías de hecho³³. No podrá afirmarse, según ello, que procede la impunidad por atipicidad si un sujeto, cuchillo en mano, consiguió de su víctima el «asentimiento» para sostener relaciones sexuales por ésta no queridas, pero toleradas, en fin, para evitar ser lesionada; tampoco aprovecha el acuerdo si el representante del Ministerio Público, como ocurre cotidianamente en la práctica, amenaza al morador con apelar y demandar la intervención de la fuerza policial si no se le permite el ingreso al domicilio ajeno para realizar pesquisas y, el dueño del predio, debido a tales conminaciones, otorga una cuasiautorización.

No habrá propiamente consentimiento, por otra parte, si se autorizó la ablación de un órgano con el objeto de ser transplantado a un familiar cercano del donante, cuando en realidad se tuvo la intención, como ocurrió después, de injertárselo a un sujeto diferente.

6. DE SI DEBE IMPORTAR LA INMORALIDAD DE LOS FINES POR LOS QUE SE OTORGA EL CONSENTIMIENTO

El parágrafo 226 a) del CP alemán otorga virtualidad justificante a las lesiones ocasionadas con el consentimiento del sujeto pasivo, siempre y cuando su ejecución no contraríe las buenas costumbres. Sin más, no podemos interpretar que la exigencia ética del texto de la ley germana pueda adecuarse a la nuestra en el delito de lesiones o cualquier otro tipo penal en que sea posible invocar el consentimiento.

En efecto, no obstante sepamos que el ingreso al domicilio ajeno sea solicitado con la finalidad de procurarse el sostenimiento de relaciones sexuales adulterinas o incestuosas, el consentimiento otorgado no dejará de ser por ello válido. Si una mujer³⁴, de la misma manera, da su aquiescencia para que el médico le practique una cirugía facial con el objeto de conseguir mayor clientela

³³ Bramont Arias y L. Bramont Arias-Torres, op. cit., p. 180; Hurtado Pozo, op. cit., p. 394. Como acto voluntario por eso concibió al instituto Feuerbach en su Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania, Ed. Hammurabi, S.R.L., Buenos Aires, 1989, p. 71. (Traducción de la edición alemana de 1847 por E. R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer).

³⁴ Tomamos el ejemplo de Zaffaroni, Tratado de Derecho penal, Parte general, III, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 524.

en su profesión de prostituta y conoce el cirujano las intenciones y la ocupación de la intervenida, la autorización otorgada, de todos modos, justificará el hecho. No importa, por tanto, para los efectos del instituto, que los fines sean inmorales³⁵⁻³⁶. En resumidas cuentas: tanto en el consentimiento que excluye la tipicidad, como en el que elimina la antijuridicidad de la conducta, carecen de significado los fines por los que se otorga, bastando que el titular de un bien jurídico desee realmente disponer del mismo. Si a toda costa pretende el Estado sancionar el hecho, bajo el poco convincente argumento de que de tal modo cumple con su deber, no importándole luego si de esa manera infravalora y excede «la voluntad de su titular», el «pretexto» en que incurriría se tornaría avasallador e intolerante; dicho más propiamente y siguiendo en este punto a un autor de viso, como lo es Zaffaroni: «La pretendida tutela de un bien jurídico más allá de la voluntad de su titular es un pretexto para penar un pragma no conflictivo»³⁷.

7. CONSENTIMIENTO Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Hay error de prohibición indirecto cuando el agente actúa en la creencia de que su comportamiento se encuentra justificado y realmente no lo está. Cree el agente (médico), por ejemplo, que le fue autorizada la extracción de un riñón de Primus para ser implantado a Secundus, comprobándose después que, verdaderamente, Primus no otorgó su aquiescencia (consentimiento putativo).

El médico, por su experiencia y por tener nociones claras sobre ello, sabe que cuando autoriza el paciente la ablación de una víscera renal, con el fin de ser injertada a un tercero a quien se le salvará la vida, no actúa antijurídicamente al ejecutar la extirpación. Conforme a nuestro ejemplo, sin

³⁵ Las restricciones del art. 6 del CC deben ser interpretadas a la luz de la Constitución Política que consagra como derechos inherentes a la persona los de su «libre desarrollo, bienestar», participación «en la vida política, económica, social, cultural» y «libertad» (art. 2), en un «Estado democrático y social» (art. 43) que persigue el respeto de la dignidad personal (art. 1) (anteponiendo, por supuesto, los intereses del hombre a los del Estado). Habría que establecer primero, entonces, antes de poner en duda la validez del consentimiento de la prostituta sometida a una cirugía estética, si cualquier restricción a su interés contradice o no la Constitución Política del Estado.

³⁶ En otra dirección, por imperio del párrafo 226 a), Mezger: «una lesión corporal causada...con fines sádicos, es punible, a pesar del consentimiento» cfr. Derecho penal, Parte general, Libro de estudio, Din Editora, Buenos Aires, 1989, p. 164 (traducción de la 6ta edición alemana de Conrado A. Finzi); en igual sentido Edgardo Donna, op. cit., ibidem.

³⁷ Zaffaroni/Alagia/Slokar, Manual de Derecho penal, Parte general, cit., p. 377.

embargo, Primus no asintió la ablación; el agente, por tanto, actuó antijurídicamente.

A pesar de la antijuridicidad del comportamiento del médico, si se demuestra que la ablación se debió al error de prohibición invencible en que incurrió (al creer haber sido autorizado para efectuar la extirpación), no cabrá sanción penal, por ausencia de culpabilidad. A diferencia de las situaciones en que el error recae sobre el acuerdo, en el consentimiento como causa de justificación procede legítima defensa contra el médico (si estuviese a punto de practicar la ablación) y, además, le será exigible el pago de reparación civil en favor de Primus.

Resulta claro, así las cosas, que siempre que el error recaiga sobre el consentimiento como causa de justificación, se aplicarán las reglas del error de prohibición; en cambio, si el error se da en el consentimiento (acuerdo) como excluyente de tipicidad, la solución del hecho debe efectuarse según las disposiciones del error de tipo. En los arts. 165, 170, 216, 222, 223, 226, 446 y 447, por ejemplo, se prevé una serie de conductas que para ser típicas deben contradecir la voluntad del sujeto pasivo, pues de lo contrario serían atípicas; todos los errores derivados del consentimiento (acuerdo) como causa de atipicidad, se resuelven conforme a la reglamentación dada al error de tipo (art. 14, 1er párrafo). Así: si el médico cree haber recibido autorización de su paciente para hacer pública una enfermedad y ocasiona perjuicio al hacerlo (art 165), se habrá incurrido en error de tipo; si ese error fuese invencible, quedará excluida la tipicidad.

La doctrina nacional, a pesar de todo, ha seguido un criterio distinto, pues frente al error sobre el consentimiento como causa de justificación, cree preferible la aplicación del error de tipo³⁸.

8. VIRTUALIDAD DEL INSTITUTO FRENTE A LOS DELITOS CULPOSOS

Mientras un sector de la teoría niega la posibilidad de que el

³⁸ Sobre ello cfr. Julio Rodríguez Delgado, en Código Penal Comentado, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 823.

consentimiento pueda darse en los delitos culposos³⁹, otro, más bien, la admite⁴⁰.

El art. 274 de nuestra ley penal sanciona como delito de peligro la conducción de un vehículo motorizado en estado de embriaguez o drogadicción. Puede ocurrir que alguien, a sabiendas del estado de intoxicación del chofer y del peligro anejo a la pretensión de querer conduzca éste en esas circunstancias, decida, a pesar de todo, acompañarlo. Si luego del recorrido de un breve trecho y tras el accidente de tránsito derivado, resulta lesionado el acompañante, ¿podrá reputarse como sujeto pasivo al ulteriormente lesionado? La respuesta, creemos, debe ser negativa⁴¹.

En la hipótesis planteada precedentemente, según se ve, consintió el ulteriormente lesionado en el recorrido peligroso y se representó como posible las lesiones producidas, asumiéndolas, incluso, eventualmente. El consentimiento que otorgó, por lo mismo, debe importar al ordenamiento y no punir, si es el caso, el hecho producido.

No queremos afirmar⁴² que el consentimiento, en el ejemplo con el que hemos trabajado, esté referido a las lesiones producidas sino que, abarcará, únicamente, el riesgo de que se pudieran producir. El asistente del lanzador de cuchillos, en las ferias y festividades, no consiente en las lesiones que se representa como probables, ya que cree incluso no se producirán; lo hace, únicamente, respecto del riesgo de ser lesionado. El asentimiento, entonces, como lo afirma Mir Puig⁴³, no comprende el resultado (lesiones), sino únicamente la conducta descuidada del agente activo.

Algo más en lo que respecta a este punto. Si la anuencia ha sido prestada por el muchacho para que el lanzador de tiro al blanco dispare los dardos contra la pelota sostenida entre manos por aquél, no se justificará el hecho si unilateralmente el tirador comienza a demostrar su habilidad lanzando los proyectiles sobre otra parte cercana al cuerpo (que no sean las manos del

³⁹ Por todos cfr. Quintano Ripollés citado por Cerezo, op. cit., p. 99, nota 108.

⁴⁰ Restringidamente y basando su argumento en la distinción que hace el código en relación a si es o no perseguible de oficio el delito de lesiones al que se refiere, L. Bramont-Arias Torres, Manual de Derecho penal, Parte especial, Ed. San Marcos, Lima, 1994, p. 88; Bramont Arias y L. Bramont Arias-Torres, op. cit., p. 336 (limitando también el consentimiento a las lesiones culposas con resultado leve. Ampliamente, en la p. 180); Hurtado Pozo, Método de resolución de casos penales en Revista Derecho, No 46, Lima, 1992, p. 256; Villavicencio Terreros, op. cit., p. 268.

⁴¹ Por lo menos en parte. El consentimiento, en efecto, no tendrá ninguna significación respecto del delito de peligro común (art. 274) que si se habría cometido, pues aquí el bien tutelado no es personal sino, más bien, colectivo.

⁴² En ese sentido José Hurtado Pozo, Manual de Derecho penal, Parte general, 3ra. Edición, Grijley, Lima, 2005, p. 501 e Ignacio Berdugo, Temas de Derecho penal, Ed. Cusco, S.A., Lima, 1993, p. 235.

⁴³ Ibidem.

asistente), pues ese aumento del riesgo no fue autorizado.

9. CONSENTIMIENTO PRESUNTO

Mezger⁴⁴ ha prestado especial interés al estudio del consentimiento presunto, y como ejemplos que a su parecer lo pintan a cabalidad, cita los siguientes: «el sujeto irrumpe en la casa de su vecino, en ausencia de éste, para reparar la cañería del agua descompuesta, o abre la carta dirigida a su amigo para atender asuntos de éste que no admiten demora; da muerte a un perro de gran valor a quien el tranvía ha seccionado las patas traseras, o, situado en un coto de caza ajeno, remata a un corzo herido para entregárselo al que tiene el derecho de caza en aquel predio; una persona causa lesiones al que está a punto de ahogarse para poder salvarle de una muerte cierta; el médico opera al que ha sido víctima de un accidente y se halla privado de la consciencia, o amplía a otro terreno la operación comenzada sin que el paciente se aperciba por hallarse bajo los efectos del cloroformo; o silencia a una persona que padece del corazón los peligros de una intervención quirúrgica a que va a ser sometida dentro de unas horas».

En virtud al consentimiento presunto no actuará antijurídicamente quien interviene en los derechos de otro, cuando éste se halla inconsciente o ausente y no puede por sí ejercerlos, pero se tiene seguro que prestaría su asentimiento de haber tenido ocasión para hacerlo.

Para un sector de la doctrina esta «variante»⁴⁵ o «subcaso»⁴⁶ del consentimiento como causa de justificación, es considerada innecesaria⁴⁷ desde que los casos que se presentan como tales pueden ser resueltos, de ordinario, por las legislaciones, con las fórmulas del estado de necesidad o ejercicio legítimo de un oficio.

En efecto, si ingresamos al domicilio del vecino para reparar las cañerías, y evitamos de ese modo se le inunde el piso, nos favorecerá la eximente por estado de necesidad (art. 20 inc. 4) al haber impedido un mal mayor a costa de

⁴⁴ Tratado cit., I, pp. 359 y ss.

⁴⁵ Cerezo, op. cit., p. 101.

⁴⁶ Cousiño, op. cit., p. 528.

⁴⁷ Así Cerezo, op. cit., p. 101; Cury, op. cit., p. 323.

otro menor que, en este caso, lo constituiría el hecho de haber roto un pequeño vidrio de la ventana a través de la cual accedimos al interior del predio. En cambio, si para conseguir el ingreso basta con trepar la pared medianera (y por ende no ocasionamos ningún daño material en los vidrios, por ejemplo), nos beneficiará el consentimiento presunto. Habrá estado de necesidad, no obstante, si la inundación amenaza extenderse en los predios vecinos o en el nuestro.

Es exigible, en el consentimiento presunto, se den los requisitos del consentimiento expreso. No comprende esta exigencia, a pesar de todo, la concurrencia de la capacidad en el sujeto pasivo (se presume la conformidad del recién nacido, en algunos casos, para ser circuncidado).

Operará el consentimiento presunto si el progenitor se rehúsa autorizar, por razones religiosas o por temor a una infección, se practique una transfusión de sangre en su menor hijo. La necesidad de impedir un daño en la salud o la vida del menor, justificaría que contra la negativa del padre, se eche mano al consentimiento que presuntamente hubiese dado el hijo incapacitado; es más, podrá ser enteramente aplicada la eximente si el interesado en otorgar el consentimiento manifiesta expresamente su negativa en darlo por haber mal entendido la situación en que se encontraba, siempre y cuando, después, se demuestre que de haber comprendido cabalmente dicha coyuntura, hubiese obrado de manera distinta. El profesor Joaquín Cuello Contreras, con todo, estima que si inicialmente negó el paciente el consentimiento, debe primar el respeto a dicha decisión⁴⁸.

10. DE LA DISTINCIÓN ENTRE ACUERDO Y CONSENTIMIENTO

Aunque no todos los juristas admiten y defienden una teoría diferenciadora –conforme a la cual el acuerdo elimina la tipicidad y el consentimiento la antijuridicidad-, va en aumento el criterio que estima que la eximente del art. 20, inc. 10, es siempre una causa de atipicidad; sea como fuere,

⁴⁸ Op. cit. p. 742.

básicamente suelen discernir los estudiosos con base en lo siguiente: a) la mera «voluntad interna» es suficiente en el acuerdo o aquiescencia; no lo es, en cambio, en el consentimiento como causa de justificación ya que aquí se exige que el consintiente preste su autorización de manera verbal o, en el peor de los casos, a través de acciones claramente expresivas de dicha voluntad; b) al acuerdo le es aneja la exigencia de una capacidad «natural» en el sujeto que evacua su conformidad en tanto que en el consentimiento, por el contrario, se demanda un mínimo de capacidad de comprensión (según lo dicho, es válida la autorización que otorga un oligofrénico para que el agente ingrese al domicilio de sus padres; no lo será, en cambio, si dicho permiso es otorgado para que el médico practique una intervención quirúrgica de carácter estético en el predicho retardado); c) la presencia de elementos subjetivos (conocimiento del acuerdo), no es exigible en el consentimiento como causa de atipicidad; lo será, en el que elimina la antijuridicidad; d) el error sobre el acuerdo, por último, será resuelto conforme a las reglas del error de tipo en tanto que al que recae sobre el consentimiento se le aplicarán las disposiciones relativas al error de prohibición.

¿ES LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

Por: Edgar Corzo Sosa*

I. Punto de partida

No han sido pocas las veces que después de la emisión de una sentencia, especialmente polémica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (como la destitución de un servidor público por desacato a una suspensión o la admisión de una controversia en contra del Presupuesto) se alcen voces sugiriendo la creación de un Tribunal Constitucional; es más, parece que las voces se multiplican conforme nos acercamos a las próximas elecciones de julio de 2006. En contrapartida, hemos recibido una andanada de publicidad oficial diciéndonos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un tribunal Constitucional.

El cruce de esta información produce confusión en la ciudadanía, que alcanza a avizorar y en ocasiones preguntarse porque no tenemos, además de la Suprema Corte de Justicia, un Tribunal Constitucional

La cuestión no es baladí, ya que en los tiempos actuales no sólo se trata de dilucidar quién es el intérprete supremo de la Constitución, sino quien fungirá como arbitro nacional en el esquema agitado de la gobernabilidad en el que nos encontramos, producto de un naciente pluralismo político y una búsqueda perenne por consolidar nuestra vida democrática.

En nuestro análisis, quizá indebidamente por parte de una noción preconcebida, pero oportuna en cuanto que cargar más las tintas ayuda a una

* Doctor en Derecho. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Secretario del Grupo de estudios sobre justicia Constitucional en el mismo instituto.

mejor comprensión, partimos de la idea que la actual Suprema Corte de Justicia de la Nación es el Tribunal Constitucional mexicano y, como consecuencia, no hace falta crearlo sino fortalecerlo.

Dos han sido, en esencia, las reformas constitucionales que han cambiado la naturaleza jurídica de nuestra Suprema Corte de Justicia en la de Tribunal Constitucional.

En 1987, a nivel constitucional, se buscó dejar en manos de la Suprema Corte el conocimiento de la constitucionalidad, para lo cual se trasladaron los asuntos de legalidad a los Tribunales Colegiados, con la posibilidad de atraerlos mediante una facultad de atracción cuando sus características especiales así lo ameriten y se reservó a aquel alto órgano los conflictos constitucionales en segunda instancia, dándosele, como se señaló en la exposición de motivos, "la interpretación definitiva de la Constitución" (Fix-Zambudio, p. 643 y ss).

En 1994 siguiendo la tendencia marcada en 1987, se ampliaron las controversias constitucionales y se introdujo la acción de inconstitucionalidad, otorgándose la posibilidad de invalidar la norma impugnada cuando ocho de nueve ministros así lo decidieran¹. Posteriormente, en 1999, se facultó a la Suprema Corte para expedir acuerdos generales a fin de distribuir entre las Salas y el Pleno los asuntos de que conoce y remitir a los Tribunales Colegiados, en su caso, otros que la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia (artículo 94, séptimo párrafo).

Con estas últimas reformas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación trazó el rumbo a seguir. Conocer de la constitucionalidad mediante diversos procesos, pero al mismo tiempo mantener ciertas facultades en materia de legalidad, respecto de las cuales una vez que establece jurisprudencia o así lo considera oportuno, envía los asuntos a los Tribunales Colegiados. Es una doble función que ha motivado, en buena parte la confusión de que ahora nos ocupamos.

Lo anterior da sustento para sostener que la Suprema Corte de Justicia es un Tribunal Constitucional. En 1987 pudo haber sido discutible que la Suprema Corte de Justicia fuera un Tribunal Constitucional (aunque no para

¹ En la exposición de motivos expresamente se determinó con intención de "consolidar a la Suprema Corte como tribunal de constitucionalidad", y que se constituía "nuestra Suprema Corte en un autentico tribunal constitucional".

nosotros, que seguimos a Héctor Fix-Zamudio en cuanto que era clara la noción material de Tribunal Constitucional, p. 643). Pero lo que parece preocupante es que después de la reforma constitucional de 1994, se mantenga, por algunos doctrinarios, que la Suprema Corte no sea un Tribunal Constitucional.

Conviene, en consecuencia, entrar a analizar dos de las posiciones que niegan la naturaleza jurídica de la Suprema Corte como Tribunal Constitucional.

2. Posición encontrada

Dos han sido los cuestionamientos esenciales que a lo largo de estos años -diez años- se han expresado negando el carácter de Corte Constitucional a la Suprema Corte de Justicia, afirmándose, veladamente, la creación de una Corte Constitucional. Uno de ellos es de naturaleza funcional y otro, en cambio, tiene que ver con el nombramiento de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

a) Funciones

Este argumento, el más socorrido, consiste en que funcionalmente la Suprema Corte de Justicia sigue siendo un Tribunal de Casación, pues todavía conoce de asuntos diversos a los constitucionales, entre ellos los de legalidad, y eso obstaculiza que pueda ser reconocida como un verdadero Tribunal Constitucional.

Al igual que la segunda posición, como enseguida veremos, este punto de vista parte de una suposición difícil: el conocimiento de lo que es un Tribunal Constitucional e, incluso, el manejo de las facultades con que dichos tribunales cuentan.

A este respecto, y con la intención de dar una respuesta a este cuestionamiento, resulta interesante dar un repaso, aunque sea somero, de las facultades de los Tribunales Constitucionales.

En Europa, cuna del control concentrado de constitucionalidad, por ejemplo, el núcleo duro de los procesos constitucionales de que conocen

¿Es la Suprema Corte de Justicia de México un Tribunal Constitucional?

estos tribunales son los siguientes:

- Recurso de amparo, incluido en contra de sentencias judiciales (específicamente en Alemania y España, salvo el caso de Austria que no procede).

- Control de normas legales, tanto concreto (mediante la consulta judicial) como abstracto (mediante el recurso de inconstitucionalidad), incluso el control previo de leyes y tratados internacionales, y la omisión legislativa.

- Conflictos de competencia entre niveles de gobierno y de atribuciones entre órganos de poder.

Pero también los tribunales constitucionales europeos conocen de los siguientes aspectos:

- Acusaciones en contra del Presidente de la República, muerte o pérdida de su cargo.

- Control de constitucionalidad y legalidad de los Partidos Políticos, así como de diversos actos de procedimientos electorales o de elecciones de Presidente de la República o de diputados y senadores.

- Constitucionalidad de referendums y consultas directas.

En América Latina, que ha seguido en términos generales la creación de Tribunales Constitucionales bajo el esquema europeo, pero que también ha creado salas constitucionales en las Cortes Supremas como una atribución a la justicia constitucional, los tribunales en cuestión conocen los siguientes procesos:

- Control de normas generales, tanto concreto como abstracto, incluyéndose un control preventivo de leyes, reformas constitucionales y de tratados internacionales.

- Conflictos de competencia y de atribuciones.

- Amparo, incluido en contra de sentencias judiciales.

- Hábeas corpus.
- Hábeas data.

Pero estos tribunales conocen, además, de:

- Nulidad de actos de autoridades usurpadoras.
- Actos de organizaciones o partidos políticos que atenten contra principios democráticos.
- Acción popular en contra de personas responsables de declaración de inconstitucionalidad de una organización política.
- Inhabilidades e incompatibilidades de Ministros de Estado o parlamentarios.
- Impedimento físico o mental para el ejercicio de su mandato del Presidente de la República.
- Apelación de resoluciones dictadas por Consejos Provinciales sobre régimen seccional autónomo.
- Recursos abstractos de interpretación constitucional.
- Pérdida de los derechos de ciudadanía.
- Opinión sobre proyectos de reformas de leyes.
- Control de oficio sobre el derecho de existencia.

En lo que a México corresponde, el núcleo esencial de los procesos constitucionales de que conoce la Suprema Corte coincide, en términos generales, con los de los Tribunales o Salas constitucionales, pues en nuestro sistema jurídico contamos con:

- Control de normas legales, mediante el control abstracto (acción de inconstitucionalidad) o bien el concreto (amparo), incluidos los tratados internacionales. Nos falta, si hacemos una comparación, un control concreto basado en una consulta judicial, pero además, y este tiene una especial relevancia, un control previo, tanto de tratados

¿Es la Suprema Corte de Justicia de México un Tribunal Constitucional?

internacionales como de reforma constitucional.

- Conflictos de competencia y de atribuciones, a través de las controversias constitucionales.
- Amparo, pues todavía puede conocer de ellos mediante la facultad de atracción o mediante la impugnación de la constitucionalidad de una ley o la interpretación directa de un precepto constitucional.

Nuestra Suprema Corte de Justicia ciertamente tiene el conocimiento de otros aspectos, pero ello no impide que pueda considerarse un Tribunal Constitucional:

- Facultad de investigación.
- Aplicación de la fracción XVI del artículo 107 constitucional (destitución).
- Contradicciones de tesis entre Tribunales Colegiados.
- Incidente de Inejecución de sentencias.
- Inconformidades.

En resumidas cuentas, el problema no es el número de facultades que tenga un Tribunal Constitucional para determinar su naturaleza constitucional, pues en ese caso ningún tribunal podría ser caracterizado de constitucional. Lo que constituye la cuestión medular es que el Tribunal de que se trate interprete de manera suprema la y que, además, conozca de procesos que le permitan controlar la constitucionalidad de las leyes, dirimir conflictos competenciales y determinar la evolución en la protección de los derechos humanos.

En ocasiones, para abundar en el cuestionamiento de que la Suprema Corte de Justicia no es un Tribunal Constitucional, se hace especial énfasis en su encuadramiento dentro de nuestro sistema constitucional. Así, llega a sostenerse que un Tribunal Constitucional debe existir separado del Poder Judicial. Este argumento también es frecuentemente utilizado para significar que debe crearse, ajeno a la Suprema Corte de

Justicia que está dentro del Poder Judicial, una Corte Constitucional autónoma, neutra y completamente libre, al estilo de la Corte Constitucional de Hans Kelsen de 1920.

Tampoco compartimos esta preocupación. Si realizamos una reflexión sobre el surgimiento de los Tribunales Constitucionales en Europa, ciertamente su ubicación fue en términos generales fuera del Poder Judicial (salvo el caso de Alemania, en que pertenece al Poder Judicial), pero ello se debió entre otros aspectos, a que nacieron por la desconfianza que se tenía a la justicia ordinaria, a los jueces pertenecientes a un "ancien regime". considerándoseles imposibilitados para entender el nuevo texto constitucional. Los nuevos jueces constitucionales iniciaron su actividad con una nota distintiva de pedagogía, enseñándoles a los jueces ordinarios cómo debía interpretarse la nueva Constitución.

En América Latina, en una primera etapa, se emuló la creación de Tribunales Constitucionales ajenos al poder judicial (salvo el caso de Bolivia que pertenece al Poder Judicial), aun cuando la noción de desconfianza y la nota de pedagogía no fueron las características principales. Por el contrario, se pensó que con la creación de estos tribunales se contribuiría a la consolidación constitucional y democrática (el problema más bien es del Estado de Derecho), aunque desafortunadamente hemos visto que ello no ha sido precisamente así (Norberto Lösing, pp. 43-45).

En nuestro continente también se ha contribuido al control constitucional, evitando hasta donde es posible las tensiones naturales que se producen entre Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales creándose para ello salas constitucionales dentro de la Corte Suprema de Justicia, tendencia que puede ser considerada como la más reciente.

Así, por ejemplo, resulta paradigmático que al crearse la primera de las salas constitucionales en América Latina, la de El Salvador, se conservó la tradición de la ya existente sala de amparos pero al dársele competencia respecto de otros procesos se amplió convirtiéndose en una Sala Constitucional. Se dijo expresamente que este sistema, seguido posteriormente por Costa Rica, era intermedio entre la creación de u

Tribunal especial no dependiente del Poder Judicial y la atribución a la Corte Suprema en Pleno de todos los procesos constitucionales (José Albino Tinetti, p. 174). Con esta decisión se evitó un conflicto de competencias con la Corte Suprema y una división del poder judicial (Lösing. p. 92).

No obstante lo anterior, las tensiones, como se pensó, no se acabaron. Se hicieron a un lado, eso sí, las orgánicas judiciales, pero han prevalecido otras, quizá de mayor envergadura. El amparo contra sentencias judiciales sigue siendo un problema de cuidado. A ninguna Corte judicial le ha venido bien que un Tribunal Constitucional ajeno al Poder Judicial le enmiende la plana, como tampoco le cae bien que una Sala Constitucional, que conoce del amparo y esta dentro de la Corte Suprema, le revoque una sentencia, así sea otra sala de la misma Corte o de un Tribunal perteneciente al mismo Poder Judicial.

Pero también el frente que ha abierto el control constitucional de las normas legales no es menos importante. Al invalidar una ley o bien al interpretarla de manera conforme o manipularla se provocan tensiones con el legislador (Eliseo Aja). En este mismo sentido, tampoco es del agrado del Órgano Ejecutivo recibir una sentencia en materia competencial anulándole una facultad que presuponía tenía así como los actos emitidos a su amparo, la respuesta a estas tensiones se advierte en el tema que nos ocupa en esta ocasión.

Con lo anterior queremos significar que las tensiones no se acaban de maneta espontánea mediante el encuadramiento fuera del Poder Judicial de un tribunal Constitucional, aunque de ubicarse dentro de este Poder se evita un frente más. Por esta razón, no compartimos la noción que de Tribunal Constitucional nos legó Louis Favoreu, jurista francés recién fallecido el año pasado, para quien "un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos" (Favoreu. P.15).

La tradición mexicana ha resultado excepcional frente a lo acontecido en Europa y en América Latina (quizá pueden considerarse como

evoluciones similares las Cortes de Argentina, Panamá y Uruguay). En nuestro caso, hemos realizado una mutación de nuestra Suprema Corte de Justicia en una Suprema Corte Constitucional, pero dejándole todavía algunas funciones de casación. Por mi parte, el conservar estas funciones extras no desmerece su naturaleza, sin embargo, en aras de contar con una especialización más clara y, sobre todo, para evitar dar un vuelco a nuestra tradición, sería conveniente separar estas funciones, para lo cual pueden avizorarse algunas propuestas. Existe la sostenida por Héctor Fix-Zamudio, consistente en la creación de un Tribunal Federal de Casación que asuma las funciones extras que tiene la Suprema Corte de Justicia. Aunque también existe otra posición, que es propuesta por quien esto escribe, de crear dentro de la Suprema Corte de Justicia una sala de legalidad, que asuma las funciones a que hemos hecho referencia. Por nuestra parte consideramos como argumentos que pueden esgrimirse a favor de esta posición los siguientes:

- Se mantiene el esquema actual, toda vez que la Suprema Corte seguirá funcionando, como hasta ahora y por una de sus salas, como máximo tribunal de casación.
- Se evita tener que hacer una microcirugía a fin de escindir lo que es legalidad de lo que es constitucionalidad, toda vez que tratándose del mismo órgano jurisdiccional, hay un derecho viviente que toma en cuenta los dos aspectos mencionados.
- Existiría una ágil distribución de asuntos. El Pleno conocería de constitucionalidad y una de las Salas de legalidad. Las otras restantes dos salas ayudarían con mayor concentración al desahogo de los asuntos constitucionales, resolviendo incluso los que fueran desechamientos o sobreseimientos sin pasarlos al Pleno.
- La Suprema Corte de Justicia continuará atrayendo casos de especial importancia y trascendencia.
- Con 5 nuevos nombramientos para integrar la Sala, se estaría dando respuesta a una renovación actual de la Suprema Corte de Justicia, la que no se causaría ninguna disfunción al mantenerse la restante integración, cuya renovación es escalonada.

b) Nombramiento

El segundo de los cuestionamientos consiste en que dentro de un esquema de transición y consolidación democrática, el nombramiento de los integrantes de la Suprema Corte no obedece al de un Poder Federal, toda vez que diversos factores, como el desarrollo del juicio de amparo, la complejidad de las tareas de la Corte como cabeza del Poder Judicial Federal y la consolidación del presidencialismo, hicieron que la Corte dependiera más de su imparcialidad como tribunal que de su función en cuanto Poder del Estado.

El actual mecanismo de designación de los Ministros corresponde a este esquema (Muñoz Ledo, p. 200-202).

Esta posición tiene razonamientos que resultan atendibles, sobre todo si pensamos en las transformaciones de nuestro sistema de gobierno. Sin embargo, así como este sistema debe tomarse en cuenta para hablar del sistema electoral o de partidos que se pretende tener, también debe tomarse muy en cuenta el sistema de gobierno para entender los nombramientos de los integrantes de un Alto Tribunal, sea Suprema Corte o Tribunal Constitucional.

Si echamos una ojeada al sistema de nombramientos que se aplican en la integración de los Tribunales Constitucionales podemos advertir lo siguiente.

En lo que a Europa corresponde, existe una intervención predominante del órgano legislativo, ya sea proponiendo, aprobando una propuesta o designando directamente a los integrantes. En todos los casos, se exige una mayoría calificada para obtener la aprobación legislativa. El Poder Ejecutivo también interviene, pero lo hace proponiendo o bien nombrando directamente, como en ocasiones también contribuye el Poder Judicial.

De cualquier manera, debe señalarse que la designación directa de los integrantes del Tribunal Constitucional, tanto por el órgano ejecutivo como por el órgano legislativo o Poder Judicial, es la posición mayoritaria.

Por lo que hace a América del Sur, de una revisión somera puede

indicarse que la posición predominante la mantiene el órgano legislativo, pues a él le corresponde el nombramiento. La propuesta de los candidatos tiene orígenes diversos, ya sea por los órganos tradicionales del Poder (Presidente de la República, Corte Suprema u órgano legislativo), además también intervienen proponiendo los colegios de abogados, facultades de derecho, alcaldes, cámaras de comercio y centrales obreras. La designación directa por los órganos de Poder es excepcional (Humberto Noguera Alcalá, pp. 139-145). Por último, en América Central se mantiene en términos generales el esquema de América del Sur, sólo que en el caso de las propuestas también pueden realizarlas Universidades.

Como consecuencia de lo anterior, puede decirse que en el nombramiento de los integrantes de los Tribunales Constitucionales intervienen distintos órganos del Poder, con predominio del órgano legislativo para aprobar las propuestas que hagan los diferentes sujetos, pero que en ocasiones los diversos órganos del Poder designan directamente a dichos integrantes.

No consideramos que exista una regla para decir cuál debe ser el esquema de nombramiento a seguir, pero si es importante considerar que los restantes órganos del Poder intervienen para integrar los Tribunales Constitucionales, aun cuando siempre debe tenerse muy presente el sistema de gobierno presente en el país de que se trate.

Lo que también debiera considerarse en este análisis es que el esquema de nombramiento en México fue modificado con la reforma de 1994 y que ahora no es suficiente la propuesta del Presidente de la República, ya que hay una comparecencia ante la Cámara de Senadores, y de que la mayoría calificada que debe alcanzarse de dos terceras partes busca efectivamente el consenso, el cual de no alcanzarse debe dar lugar a otra propuesta, como ya aconteció recientemente.

Por tanto, dejar la propuesta y el posterior nombramiento en manos del órgano legislativo, así sea el correspondiente a las diferentes entidades federativas, si bien tuvo aplicación al inicio de la vigencia de nuestra actual Constitución de 1917, no parece ser el sistema más congruente con nuestro sistema presidencial de gobierno. Quizá debiéramos

reflexionar en el sentido de utilizar las vías institucionales o los canales ya creados pero completándolos con propuestas de ciertos sectores organizados que hagan más racional la propuesta presidencial. En todo caso, lo que no produce dudas es la intervención de la Cámara de Senadores nombrando, previa comparecencia, a uno de los candidatos propuestos.

3. Conclusión

Visto lo anterior, nos resta cuestionarnos porqué a diez años de las reformas constitucionales de la Suprema Corte de Justicia todavía nos seguimos preguntándonos si es necesario crear una Corte Constitucional.

Quizá la respuesta a esta persistencia la encontremos en la aparente conveniencia de tener una espada de Damócles sobre uno de los órganos del Poder, precisamente sobre el que ha actuado durante estos años como arbitro nacional y ha contribuido mayormente a evitar situaciones de ingobernabilidad.

También es posible que encontremos una respuesta si consideramos que las resoluciones de un órgano jurisdiccional siempre llevan un 50% de éxito pero también un 50% de fracaso, y por ello siempre habrá regocijo de una parte pero afectación de intereses de otra. Así como hay una Controversia sobre Presupuesto también la hay sobre Energía Eléctrica, o así como hay anatocismo hay imprescriptibilidad del genocidio o así como hay inconstitucionalidad del arraigo también hay posibilidad de extradición en casos de pena de muerte o prisión perpetua.

Por tanto, el camino a recorrer al hablar de reforma del Estado en tratándose del Poder Judicial de la Federación, estriba más en el análisis del sistema político que tenemos, en el funcionamiento correcto de los órganos constitucionales, y en una mayor presencia de control político, pues al parecer cuando éste falla se activa inmediatamente el control jurisdiccional con los riesgos que ello implica.

Nuestra preocupación debe ir, por el momento y sin que ello signifique perfección del sistema, con el análisis de las sentencias, y su correspondiente sujeción al texto constitucional y esto no se acaba con la creación de un Tribunal Constitucional, como tampoco se acaba con una integración mayoritariamente

constitucionalista.

Bibliografía:

Aja, Elíseo, Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual, Barcelona. Ariel, 1998.

Favoreu, Louis, Los Tribunales Constitucionales, Barcelona, Ariel, 1994.

Fix-Zamudio, Héctor, Ensayos sobre el derecho de amparo, 2a dd., México, Porrúa, 1999.

Losing, Norberto, La jurisdicción constitucional en América Latina, Madrid, Dykinson, 2002.

Muñoz Ledo, Porfirio (coord.). Comisión de Estudios para la Reforma del Estado. Conclusiones y propuestas, México, UNAM, 2004.

Nogueria Alcalá, Humberto, La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del Siglo XXI, México, Porrúa, 2004.

Tinetti, José Albino, "La justicia constitucional en El Salvador", Anuario de Justicia Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

CONTROL Y MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ*

Por: José F. Palomino Manchego**

1. Justificación del Tema

Uno de los temas que más incidencia tiene en las actuales circunstancias es el relativo al control constitucional. Habiendo transcurrido cuatro lustros de la implantación del modelo dual o paralelo, resulta pertinente hacer un balance global de la función tuitiva y operatividad que han tenido el Tribunal Constitucional (“intérprete supremo”) y el Poder Judicial (juez ordinario), sobre la base de las relaciones entre ambos órganos como también ha sucedido con el Poder Legislativo a las que se han calificado de “tensiones”, “conflictos”, “fricciones”, “invasiones”¹, o “guerra de las cortes”², metáfora esta última que se utilizó para referirse a las relaciones conflictuales que se suscitaron en los años

* Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, desarrollado durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Agradezco las atinadas observaciones y sugerencias de Domingo García Belaunde, Luis Sáenz Dávalos y Edgar Carpio Marcos, quienes se han tomado la paciencia de leer con minuciosidad el presente trabajo, y proporcionarme valiosísima información bibliográfica. Publicado en Domingo García Belaunde (Coordinador): *Constitucionalismo y Derechos Humanos*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2002, págs. 151-169.

** Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos y de Lima, y de la Academia de la Magistratura. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).

¹ Para nuestros efectos, vid. los trabajos que se incluyen en Eliseo Aja (Editor): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1998. También, Jesús María Santos Vijande: «Doctrinas» y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los tribunales ordinarios, Editorial Comares, Granada, 1995. Antecede Prólogo de Andrés de la Oliva Santos. De igual forma se pueden consultar las ponencias aparecidas en Ramón Punset Blanco y Jesús Santos Vijande: *Jurisdicción Ordinaria y Tribunal Constitucional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1996; y en el colectivo a cargo de Gerardo Ruiz-Rico Ruiz: *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997. Vid., en el mismo sentido, el reciente trabajo de Marina Gascón Abellán: “Los límites de la justicia constitucional”, en *Temas Procesales*, N° 25, Bogotá, 2001, págs. 53-64.

² Vid., por ejemplo, Rosario Serra Cristóbal: *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999. Antecede Prólogo de Luis López Guerra.

sesenta y setenta del siglo XX entre la Corte Costituzionale y la Corte di Cassazione italianas.

En tal sentido, la presente ponencia, ajustándose las cuentas al cabo de veinte años, se enmarca en el desarrollo de una sucinta exposición de los modelos de control constitucional que se aplican en el Perú, y la problemática que ha acarreado en el marco de ese proceso expansivo y al parecer indetenible. Lo cual constituye un reto, tanto para el juez ordinario, como para el “juez de la Constitución”. A mayor abundamiento, la expansión de la jurisdicción constitucional³ ha repercutido notablemente en las democracias de Europa y de América Latina.

2. El Modelo de Magistratura Constitucional en el Perú

Apuntado lo anterior, hemos de significar que el modelo de jurisdicción constitucional actualmente vigente en el Perú, es el que un grueso sector de la doctrina nacional, siguiendo las ideas de García Belaunde⁴, se ha inclinado por calificar de dual o paralelo. Con ello, se ha querido expresar que la facultad de impartir la justicia constitucional en nuestro país, no la ejercen exclusivamente los jueces del Poder Judicial, en el esquema del denominado sistema americano de control judicial de constitucionalidad de las leyes (judicial review). Tampoco recae únicamente en el Tribunal Constitucional, al estilo del control concentrado de raíz kelseniana, ni, en fin, tal tarea se ha encargado a un órgano que represente una solución de mixtura orgánica (un tertium genus), producto de la conjunción de los dos modelos, originarios, de control jurisdiccional de las leyes.

Contemplado así, la jurisdicción constitucional ha sido confiada, simultáneamente, tanto al Poder Judicial como al Tribunal Constitucional,

³ Sobre el tema, es de obligada consulta Domingo García Belaunde-Francisco Fernández Segado (Coordinadores): La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1998 y Lucio Pegoraro: Lineamenti di giustizia costituzionale comparata, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998.

⁴ Domingo García Belaunde ha dado cuenta de estos vocablos desde el año 1987, y continúa replanteando el tema. Entre varios, vid., sus libros: De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional, 2ª edición revisada, corregida y aumentada, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2000, edición al cuidado y notas introductorias de José F. Palomino Manchego y Derecho Procesal Constitucional, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2001.

ambos de estructura orgánica distinta y con competencias, algunas veces originarias y exclusivas (verbi gratia, el proceso de inconstitucionalidad o el Conflicto entre órganos constitucionales, residenciados en exclusiva, en sede del Tribunal Constitucional, o la Acción Popular, proceso constitucional residenciado en sede exclusiva del Poder Judicial), y en otras compartidas (como sucede con los procesos de Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data y de Cumplimiento, donde la posibilidad que un proceso sea conocido por el Tribunal Constitucional, exige previamente su tránsito por sede judicial, y siempre que allí se haya obtenido sentencia desestimatoria para el quejoso o accionante).

Importa decir, sin embargo, que tal dualidad de magistratura constitucional⁵ no representa la coexistencia simultánea de los modelos puros u originarios de control constitucional de las leyes, el americano y el kelseniano⁶. Ello, debido a que la recepción constitucional y las leyes que desarrollan ambos modelos, han añadido matices, que si bien no inciden en sus aspectos orgánicos, sí gravitan en sus aspectos funcional y competencial, que bien podría llevarnos a hablar de la configuración, en puro rigor, de un sistema dual de modelos funcionalmente mixtos de constitucionalidad⁷.

3. Tribunal Constitucional Kelseniano y Tribunal Constitucional Peruano

En el Perú no se ha introducido un sistema de concurrencia o dualidad de modelos originarios de magistratura constitucional. Ello es patente de los propios términos en los que se ha configurado nuestro Tribunal Constitucional, por tantas cosas distinto al Tribunal Constitucional moldeado por el ilustre Hans

⁵ Cfr. Néstor Pedro Sagüés: "Un tema polémico: La magistratura constitucional especializada", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 29 de mayo de 1985.

⁶ Desde una perspectiva diferente, últimamente, cfr. Ernesto Blume Fortini: "El Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución", en *Derecho*, N° 50, Lima, 1996, pág. 167.

⁷ Vid., salvo la divergencia de los modelos puros y los que actualmente funcionan, Alessandro Pizzorusso: "I sistemi di giustizia costituzionale: Dai modelli alla prassi", en *Quaderni Costituzionali*, N° 3, Bologna, 1982, págs. 521-533.

Kelsen (1891-1973)⁸, que ha servido de modelo o paradigma para caracterizar en el mercado comparado al modelo concentrado o europeo⁹. Como es sabido, el esquema de Tribunal Constitucional ideado por Kelsen, que fue plasmado originalmente en la Constitución austriaca del 1º de octubre de 1920¹⁰, es un modelo de jurisdicción concentrada, constituido en único Tribunal, y que por tanto aparece separado del resto de tribunales de la justicia ordinaria. A éste se confía la dilucidación de las controversias estrictamente jurídico-constitucionales, con absoluta abstracción de los conflictos e intereses que subyacen, tanto en lo referente a las normas enjuiciadas como a los concretos casos de aplicación de los mismos¹¹.

Sintetizado lo hasta aquí trazado, resulta que en el esquema kelseniano corresponde al Tribunal Constitucional guardar la compatibilidad de la ley con la Constitución, de tal forma que cada vez que el Tribunal advierta que una norma jurídica no guarda fidelidad a la Carta Magna, ésta se verá con la expulsión del ordenamiento jurídico, proyectando sus efectos pro praeterito, aún cuando no siempre, y pro futuro¹². Porque en este enjuiciamiento de la ley, de comprobarse la inconstitucionalidad de la norma objeto del control, el resultado del juicio habrá de llevar al Tribunal a expulsarla del ordenamiento, lo que llevó a Kelsen calificar su labor como propia de un legislador negativo¹³. Ciertamente, tras esa configuración del Tribunal Constitucional, subyacen una serie de valoraciones históricas, ideológicas y políticas de la experiencia constitucional europea, en las que aquí no podemos detenemos¹⁴. Lo que sí importa destacar es que dicho

⁸ Cfr., por todos, Michel Troper: "Kelsen y el control de constitucionalidad" en *Derechos y Libertades*, Año II, N° 4, Madrid, 1995, págs. 307-331; Constanza Margiotta Broglio: "La Corte Costituzionale e il modello kelseniano", en *Quaderni Costituzionali*, N° 2, Bologna, 2000, págs. 333-369; y Giorgio Bongiovanni: *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998. Al final, se incluye bibliografía especializada.

⁹ Cfr. Hans Kelsen: "La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)", en *Ius et Veritas*, Año V, N° 9, Lima, 1994, págs. 17 y sgtes.

¹⁰ Para mayores detalles, vid. Pedro Cruz Villalón: *La formación del sistema europeo del control de constitucionalidad. (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 246-261. Antecede Prólogo de Ignacio María de Lojendio Irure.

¹¹ Cfr. Marina Gascón Abellán: "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N 41, Madrid, 1994, pág. 63.

¹² AA.VV: *Effetti temporali delle sentenze delle Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè editore, Milano, 1989.

¹³ Cfr. Hans Kelsen: "La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)", citado, págs. 27-28.

¹⁴ Cfr. Mauro Cappelletti: "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho Comparado", en *La Justicia Constitucional. (Estudios comparativos)*, traducción del italiano de Luis Dorantes Tamayo, UNAM, México, D.F., 1988, págs. 81-86. Antecede Prólogo de Héctor Fix-Zamudio.

modelo de Tribunal, orgánica y competencialmente, es tributario de una específica concepción en torno a la idea de Constitución que Kelsen maneja¹⁵. Esta concepción, no es otra que la de entenderla como una norma organizativa y procedimental, cuyo objeto va a consistir en fijar la competencia de los órganos del Estado, así como regular la producción de las normas generales¹⁶. La Constitución, en el pensamiento kelseniano, no es una norma que asegure los valores fundamentales de la convivencia social y que vincula a todos sin excepción¹⁷, sino esencialmente la que estructura los órganos del Estado, señala los procedimientos de creación de las demás normas del ordenamiento estatal, y en esa medida, directamente vinculante, con carácter exclusivo, sólo al legislador ordinario¹⁸.

Así, el Tribunal Constitucional, como pieza que busca garantizar la coherencia del sistema de fuentes formales del Derecho, se convierte en un órgano al que no cabe sino asumir, en exclusiva, la defensa del orden constitucional, orden que únicamente puede verse afectado por la principal expresión del órgano que representa la voluntad general, la ley. Expresado en esos términos, la custodia de la Constitución no es otra cosa que la custodia de las relaciones de fidelidad del legislador a la Constitución en la creación de las normas generales, esto es, la custodia de que no se altere o socave los grados normativos del ordenamiento jurídico, necesariamente escalonado y presidido por ella.

Tal concepción de Constitución kelseniana y el papel que le corresponde realizar al Tribunal Constitucional supondrá, como premisa central del modelo, la separación radical de dos órdenes jurisdiccionales:

El primero, la jurisdicción de la constitucionalidad, al cuidado del Tribunal Constitucional, y

El segundo, el Poder Judicial, al que se someterá la ley, y en esa

¹⁵ Sobre el tema, vid. Beniamino Caravita: Corte "Giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi. La Corte Costituzionale Austriaca, Cedam, Padova, 1985, en especial, págs. 57-67.

¹⁶ Para un análisis detallado, vid. Hans Kelsen: Teoría General del Estado, reimpresión, traducción del alemán de Luis Legaz y Lacambra, Editora Nacional, México, D.F., 1970, págs. 325-327.

¹⁷ Cfr., el libro clásico de Eduardo García de Enterría: La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, reimpresión, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994; y Francisco Rubio Llorente: "La Constitución como fuente del Derecho", en su libro La forma del poder. (Estudios sobre la Constitución), 2ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 43 y sgtes.

¹⁸ Una exposición detallada en Gustavo Zagrebelsky: La giustizia costituzionale, Il Mulino, Bologna, 1988, págs. 28-33.

medida se preverá la imposibilidad de enjuiciarla constitucionalmente, como jurisdicción de la legalidad.

No es nuestra intención detenernos a indagar las repercusiones que de tal configuración entre las jurisdicciones de la constitucionalidad y el igualdad pudieran presentarse. A los fines que perseguimos, sólo nos interesa ser de relieve, por un lado, que la configuración actual de los Tribunales constitucionales, inclusive en la propia Austria¹⁹, ya no responde a aquel tema que la inspiró²⁰. Ello ciertamente no es sólo consecuencia del papel que los Tribunales Constitucionales vienen asumiendo en el control de constitucionalidad de las leyes, sino de la propia mutación del concepto de jurisdicción²¹.

Por de pronto, hoy está lejos de considerarse que la Constitución sólo sea un cuerpo de normas organizativas y reguladoras del procedimiento de creación de las demás fuentes del Derecho. La Constitución contiene entre sus preceptos, y muy significativamente en la tabla de los derechos fundamentales, que la doctrina germánica ha reconocido como el sistema de valores esenciales del ordenamiento jurídico, normas portadoras de valores, y por eso mismo, caracterizadas por tener una fuerte dosis de indeterminación y rigidez²². Como consecuencia de ello, hoy la Constitución no es una norma que sólo tenga como destinatario al Poder Legislativo, pues a ella se encuentran vinculados, además, todos los poderes públicos (entre ellos el propio Poder Judicial), y aun los propios privados.

Tal vinculación, que entre los poderes públicos comprende al Poder Judicial, va a requerir, por de pronto, que aquella sujeción del juez tenga que necesariamente observarse no ya solamente a la ley, sino desde una doble perspectiva. En primer lugar, "a la Constitución, que han de cumplir y, por lo tanto, no pueden ignorar o inaplicar; y en segundo lugar, a la ley, a la que están

19 Observa Enrique Alonso García: "El Tribunal Constitucional austríaco", en AA.VV. *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, págs. 407 y sgtes.

20 El sistema de justicia constitucional ideado por Kelsen no se materializa hoy en ningún ordenamiento jurídico, es bien sabida". Cfr. Raúl Canosa Usera: "Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: Una cuestión abierta", en *Ius et Praxis*, Año 4, N° 1, Talca (Chile), 1998, pág. 11. El presente número está dedicado al tema "Corte Suprema y Tribunal Constitucional: Competencias y relaciones".

21 Roberto Blanco Valdés: *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1994, págs. 87 y sgtes. Véase el Prólogo de José Antonio Portero Molina.

22 En estos problemas, puede verse Alejandro Nieto: "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", en *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, vol. 1, Madrid, 1983, págs. 371-415.

sometidos...”²³, sólo si ésta se encuentra conforme a la Constitución. No puede, por otra parte, obviarse que el postulado kelseniano en torno al Tribunal Constitucional de ser un “legislador negativo”, también haya sufrido serios replanteamientos.

Efectivamente, los Tribunales Constitucionales de nuestro tiempo, auto-restringiéndose en su labor de legisladores negativos, han desarrollado una función cercana a lo que puede caracterizarse como la típica de un legislador positivo²⁴, originando tensiones y recelos con otros órganos constitucionales. En el ejercicio de esta función, si bien el Tribunal no crea normas generales, como lo hace el Poder Legislativo, sin embargo desecha, convalida o innova contenidos interpretativos de la ley, a través de las llamadas sentencias interpretativas²⁵, transforma el sentido de un precepto a través de las sentencias manipulativas²⁶, o bien ejerce labores paralegislativas, como sucede con el caso de las sentencias aditivas²⁷.

A su vez, otro tanto ha sucedido con el carácter del juicio de constitucionalidad que Kelsen planteara como función del Tribunal Constitucional. Es bien cierto que el Tribunal, al conocer la impugnación directa de una ley a través de la Acción de Inconstitucionalidad²⁸, no puede entrar a valorar circunstancias de hecho. Tiene que limitarse a realizar un juicio de compatibilidad lógica entre enunciados normativos de diversa jerarquía, debiendo reflejarse finalmente en la ratio decidendi: fundamentación de la decisión (descriptive ratio) y fundamentación de la norma (prescriptive ratio).

²³ Una exposición detallada se puede encontrar en Manuel Aragón Reyes: “El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (número monográfico dedicado al tema “La vinculación del Juez a la Ley”), N° 1, Madrid, 1997, pág. 183.

²⁴ Cfr. Francisco Rubio Llorente: “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”, en su libro *La forma del poder*, citado, págs. 495 y sgtes.

²⁵ Cfr. Javier Jiménez Campo: “Qué hacer con la ley inconstitucional”, en AA.VV. *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 47 y sgtes. y Francisco Javier Díaz Revorio: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001.

²⁶ Fundamentalmente, Alessandro Pizzorusso: “Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano”, en AA. VV. *El Tribunal Constitucional*, vol. I, citado, págs. 275-296.

²⁷ Una exposición completa en Carlo Colapietro: *Le sentenze additive e sostitutive della Corte Costituzionale*, Pacini Editore, Pisa, 1990; Rubén Hernández Valle: *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José (Costa Rica), 1995, págs. 378 y sgtes.; Francisco Tomás y Valiente: “Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador”, en su libro *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 101 y sgtes.

²⁸ Una visión in globo, con especial referencia a México, se puede consultar en Joaquín Brage Camazano: *La Acción de Inconstitucionalidad*, 1ª reimpresión, UNAM, México, D.F., 2000. Antecede Prólogo de Francisco Fernández Segado. Para el caso español, vid. María Luisa Balaguer Callejón: *El Recurso de Inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001. Antecede Prólogo de Joaquín Almunia.

Sin embargo, cuando conoce procesos como el Amparo, el Habeas Corpus, el Habeas Data, juzga de manera idéntica a como lo hacen los jueces de la jurisdicción ordinaria, valorando hechos y, eventualmente, realizando un control concreto de las normas, y no un mero juicio de compatibilidad lógica que lleva, en caso de hallarse con normas contrarias a la Constitución, a inaplicarlas con efectos inter partes, al estilo del modelo norteamericano de la judicial review.

Una opción de tal naturaleza, lejos está de corresponderse con el inicial planteamiento de Kelsen en torno al Tribunal Constitucional, desde que sus supuestos estructurales han mudado. Como ha sostenido Manuel Aragón²⁹, si hay en la actualidad un rasgo que puede caracterizar la expansión de la Justicia Constitucional en nuestro tiempo, ese rasgo es sin duda alguna la “relativización” de las diferencias entre los modelos originarios de control de constitucionalidad³⁰, relativización de un modelo originario al que la configuración competencial de nuestro actual Tribunal Constitucional ciertamente no ha podido escapar³¹.

4. El Control Judicial de Constitucionalidad de las Leyes: ¿Un Modelo Puro?

A su turno, un proceso de recreación no tan dramático, pero no por ello menos importante, es posible de advertir en el otro modelo de jurisdicción constitucional institucionalizado entre nosotros, esta vez siguiendo el paradigmático modelo de la judicial review norteamericana. Importa recordar que el modelo de control judicial de constitucionalidad en el Perú, es directamente tributario del que se estableció en los Estados Unidos de

²⁹ En Manuel Aragón: “La justicia constitucional en el siglo XX. Balances y perspectivas en el umbral del siglo XXI” en AA.VV. La Ciencia del Derecho durante el siglo XX, UNAM, México, D.F., 1998, págs. 177-178. Antecede Presentación de José Luis Soberanes Fernández.

³⁰ Para lo que actualmente viene sucediendo en nuestro Continente, vid. Héctor Fix-Zamudio: “La Justicia Constitucional en América Latina”, en su libro compilativo Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, D.F., 1997, págs. 105 y sgtes. Idem: “Los tribunales y salas constitucionales en América Latina”, en AA.VV. Estudios Jurídicos en Homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca, UNAM, México, D.F., 1995, págs. 63 y sgtes.

³¹ Cfr., entre nosotros, César Landa Arroyo: “Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional: el caso peruano”, en Pensamiento Constitucional, Lima, 1995, págs. 98 y sgtes. Del mismo autor, *vid. Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Fondo Editorial de la PUC, Lima, 1999. Antecede Presentación de Peter Häberle y prólogo de Pablo Lucas Verdú.

Norteamérica, en el célebre Leading case³² Marbury vs. Madison, redactado en 1803 por John Marshall (1755-1835)³³, si bien que con algunos matices.

En primer término, es harto conocido que al modelo difuso de control de constitucionalidad suele atribuírsele como características predominantes, que la competencia para efectuar el control de validez de la ley la ejercen todos los jueces que integran el Poder Judicial, independientemente de su jerarquía. Es difuso o disperso precisamente porque no se encuentra concentrada la atribución del control en una instancia única, como es el caso del Tribunal Constitucional. En segundo lugar, la actividad del control tiene que efectuarse al interior de un proceso judicial ordinario, en el que no se discute en forma abstracta la constitucionalidad o no de la ley, sino en forma concreta, en el interregno de una controversia ordinaria, cuya determinación requiera previamente la aplicación de la ley en cuestión. No existe un proceso principal donde se juzgue la constitucionalidad de la ley, sino un incidente, cuya dilucidación va a servir al juez para resolver el principal.

Si el juez ordinario advierte que la norma legal es contraria a la Constitución, la deja de aplicar en el caso concreto, teniendo, por tanto, el resultado del control sólo efectos para las partes que participan en dicho proceso (inter partes), y no generales (erga omnes), como sucede en el modelo concentrado. Sin embargo, esto que en términos generales puede predicarse del control judicial de constitucionalidad en el Perú, a través de la legislación ordinaria ha sufrido importantes aggiornamientos, que impiden hacer referencia de él como si se tratase de un modelo puro, que concurre al lado del modelo de control concentrado.

Expresado en términos generales, la actual regulación jurídica del control judicial de constitucionalidad de las leyes, según se trate de la competencia y en función de la materia que conocen los jueces ordinarios, puede

³² Vid. Domingo García Belaunde: "¿Existe el «leading case» en el derecho peruano?" (en curso de publicación).

³³ La sentencia completa y en castellano del emblemático case Marbury vs. Madison, en Revista Mexicana de Derecho Público, N° 3, Enero-Marzo, México, D.F., 1947, págs. 315-343. Ahora, también en la Revista Peruana de Derecho Constitucional, N° 1, Lima, 1999, págs. 665-689. El tema ha adquirido repercusiones a partir de la década de los años cincuenta del siglo pasado en la era de Earl Warren y Burger, especialmente en lo concerniente al control constitucional y a la interpretación de la Constitución desarrollada en el Tribunal Supremo. Para mayores alcances, vid. Javier Dorado Porras: El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1997. Para una visión general, vid. John Marshall: 'Judicial Review' e stato federale, traducción del inglés por Annagrazia Bassi, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1998. Antecedente Presentazione con el título "John Marshall e il problema della Judicial Review", de Giuseppe Buttà.

distinguirse con fines metodológicos de la siguiente manera:

El régimen del control judicial de constitucionalidad de las leyes que se practica en el ámbito de los procesos propios y exclusivos del Poder Judicial (casos penales, civiles, mercantiles, laborales, etc.).

El que resulta de los procesos constitucionales que conoce el Poder Judicial y eventualmente el Tribunal Constitucional (procesos de Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data y de Cumplimiento).

El que se produce como consecuencia del control normativo de los reglamentos o normas de carácter general, a través de la Acción Popular.

5. El Control Judicial de Constitucionalidad de las Leyes en los Procesos Ordinarios

En el Perú, el modelo del control difuso de constitucionalidad de las leyes fue incorporado en el ámbito legal por vez primera en el Código Civil de 1936, y constitucionalizado cuatro décadas después en la Carta de 1979, orientación que ha mantenido la Constitución de 1993 a través del artículo 138³⁴. Ahora bien, con exclusión de los procesos de defensa de los derechos fundamentales³⁵, el control de constitucionalidad de las leyes que realizan los jueces, en los procesos ordinarios, ha sufrido algunos afinamientos a través de la legislación infraconstitucional. Ello no ha significado la limitación de la competencia de los jueces de todos los grados jerárquicos de efectuar el control³⁶.

³⁴ Esta identificación se puede percibir muy claramente en Jorge Danós y Martha Souza: "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general", en Francisco Eguiguren (Director) *La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cuzco, Lima, 1987, págs. 281 y sgtes.

³⁵ Además de los numerosos e importantes comentarios de Domingo García Belaunde, resulta básico su ensayo "Garantías constitucionales en la Constitución de 1993", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, N° 10, CAJ, Lima, 1994, págs. 253 y sgtes.

³⁶ Precisamente el reconocimiento a los jueces del Poder Judicial de la competencia para inaplicar leyes inconstitucionales, es una de las profundas diferencias que mantiene nuestro ordenamiento jurídico con otros, como el

Sin embargo, sí ha supuesto un relativo alejamiento del modelo original americano de la judicial review.

En efecto, tal modificación consiste en la obligación que se ha impuesto a los jueces de elevar en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, cada vez que en un proceso cualquiera adviertan la inconstitucionalidad de una norma legal y la inapliquen con efectos particulares. Ello, con el objeto de que sea la Sala Suprema la que, en definitiva, determine si la evaluación practicada por el juez de menor jerarquía fue el adecuado, y en consecuencia, válida la no aplicación de la ley para el caso concreto, a tenor del artículo 14 del texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ). Sin embargo, la experiencia no engaña, es inusual en la práctica, mereciendo un mejor replanteo en el futuro.

Vale recordar que el artículo 14, desarrollando el principio de supremacía de la Constitución y el control difuso, prescribe que:

“De conformidad con el artículo 236 de la Constitución (actualmente el 138 de la Carta del 1993), cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no

español o el italiano, donde si bien los jueces del Poder Judicial son, a la vez que jueces de la legalidad, también jueces de la constitucionalidad, sin embargo, se encuentran impedidos de inaplicarlas, ya que frente a tal supuesto deberán de someter su duda al Tribunal Constitucional a través de la denominada cuestión de inconstitucionalidad. Cfr. Edgar Corzo Sosa: La cuestión de inconstitucionalidad, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998 y Mauro Cappelletti: “El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo”, en su libro La Justicia Constitucional. (Estudios de Derecho Comparado), citado, pág. 294.

requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por Acción Popular”.

De esta forma, saliéndose del contorno que ofrece el control difuso al estilo americano, donde todos los jueces son competentes para someter una ley al test de constitucionalidad, sin que su decisión tenga que ser revisada por alguna instancia superior (a no ser que sea en virtud del ejercicio de los medios impugnatorios), en nuestro país el control judicial exige que, practicado el control y dispuesta la inaplicación de la ley inconstitucional, sea la Corte Suprema de Justicia la que decida en definitiva sobre la validez o no del resultado del control efectuado por cualquier instancia judicial. Se introduce así, en buena cuenta, un órgano filtro de control de la interpretación constitucional que pudieran realizar los jueces.

Como se sabe, tal peculiaridad no responde al planteamiento originario de la judicial review americana. En este modelo, cualquier juez está en la capacidad de inaplicar una norma que considere inconstitucional sin que quepa revisión alguna, a modo de consulta, ante la máxima instancia del Poder Judicial, sino únicamente como consecuencia del conocimiento de la causa por el inmediato superior jerárquico, al haberse hecho ejercicio de los medios impugnatorios que el ordenamiento procesal prevé.

La introducción de tal singularidad, ha sido justificada por la necesidad de uniformizar la jurisprudencia y de dotar al ordenamiento jurídico de un mínimo de certeza en lo que a su comprensión respecta, estableciéndose algunos límites a los jueces en el ejercicio de tal atribución, a raíz de los problemas que normalmente se suscitan en aquellos sistemas que no cuentan con técnicas del precedente vinculante, y de los que nuestro país, no ha sido ajeno en el pasado próximo³⁷.

6. La Regulación del Control Judicial de Constitucionalidad en los Procesos de Tutela de los Derechos Fundamentales

³⁷ La literatura es abundante, sin embargo, pueden resultar de sumo provecho Francisco Eguiguren Praeli: “Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: La evolución del modelo y los nuevos problemas”, en *Pensamiento Constitucional*, Año 5, N° 5, Lima, 1998, págs. 119 y sgtes.; César Landa Arroyo: “Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional: El caso peruano”, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1995, págs. 101-103 y Pablo Pérez Tremps: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. Antecede Prólogo de Jorge de Esteban.

Aunque se haya dejado entrever que la regulación jurídica antes descrita también se extiende para el caso de los procesos instaurados con el objeto de tutelar los derechos fundamentales, sin embargo, estimamos que tal regulación no les alcanza³⁸. En efecto, si los jueces de los derechos fundamentales llegaran a la determinación de que la norma legal que van aplicar en el proceso constitucional de la libertad³⁹ no admite una interpretación conforme a la Constitución, y por tanto, se encuentran ante la necesidad inexorable de que, declarándola inconstitucional, la inapliquen para el caso concreto (y tal inaplicación suponga la expedición de una sentencia estimatoria), dicha sentencia no podría ser elevada en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, dado que la Ley Procesal Constitucional que regula este conjunto de procesos constitucionales no permite que las resoluciones judiciales estimatorias puedan ser impugnadas o revisadas por una instancia superior.

Se ha dicho que, dado que el artículo 14 de la LOPJ no contiene una excepción a la alzada en consulta en caso de inaplicación de una ley, sino más bien un mandato general (“cualquier clase de proceso o especialidad”), no cabría establecer excepciones, y por tanto, tratándose de sentencias estimatorias en las que se inapliquen normas inconstitucionales al interior de estos procesos, también existiría la necesidad de que éstas fueran elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia. Creemos, no obstante lo anterior y lo que se persigue con propiciar el conocimiento en consulta de este tipo de sentencias estimatorias, que la actual regulación procesal que rige dichos procesos constitucionales no contiene una habilitación de competencia para que ello sea ventilado por la Corte Suprema de Justicia.

Y es que, la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435 (en adelante LOTC), que regula las instancias

³⁸ Así, Francisco Eguiguren Praeli: “Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: La evolución del modelo y los nuevos problemas”, citado, págs. 128-129, donde el asunto se aborda de manera generalizada.

³⁹ Llamamos procesos constitucionales de la libertad, siguiendo a Cappelletti, a aquellos mecanismos de defensa que el ordenamiento constitucional ha previsto con el objeto de tutelar los derechos fundamentales, o lo que es lo mismo, los derechos constitucionales. Cfr. Mauro Cappelletti: *La jurisdicción constitucional de la libertad*, traducción del italiano de Héctor Fix-Zamudio, Instituto Mexicano de Derecho Comparado, Imprenta Universitaria, México, D.F., 1961. Antecede Prólogo de Mariano Azuela. También, José Luis Cascajo Castro: “La jurisdicción constitucional de la libertad”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 199, Madrid, 1975, págs. 149-197.

competentes en las “acciones de garantía”, no contiene la posibilidad de que esta máxima instancia judicial pueda conocer de las resoluciones judiciales expedidas por las instancias inferiores, salvo el caso del Amparo contra resoluciones judiciales, donde la Corte Suprema actúa no como ente revisor, a través de la “consulta”, de lo resuelto por los jueces jerárquicamente inferiores, sino como segunda instancia. En efecto, de conformidad con el numeral 2 de la referida Cuarta Disposición Transitoria de la LOTC, las Cortes Superiores de Justicia constituyen la segunda y última instancia judicial, y en caso de que éstas expedieran resoluciones denegatorias, únicamente cabe la interposición del recurso extraordinario, que se tramita y conoce por ante el Tribunal Constitucional⁴⁰.

Por lo demás, este criterio han venido compartiendo diversas instancias judiciales, como es el caso de la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, la que ha estado negándose a elevar en consulta a la Corte Suprema de Justicia casos como éstos donde se inaplicaban leyes inconstitucionales. También es el caso de la propia Corte Suprema de Justicia, que cuando se ha acudido a ella vía recurso de queja por denegatoria de la elevación en consulta, ha optado por remitir al Tribunal Constitucional los actuados para que sea esta instancia la que resuelva. El Tribunal, como no podía ser de otro modo, y sobre la base de que el recurso de queja no le faculta a resolver este tipo de problemas, y que la competencia de los órganos de justicia sólo puede ser establecida en virtud de una ley, se ha negado a pronunciarse sobre el asunto. (Por ejemplo, la resolución recaída en el Exp. N 029-98-Q/TC).

7. El Control Judicial de Constitucionalidad de las Normas de Carácter General: La Acción Popular

No obstante lo anterior, donde tal vez el modelo original de control judicial de constitucionalidad tenga forzosamente que hacer quiebra, sin lugar a dudas, se presenta a propósito de la competencia de los jueces para realizar el

⁴⁰ Cfr. Samuel Abad Yupanqui: “El valor de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico peruano”, en La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II, N 11, CAJ, Lima, 1995, págs. 246 y sgtes.

control de legalidad y constitucionalidad de las normas generales de rango infralegal, mediante lo que en nuestro ordenamiento se denomina Acción Popular. A través de la Acción Popular, que cuenta con un criterio de legitimación bastante amplio, los jueces del Poder Judicial, especialmente las dos últimas instancias jerárquicas (Corte Superior y la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República), se encuentran facultados para realizar un control acerca de la constitucionalidad y/o legalidad de los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que puedan expedir el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y Locales y demás personas de Derecho Público (art. 1º de la Ley Procesal de la Acción Popular N° 24968).

Es menester añadir que en dicho proceso, en vía principal, como lo hace el Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley, los jueces del Poder Judicial realizan un juicio de compatibilidad abstracta entre un reglamento o, en general, respecto de decretos que tengan alcances generales, con la Constitución, y con la ley, bien sea por infracción por el fondo, o por vicios en el procedimiento de su aprobación. Alejándose del originario control judicial de constitucionalidad, donde el sometimiento de una norma al control se realiza sobre la base de unos hechos que exigen la aplicación de la norma cuestionada para resolver el conflicto intersubjetivo de intereses, en la Acción Popular el objeto principal del litigio se ha de centrar en determinar la adecuación o compatibilidad de los reglamentos y normas de carácter general con la Constitución y/o la ley, independientemente de eventuales hechos y conductas que puedan verse reguladas o afectados como consecuencia de su aplicación⁴¹.

Dado que la Acción Popular tiene como característica, la de fomentar un control abstracto de normas de carácter general, hace que el proceso que realiza el control sea necesariamente un proceso principal, destinado a ese único propósito, y ya no de carácter incidental. Consecuencia de ello es que el resultado del control, de no encontrarse conforme al parámetro del control

⁴¹ Para los alcances de este control constitucional de las normas de rango infralegal entre nosotros, vid. Jorge Danós Ordóñez: "La garantía constitucional de la Acción Popular", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, N° 4, CAJ, Lima, 1990, págs. 151 y sgtes. Una perspectiva general, en Francisco Caamaño: *El control de constitucionalidad de las disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, especialmente págs. 75 y sgtes.

(Constitución o Ley), siguiendo al modelo de jurisdicción constitucional concentrado, tenga que verse necesariamente con el resultado de su expulsión del ordenamiento jurídico. En este caso, no con efectos inter partes, como acontece en el modelo americano del control judicial, sino con efectos generales, pudiendo comprender la declaración de inconstitucionalidad y/o ilegalidad la totalidad o una parte de la norma.

Al igual de lo que sucede con el control concentrado de constitucionalidad de las leyes, donde el modelo originario se ha visto rebasado, ya sea por la práctica de los propios Tribunales Constitucionales, o por la configuración constitucional y legal que a propósito de sus competencias se hayan previsto, otro tanto ha sucedido en el ámbito del control judicial de constitucionalidad donde también hay nuevas peculiaridades. Ello no solamente en relación con el control de las normas con rango de ley, en el que se ha podido observar la introducción de determinadas particularidades por conducto de la legislación infraconstitucional, sino también en los propios términos en los que se ha configurado el control de la constitucionalidad de las normas de carácter general, configuración del modelo que se ha visto fuertemente influenciado por el modelo concentrado del control, del que ha tomado gran parte de los propios términos de su configuración original⁴².

De las consideraciones que llevamos hechas, llegamos a dos puntos que nos permiten ingresar a desarrollar las particularidades en que las relaciones entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial puedan presentarse. En primer lugar, el que nuestro ordenamiento atribuya de competencias formal y materialmente constitucionales a ambos órganos de la jurisdicción, y que su ejercicio necesariamente tenga que indagarse a partir de las peculiaridades anotadas, impide que en el Perú pueda hablarse lícitamente de la existencia de dos órdenes jurisdiccionales, cada uno con ámbitos competenciales

⁴² Dicho sea de paso, esta tendencia a mixtificar el modelo de control judicial de constitucionalidad con el otro, el concentrado, no es tampoco un rasgo que pueda predicarse únicamente de nuestro país. Se ha advertido inclusive respecto del propio modelo originario de los Estados Unidos, donde el principio del stare decisis para muchos ha supuesto que la Suprema Corte se asemeje cada vez más a un auténtico Tribunal Constitucional, bien que no tenga ese nombre, ni, en fin, se encuentre fuera del Poder Judicial. Cfr. Francisco Rubio Llorente: "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", en su libro *La forma del poder*, citado, págs. 463-504, y Héctor Fix-Zamudio: "La declaración general de inconstitucionalidad y el Juicio de Amparo", en su libro *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, UNAM, México, D.F., 1993, págs. 173-174.

materialmente definidos por el ordenamiento (o una parte de él) al que sirven: el Poder Judicial como jurisdicción de la legalidad, y el Tribunal Constitucional como jurisdicción de la constitucionalidad, bien que sí se tenga que forzosamente reconocer que tal atribución de competencias no ha supuesto la unión orgánica de ambos órdenes jurisdiccionales, sino a la inversa, esto es, que se presenten como estructuralmente separados.

En segundo lugar, que a ambos órganos de la jurisdicción se les haya asignado la calidad de “jueces constitucionales”, esto es, que coexistan en la aplicación de la norma fundamental, plantea necesariamente, como problema, el tópico de la unidad interpretativa de la Constitución; unidad interpretativa que puede verse afectada tras la coexistencia de ambos y la posibilidad latente de que dichos órganos entiendan una autonomía funcional in sue ordine, por virtud del cual su separación orgánica vaya a suponer no sólo una dualidad de jurisdicciones, sino, lo que es grave, el rompimiento de la unidad del ordenamiento⁴³, y con él, los principios que la informan, empezando, desde luego, con el primero de ellos: la seguridad jurídica.

Resta advertir que, el problema no es en lo absoluto fácil de resolver, pues supone el tránsito de una serie de variables que discurren por todo el ordenamiento jurídico. Ya ha sido puesto en evidencia por Hans Peter Schneider, quien ha podido decir, con sobrada razón, que el “esfuerzo de ceñir la jurisdicción constitucional a firmes límites materiales, institucionales o funcionales casi se asemeja al intento de la cuadratura del círculo”⁴⁴, debido a lo complejo que resulta articular la existencia de un Poder Judicial y un Tribunal Constitucional, ambos sometidos al texto constitucional.

8. Conclusiones

El concepto de Constitución (que históricamente tenía la labor de

⁴³ Especialmente en Raúl Canosa Usera: “Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: Una cuestión abierta”, citado, pág. 15, para quien la tarea “hermenéutica de ambas jurisdicciones (va a) coincide(ir) con el mismo objeto la totalidad del Orden Jurídico”.

⁴⁴ Cfr. Hans Peter Schneider: *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 198. Antecede Prólogo de Luis López Guerra.

limitar el poder político) debe concebirse teniendo en mira dos principios rectores: a) la supremacía constitucional y b) la rigidez constitucional. El devenir histórico es parte sustancial en la evolución de la Constitución y una realidad que debe de aceptarse. Como consecuencia de ello, se tendrá a la vista un nuevo enfoque normativo y jurisprudencial.

El control constitucional como parte integrante del Derecho Procesal Constitucional (Sagüés lo denomina el alma mater de la disciplina) camina en armonía y al servicio del principio de la supremacía constitucional. Con lo cual, la Constitución adquiere su prevalencia dentro del ordenamiento jurídico. Por lo demás, no se puede concebir ni analizar el control constitucional si es que no se toma en cuenta su génesis histórica.

Los órganos constitucionales que interpretan y diseñan la Constitución (ora el Tribunal Constitucional, ora el Poder Judicial) no deben extralimitarse en su función y rol protagónico, para evitar caer en contradicciones.

En esa línea, se sacaría provecho en los mecanismos jurisdiccionales y en el ensamblaje jurisdiccional, respetándose por cierto las esferas funcionales de ambas jurisdicciones, en la inteligencia, que en el Perú hay una dualidad de órganos que delimitan sus competencias, evitando las fricciones y las disfuncionalidades, que cumplen la labor de defensa de la Constitución.

Los nuevos procesos constitucionales diseñados en el Código Político de 1993, por el simple hecho de no tener una tradición jurídica, se han visto en la necesidad de ser regulados bajo un prisma distinto al sentir y voluntad de lo que quiso el constituyente.

De acuerdo con el criterio orientador de la comunidad constitucional peruana, todas las garantías constitucionales deben de aglutinarse en una suerte de Código Procesal Constitucional, tal como el que acaba de darse en la provincia argentina de Tucumán⁴⁵.

⁴⁵ Vid. el ensayo de Sergio Díaz Ricci: "El primer Código Procesal Constitucional de Latinoamérica", en Revista Peruana de Derecho Público, Año 1, N° 1, Lima, 2000, págs. 269-274. También, Néstor Pedro Sagüés "La codificación del Derecho Procesal Constitucional", en Themis, 2001/N° 43, Lima, págs. 7-11.

UNA APROXIMACIÓN A LOS INSTRUMENTOS DE CONTROL PARLAMENTARIO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Por: Carlos Hakansson Nieto*

I. Introducción

La Carta de 1978 es considerada por la doctrina como la más exitosa del constitucionalismo español. Se inspira principalmente en la Constitución italiana de 1947, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la Constitución francesa de 1958 y la portuguesa de 1976. La primera reflexión de este observador extranjero es que la Constitución española de 1978 contiene, a diferencia de sus predecesoras, un mínimo acuerdo sobre lo fundamental que ha marcado un hito en la historia de sus textos constitucionales. En líneas generales sus principales rasgos son los siguientes:

Su larga extensión si la comparamos con la Constitución norteamericana de 1787, pero más breve que la peruana de 1993. Es codificada, pero enriquecida con el paso del tiempo, ya que hay que agregarle los estatutos de autonomía, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y su Jurisprudencia, lo que conformaría un bloque de la constitucionalidad. También es rígida porque para su reforma es necesario que atraviese por un procedimiento especial. Es menos ideológica que utilitaria, porque permite a los diversos gobiernos llevar políticas de diversa índole. Es normativa directa por su aplicabilidad judicial inmediata. Su Forma de Estado es monárquica, unitaria, autonómica, y su Forma de Gobierno es parlamentarista.

La división de poderes recogida en la Constitución española es la

*Doctor en Derecho (Universidad de Navarra), Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura, Titular de la Cátedra *Jean Monnet* de Derecho Constitucional Europeo.

clásica europea continental propia del parlamentarismo y menos tajante que la del presidencialismo. Al legislativo, ejecutivo y judicial habría que añadir quizá el Tribunal Constitucional. Es conveniente decir además que la Constitución no trata sistemáticamente de la separación de poderes ni de la forma de gobierno en ninguno de sus títulos o capítulos¹. No obstante, leyendo su articulado se encuentran fácilmente las respuestas a todo lo que nos preguntamos. El Legislativo es conocido en España como las Cortes Generales, el Ejecutivo como el Gobierno, sólo el Judicial conserva su denominación tradicional.

El Jefe de Estado aparece en la Constitución de 1978 sin estar insertado entre los poderes del Estado sino desvinculado de ellos, como una premisa que no está sometida a discusión. El Rey no juega un papel decisorio en el Sistema Político español, sólo perfecciona la expresión de la voluntad del Gobierno o el Parlamento. El Jefe de Gobierno deja de ser un *primus inter pares* para ser el líder del ejecutivo, llevando el peso de toda la dirección y responsabilidad política, posee amplia discrecionalidad. Su primacía se manifiesta en tres aspectos: la investidura que recibe del Parlamento, la responsabilidad política está dirigida políticamente hacia él; la cuestión de confianza y el derecho de disolución de las cámaras, que aunque requieren deliberación del Consejo de Ministros las decide el propio Jefe de Gobierno. El Parlamentarismo español ha optado por un modelo corregido, conocido como racionalizado², siguiendo las tendencias posteriores a la segunda guerra mundial para asegurar la estabilidad política del Gobierno³.

Siendo la Constitución española un medio para comprobar si los problemas de la fiscalización parlamentaria son propios de ciertos regímenes políticos, especialmente iberoamericanos o más bien comunes al constitucionalismo contemporáneo, en este artículo sólo nos aproximaremos al

¹Según la opinión de MARTIN-RETORTILLO la Constitución española no permite afirmar que sean tres los poderes del Estado, olvidando que la idea separación de poderes que nació en el siglo XVII - XVIII, se unió tan estrechamente al acervo constitucional liberal que vino a quedar unida con la misma idea de Constitución. Por eso, para nosotros no es necesario que las constituciones le dediquen un título o capítulo especial. Ver MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: "De la separación de poderes en el sistema constitucional español" en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, número 12, 1989, pág. 62

²La expresión "parlamentarismo racionalizado" es polémica en la doctrina. Nace para diferenciar el régimen parlamentario anterior a la segunda guerra mundial, como solución a la experiencia de la Constitución de Weimar y a la III y IV Repúblicas francesas. Es polémica, porque induce a pensar que en el ejecutivo está "toda la razón" que lleva a la estabilidad política. Sin embargo, por ser la más difundida, la utilizaremos en nuestro trabajo.

³Hemos transcrito los artículos de la Constitución española de 1978 para facilitar al lector la comprensión de este trabajo además de fomentar su propio juicio acerca de nuestras afirmaciones.

estudio de los medios de control y sus problemas de aplicación en una democracia de partidos.

II. El Control Parlamentario Del Gobierno

Para comenzar, la primera referencia a la función fiscalizadora del Parlamento español se encuentra en el artículo 66.2 de la Constitución, la cual establece que:

Artículo 66.2: "Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución."

El fundamento del control parlamentario es el carácter representativo de la soberanía nacional⁴; el mismo por el que tienen conferida la potestad legislativa. El control parlamentario tiene una doble naturaleza: por un lado política pues su finalidad es frenar el poder; por otro jurídica, por cuanto sus instrumentos de control tienen unos mecanismos basados en el derecho⁵.

Las preguntas, interpelaciones, comisiones de investigación y las peticiones de información constituyen medios preparatorios de la moción de censura. Las interpelaciones se fueron desarrollando como medio para dar lugar a una moción de censura, sobre todo en Francia, durante las III y IV Repúblicas, donde fueron derrocados muchos gobiernos tras largas discusiones en la sala. No

⁴LÓPEZ GUERRA resume el esquema conceptual que fundamenta el control parlamentario, nos dice "... el Parlamento aparece como el único órgano representativo de (y, por tanto, legitimado por) la soberanía popular, y, en consecuencia, aparece así como el portavoz de la voluntad del pueblo. El Gobierno carece de tal representación: es un órgano vinculado por una relación fiduciaria al Parlamento, pero sin legitimación popular. El control parlamentario supondría la comprobación, por parte del Parlamento, de que la actuación gubernamental se acomoda a la voluntad popular; si el resultado de ese control es negativo, puede producirse el mecanismo, íntimamente relacionado y consecuente, de la exigencia de responsabilidad". Ver LÓPEZ GUERRA, Luis: "La función de control de los parlamentos: problemas actuales" en el colectivo: El parlamento y sus transformaciones actuales, jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia (11-13 de Abril de 1988), Tecnos, Madrid, 1990, pág. 233.

⁵"Felipe González apenas acudió al Congreso de los Diputados desde que accedió al poder en 1982-y todavía menos al Senado-. Por ahora, no hay en España un question time como el británico." Ver PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: Temas de Derecho Constitucional español. Una visión problemática, Follas Novas, Santiago de Compostela, 1996, pág. 163.

sucede así en Gran Bretaña donde las preguntas, question time, suelen ser formuladas y respondidas con brevedad y sin dar lugar a debate parlamentario. "La racionalización del parlamentarismo ha comportado que la exigencia de la responsabilidad política del Gabinete sólo pueda operarse a través de cauces expresamente establecidos, como las mociones de censura y las cuestiones de confianza. El Gobierno queda obligado a dimitir sólo cuando se aprueban estas concretas decisiones; es el caso de Alemania, España e Italia por ejemplo⁶.

A continuación explicamos cuales son los principales instrumentos de control del Parlamento español.

A) Los principales instrumentos de control

La Constitución española acoge las inter-pelaciones y preguntas en su artículo 111, dejando la regulación de los detalles concretos al Reglamento de las cámaras, pero advirtiendo que podrán dar lugar a cuestión de confianza o censura. Debido a la mayor importancia de la Cámara Baja en esta materia, la emplearemos como modelo anotando las variaciones que se observen en el Reglamento del Senado⁷.

1) Las preguntas

Las preguntas se encuentran reguladas en el artículo 111 de la Constitución española:

Artículo 111: "(1) El Gobierno y cada uno de sus miembros están sometidos a las interpelaciones y preguntas que se le formulen en las Cámaras. Para esta clase de debate los Reglamentos establecerán un tiempo mínimo semanal. Toda interpelación podrá dar lugar a una moción en la que la Cámara manifieste su posición."

De origen inglés, question time, las preguntas son instrumentos de

⁶SANTAOLALLA, Fernando: El parlamento y sus instrumentos de información, EDERSA, Madrid, 1982, pág. 112

⁷El Congreso de los Diputados y el Senado en la Constitución española equivalen a la Cámara Baja y Alta, respectivamente, en la teoría constitucional.

que disponen los parlamentarios para obtener información del Gobierno sobre cuestiones puntuales y concretas⁸. Se trata de medios de inspección de carácter individual en el sentido de que cualquier Diputado o Senador pueda formularlas por sí mismo y sin más requisitos. Las preguntas han de tener un objeto concreto y preciso, como corresponde a su característica de ser el medio más rápido de información. Las preguntas pueden consistir en una solicitud de información o en la petición de que se aclare algún aspecto concerniente al funcionamiento de la Administración Pública. El Reglamento de la Cámara Baja⁹ impone a la Mesa que no admita las preguntas que sean del exclusivo interés personal de quien la formula o de una persona singularizada, así como aquellas que supongan una consulta estrictamente jurídica. Cabe distinguir entre preguntas orales y escritas, dependiendo no de la forma en que se formulen que siempre será por escrito, sino de su contestación.

a) Las preguntas con respuesta oral

Se pueden efectuar tanto en el Pleno como en las comisiones de las cámaras. En el primer caso, la pregunta contendrá la formulación de una sola cuestión, interrogando sobre un hecho, una petición orientada a esclarecer alguna información, sobre si el Gobierno ha tomado o va a tomar algún acuerdo en relación con un tema, o si va a remitir a la Cámara algún documento o información sobre algún extremo. El escrito se presentará a la Mesa, el Gobierno puede solicitar posponer su respuesta para el orden del día de la siguiente sesión.

En el caso del Senado se establece un plazo de dos semanas para su inclusión en el orden del día, no obstante, se prevé un supuesto de urgencia que deberá ser reconocido por el Gobierno y en cuyo caso

⁸"Las preguntas fueron introducidas en nuestras Cortes por el Reglamento del Congreso de los Diputados de 1847. Desde entonces todos los reglamentos de esta Cámara han dedicado un conjunto de artículos para la disciplina de esta institución. Por su parte, el Senado la estableció en su Reglamento del 11 de Mayo de 1866. No obstante, debe indicarse que en el texto de 1842, y bajo la denominación de interpelación, se regulaba un procedimiento que bien podría calificarse de pregunta, dada la prohibición expresa del debate." Ver SANTAOLALLA, Fernando; El parlamento y sus instrumentos de información..., pág. 85.

sólo será necesario el intervalo de veinticuatro horas. Su inclusión en el orden del día deberá respetar un orden de prioridad en el cual tendrán preferencia los parlamentarios que no hubiesen formulado preguntas en el mismo período de sesiones. El Presidente de la Cámara será, de acuerdo con la Junta de Portavoces en el Congreso, quien señale el número de preguntas a incluir en cada sesión plenaria, así en como su distribución entre los parlamentarios.

Las preguntas con respuesta oral en la Comisión siguen las reglas generales del Pleno. Las diferencias más importantes afectan a su inclusión en el orden del día que requiere el transcurso de siete días desde su publicación y el tiempo de duración de los debates. Asimismo, se establece que en el Congreso de los Diputados podrán responderlas los Secretarios de Estado y Subsecretarios. También se señala un plazo de caducidad, pues si finalizado el período de sesiones aún existen preguntas pendientes se tramitarán como preguntas por escrito, debiendo ser contestadas antes del inicio de siguiente período de sesiones.

b) Las preguntas con respuesta escrita

Son superiores en número a las preguntas con respuesta oral, siendo el instrumento de información preferido por el Gobierno. El plazo con que cuenta el Gobierno en este caso es superior, llegando a los veinte días desde el momento de la publicación de la pregunta. Dicho término puede extenderse por un período equivalente a petición motivada por el Gobierno y por acuerdo de la Mesa. En el caso del Senado no es necesario esperar a la publicación, computándose los veinte días a partir de la publicación del anuncio de su presentación. Lo normal es que la mayoría de estas preguntas reciban su contestación fuera del plazo, o que incluso ésta no se produzca, pudiendo su autor solicitar del Presidente de la Cámara su inclusión en el orden del día de la sesión siguiente de la Comisión competente, donde recibirá el tratamiento de las preguntas orales. No existe ninguna sanción jurídica para el Gobierno que no efectúe o retrase la contestación.

2) Las interpelaciones

Su origen es francés y también están reguladas en el artículo 111 de la Constitución española¹⁰. Se diferencian de las preguntas por sus efectos, ya que si bien éstas se agotan con las intervenciones del autor y del que responde, la interpelación puede dar lugar a una moción. Su objeto específico versará sobre los motivos o propósitos de la conducta del Ejecutivo en cuestiones de política general, bien del Gobierno o de algún departamento ministerial¹¹. Con las interpelaciones no se piden datos o información sobre algún asunto, sino se cuestiona un aspecto general de la política del Gobierno.

Las interpelaciones pueden ser elevadas a mociones cuando el grupo parlamentario interpelante quiere abrir un debate sobre la cuestión a la que se refiere la interpelación. Se trata de hacer participar en la discusión a los restantes grupos parlamentarios y, sobre todo, lograr que se proceda a una votación en la que se manifieste cuál es la posición de la Cámara al respecto de una cuestión¹².

3) Las comisiones de investigación

El artículo 76.1 de la Constitución establece:

Artículo 76.1: "El Congreso y el Senado, y, en su caso, ambas Cámaras conjuntamente, podrán nombrar Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Sus conclusiones no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas."

¹⁰«A nivel reglamentario las interpelaciones surgen por vez primera en el Reglamento de 1838. Su artículo 117 disponía: Cualquier diputado tiene el derecho de interpelar a los ministros, anunciándolo con anterioridad de palabra o por escrito, pero expresando en ambos casos de un modo explícito el objeto de la interpelación". Ver SANTAOLALLA, Fernando: El parlamento y, pág. 137.

¹¹Artículo 181 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

¹²En el mismo sentido SANTAOLALLA, Fernando: Derecho Parlamentario español, ESPASA CALPE, Madrid, 1990, pág. 426.

Las Comisiones de investigación se constituyen por el Pleno de la Cámara, son un instrumento colegiado de información y sus informes no tienen carácter vinculante sino que son una sugerencia a las cámaras¹³. Asimismo, como dispone el artículo 76.1, sus conclusiones no vincularán a los tribunales ni afectarán a las resoluciones judiciales. Sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones oportunas. De lo anterior se desprende el carácter informativo de estas comisiones. Nada impide que se constituyan comisiones de investigación mixtas aunque lo ordinario es que sean unicamerales. El principal problema que plantean es la posibilidad o no de imponer sanciones a aquellas personas que no comparezcan a sus requerimientos. A este respecto, el artículo 76.2 establece una reserva legal, lo cual implica que dichas sanciones no podrán efectuarse por los reglamentos de las cámaras sino sólo por medio de ley.

4) La petición de información

Los artículos 109 y 110 establecen:

Artículo 109: "Las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los Presidentes de aquéllas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas."

Artículo 110: "(1) Las Cámaras y sus Comisiones pueden reclamar la presencia de los miembros del Gobierno.

Los miembros del Gobierno tienen acceso a las sesiones de las Cámaras y a sus Comisiones y la facultad de hacerse oír en ellas, y podrán solicitar que

¹³ "Hay que llegar a la Constitución vigente de 1978 para encontrar un precepto del máximo rango que se refiera a las investigaciones o encuestas parlamentarias. Este silencio constitucional no tiene nada de extraño en lo referente al siglo XIX ya que durante esa centuria una buena parte de los textos constitucionales callaban sobre dicho extremo, considerándose por la doctrina de entonces que se trataba de un poder inherente a las cámaras legislativas. En cambio, sorprende de un tanto que la Constitución de 1931 no incluyese una disposición al respecto, a diferencia de lo que hacía la Constitución de Weimar, la extranjera que más influyó en ella, que sí contenía una dilatada regulación sobre las encuestas de las cámaras." Ver SANTAOLALLA, Fernando: El parlamento y....., págs, 241-242.

informen ante los mismos funcionarios de sus Departamentos.”

Las cámaras están facultadas para recabar información del Gobierno, así como para reclamar la presencia de sus miembros. El Reglamento de la Cámara Baja en su artículo 7 establece que los diputados tienen la facultad de recabar de las administraciones locales y autonómicas los datos, informes o documentos que obren en poder de éstas. Se trata de una figura coincidente a las preguntas. Su finalidad es proporcionar información a través de un procedimiento que se deja a la iniciativa de los diputados, actuando con el previo conocimiento del respectivo grupo parlamentario. La solicitud se tramita a través del Presidente del Congreso de los Diputados y la administración requerida debe remitir la documentación solicitada en el plazo no superior a treinta días, o manifestar las razones fundadas que se lo impidan.

Este procedimiento viene a compensar las limitaciones en la actuación que los parlamentarios individuales tienen en las cámaras. Sin embargo, este instrumento está concebido en términos muy amplios, pues, al referirse a las administraciones locales en general, permite que se exija información de esferas distintas a la estatal cuando las administraciones locales y autonómicas tienen sus propios órganos de supervisión y control. La demanda de información debería limitarse sólo a los órganos e instituciones dependientes de la Administración central¹⁴.

5) Las mociones de reprobación individual

Sin previsión expresa, en la Constitución y en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, la práctica parlamentaria ha creado las llamadas mociones de reprobación individual, dirigidas contra los Ministros a los que se les critica por una actuación

¹⁴ En el mismo sentido SANTAOLALLA, Fernando: Derecho Parlamentario español, ESPASA CALPE, Madrid, 1990, pág. 426.

concreta.¹⁵ La aparición de estas mociones suscitó una discusión sobre si resultaban incompatibles con los artículos 108 y 113 del texto Constitucional que establecen la responsabilidad gubernamental solidaria y la moción de censura constructiva respectivamente¹⁶.

El artículo 108 de la Constitución afirma que el Gobierno responde solidariamente de su gestión política ante la Cámara Baja. De ahí que los procedimientos constitucionales previstos para la responsabilidad política sean de efecto solidario, sin que exista un mecanismo que comprometa la responsabilidad particular de un ministro. Se infiere de todo ello que la única responsabilidad política que se sustancia ante el Congreso es la del Gobierno, más concretamente, la de su Jefe de Gobierno, mientras que los ministros son responsables únicamente ante éste que es el que decide su nombramiento y cese. Esta tesis parece quedar reforzada por la regulación constitucional del procedimiento de investidura. Si el Jefe de Gobierno recibe la confianza, parece coherente negarle a la Cámara Baja la facultad de destituir a los ministros de manera individual¹⁷.

El artículo 98.2 menciona la responsabilidad directa de los ministros en su gestión. Sin embargo, tampoco parece aludir a una responsabilidad política individual ante la Cámara baja, sino más bien a una responsabilidad política en el interior del Gobierno, que sólo les puede ser exigida por su Presidente¹⁸. La doctrina confirma este argumento al sostener que las mociones de reprobación no pueden ser utilizadas como sucedáneo de inexistentes mociones de censura individuales.

¹⁵ La cuestión se planteó a raíz del caso de intoxicación por aceite de colza desnaturalizado y durante los debates subsiguientes en las Cámaras, en los que se presentaron, con gran polémica, estas mociones de reprobación individual que finalmente llegaron a discutirse, sentando un precedente en favor de su admisibilidad. Diario de Sesiones del Congreso de Diputados del 15, 16 y 17 de septiembre de 1981.

¹⁶ La moción de censura constructiva consiste en que no se puede censurar al Canciller si no se propone simultáneamente un candidato alternativo que será elegido automáticamente en caso de triunfar la censura.

¹⁷ En igual sentido MELLADO PRADO sostiene: "En primer lugar no admitimos la responsabilidad política individual de los Ministros porque la determinación constitucional que hace el artículo 108 de la responsabilidad solidaria del Gobierno es absolutamente taxativa y excluyente de la responsabilidad política individual.(...)en segundo lugar, en el carácter de órgano colegiado que tiene el Gobierno cuando el artículo 113.1 faculta al Congreso de los Diputados para exigirle responsabilidad política mediante la adopción de una moción de censura". Ver MELLADO PRADO, Pilar: La responsabilidad política del Gobierno en el ordenamiento español, Congreso de los Diputados, Madrid, 1988, págs. 205-207.

¹⁸ TORRES DEL MORAL, Antonio: Principios de Derecho Constitucional español, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, volumen 2, tercera edición, Madrid, 1992, pág. 219.

El carácter solidario de la responsabilidad política deriva del hecho de que, en realidad, a quien el Congreso otorga la confianza parlamentaria en la investidura es sólo al Presidente del Gobierno, y no al Gobierno en su conjunto; así pues sólo al Presidente del Gobierno puede retirársele la confianza otorgada. La relación de confianza que vincula a los Ministros no se establece con el Congreso, sino con el Presidente del Gobierno, que los nombra y remueve libremente¹⁹.

Como ya mencionamos, la dependencia de los ministros respecto del Jefe de Gobierno se infiere del artículo 100 que confiere a éste la facultad de proponer al Jefe de Estado su nombramiento y cese, propuesta que es vinculante. El cese de un ministro puede presentarse en cualquier momento por decisión del Jefe de Gobierno. Con la reprobación de un ministro, el Jefe de Gobierno no está jurídicamente obligado a cesarlo ni éste a dimitir. La aprobación de una moción de este tipo puede tener valor político, puede significar un grave desgaste del ministro, puede ser además una seria advertencia al Jefe de Gobierno que éste deberá ponderar políticamente, pero nada más²⁰.

La viabilidad de las mociones de reprobación se fundamenta en el derecho de expresión y crítica del Parlamento sobre el Gobierno, lo cual le capacita para enjuiciar su conducta y expresar sus valoraciones. La diferencia básica entre estas mociones de reprobación y la moción de censura constructiva del artículo 113 es que esta última es la única que formalmente conlleva la destitución del Gobierno. Los efectos de las primeras siempre se mueven en el contexto de las relaciones políticas entre el Parlamento y el Gobierno sin que jurídica y necesariamente produzcan el cese del ministro. Sin embargo, pese a que no ocasionan el cese de un ministro, sus efectos en el electorado son considerables si se tiene en cuenta la proximidad

¹⁹TORRES DEL MORAL además nos dice que en "el itinerario del artículo 108 de la Constitución durante el proceso constituyente da a entender claramente que fue expresa la voluntad del constituyente de excluir la responsabilidad política individual de los ministros ante el Congreso, puesto que la redacción del precepto fue modificada durante el mismo en tal sentido". Ver TORRES DEL MORAL: Antonio: Principios de Derecho Constitucional español,....pág. 219.

²⁰SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: "Seminario de Derecho Político: la reprobación individual de los ministros" en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nueva época, Madrid, número 63, 1981, pág. 255.

de unas elecciones.

B) Otros controles parlamentarios

En la Constitución y en los reglamentos de las cámaras legislativas, existen además otros instrumentos de control-fiscalización al Gobierno como son las siguientes:

1) Las proposiciones no de ley

La expresión "proposición no de ley" es propia del Derecho Parlamentario español y se aplica a cualquier propuesta legislativa. No están contempladas en la Constitución española, pero sí en el Reglamento del Congreso de los Diputados²¹. Adolece del inconveniente de que incluso una vez adoptada siga denominándose proposición no de ley, razón por la que parece recomendable su sustitución por "propuesta de resolución", porque al ser aprobada se convierte en una resolución parlamentaria²².

Se diferencian de las mociones por que no tienen un contenido negativo dirigido a cuestionar la política del Gobierno sino más bien positivo, pues su finalidad es la de intentar que el Gobierno actúe en determinada dirección política. Las "proposiciones no de ley" cumplen y orientan la dirección política del Gobierno, aunque no son vinculantes, da a conocer su opinión sobre un determinado aspecto de la política seguida por el Gobierno.

2) La convalidación de decretos-leyes²³.

El artículo 86.2 de la Constitución establece:

²¹ Título X del Reglamento del Congreso de los Diputados.

²² PITARCH, Ismael: "La función de impulso político en los parlamentos de las comunidades autónomas" en GARRONENA (dir) El Parlamento y sus transformaciones actuales, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 321.

²³ Los decretos leyes en la Constitución española equivalen a los decretos de urgencia en la Carta peruana de 1993.

Artículo 86.2: "Los Decretos Leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviese reunido en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario".

El trámite de convalidación o derogación compete al Congreso de los Diputados, incluso cuando el Decreto Ley es promulgado fuera de los períodos de sesiones. Así, el artículo 86.2 de la Constitución dispone que deberá ser convocado en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. En este caso, el referido trámite se tratará de una sesión extraordinaria²⁴. El trámite de convalidación o derogación debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a la promulgación del Decreto-ley, expresión que debe entenderse referida a su publicación. El artículo 151 del Reglamento del Congreso de los Diputados dispone que la inserción del Decreto-ley en el orden del día para su debate y votación podrá hacerse tan pronto como se publique en el Boletín Oficial del Estado.

El trámite de convalidación se sustancia comenzando primero por una intervención del Gobierno sobre la justificación del Decreto Ley. Luego de un debate, y tras la votación, debe publicarse en el Boletín Oficial del Estado el acuerdo de convalidación²⁵.

3) Control de decretos legislativos

Los decretos legislativos son las disposiciones dictadas por el Gobierno conteniendo legislación delegada. El artículo 82.6 de la Constitución española establece que:

Artículo 82.6: "Sin perjuicio de la competencia propia de los tribunales, las

²⁴ Distinto es el supuesto de que el Decreto ley sea dictado cuando el Congreso se encuentre disuelto o caducado su mandato legislativo. En tal circunstancia debe ser la Diputación Permanente la que asuma esta función subrogándose en la posición que normalmente corresponde a la Cámara entera. Esto es lo que establece el artículo 78.2 de la Constitución española.

²⁵ Artículo 151 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control."

De esta norma pueden extraerse dos conclusiones: por un lado, la competencia que se reconoce a los tribunales para fiscalizar el correcto ejercicio de la delegación por el Gobierno; y por otro, la previsión de otros controles que podrán contener las leyes de delegación sin que se concrete en que han de consistir.

No es difícil prever que estos controles tengan un carácter parlamentario, competencia del Parlamento o de algunas de sus cámaras, y que consistan en la convalidación del decreto legislativo promulgado por el Gobierno. Sin embargo, en la práctica la intervención parlamentaria no tiene que consistir en un trámite de convalidación, sino que puede tener otro alcance, como una simple información de las cámaras sobre el ejercicio de los poderes delegados.

4) Autorización de celebración del referéndum

Además de los casos de reforma constitucional y la aprobación de determinados estatutos de autonomía, la Constitución contempla la posibilidad de convocar el procedimiento de referéndum pero de carácter facultativo:

Artículo 92: "(2) El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados."

Este artículo ha de interpretarse en el sentido de que el órgano decisorio para la celebración de un referéndum es el Presidente de Gobierno cuya propuesta es vinculante para el Rey, de tal modo que se hace ineludible la firma del decreto de convocatoria. Si bien el Jefe de Gobierno necesita estar previamente autorizado por el Congreso de los Diputados, esta autorización constituye una manifestación de

control parlamentario en cuanto que recae sobre una actividad de competencia del Ejecutivo. La tramitación parlamentaria de esta autorización está sujeta a la presentación de la propuesta oportuna por el Jefe de Gobierno que debe someterse a un debate en sesión plenaria²⁶. Por otro lado, el artículo 6 de la Ley Orgánica 2/1980, del 18 de Enero, establece que la autorización de la Cámara baja deberá conferirse por la mayoría absoluta de sus miembros²⁷.

5) Intervención de la Cámara baja en los regímenes de excepción

El artículo 116 regula la declaración y contenido de los estados de alarma, de excepción y de sitio. La declaración del estado de excepción necesita una previa autorización que además deberá determinar sus efectos y duración. Por su parte, el estado de sitio debe ser proclamado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados a propuesta exclusiva del Gobierno, proclamación que debe también comprender la fijación de su ámbito territorial y condiciones.

La declaración del estado de alarma debe comunicarse a la Cámara Baja. De acuerdo al artículo 162.1 de su Reglamento, dicha comunicación deberá ser trasladada a la comisión competente que podrá recabar la información y documentación que estime pertinente. Se trata de una previsión sin que la misma constituya por sí sola un acto de control, en cambio las restantes intervenciones son manifestaciones de la función de control sobre el Gobierno en cuanto recaen sobre sus competencias pudiendo ejercer un efecto condicionante sobre ellas. Así, el Congreso de los Diputados puede no autorizar prorrogar el estado de alarma o declarar el estado de excepción. Puede también condicionar la actuación del Gobierno concediendo la autorización pero fijando modificaciones a su propuesta.

²⁶ Artículo 161.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

²⁷ Artículo 6: "El referéndum consultivo previsto en el artículo 92 de la Constitución requerirá la previa autorización del Congreso de los Diputados por la mayoría absoluta, a solicitud del Presidente del Gobierno. Dicha solicitud deberá contener los términos exactos en que haya de formularse la consulta."

En conclusión, todos ellos implican la intervención del Congreso de Diputados; el mismo que no se limita a aceptar o rechazar en bloque la iniciativa gubernamental como ocurre con la convalidación de los decretos leyes, sino que puede fijar el alcance de estos estados, los efectos, duración, etc. Finalmente, el artículo 116.5 de la Constitución establece que no puede ser disuelto el Congreso de los Diputados durante la vigencia de alguno de estos estados quedando convocadas automáticamente las cámaras si no estuviésemos en período de sesiones.

6) El control de medidas coactivas sobre las comunidades autónomas.

Dentro del apartado de los controles debe incluirse también el que compete al Senado sobre el Gobierno cuando éste adopta medidas concretas para obligar a las comunidades autónomas a cumplir con sus deberes constitucionales. El artículo 155.1 de la Constitución española dispone:

Artículo 155.1: "Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otra leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general"²⁸.

Este artículo establece un doble control. El que ejerce el Gobierno sobre las comunidades autónomas disponiendo las medidas precisas para lograr el cumplimiento de sus obligaciones y el control que

²⁸ Este artículo se inspiró en el artículo 37 de la Ley Fundamental de Bonn, que dice: "Artículo 37: (1). Si un Land no cumpliera las obligaciones que la Ley Fundamental u otra ley federal le impongan respecto a la Federación, el Gobierno federal, con la aprobación del Bundestag, podrá adoptar medidas necesarias para obligar al Land al cumplimiento de dichas obligaciones por vía coercitiva federal. (2) Para la ejecución de las medidas coercitivas federales el Gobierno federal o su comisionado tiene derecho a impartir instrucciones a todos los Länder y a las autoridades de los mismos." Los actuales problemas nacionalistas que vienen produciéndose en España, particularmente en el País Vasco, han llevado al Gobierno en algún momento a considerar la aplicación de este artículo.

realiza el Senado sobre el Gobierno en cuanto valora y autoriza la adopción de tales medidas. Una disposición constitucional de carácter excepcional cuya aplicación no puede ser inmediata sino producto de la prudencia política necesaria para poder invocarla oportunamente.

III. Las Relaciones Parlamento-gobierno en la Práctica

Al igual que su función fiscalizadora del Parlamento, la potestad legislativa ha pasado al control de la democracia de partidos. Lo que ha ocurrido es que el lugar de la democracia clásica y representativa ha sido ocupado por una democracia de partidos. La persona del parlamentario que decidía por su cuenta y obraba por iniciativa propia creyendo representar a todo el pueblo, ha sido sustituida por el partido y la fracción política que decide la actividad del parlamentario, sus discursos y votaciones, al menos en los plenos²⁹.

Es sabido que toda confrontación, todo debate político, no se produce realmente entre el parlamento y el gobierno sino entre la mayoría que ocupa el poder en la sede parlamentaria y en el gobierno, y la minoría que queda en la oposición³⁰. Es lógico que aunque jurídicamente tienen facultades de control todos los grupos parlamentarios e incluso todos los miembros individuales de la Cámara, el control del Gobierno sea ejercido, en términos políticos operativos

²⁹ LEIBHOLZ, 17; ARAGÓN REYES sostiene que: "Carece de sentido, me parece enjuiciar el funcionamiento actual de nuestro parlamentarismo (de cualquier parlamentarismo, incluso) a partir de aquel modelo ideal del parlamentarismo clásico que partía del supuesto de unas Cámaras formadas por individuos enteramente libres a la hora de debatir y de votar y que concebía al Ejecutivo como una especie de comité del Parlamento enteramente sometido a las instrucciones de éste, que podía revocarlo en cualquier momento. Es muy dudoso que este modelo haya existido en cualquier momento del pasado (aun en los casos que más se le aproximaron, como fueron el de la III República francesa o el de la Alemania de Weimar), puesto que los intereses, la ideología, las "amistades políticas", etc; han operado siempre en las Cámaras imponiendo cierta disciplina a los parlamentarios". Ver ARAGÓN REYES, Manuel: "Información parlamentaria y función de control" en el colectivo: Instrumentos de información de las cámaras parlamentarias, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pág. 15.

³⁰ LEIBHOLZ al respecto es muy claro al afirmar que "La realidad política aparece ciertamente de muy distinta manera. La relación entre el Gobierno y el partido político (o partidos) del cual emana es tan estrecha, que el control del parlamento no puede desplegarse en su totalidad. Esto ocurre sobre todo cuando el Jefe del Gobierno (canciller o primer ministro) es al mismo tiempo el Jefe del partido mayoritario. Esta unión de dos cargos en una misma persona, que se produce a veces en un régimen de partidos -y a la que no debería renunciarse si no se quiere debilitar peligrosamente la posición la posición del Gobierno-conduce a la dependencia del partido gubernamental del Gobierno, como ocurre en Inglaterra, o la dependencia del Gobierno del partido que lo sostiene, o sea, de la mayoría parlamentaria". LEIBHOLZ, Gerhard: "La función controladora del parlamento en las democracias de partidos del siglo XX" en Revista del Instituto de Ciencias Sociales, Barcelona, número 6, 1965, pág. 15.

por la oposición³¹.

El funcionamiento del sistema parlamentario en la práctica depende del sistema de partidos así como de la evolución que experimenten en un futuro³². Los diputados de la mayoría parlamentaria si participan de la función de control, en las comisiones de investigación por ejemplo, es en defensa del Gobierno o bien de estudio y colaboración. Por el contrario, los partidos de la oposición sí están interesados en colocar al Gobierno en una situación política difícil o en exigirles la responsabilidad. En la práctica, la oposición apenas consigue lo primero y casi nunca lo segundo porque una mayoría disciplinada, tal como se dan en el actual estado de partidos, puede impedir todas las consecuencias de la actividad de control.

En el derecho constitucional español también es cierto que no sólo esta conformación disciplinada de los grupos parlamentarios hace difícil que el Gobierno sufra las consecuencias de la actividad de control, sino que también los constituyentes y los poderes constituidos, respectivamente, han procurado regular estas facultades parlamentarias del modo más conveniente para que el Gobierno eluda toda posible coerción³³. Estos males no son propios de la Constitución española sino en algunas constituciones de Europa continental e Iberoamérica.

Por lo que se refiere a las comisiones de investigación, sólo se crean las que la mayoría quiere. Cuando por la presión de la opinión pública se ha colado una comisión de investigación incómoda para el Gobierno, la mayoría a entorpecido después su funcionamiento. Por todo esto, las comisiones de investigación han desembocado en un instrumento más de la mayoría parlamentaria. Puede decirse que son instrumentos de control de la mayoría sobre las minorías, dada su composición proporcional a las fuerzas del Pleno, lo que nos hace presumir el resultado del trabajo a favor del Gobierno. Es más, sus

³¹ TORRES DEL MORAL, Antonio: Principios de Derecho Constitucional español..., pág. 206.

³² En España, Convergencia y Unión parece llegar a desempeñar el papel de los liberales en Alemania, al apoyar alternativamente al Partido Socialista Obrero español o al Partido Popular, según los resultados electorales. La gran diferencia es que en España esa función "bisagra" la desempeña un partido de implantación territorial, lo que genera irremediamente una gran diferencia entre las distintas comunidades autónomas. Sin embargo, la fragmentación del Parlamento, surgido de las elecciones, ofrece una oportunidad magnífica para la maduración de la democracia española. Luego de la transición basada en los pactos promovidos por Unión del Centro Democrático y el período de mayoría absoluta del Partido Socialista Obrero español, esta tercera etapa se caracteriza de nuevo por el pluralismo que vuelve a hacer necesarias las negociaciones y los pactos entre partidos.

³³ TORRES DEL MORAL, Antonio: Principios de..., pág. 207.

conclusiones no tienen más efectos que los puramente políticos³⁴.

La potestad controladora del Parlamento sobre el Gobierno existe no porque éste dependa en principio de la confianza de aquél, pues se observa que los parlamentos en el presidencialismo también controlan al ejecutivo y no otorgan confianza a ministro alguno³⁵. El control parlamentario está fundamentado por la representación popular. El problema en la práctica es que se trata más de una representación de los intereses de las cúpulas partidarias. En el seno de las relaciones Parlamento - Gobierno se introduce una férrea estructura jerárquica que descansa en la subordinación del parlamentario individual a su jefe de grupo, en la de éste a su partido y en la del partido a su líder del partido mayoritario es a su vez el Presidente del Gobierno, que ocupa la cúspide del poder³⁶.

La exigencia de responsabilidad política no es una potestad parlamentaria distinta de la de control sino su consecuencia final, sin la cual el control político queda reducido³⁷. Al respecto debemos señalar que el concepto de control no presenta un sentido unívoco, los términos "control" y "responsabilidad" no pueden identificarse, teniendo el primero un contenido más amplio que el segundo"; consecuencia de esto es la diferencia que se observa entre el control fiscalización y el de responsabilidad³⁸. En efecto, el control de ambas Cámaras sobre el Gobierno es una actividad prevista en el 66.2 de la Constitución española que se realiza de forma permanente mediante unos instrumentos específicos; la exigencia de la responsabilidad política es, por el contrario, sólo una posibilidad contingente que está reservada al Congreso y que, en caso de tener lugar, se concreta forzosamente de forma esporádica³⁹.

Si bien al Parlamento bicameral español se le confiere la potestad de control del Gobierno, únicamente el Congreso de los Diputados puede exigir su

³⁴ LÓPEZ GUERRA, Luis: Derecho Constitucional, Tirant lo blanch, volumen 2, Valencia, 1992, pág. 125.

³⁵ TORRES DEL MORAL, Antonio: Principios de..., pág. 208.

³⁶ ARAGÓN REYES, Manuel: "Información parlamentaria y función de control" en el colectivo: Instrumentos de información de las cámaras parlamentarias, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pág. 17.

³⁷ TORRES DEL MORAL, Antonio: Principios de..., pág. 208.

³⁸ ÁLVAREZ CONDE, Enrique: Curso de Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 160; GARCÍA FERNÁNDEZ, 63.

³⁹ GARCÍA MORILLO, Joaquín: "Mitos y realidades del parlamentarismo" en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, número 9, 1991, pág. 121.

responsabilidad política. Esto se encuentra de acuerdo con la regla general que sostiene que las cámaras bajas no han nacido dominando a las altas sino que se han ido imponiendo con el paso del tiempo. En el Reino Unido, la Cámara baja (Comunes) no alcanzó su preeminencia sobre la Alta (Lores) hasta recién entrado el siglo XX. Sin embargo, la Constitución dispone en el artículo 115 que el Jefe de Gobierno puede disolver la Cámara alta no habiendo ésta intervenido en su investidura.

La posición de una parte de la doctrina española explica el status questionis del control parlamentario: La polémica doctrinal acerca de si existe o no una crisis de la potestad de control de los parlamentos no puede zanjarse argumentando el descenso de posibilidades de control por la tecnificación de la legislación y la disciplina de los grupos parlamentarios; ni negativamente sosteniendo la multiplicación de los mecanismos de control que los ordenamientos habilitan. Tanto la actividad legislativa como la de control, la mayoría vencerá a la minoría y ésta debe orientar su actuación hacia donde más eficaz puede ser: hacia la opinión pública. Es decir, que existan más mecanismos de control no significa que haya más fiscalización⁴⁰.

Las actividades de control del Legislativo deben estar dirigidas al Ejecutivo, frenando el poder para llegar a oídos del electorado. Pero tal como están planteadas en la actualidad es inviable si el Gobierno fue investido con mayoría propia; cuando se da ese caso el control del gobierno es muy difícil y el papel que ostenta el Parlamento queda reducido, no por carecer de medios legales pues cuenta con los mecanismos tradicionales del parlamentarismo como son las preguntas, las interpelaciones y las comisiones de investigación. En la práctica, lo máximo que puede aspirar el control es a provocar una reacción en la opinión pública, sólo verificable en las próximas elecciones al Parlamento. Es más, las correcciones al parlamentarismo español se percibe también en la utilización de los medios de control practicables en las Cámaras. Se sigue un sistema de cupos de acuerdo con la entidad numérica de cada grupo parlamentario, ignorando la realidad consistente en que la función de control se ejerce básicamente por las minorías. Por lo tanto, es la mayoría la que cuenta con más ocasiones para formular preguntas al Gobierno.

⁴⁰ TORRES DELMORAL, Antonio: Principios de..., pág. 210.

Al margen de lo dispuesto por la Constitución, dentro del Parlamento el problema no está ligado al partido que tiene la mayoría o coalición, pues si no existiera no se podría haber formado el Gobierno. Tampoco en los partidos políticos en sí mismos, pues con su reconocimiento y desarrollo empezó la democratización de los parlamentos, sino a través del modus operandi, es decir, la férrea disciplina de estas agrupaciones producto de una lealtad incondicional al Jefe de Gobierno y a un pavor de no ser incluidos en las listas para las siguientes elecciones al Parlamento⁴¹.

IV. Los Problemas para ejercer el Control Parlamentario

La influencia del Gobierno sobre el Parlamento es muy fuerte, en el fondo se debe a la influencia de los partidos en la democracia española. La mayoría que apoya al Gobierno parece defender a éste más que a sus electores, lo que hace que la importancia del legislativo esté menguada. Además hay que recordar que el parlamentarismo español sigue las influencias correctoras del alemán, con barreras electorales y voto de censura constructivo y que el Reglamento o Estatuto del legislativo también ayuda a amortiguar la agilidad de la vida parlamentaria. Para realizar la función de control, los parlamentarios están capacitados para solicitar información al Gobierno. Sin embargo, dada la configuración actual de los parlamentos, donde estos han perdido importancia en favor de los gobiernos, la actividad de control tiende no a hacerlo caer a través de una moción de censura sino sólo a publicitar los debates a los ciudadanos. Por ello en un sistema como el actual es suma importancia los medios de comunicación de masas.

En la Constitución española se prevé un sistema de pesos y contrapesos entre los distintos poderes, pero sólo puede funcionar si hay alternancia en el poder, si ningún partido controla los principales resortes a la vez y no permanece en el poder por un período demasiado largo. En la práctica, vemos que el Parlamento no es un órgano muy fuerte por las siguientes razones:

⁴¹ LÓPEZ GUERRA, Luis: Derecho Constitucional..., pág. 156.

A) Legislativas: siendo el órgano al que originariamente se le atribuyó la facultad de legislar, hoy en día tal es el volumen de la legislación y su tecnificación que se hace imprescindible la intervención del ejecutivo en esta materia.

B) Decisorias: el Ejecutivo lo mantiene al margen de las decisiones importantes. Por ejemplo, en el caso del ingreso a la OTAN y como consecuencia de la dinámica del sistema internacional, el ejecutivo se entendió directamente con el pueblo vía referéndum marginando a los parlamentarios⁴².

C) Corporativismo: el ejecutivo se entiende mejor con los sindicatos y empresarios para llegar a acuerdos importantes; en ese sentido, ¿cómo lograr que un parlamento pueda ejercer de nuevo sus funciones de control frente a la élite de expertos y técnicos de la burocracia y de las asociaciones?⁴³. A no dudar existe una mayor probabilidad de éxito para los sindicatos y empresarios cuando tratan directamente con el ejecutivo.

D) Representativas: los parlamentarios representan en la práctica los intereses de sus partidos más que los del pueblo, y la mayoría de veces esos intereses no coinciden.

Hay que indicar que estos problemas del Parlamento español son también observables en los parlamentos de los sistemas presidencialistas iberoamericanos. Es decir, más que problemas parece que estamos ante el resultado del predominio del ejecutivo en todo el sistema político⁴⁴. En esas

⁴² "Después de la segunda guerra mundial en las democracias occidentales se ha observado una tendencia hacia la internacionalización de la vida política, cristalizada en la Organización europea supranacional de los seis y además en la Unión Atlántica de la OTAN, bajo la dirección de los Estados Unidos de Norteamérica. Esta internacionalización ha conducido a una anulación del Parlamento y a la disminución de sus derechos de control." Ver LEIBHOLZ, Gerhard: "La función controladora del parlamento en las democracias de partidos"....., pág. 27.

⁴³ LEIBHOLZ, Gerhard: "La función controladora.....", pág. 22.

circunstancias cualquier equilibrio institucional se rompe provocando un desmedido peso del ejecutivo y de su partido frente a los demás. Pensamos que si se produjera un reparto de fuerzas más proporcional entre los distintos partidos, con la ayuda de un sistema electoral más justo, con listas abiertas, los contrapesos funcionarían mejor y se produciría una mayor dispersión de poder.

Sin embargo, las listas abiertas presentan a su vez algunos riesgos. La experiencia demuestra que los miembros del Parlamento pasan de representar los intereses de su partido para identificarse con los intereses de la persona o grupo económico que les financió la campaña electoral al Parlamento. Al parecer, la representación popular que nació con las revoluciones, agrupando a personas comprometidas con un mismo ideal, con el paso del tiempo se ha ido perdiendo. Esto último se percibe también en las llamadas asambleas constituyentes. Si un partido tiene mayoría no atenderá las opiniones del resto de representantes, y si no la tiene comenzará la negociación para la aprobación de los artículos dando lugar a un híbrido texto constitucional. Profundizar más en el asunto escapa a las pretensiones de este trabajo.

Finalmente, en el marco de las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno, la exigencia de la responsabilidad política es muy difícil hacerla efectiva por las siguientes razones:

- A) La moción de censura tiene una serie de requisitos que avalan la seriedad de su presentación y que permiten comprobar que el cese del Gobierno responde a la voluntad de la mayoría parlamentaria. Sin embargo, el requisito adicional de incorporar un candidato a Jefe de Gobierno impide censurarlo en la práctica por falta de acuerdo, a la vez que en una misma institución se confunden la censura con la investidura de un nuevo Gobierno.
- B) La cuestión de confianza tal como está regulada en la Constitución española, al no servir para la aprobación de un texto legislativo como el modelo francés, y al requerirse sólo la mayoría simple para su aprobación, tiene poca utilidad. En la práctica, se proponen para que

⁴⁴ "Por una serie de circunstancias se está produciendo, incluso en los regímenes democráticos y parlamentarios un innegable fortalecimiento de los ejecutivos, específicamente de los gobiernos,(...). Ese fortalecimiento no es caprichoso. No se trata de ninguna posición doctrinal ni del deseo de experimentar una fórmula teórica, sino de un inevitable proceso con causas profundas que anidan en la complejidad de la sociedad industrial contemporánea". Ver OLLERO, Carlos: "Democracia y moción de censura en la nueva Constitución española de 1978" en Revista de Estudios Políticos, nueva época, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, número 52, 1986.

el Gobierno reafirme su política si lo cree conveniente, pero en todo caso se proponen para ganarlas.

C) La finalidad jurídica de la disolución de las cámaras legislativas es la de evitar situaciones de bloqueo institucional dentro del sistema. Un ejemplo es la disolución automática prevista en el artículo 99.5 de la Constitución española. Sin embargo, como instrumento político, tanto en España como en el derecho comparado, la disolución es utilizada con fines electorales.

V. Conclusión

La Forma de Gobierno española responde a un parlamentarismo fuertemente racionalizado cuyos rasgos se evidencian no sólo en el texto de su Constitución sino en los reglamentos de las cámaras legislativas. Consideramos que los instrumentos de control parlamentario, preguntas, interpelaciones y comisiones de investigación están mal reguladas pues limitan en vez de impulsar la actividad del Parlamento; es decir, no están alcance de las minorías sino de las mayorías parlamentarias, lo cual es incoherente dentro de un esquema parlamentarista porque los gobiernos proceden del legislativo. Los constituyentes de 1978 dotaron al Jefe de Gobierno de estabilidad política mediante mecanismos de corrección a su Forma de Gobierno; pero además, consideramos que la existencia de mayorías parlamentarias duraderas ha sido el elemento clave en la estabilidad gubernamental. Sin embargo, no cualquier tipo de mayoría promueve dicha estabilidad, notamos que el Parlamentarismo español funciona mejor por medio de alianzas, es decir, cuando ningún partido ostenta la mayoría absoluta y se ve obligado a pactar para investir a un nuevo gobierno, ya que, cuando ocurre lo contrario, el ejercicio del poder tiende por momentos a bordear posturas casi autoritarias, olvidándose del diálogo y la tolerancia hacia las minorías en todas sus acciones.

La aproximación al Control Parlamentario español nos ha mostrado que los problemas que atraviesa el derecho constitucional son similares en todas las formas de gobierno, incluso en aquellos países que han optado por modelos mixtos, como el Régimen Político peruano. En ese sentido, dado que la democracia de partidos es muy fuerte, y que será difícil combatirla en el mediano plazo, consideramos que la periódica renovación del mandato parlamentario es necesaria para evitar que un gobierno con mayoría propia ejerza el poder sin temor al control político de la oposición.

EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN EL PERÚ DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA: ¿UN DERECHO DEBILITADO O FORTALECIDO?

Por: Janeyri Boyer Carrera*

La concepción clásica de la democracia como forma de Estado se asocia ineludiblemente al principio de soberanía popular, según el cual tanto la organización como el ejercicio del poder del Estado derivan siempre de la voluntad del pueblo o pueden ser atribuidas a él. De tal manera que aunque exista una transferencia del poder de gobernar a unos representantes mediante una elección o se hayan definido las Normas Fundamentales del Estado en un texto constitucional, subsiste en el pueblo la posibilidad de revocar aquella transferencia así como de modificar o derogar la Constitución.

En este contexto, es posible vislumbrar el papel que desempeña el derecho de participación en la vida política de un Estado democrático pero, deteniéndonos en la experiencia peruana, ¿cómo se ha proyectado normativamente este derecho fundamental en el Perú?, ¿podemos afirmar que se encuentra fortalecido o más bien debilitado?. Buscaré responder estas preguntas a lo largo de la presente exposición partiendo por anotar la relevancia del derecho de participación política para un Estado democrático. Luego me detendré en el objeto y contenido esencial de este derecho así como en su relación con las libertades informativas para finalmente abordar los problemas encontrados en su regulación desde una perspectiva comparada. Las experiencias de la comunidad andina y española, serán de suma importancia en nuestro análisis.

* Docente de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. El derecho de participación política en el Estado democrático

La democracia directa o de participación se caracteriza por la identidad existente entre gobernantes y gobernados desprovista de mediación entre el pueblo y el ejercicio del poder. La democracia indirecta o de representación en cambio, transforma esta identidad en la “dualidad de representante y representado” y en la mediación de éste por aquél porque sólo la voluntad del representante vale jurídicamente como voluntad del representado¹. Así, atribuir “todo el poder al pueblo” traduce en forma extrema el principio de soberanía popular y es perfectamente aplicable como aspiración política frente a una dictadura pero el poder una vez recuperado exige una neutralización en tanto que su ejercicio sin estructuras intermedias resultaría inviable y hasta problemático.

La democracia representativa tal y como se compone en el Estado constitucional y democrático se consolida como la solución, no exenta tampoco de riesgos, al problema del ejercicio del poder². Sin embargo ante la premisa que el poder debe permanecer en el pueblo, este sistema presupone de un lado la proscripción de poderes absolutos en los representantes y de otro lado, la

¹ En: GARCÍA PELAYO, M. “El estado de partidos”. Obras completas, Tomo II, Madrid: CEC, 1991, pág. 2007. En la primera existe un ejercicio directo del poder y el régimen democrático se funda sobre la participación de los ciudadanos en el gobierno de su ciudad; la segunda se erige como un sistema de control y limitación del poder, y confía el régimen democrático a los mecanismos de transmisión del poder. Representadas como la democracia de los antiguos y de los modernos, donde la primera requiere de “ciudadanos a tiempo completo” atrofiando la economía de la pequeña comunidad y en consecuencia produciendo una sociedad deformada, y la democracia de los modernos se convierte en correctivo de esta “deformidad”. En: SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la Democracia? Taurus. Buenos Aires, 2003, pág. 207.

² Inicialmente, la representación es la técnica que ayuda a la burguesía a resolver el grave problema de “metafísica política” que tiene planteado con la Monarquía absoluta, ante la necesidad de suceder un esquema de representación “absortivo” por otro esquema de representación donde participe la burguesía, es decir el electivo. GARRORENA compendia las tesis que en este sentido plantearon Constant y Sieyès como principales aportes a la teoría de la representación. El primero, en su trabajo *De la liberté des anciens comparée a celle des modernes*, discours prononcé à l’Athenée presenta la representación como única técnica posible de participación política o libertad de los modernos en tanto permite una mayor libertad de la población para dedicarse a otras actividades económicas más importantes que la política. El segundo, en su *Dire sur le veto royal* y sobre la base del Espíritu de las Leyes de Montesquieu erige a la representación como forma de división del trabajo de donde se desprende que sólo deberían discutir de política aquellas personas que entendieran de ello. Para este autor, en todo caso, los hombres de nuestro tiempo incorporan a esta figura “el principio de conciencia social de los gobernantes, el de exigencia de elecciones libres, el de representación plural” y la gran conquista: el sufragio universal. Como herencia del liberalismo burgués legada como “pasivo” se encuentra “la mentalidad del desentendimiento” es decir de la inhibición o de la desconexión postelectoral entre el representante y los electores. En: GARRORENA MORALES, Ángel. Representación política y Constitución democrática. Civitas. Madrid 1991, pág. 54. En este mismo sentido SARTORI, indica que el problema del ejercicio del poder deja de ser la titularidad se convierte en el ejercicio del poder, “lo que cuenta, al final, más que la “ida”, es el “regreso” del poder. Si este trayecto no es vigilado, si en el proceso de transmisión del poder los controlados se sustraen del poder de los controladores, el gobierno sobre el pueblo corre el riesgo de no tener ninguna relación con el gobierno del pueblo” SARTORI, Giovanni Ob. cit., pág. 83.

ejecución del control directo por parte del pueblo sobre sus autoridades, ya sea para renovarlas mediante elecciones periódicas, para revocarlas, para modificar sus atribuciones mediante la iniciativa de reforma constitucional o para coadyuvar en el ejercicio del gobierno mediante iniciativas legislativas³. En todos estos casos no existe un poder total en el pueblo, pero resulta siendo una optimización posible.

Siguiendo la tesis de BÖCKENFORDE adaptada al Estado constitucional y democrático⁴, la legitimación democrática del pueblo respecto de sus autoridades se produce bajo tres modalidades necesariamente complementarias: funcional, orgánica y material. En la legitimidad funcional, el poder constituyente configura la estructura estatal delimitando las potestades de los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) organismos constitucionales (como el Tribunal Constitucional) y órganos de relevancia constitucional (como la Defensoría del Pueblo) e imponiendo mecanismos correctores para la invasión de funciones y el abuso del poder. La legitimidad orgánica asegura que los titulares de los cargos públicos emerjan del sufragio universal ya sea de manera directa o indirecta⁵ mientras que la legitimidad material, busca que el contenido del poder del Estado se ejecute de acuerdo con la voluntad del pueblo. En este último caso, se cuenta con la atribución de la función legislativa a órganos con representantes elegidos por el pueblo: Congreso de la República o Parlamentos regionales por ejemplo. También se instaaura la atribución de responsabilidad con las consecuentes sanciones a las autoridades que incumplan las normas: la revocación de autoridades o resultados electorales desfavorables para la organización política que ejerce el poder, ejemplifican claramente una sanción popular.

En este contexto, una primera premisa a resaltar es que el verdadero poder del pueblo consiste en escoger a quien lo gobernará (legitimidad democrática de origen) y vigilar cómo estos gobernantes ejercen el poder

³ Véase el trabajo de Manuel ARAGÓN REYES. "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución". Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 19. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, págs. 15 - 52.

⁴ BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Trotta, Madrid, 2000, pág. 56 y siguientes.

⁵ En el caso de la elección indirecta, para que ésta sea democrática se requiere que se produzca una "cadena ininterrumpida" que conduzca finalmente al pueblo. Si existe un órgano intermedio, como un colegio electoral que elegirá a las autoridades, este colegio electoral tendrá que componerse a su vez por miembros seleccionados por el pueblo. Si los miembros de aquel colegio fueran designados por alguien distinto, la elección de las autoridades no será democrática.

(legitimidad de ejercicio) ya que “cualquier régimen cuyo personal político “para controlar” es escogido a través de elecciones libres, competitivas y no fraudulentas, se clasifica como democracia”⁶. El principio democrático consiste en que el poder del hombre sobre el hombre puede ser atribuido únicamente por el reconocimiento y la investidura de otros, es decir, por el consenso popular. Este consenso es inexistente si quien debe darlo no es libre para disentir y sino proviene de alternativas entre las cuales se aplica una opción. A juicio de SARTORI, el cumplimiento de aquellos requisitos no la califica como buena o mala democracia sino simplemente como una democracia. De tal manera que si no existe igualdad o justicia social, o las entidades se encuentran en crisis, nos encontraremos con una mayor o menor “democraticidad”, pero si cumple con elecciones libres y competitivas seguirá siendo una democracia⁷.

Una segunda premisa que debo resaltar es que la participación en la vida política del Estado constituye el pilar de todo Estado democrático porque, a través de él, el pueblo: lo diseña y lo estructura (poder constituyente), elige a quienes lo dirigirán y participa como candidato a representante (derecho de sufragio), controla y sanciona el ejercicio del poder (elecciones periódicas, mecanismos de democracia directa). En suma, la participación política se erige como “la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado”⁸.

La extensión del contenido del derecho de participación política en el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos, ratifica su enorme relevancia para un Estado Democrático que se precie de serlo. Consolidada su posición en el sistema universal de los derechos humanos (art. 25 PIDCP)⁹, en el sistema interamericano, la Convención incluye a la participación

⁶ SARTORI, Giovanni... Ob. cit., pág. 193.

⁷ *ibidem*, pág. 194.

⁸ SANTAMARÍA, Alfonso. “Comentarios al Artículo 23”. En: Comentarios a la Constitución. GARRIDO FALLA,

⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 25. Observación general sobre su aplicación. “ Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”. Fernando (comp.). Civitas. Madrid, 2001, tercera edición, pág. 512.

política dentro del listado de derechos fundamentales que no son susceptibles de suspensión durante un estado de emergencia¹⁰. Así, la Corte Interamericana entiende que “dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del “ejercicio efectivo de la democracia representativa”¹¹. En el sistema europeo, el artículo 3 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, sólo recogió el derecho a elecciones libres como un compromiso de los Estados Partes a organizarlas bajo determinadas condiciones¹². Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) efectuó una construcción jurisprudencial evolutiva de la participación política específicamente del derecho de sufragio-, que pasó de ser subsumida en la “garantía institucional de elecciones libres” a ser un derecho subjetivo. Ello a partir de una lectura conjunta del Preámbulo donde se consagró la democracia como único modelo político compatible con el Convenio y del “compromiso” de organizar elecciones libres derivado del referido artículo 3. El TEDH entendió que el citado derecho es de vital importancia para la democracia¹³.

Habiendo esbozado el papel del derecho de participación política en un Estado democrático nos queda definir qué es la participación política.

2. Objeto y contenido esencial del derecho de participación política

¹⁰ Convención Americana de Derechos Humanos. Art. 27.- “Suspensión de Garantías. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención (...). 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: (...) y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.” (el subrayado es mío).

¹¹ Opinión Consultiva OC 8/87 de 30 de enero de 1987.

¹² Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 3.- “Derecho a elecciones libres. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”.

¹³ Para tener un mayor detalle de la evolución jurisprudencial del TEDH sobre el artículo 3 del Protocolo 1 del Convenio, Vid. Los trabajos de María Vicente GARCÍA SORIANO. “El artículo 3 del Protocolo Adicional al Convenio de Roma de 1950: análisis del derecho a unas elecciones libres”. Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Núm. 14/15, 1996, págs. 215-237, Javier, GARCÍA ROCA. “Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos: Art. 3P1 CEDH”. Pendiente de publicación.

Para evitar una definición del derecho fundamental que lo encasille en una determinada teoría de la Constitución como por ejemplo “derechos de libertad”, en la teoría liberal- ALEXY se decanta por un criterio formal que apunta a la forma de su positivización. Derechos fundamentales serán aquellos que la Constitución enuncia dentro del listado de derechos fundamentales¹⁴. El carácter de fundamentales que tienen los derechos no deriva de ser inherentes a ser humano, sino de la importancia capital que un sistema constitucional concede al papel que las personas pueden desempeñar en su funcionamiento, y se les atribuyen y garantizan esos derechos individuales como si les fuera inherentes¹⁵.

En toda norma que consagra un derecho fundamental subyace, al mismo tiempo, un principio y una regla. Como principios, son normas de un grado de generalidad relativamente alto, fundamentos de reglas y normas de argumentación pero en especial, son mandatos de optimización a la norma que se adscribe el principio. Y, como reglas, son normas con un nivel relativamente bajo de generalidad o normas de comportamiento. Entonces “no basta concebir a las normas de derecho fundamental sólo como reglas o sólo como principios”. Un modelo adecuado se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como principios. Ambas se reúnen en una norma de derecho fundamental con carácter doble¹⁶.

Ahora bien, junto a los derechos fundamentales como derechos subjetivos tradicionales frente al poder público aparecen los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido que afecta las tres funciones del Estado. La dimensión objetiva requiere para su optimización

¹⁴ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, pág. 6. En este mismo sentido se encuentra BÖCKENFORDE, para quien la teoría que se adopte sobre la Constitución determinará la concepción sobre los derechos fundamentales. En: BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre Derechos Fundamentales. (traducido por REQUEJO, Juan Luis y VILLAVARDE, Ignacio). Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1993.

¹⁵ BASTIDA, Francisco; VILLAVARDE, I.; y OTROS. Teoría General de los Derechos Fundamentales en Constitución Española de 1978. Madrid. Tecnos, 2004, pág. 52. Sobre concepto y doble faz de los derechos fundamentales, véase además los trabajos de: CRUZ VILLALÓN, Pedro. “Formación y evolución de los Derechos Fundamentales”. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 25, 1989, págs. 35-62. RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos Fundamentales y principios constitucionales. (Doctrina jurisprudencial). Ariel. Barcelona, 1991. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”. Revista de Estudios Políticos. Núm. 71, 1991; VILLAVARDE, Ignacio. “Concepto, contenido, objeto y límites de los Derechos Fundamentales”. En: La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente. VVAA. Vol. 1. Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, págs. 317-363.

¹⁶ ALEXY... Teoría de los derechos... Ob. cit., pág. 138.

de actuaciones concretas “que permitan el máximo desarrollo jurídico y práctico del haz de facultades comprendido en el derecho fundamental”¹⁷.

ALEXY grafica esta dimensión objetiva como una “relación triádica” donde el individuo (portador del derecho) tiene frente al Estado (destinatario del derecho) un derecho “z” (objeto del derecho). Para el contenido del derecho esto se traduce en que, de un lado, todo poder público tiene el deber positivo mediante normas o actos- de proteger los derechos fundamentales; y, de otro lado, obliga a todo poder público a abstenerse de realizar cualquier actividad que pueda resultar contraria al referido deber positivo. Si el legislador omitiera regular el proceso electoral, el acto jurídico de sufragio sería inexistente¹⁸. El funcionario público no podría impedir que otro funcionario a su cargo acuda a sufragar. Esta dimensión objetiva también incide en el contenido del derecho fundamental ya que dada la indefinición jurídica del comportamiento constitucionalmente lícito, son merecedoras de protección todas las facultades de actuación que quepan dentro del ámbito de realidad definido abstractamente en un enunciado normativo¹⁹.

El derecho de participación política es un derecho público subjetivo fundamental dada su ubicación en la Norma Fundamental peruana, que debe entenderse como “funcional”, porque está conectado con el ejercicio de una función pública y “político”, porque está vinculado a la cualidad de miembro de una determinada colectividad²⁰. Estos derechos, a los que se adscribe el principio democrático²¹ y el de igualdad de oportunidades, habilitan al ciudadano (es decir a la persona natural mayor de dieciocho años inscrita en el Registro Nacional de

¹⁷ BASTIDA... Teoría general... Ob. cit., págs. 50 y 51.

¹⁸ ALEXY... Ob. cit., pág. 240.

¹⁹ BASTIDA... Ob. cit., pág. 51.

²⁰ BIGLINO CAMPOS, Paloma. “La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal”. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 19. Madrid, 1987, pág. 95. Para otras nociones del derecho de participación política, véase los trabajos de: ZOVATTO, Daniel. “Derechos Políticos como Derechos Humanos”. En: Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina. NOHLEN, D. ZOVATTO, D. y PICADO, S. (comp.). IIDH. San José, 2001, pág. 32. BOCKENFORDE. Ob. cit., pág. 78. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”. Revista de Estudios Políticos. Núm. 71, 1991, pág. 54. AGUIAR DE LUQUE, Luis: “Artículo 23”. ALZAGA, Oscar (dir.) Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978. Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1984, volumen II, pág. 663.

²¹ Manuel ARAGÓN, señala que el derecho de sufragio además de ser un derecho subjetivo es un principio: “el básico o nuclear de la democracia o, hablando en términos más precisos, del Estado democrático”. En: “Derecho de Sufragio: Principio y Función”. Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina. NOHLEN, D. ZOVATTO, D. y PICADO, S. (comp.) IIDH. San José, 2001, pág. 92.

El derecho de participación en el Perú desde una perspectiva comparada: ¿un derecho debilitado o fortalecido?

Identificación y Estado Civil) para participar en los asuntos públicos y formar parte de la estructura del Estado y tienen por objeto la legitimación democrática del Estado y la conformación de su voluntad en esa triple modalidad funcional, personal y material²².

El principio de igualdad de oportunidades para ejercer el poder político, se extiende a todo el pueblo y “a todos los derechos que hacen posible llegar al poder político o que tienen a éste como su objeto”²³. Sin embargo, esta “igualdad democrática” es distinta al derecho a la igualdad material, por la que un derecho se atribuye a determinados sectores sociales menos favorecidos a fin de equipararlos con los más favorecidos (claro ejemplo de ello son los derechos laborales). La igualdad democrática por el contrario, es específica y estricta, se aplica a todos los ciudadanos sin excepción en su condición de pueblo político y a todos y cada uno por igual sin matices, sin graduación de mayor o menor derecho por mérito, capacidad o status²⁴. Dicho de otro modo la igualdad democrática implica identidad de trato, mientras que la igualdad de oportunidades, una desigualdad jurídica de trato a favor de colectivos en desventaja fáctica²⁵.

Un contenido mínimo de los derechos de participación política exigirá el respeto por estos principios y la “idea constitucional de elecciones” que tiene como elementos: la celebración periódica de elecciones por sufragio universal y el carácter libre y competitivo de los comicios. Esta competitividad implicará a su vez la igualdad institucional entre los concurrentes y la consecuente

²² Resulta interesante traer a colación la STC español que define el derecho de participación política como “(...) una manifestación de la soberanía popular, que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo, lo que permite concluir que tales derechos se circunscriben al ámbito de legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran, quedando fuera otros títulos participativos que derivan bien de otros derechos fundamentales, bien de normas constitucionales de otra naturaleza, o bien de su reconocimiento legislativo” (El subrayado es mío). En: STC 119/1995 del 17 de julio de 1995 (FJ.3)

²³ BOCKENFORDE. *Ibidem*, pág. 83

²⁴ *Ibidem*, pág. 93.

²⁵ Véase el trabajo del profesor Fernando REY MARTÍNEZ. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. *Ciencias Jurídicas*. Madrid, 1995, pág. 54 y siguientes.

prohibición de privilegios²⁶. Como derecho de configuración legal, la intervención del legislador resulta crucial para establecer los procedimientos para viabilizar el ejercicio de este derecho (los llamados procesos electorales) también, para las normas sobre neutralidad durante los procesos electorales aplicables a todo el aparato estatal, o aquellas relacionadas con la libertad individual como garantía para un sufragio libre que articulan la participación adicional de otros organismos del Estado como el Ministerio del Interior y el Poder Judicial. Una intervención necesaria para dotar de eficacia a la fuerza expansiva de este derecho fundamental.

3. Relación entre el derecho de participación política y las libertades informativas

Las libertades de opinión, información y expresión así como las de reunión y asociación, entendidas en este punto como “libertades públicas”²⁷, contribuyen notablemente a la consolidación del Estado democrático a través de la formación de la opinión pública. A juicio de SARTORI “el nexo entre opinión pública y democracia es constitutivo: la primera es el fundamento sustantivo y operativo de la segunda”²⁸.

²⁶ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Una visión institucional del Proceso Electoral”. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 39, 1993, pp. 63-80, pág. 67.

²⁷ Para esbozar su tesis sobre la ampliación del espectro de los derechos fundamentales conferidos a los extranjeros en la Constitución española, la profesora VIDAL construye una definición de las “libertades públicas” en tanto que es usado por dicha Carta para referirse a los derechos de los extranjeros (art. 13.1 CE). Según esta autora, el término “libertades públicas” no es utilizado en la mayor parte de las Constituciones europeas ni siquiera en el Convenio Europeo o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los únicos textos constitucionales que se ocupan del tema son el francés y el español. Surgen en Francia, como una categoría jurídica que garantiza la protección de determinados ámbitos de libertad del individuo frente al Gobierno y la Administración pero no frente al legislador. La centralidad del principio de legalidad determina que la ley sea la creadora de estos derechos porque su ejercicio se encontraba condicionado a una creación legal. En este contexto, la libertad pública no se refiere ni al sujeto ni al objeto del derecho sino a su contenido: Se refiere a lo que tiene trascendencia pública que a juicio de la autora, es una definición artificiosa. La expresión “pública”, conecta a estas libertades con la realización del principio democrático a través de la formación de la opinión pública. Luego, los derechos de reunión, asociación, libertad de información, derecho de petición entre otros, con independencia de la dimensión privada que puedan tener, tienen una vertiente estrechamente relacionada con la formación de la voluntad de la sociedad y en último término con la formación de la voluntad del Estado. En: VIDAL FUEYO, Camino. Constitución y extranjería. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, págs. 81 y 82.

²⁸ SARTORI... Ob. cit., pág. 93.

De esta manera, el objeto de los derechos de información, opinión, reunión y asociación guarda gran similitud con el objeto del derecho de participación política pero todos ellos difieren en los contenidos. Refiriéndose a la Carta peruana, la consagración de estos derechos en distintos dispositivos (libertad de expresión, opinión y difusión del pensamiento en el art. 2.4, libertad de información en el art. 2.5, reunión en el art. 2.12, asociación en el art. 2.13 y derechos de participación política en el art. 2.17) implica que los derechos constitucionales serán materia de protección por uno u otro derecho según encuentren en los alcances de sus contenidos.

También resulta interesante resaltar que el punto de encuentro entre todos estos derechos es el principio democrático que se les adscribe. La dimensión objetiva de las denominadas “libertades públicas” determinará si éstas reciban una protección reforzada del Estado durante un proceso electoral que puede ser mayor de la que tendrían frente a supuestos similares en época electoral²⁹.

Así, con relación a la difusión de proyecciones de resultados electorales una vez concluida la jornada electoral y previa a la proclamación oficial, el Tribunal Constitucional peruano³⁰ resaltó que “(...) pensar, expresarse e informarse, son derechos que tienen los ciudadanos especialmente durante los procesos electorales, pues se trata de hechos en cuya formación han contribuido los propios ciudadanos cuyos resultados interesan a todos ellos”. Interpretó además, “(...) (que) por otro lado, (...) la Constitución no garantiza el derecho a expresarse y a informarse en todo tiempo, en cualquier lugar y de cualquier manera. (...) Pero también es una verdad que los derechos a la libre expresión y a la información tienen una estructura estructural en el funcionamiento de la Democracia, ya que ésta no puede existir sin una auténtica comunicación pública libre”. (El subrayado es mío).

²⁹ AGUIAR, Ob. cit., ídem. El profesor Francisco BASTIDA sostiene que “las libertades de expresión e información reconocidas en el artículo 20 de la Norma Fundamental, han sido enunciadas de manera muy genérica pero que la Constitución ha querido otorgarles una protección jurídica preferente en determinados ámbitos vitales”. Para sustentar su afirmación recurre al F.J. 5 de la STC 157/1996 y al F.J. 15 de la STC 136/1999, donde el TC español señala que cabe duda de que cuando estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política o de reunión se les reconozca si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental que ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, “adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles “especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otros contextos habrían de operar”. En: Teoría General... Ob. cit., pág. 49.

³⁰ Sentencia de fecha 4 de abril de 2001, recaída en el Expediente Nro. 02-2001-AI/TC (Fj9).

4. El modelo peruano desde una perspectiva comparada

Lamentablemente, el Tribunal Constitucional peruano (TC) no ha efectuado un aporte decisivo para delimitar el contenido del derecho de participación política debido a las disposiciones constitucionales que confieren al Jurado Nacional de Elecciones la jurisdicción exclusiva y excluyente sobre la “materia electoral”. Sin embargo una interpretación sistemática de la Carta peruana nos puede brindar algunas luces sobre los alcances de su contenido.

La opción expresa por el modelo democrático de gobierno llevó al Constituyente a positivizar el principio democrático (art. 45 CP), a garantizar los derechos que se adscriban a él (Art. 3 CP), y a recoger el derecho de insurgencia para la defensa del orden constitucional frente al usurpador (Art. 46 CP). En esta misma línea, ha recogido distintos mecanismos de participación del pueblo en la vida política del país, partiendo por su necesaria enumeración del listado de derechos fundamentales del capítulo primero hasta dedicarles un capítulo propio (capítulo III) dentro del Título I correspondiente a los Derechos de la Persona y de la Sociedad.

La Carta peruana recogió los derechos a votar y a ser candidato en el marco de una elección popular de autoridades, de la mano de una apertura listada a las instituciones de democracia directa, considerándoseles en conjunto como derechos de participación política conforme a ley según reza su artículo 31 de reciente modificación en marzo de 2005³¹:

“Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos

³¹ El artículo 31 de la Carta peruana fue modificado por la Ley 28480, publicada el 30 de marzo de 2005.

e indirectos de su participación.

Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente.

El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad.

La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana.

Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.” (Los subrayados son míos)

En opinión de LANDA que comparto, la crisis de la democracia representativa y del Estado de Derecho cedió el paso al incremento del control popular, y en consecuencia, de los instrumentos de participación y control ciudadanos. La desconfianza ciudadana hacia sus autoridades, la desesperanza frente a la crisis económica y la violencia política fueron elementos decisivos para incrementar la confianza en la participación en detrimento de la representación³². Aunque el análisis político correspondiente excede los alcances de este trabajo, quiero resaltar que el grado de desconfianza y rechazo al defectuoso sistema democrático instaurado permitió, entre otras consecuencias, que ideologías extremistas lograran eco en amplios sectores sociales que se volvieron sensibles ante cualquier prédica violenta antisistema. En los años 80,

³² LANDA, César. “Crisis de la democracia representativa. a propósito del referéndum sobre la ley de la reelección presidencial en el Perú”. En: Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor a Pablo Lucas Verdú. (DE VEGA, Pedro y MORODO, Raúl, directores). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y servicio de publicaciones de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense, 2001, pág. 2187. Cabe señalar que cuando el presidente Alberto Fujimori disolvió el Parlamento en el año 1992, no resultó extraño que en lugar de obtener la reprobación pública, llegara a su mayor punto de aprobación popular traducido particularmente en la votación mayoritaria obtenida en el referéndum de la Carta Política de 1993. Según las encuestas de opinión, el Parlamento tenía fama de ineficiente y corrupto. Esta idea, no obstante los cambios, no ha sido superada del todo.

³³ “12. el apoyo inicial al PCP-SL también encuentra su explicación en causas históricas de nuestro país, como la escasa presencia del Estado en amplias zonas rurales, la injusticia, la inequidad, la exclusión debido a diferencias sociales y culturales, la existencia de conflictos locales y regionales y la política errada de los gobiernos hacia los sectores más pobres. 13. El proyecto ideológico del PCP-SL implicaba la destrucción del “viejo Estado” con el objetivo de construir uno nuevo, por lo tanto eran consideradas enemigas todas las personas que, de una u otra forma, representaban según el PCP-SL al “viejo Estado”. Esto se tradujo en consignas como “batir el campo”, que implicaron el asesinato de autoridades especialmente locales: alcaldes, gobernadores, tenientes gobernadores, jueces de paz.” En: Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, pág. 128 (<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>).

Sendero Luminoso³³, y recientemente, el Movimiento Nacionalista peruano³⁴, ponen en evidencia “la fragilidad de la democracia en un país como el Perú”³⁵.

La revocación de autoridades es una institución de democracia directa cuyo ejercicio grafica lo propuesto sobre el descontento con la representación en el Perú. Se revoca a las autoridades que son producto de una elección popular conforme al dispositivo constitucional (art. 31 CP). La previsión legal sólo alcanza a gobernantes municipales y regionales así como a los magistrados elegidos por sufragio universal (art. 20 LDPCC), dejando fuera del listado de autoridades revocables a los Congresistas de la República y al Jefe de Estado. En el año 1997 se realizó una consulta popular a solicitud de la población respecto de 61 alcaldes y 129 regidores; en el 2001, sobre 166 alcaldes y 462 regidores; en el 2004, sobre 187 alcaldes y 691 regidores³⁶; y, no obstante que el último proceso de revocatorias se efectuó el 17 de octubre de 2004, el Jurado Nacional de Elecciones convocó a consulta popular para el 3 de julio de 2005³⁷ y a otra, para este 30 de octubre.

De otro lado, se confiere al ciudadano el poder de revocar a sus autoridades “constantemente”. Procede la solicitud de revocatoria durante el segundo y tercer año de gobierno cuando el período es de cuatro años en el caso de las autoridades subnacionales y en el caso de los jueces de paz, es de tres años. Así los gobernantes regionales y municipales vigentes fueron elegidas el 17 de

³⁴ Los líderes del Movimiento Nacionalista Peruano, el Mayor (r) Antauro Humala y el teniente coronel (r) Ollanta Humala, han construido una organización que “sin llegar a ser masiva, ha logrado cierto implante en los sectores más pobres y marginales, principalmente entre los varios de cientos de reservistas (ex soldados, levados bajo criterios discriminatorios entre los ciudadanos más humildes: campesinos, marginales, provincianos, desocupados e indígenas), para el servicio militar diseminados por toda la geografía peruana”. VARGAS LLOSA, Mario. Payasada con Sangre. En: Diario El País, domingo 19 de enero de 2005, pág. 15. Esta organización se define como “enemiga acérrima de la oligarquía peruana”, antiimperialista, y etnocacerista. Etno: Se refiere a la etnia indígena, mayoritaria en el territorio peruano, y la única “verdadera”. Cacerista: porque el Mariscal Andrés Bello Cáceres, como tantos otros caudillos del continente, se puso al frente de un ejército de indígenas y guerrilleros para luchar contra los oligarcas de adentro y los conspiradores de la guerra con Chile en 1879. “Lo particular de este jefe militar que luego fue proclamado Presidente- era que todas las instrucciones de formación y disciplina se inspiraban en la cultura de los jefes Incas, así como las voces de mando se formulaban en quechua, rechazando de plano toda “infiltración del lenguaje centro-europeo”, como predominaba en los ejércitos de esa época. En: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=9503>. Vargas Llosa, los define como fascistas, porque propugnan la pureza de sangre de la “etnia cobriza”; que defienden el cultivo y consumo de la coca, “por ser producto primigenio del Perú ancestral”; “quieren restablecer la pena de muerte”, y han hecho público el listado de las personas que morirán fusiladas cuando tomen el poder. El 1 de enero de 2005, este movimiento capturó una comisaría en la ciudad andina de Andahuaylas, tomando de rehenes a nueve policías y apoderándose del armamento del recinto. Exigían la renuncia del presidente Alejandro Toledo. La revuelta que duró cuatro días, culminó con el encarcelamiento del cabecilla, y la huida de sus partidarios. VARGAS LLOSA, Mario. Ob. cit., ídem.

³⁵ VARGAS LLOSA, Mario, Ob. cit., pág. 16.

³⁶ Fuente: Oficina Nacional de Procesos Electorales (Perú) (<http://www.onpe.gob.pe/otrasedelecciones/otraelec05.php>).

³⁷ Véase la Resolución Núm. 012-2005-JNE, de fecha 20 de enero de 2005 que convoca a consulta popular de revocatorias. Fuente: Jurado Nacional de Elecciones (<http://www.jne.gob.pe/revocatoria2005.pdf>)

noviembre de 2003, el primer proceso para su revocación se efectuó el 17 de octubre de 2004, el Jurado Nacional de Elecciones convocó a consultas populares para el 3 de julio y el 30 de octubre de 2005³⁸, y la elección de nuevas autoridades se llevará a cabo el próximo noviembre de 2006. Este permanente cuestionamiento a las autoridades promueve el populismo para “no disgustar a la población” y se producen manipulaciones por fuerzas políticas minoritarias distorsionándose la relación entre el elector y el elegido. Si se aúna la obligatoriedad del voto a esta situación, tenemos una ecuación aritmética que resta sentido a la democracia representativa y a la directa porque la convierten en amenaza. Sin contar con la onerosa inversión estatal en sucesivos procesos electorales.

En los casos de la iniciativa legislativa ciudadana solicitada por el 0.3 por ciento de la población electoral y el referéndum pedido por el 10 por ciento del electorado nacional, cabe resaltar que están reguladas de tal manera que si se cierra la puerta de la iniciativa de ley en los debates del Pleno, se abre la ventana del referéndum para el mismo proyecto, siempre y cuando se logre recolectar el remanente de firmas de adherentes. Esta serie de “oportunidades” brindadas a la misma propuesta implica una degradación de la democracia representativa frente a la participativa ya que o se minusvalora el criterio de los representantes del pueblo para debatirla o se supone de antemano que el legislador tiene la intencionalidad de bloquear iniciativas populares.

Un fenómeno similar se produce en el resto de Latinoamérica. NOHLEN³⁹ concluye que “mientras (...) el apoyo al ideario democrático sigue alto, la satisfacción de la gente con el funcionamiento de la democracia está en su punto más bajo desde la democratización”. Según este autor, aunque la población mayoritaria no apuesta por la autocracia, la democracia representativa ha perdido centralidad cobrando vigencia la participación directa.

En la Comunidad Andina (formada por: Bolivia, Ecuador, Perú, Colombia y Venezuela), la amplitud de sus Cartas Políticas a las instituciones de democracia directa va de menor a mayor participación. Bolivia cierra las puertas

³⁸ Véase la Resolución 012-2005-JNE, de fecha 20 de enero de 2005 que convoca a consulta popular de revocatorias. Fuente: Jurado Nacional de Elecciones (<http://www.jne.gob.pe/revocatoria2005.pdf>)

³⁹ NOHLEN, Dieter: “Desafíos de la Democracia Contemporánea”. Revista Elecciones. Oficina Nacional de Procesos Electorales. Núm.2, 2003, págs. 15-17.

a estas instituciones e incluso omite reconocer a la participación en la vida política del país como un derecho fundamental consignándola en un apartado dedicado a las elecciones (art. 219 CB). Ecuador (art. 26 CEC) y Perú (art. 31 CP) optan por un listado amplio, pero cerrado y con reserva de ley para su desarrollo, mientras Colombia (art. 40 CC) y Venezuela (art. 70 CV) apuntan a una total apertura que en la práctica permite que cualquier tipo de consulta popular pueda formar parte del contenido del derecho de participación política⁴⁰.

En cambio en países europeos como España, el artículo 23 de la Carta positiva como derechos fundamentales de participación política al sufragio activo y pasivo y en el art. 9.2 reconoce el deber de los poderes públicos de facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política. Aunque la protección por amparo constitucional de la iniciativa legislativa (87.3 CE) y el referéndum (arts. 92, 167 y 168 CE) les confiere el status de derechos fundamentales, no se ha permitido su consolidación en la fortalecida democracia representativa española. Por el contrario, en los hechos han perdido su condición de instituciones de democracia directa “por la necesidad de adaptarse a la paulatina consolidación en Europa del sistema representativo”⁴¹.

En cuanto a la iniciativa legislativa, el legislador amplió el número de causales de inadmisibilidad a los límites materiales impuestos por la Constitución como medidas preventivas, fomentándose la “práctica anulación

⁴⁰ En la Constitución Boliviana, se consagra el derecho al sufragio y a ser elegido en el título correspondiente a “Sistema Electoral”, no se le considera dentro del listado de derechos fundamentales. Ello, no obstante que dispone expresamente que la soberanía reside en el pueblo. Omite hacer referencia a las instituciones de democracia directa. La Carta ecuatoriana, luego de hacer una clasificación de derechos entre civiles y políticos, determina como estos últimos a los derechos de elegir, ser elegidos, de iniciativa legislativa, “de ser consultados en los casos previstos en la Constitución” (artículo 26), fiscalizar los actos de los órganos del poder público y, de revocación de autoridades. Al igual que en el caso peruano, establece un listado cerrado de derechos de participación política. En el caso de Venezuela, el artículo 70 de la Carta dispone que “Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros”. De manera análoga, el artículo 40 de la Constitución colombiana, aunque lleva a cabo una enumeración de las manifestaciones del derecho de participación política, en el mismo listado abre la posibilidad a “otras formas de participación democrática” distintas a las enumeradas en los siete enunciados: 1. Elegir y ser elegido. 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

⁴¹ BIGLINO... “La iniciativa legislativa...”. Ob. cit., pág. 78.

de la iniciativa popular”⁴². El referéndum es de carácter consultivo (sus resultados no son vinculantes para el Gobierno) o ratificatorio (para el caso de las propuestas de modificación de estatutos de las Comunidades Autónomas), es optativo (porque se puede o no convocar a referéndum, salvo en el caso de la reforma de los Estatutos de las Comunidades Autónomas o de reforma constitucional prevista en los arts. 167 y 168 CE) e institucional (sólo puede ser solicitado por el Gobierno o las autonomías)⁴³. La trascendencia del referéndum en la sociedad española se verifica en el hecho que a la fecha y desde la vigencia de la Carta de 1978, sólo se han llevado a cabo dos consultas populares en España: la primera el 12 de marzo de 1986, para consultar sobre la permanencia del Estado en la OTAN⁴⁴ y el segundo el 20 de febrero de 2005, para consultar sobre la aprobación o desaprobación de la Constitución europea⁴⁵.

En suma, en la experiencia española se apuesta por la democracia representativa en notable detrimento de la democracia directa en sentido opuesto a la peruana.

Volviendo a la experiencia peruana en el contexto de la Comunidad Andina, no es extraño que en el citado artículo 31 el constituyente resalte la doble faz del derecho de participación política equiparando el derecho de sufragio con las instituciones de democracia directa. No obstante que el primero es el sustrato de ambas modalidades de ejercicio de la soberanía popular: directa y representativa. Tampoco lo es que el Tribunal Constitucional haya interpretado que las instituciones de democracia directa son “derechos fundamentales”⁴⁶. A juicio de la profesora BIGLINO, un concepto amplio de la participación determina que la interpretación a sus límites sea restrictiva y una concepción contraria que resalte la democracia representativa considerará a las instituciones

⁴² *Ibidem*, pág. 112.

⁴³ El artículo 92.1 de la Constitución española señala que “las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos” (el subrayado es mío), y a continuación que el referéndum es convocado por el Rey a solicitud del Presidente de Gobierno y además con la aprobación del Congreso de los diputados, constituyendo esta solicitud de convocatoria una atribución “exclusiva” del Estado de acuerdo al artículo 149. Véase además la Sección Segunda sobre las condiciones para la celebración de las distintas modalidades del referéndum de la Ley Orgánica 2/1980 de 18 de enero, sobre la regulación de las distintas modalidades de referéndum.

⁴⁴ Convocado por Real Decreto 214/1986 del 6 de febrero.

⁴⁵ Convocado por Real Decreto 5/2005 del 14 de enero.

⁴⁶ Sentencia de fecha 20 de diciembre de 1996, recaída en el Expediente Núm. 003-96-I/TC (FJ 4 y 5).

de representación directa como “excepciones a la forma ordinaria de participación representativa”⁴⁷. En este sentido, aunque cuestionable, no sorprende que la citada sentencia del TC sobre el referéndum que expulsó del ordenamiento jurídico una ley que restringía de forma desproporcionada el derecho de referéndum, utilizó como argumento central que era nula cualquier limitación al ejercicio de los derechos de participación política (art. 31 CP)⁴⁸. Tampoco sorprende que el profesor español Francisco CAAMAÑO se refiera a las instituciones de democracia directa como mecanismos correctivos de las disfunciones del sistema representativo y no como un derecho fundamental⁴⁹.

En el caso específico del derecho de sufragio, la reciente modificación constitucional que extiende su titularidad a los históricamente excluidos miembros de las fuerzas armadas y policiales constituye un paso importante para la consolidación del Estado constitucional de derecho⁵⁰, sin embargo, quedan cuentas pendientes cuyo análisis se circunscribirá a: 1. Los detenidos no sentenciados. 2. Las disposiciones de la Ley de Partidos Políticos sobre participación en procesos electorales. 3. El voto obligatorio.

1. La disposición constitucional sobre la suspensión del ejercicio de la ciudadanía circunscribe la inhabilitación a los sentenciados con interdicción, con privación de libertad o con inhabilitación expresa de derechos políticos⁵¹. Los ciudadanos cuyos plazos de detención exceden a los legalmente previstos sin haber sido procesados, o con proceso judicial pendiente sin condena, no fueron incorporados en estos supuestos. Esta suspensión se produce en el plano de los hechos porque no se les brinda las condiciones necesarias para que ejerciten sus derechos de participación política, específicamente el derecho de

⁴⁷ BIGLINO... “La iniciativa...” Ob. cit. pág. 112.

⁴⁸ Es jurídicamente cuestionable desde mi punto de vista porque una Ley formal se encuentra habilitada para efectuar dicha limitación, siempre y cuando se respete los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Considerar lo contrario, sería calificar al derecho fundamental como absoluto

⁴⁹ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. El mandato parlamentario. Congreso de los Diputados. Madrid, 1991, pág. 38

⁵⁰ Ley Núm. 28480, publicada el 30 de marzo de 2005.

⁵¹ Constitución Política de 1993. Artículo 33.- El ejercicio de la ciudadanía se suspende en los siguientes casos: a) Por resolución judicial de interdicción; b) Por sentencia con pena privativa de la libertad; c) Por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos.

sufragio. Por ejemplo, instaurando mesas electorales en los penales o recintos de detención o creando el procedimiento de voto por correspondencia.

Ahora bien, estos ciudadanos al igual que los demás ciudadanos no inhabilitados son titulares del derecho de sufragio pero son discriminados y al negárseles el acceso a las urnas, se les equipara a los condenados. Además, en un país con obligatoriedad del voto y con un escaso control de la población carcelaria, los detenidos no sentenciados se convierten formalmente en infractores de las normas electorales por “omisión al sufragio”, haciéndose acreedores a las multas correspondientes. En situación similar se encuentran los indígenas desplazados por la violencia política o los ciudadanos aislados geográficamente por la ausencia de vías de comunicación, que en su gran mayoría, adolecen del registro electoral que los habilita para votar.

2. La reciente Ley de Partidos Políticos publicada el 1 de noviembre de 2002, define a los partidos como “instituciones fundamentales para la participación política de la ciudadanía y base del sistema democrático” (art. 1 LPP). Me concentraré en la clasificación que hace del genérico “organizaciones políticas”.

La Ley optó por clasificar las organizaciones políticas en partidos políticos, movimientos y organizaciones políticas de alcance local según el ámbito de sus actividades político-partidarias en el territorio peruano y su consecuente habilitación para intervenir en los procesos electorales correspondientes⁵². Conforme a este orden, los partidos políticos se desenvuelven en el ámbito nacional y pueden presentar candidatos en toda contienda electoral; los movimientos, en el ámbito regional y candidaturas en elecciones subnacionales; las

⁵² Constitución Política del Perú. Artículo 189.- “El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación. El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados”.

organizaciones locales, en el ámbito provincial o distrital, y en cuanto a candidaturas, sólo para elecciones municipales.

Con esta clasificación cerrada se elimina la participación directa del ciudadano como candidato en el proceso electoral como si las organizaciones políticas tuvieran el monopolio sobre el derecho de sufragio pasivo (art. 35 de la CP)⁵³. Incluso para unas elecciones municipales en circunscripción distrital se exige el Acta de Constitución de una organización política, la presentación de una lista de adherentes y la conformación de un comité partidario como mínimo. Esto nos lleva a concluir que se brinda mayor importancia a la institucionalización de la organización política en detrimento de la titularidad y ejercicio de un derecho fundamental.

3. Sobre el voto obligatorio, si entendemos que la dimensión subjetiva de un derecho fundamental se caracteriza por ser “un poder jurídico de autodeterminación atribuido al individuo”⁵⁴, ¿es compatible que el ejercicio del derecho de sufragio sea libre y obligatorio al mismo tiempo?⁵⁵ o dicho de otro modo ¿el derecho de sufragio es un derecho subjetivo o algo distinto como una función pública?.

La dimensión subjetiva del sufragio comprende la facultad del ciudadano a votar (sufragio activo), o de presentarse como candidato

⁵³ Manuel ARAGÓN sostiene que la “democracia de partidos no debe sustituir por completo a la democracia de ciudadanos, puesto que si así ocurriese se estaría pervirtiendo la propia democracia, en la que como su nombre lo indica, es el pueblo la única fuente del poder” En: “Derecho de Sufragio: Principio y Función”. Ob. cit., pág. 94

⁵⁴ VILLAVERDE, Ignacio: “Concepto, contenido, objeto y límites de los Derechos Fundamentales”. La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente. VVAA. Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, vol. 1, pág. 324. Otros trabajos sobre la noción de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales: HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. (traducido por CRUZ VILLALÓN, Pedro) Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992. CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Formación y evolución de los Derechos Fundamentales”. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 25, 1989, págs. 35-62. BASTIDA, F; VILLAVERDE, I; y OTROS: Teoría General...Ob. cit..

⁵⁵ Estupendos trabajos comparados sobre la obligatoriedad del voto los encontramos en: FERNÁNDEZ BAEZA, Mario: “El Voto obligatorio”. NOHLEN, ZOVATO Y PICADO (comp.). Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina. IIDH: San José, 1995. págs. 123-139. ARAGÓN REYES, Manuel. “Derecho de Sufragio: Principio y Función”. Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina. NOHLEN, D. ZOVATTO, D. y PICADO, S. (comp.) IIDH. San José, 2001, pp 89 -103.

(sufragio pasivo) o de no hacerlo, mientras que la objetiva apunta a consagrarlo como un principio básico del sistema democrático. En este último aspecto, resalta una comprensión institucional de este derecho debido a su relación intrínseca con “efectivos ámbitos vitales que son propios del sistema democrático”⁵⁶. Si tenemos en consideración que las funciones que el sufragio cumple en dicho sistema son: producir representación, producir gobierno, ser límite temporal al poder y legitimar el Estado⁵⁷, se puede inferir que, si bien puede haber sufragio sin democracia, no puede haber democracia sin sufragio.

En palabras de ARAGÓN, en los Estados latinoamericanos la obligatoriedad del sufragio tiene como origen la sobredimensión de su vertiente objetiva en detrimento de la subjetiva, a fin de favorecer el cumplimiento de sus funciones. Esto “puede conducir paradójicamente a la excesiva limitación o incluso (...) a la desaparición del derecho en casos particulares con el argumento de que de esa manera se garantiza mejor la “función” que el propio derecho realiza”⁵⁸. En el caso peruano, el efecto recíproco de las disposiciones constitucionales sobre libertad y obligatoriedad del sufragio han permitido definir a la primera como la ausencia de coerción en la manifestación de voluntad política; y a la segunda, como concurrencia obligatoria del ciudadano a las urnas. De la misma manera, ha permitido su convivencia pacífica desde su consagración inicial en la Constitución de 1933. Lo que resulta controvertido es que la omisión al sufragio traiga consigo sanciones tan importantes como multas e impedimentos para el ejercicio de otros derechos como el de

⁵⁶ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “La Libertad de Expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales”. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 32, 1991, pág. 93.

⁵⁷ Para un desarrollo de estas funciones vid. Los trabajos de ARAGÓN REYES, Manuel. “Derecho de Sufragio: Principio y Función”. Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina. NOHLEN, D. ZOVATTO, D. y PICADO, S. (comp.) IIDH. San José, 2001, pp 89 -103; GARCÍA SORIANO, María: Elementos de Derecho Electoral. Tirant Lo Blanch: Valencia, 1999; ÁLVAREZ CONDE, Enrique. Curso de Derecho Constitucional. Tecnos. Madrid, 1996. Segunda ed. Vol 1, especialmente págs. 397 y ss.

⁵⁸ ARAGÓN, Manuel. “Derecho de Sufragio: Principio y Función”... Ob.cit. pág.98. Este autor sostiene que la base jurídica que justifica esta obligatoriedad está en la teoría que configura al cuerpo electoral como órgano del Estado, cuya consecuencia es la negación de la soberanía popular “en cuanto que introduce al propio pueblo en el seno de la personas jurídica estatal, pasando de ser el titular del poder a un mero órgano que ejerce, mediante el sufragio, una función pública y que, por ello, sólo actúa con las competencias, el modo y la forma que el poder le tiene atribuidos”, pág. 99.

contratar o de propiedad (art. 240 LOE)⁵⁹.

Inicialmente la obligatoriedad contribuyó a apuntalar la participación de los sectores sociales que fueron integrados progresivamente dentro de la titularidad del derecho -como los analfabetos o las mujeres- sin embargo, en la actualidad esta obligación no constituye una garantía para la institucionalización de la democracia como forma de gobierno⁶⁰. Por ello, los hechos parecen avanzar hacia una reforma de la Carta a fin de abolirse la obligatoriedad, pero debo reconocer que no es un tema pacífico.

En mi opinión, la liberalización del sufragio debe estar precedida de una reforma profunda del sistema educativo a nivel nacional, que puntale la formación en valores ciudadanos y un conocimiento del texto constitucional. Caso contrario, se corre el riesgo que sólo concurren a votar los sectores sociales más informados e interesados en la formación de la voluntad política del Estado -que lamentablemente constituye una aplastante minoría-excluyéndose a un sector mayoritario cuyo único enganche a un sistema democrático que le es ajeno, es precisamente el voto.

También es cierto que una democracia desprestigiada necesita de la legitimidad de origen como “una muleta” para mantenerse de pie y su presencia se ha venido asegurando con la obligatoriedad del voto bajo sanción. Sin embargo, los procesos de consulta popular relacionados de forma directa con el control de autoridades (las revocatorias) dan cuenta de una creciente participación del electorado. Estas consideraciones me llevan a concluir que es pronto

⁵⁹ El artículo 240 de la LOE dispone que los ciudadanos omisos al sufragio se hacen acreedores a la multa de Ley, que asciende al 10% de una Unidad Impositiva Tributaria, que equivale aproximadamente a ochenta y cinco euros; y, teniendo en consideración que el salario mínimo vital asciende a un equivalente de cien euros, para muchos peruanos dicha sanción es confiscatoria. De otro lado, en el artículo 390 literal b) se penaliza con prisión o multa efectiva a “Los registradores públicos, notarios, escribanos, empleados públicos y demás personas que no exijan la presentación del Documento Nacional de Identificación con la constancia de sufragio en las últimas elecciones, o la dispensa de no haber votado otorgada por el Jurado Nacional de Elecciones”. En este sentido, quien se encuentre omiso al sufragio, no podrá contratar o registrar propiedad entre otras actividades, mientras no pague la multa impuesta.

⁶⁰ Según FERNANDEZ BAEZA, en América Latina la institución del voto obligatorio es un componente del proceso de democratización del sufragio que tuvo lugar especialmente durante la primera mitad del siglo XX, y que culminó con la introducción del voto femenino en 1950 y de los analfabetos y menores de 21 años alrededor de 1970. De esta manera, la obligación de votar se constituyó en una garantía de que existiera participación electoral. De otro lado, los cambios dramáticos, sucesivos y constantes de regímenes políticos junto a transformaciones socioeconómicas extremas, motivaron una preocupación creciente por “la formalización institucional del desarrollo político”, dentro del que se encontraba la legislación electoral. De esta manera, nadie cuestionó la obligatoriedad del voto. En: FERNÁNDEZ BAEZA, Mario: “El Voto obligatorio”. Ob. cit., pág. 126.

aún para abolir por completo la obligación de votar; y, a sugerir un planteamiento intermedio que mantenga la obligatoriedad para la legitimación de autoridades y que deje al libre albedrío del ciudadano su participación en las consultas populares. Dicho de otro modo, se propone que las elecciones de autoridades sigan siendo obligatorias pero que a manera de “proyecto piloto”, el sufragio en las consultas populares sea optativo es decir, totalmente libre.

Vista la amplitud del contenido del derecho de participación política, su adscripción al principio democrático y el utilitarismo que convierte a este derecho en un medio para un fin que es la consolidación del Estado democrático, en vez de tratarlo como un fin en sí mismo, constituye una tarea imprescindible del Estado tener en consideración su doble faz cuando garantice y desarrolle estos derechos.

Una legislación profusa, difusa y hasta confusa en su lectura no es el camino idóneo para cumplir este cometido⁶¹. Un primer paso sería unificar la legislación en un cuerpo único que permita mantener unidad de criterios y principios de derecho electoral para todos los procesos electorales salvando las particularidades de la elección o consulta popular. Ahora bien, el notable incremento de las instituciones de democracia directa y su uso indiscriminado han contribuido a socavar el ejercicio de la democracia representativa aunque nacieran para corregirla e incluso, nos conduce a cuestionarnos acerca de cuánta participación soporta la democracia representativa. Esto lleva a proponer como segundo paso, una legislación que regule mesuradamente estas instituciones. Un tercer paso consistió en que los organismos encargados de tutelar estos derechos cuenten con sentencias que desarrollen criterios tuitivos y apuntalen al sufragio como derecho, más que como deber.

⁶¹ Las normas que desarrollan el derecho de participación en el Perú son: Ley 26300 de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, publicada el 3 de mayo de 1994. Restituido íntegramente en su vigencia mediante Ley N° 27520, publicada el 26 de septiembre de 2001; Ley 26486 Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, publicada el 21 de junio de 1995; Ley 26487 Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, publicada el 21 de junio de 1995; Ley 26497 Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, publicada el 12 de julio de 1995; Ley 26859 Orgánica de Elecciones, publicada el 1 de octubre de 1997; Ley 26864 de Elecciones Municipales, publicada el 14 de octubre de 1997; Ley 27539 que regula la elección de los Jueces de Paz no Letrados publicada el 25 de octubre de 2001, modificada por la Ley 28035 publicada el 23 de julio de 2003; Ley 27683 de Elecciones Regionales, publicada el 15 de marzo de 2002; Ley 27706 que precisa la competencia de verificación de firmas para el ejercicio de los derechos políticos, publicada el 25 de abril de 2002; Ley 27783 de Bases de la Descentralización, publicada el 20 de julio de 2002; Ley 27792 Orgánica de Municipalidades, publicada el 27 de mayo de 2002; Ley 27795 de Demarcación y Organización Territorial publicada el 25 de julio de 2002; Ley 28094 de Partidos Políticos, publicada el 1 de noviembre de 2003; Ley 28360 de Elecciones de Representantes ante el Parlamento Andino, publicada el 15 de octubre de 2004; Ley 28421 que modifica los artículos 23 y 29 de la Ley 26300, de los derechos de participación y control ciudadanos publicada el 17 de diciembre de 2004.

EL PROCESO EN EL ESTADO DE DERECHO

Por: Gustavo Calvino*

1. LA TRASCENDENCIA SOCIAL DEL DERECHO PROCESAL

La función actual del derecho procesal¹ adquiere trascendencia social a través de sus relevantes aportes a la denominada “administración de justicia”². Así, el proceso no sólo es el principal objeto de su estudio, sino que se erige como la contribución más eminente, conformando el sustento del respeto de la libertad y los derechos de todos los habitantes.

Reconocer la verdadera dimensión del derecho procesal a principios del siglo XXI implica necesariamente reparar en aspectos habitualmente relegados que conllevan a un indispensable cambio de visión.

De tal manera, esta disciplina debe entenderse y comportarse como un sistema de garantías integrado por preceptos constitucionales a los que responde y a la vez refleja fielmente en el procedimiento³.

El enfoque propuesto, que reivindica el papel destacado del derecho procesal, no se ha generalizado lo suficiente. No olvidemos que repetidamente se lo relega asignándole una restringida participación aduciendo que se trata de un

*Profesor de la Universidad de Buenos Aires-Argentina.

¹Para los coleccionistas de definiciones, podemos expresar que el derecho procesal es la disciplina que se ocupa de estudiar el proceso y sus cuestiones conexas —como ser los distintos procedimientos y la organización del Poder Judicial—. Es dable destacar que el concepto de acción procesal le es característico y propio, exhibiéndose como su distintivo respecto a las demás ramas jurídicas.

²No nos agrada referirnos a la justicia como una “administración” o un “servicio”, tal como corresponde en una organización como la francesa, pues en la Argentina y otros países con diseños constitucionales similares debemos hablar de Poder Judicial: se trata de un poder, ni más ni menos.

³Y dado —como se explicará más adelante— que el procedimiento es el género y el proceso la especie, es evidente que también los proyecta en éste.

mero instrumento del derecho de fondo⁴. Ello conduce a que se lo atienda inadecuadamente en los programas de estudio de muchas universidades y no se inculque entre los jóvenes -futuros operadores del sistema- una óptica profunda, moderna y pro activa de la materia.

El derecho procesal abre sus puertas al razonamiento y al pensamiento; no se trata solamente de la explicación e interpretación de normas formales que sólo dan cabida a comentaristas del articulado de los códigos. Por el contrario, notables intelectuales se enrolaron -y enrolan- en sus filas para contribuir a su desarrollo con la inteligencia y la pasión. En su legado figura una misión-para todos nosotros: aprender a pensar el derecho procesal.

Pensar el derecho procesal implica abandonar la costumbre de considerarlo como una rama abstracta, estática y circunscripta a una faceta absolutamente mecanicista, para abrir paso a una apreciación amplia por cuyo intermedio se sientan los presupuestos que debe abarcar la norma procedimental -que tiene carácter dinámico-, siempre orientada por el sendero que señala la Constitución.

Sólo de este modo comprenderemos la razón por la cual, en un Estado de Derecho -donde el poder se subordina al derecho y no al revés-, el proceso configura nada menos que el centinela de la libertad y los derechos del hombre, contrarrestando todo embate sobre éstos.

2. LOS INCONVENIENTES DE LA VARIACIÓN CONCEPTUAL

Resultando el proceso un aporte de la mayor importancia para las relaciones intersubjetivas, cabe centralizar el análisis en torno a su concepto. Sin embargo, en el derecho procesal aparece un escollo a la hora de las definiciones: el uso no unívoco de su lenguaje.

Así, podemos encontrar explicaciones completamente disímiles a medida que recorremos autores sobre lo que significan los términos más relevantes manejados por los procesalistas. Basta escudriñar lo vertido sobre

⁴Es célebre la calificación del procesalismo dada por Cónsolo como la "tomba del diritto".

jurisdicción, acción procesal, competencia o pretensión para corroborarlo. Y el concepto de proceso no escapa a esta regla.

Las causas de este obstáculo se hallan en las diversas corrientes del pensamiento procesal las cuales, según el prisma con que observan el fenómeno, ensayan sus definiciones. Así, los publicistas privilegian como punto de partida la actividad jurisdiccional, o sea al Estado en su rol de "administrador de justicia". En cambio los privatistas prefieren ingresar desde la acción procesal en lugar de la jurisdicción, con el énfasis puesto en la actividad desplegada por la persona que recurre a la justicia. Evidentemente, en más de una cuestión no es de esperar que una concepción estatista coincida con una individualista o liberal.

Cuando la carencia de univocidad se transforma en confusión merced a un pequeño paso, comienza a advertirse la utilización indistinta de palabras que en realidad representan cosas muy diferentes. El empleo como sinónimos de jurisdicción y competencia, acción y demanda o proceso y procedimiento son ejemplos que se encuentran con frecuencia.

En relación al proceso y su trascendencia social, esta cuestión merece particular atención: si se denomina proceso a algo que no lo es, la defensa de la libertad y los derechos del individuo estarán en peligro al afectarse garantías constitucionales.

Hace años que se percibe una tendencia -legislativa, jurisprudencial y doctrinaria- a deformar el proceso donde se discuten intereses privados y disponibles en desmedro de los derechos de quienes ocurren a él, rompiendo el equilibrio entre las partes y la imparcialidad e independencia que debe preservar la autoridad⁵.

Este fenómeno no sólo se observa aquí en la Argentina, sino en otros países de Latinoamérica, donde los ordenamientos procedimentales muestran confusiones terminológicas y otorgan una preeminencia al Estado sobre las partes y sus derechos sustanciales y adjetivos más allá de permitido por la Constitución⁶, sustrayendo poder a éstas para trasladarlo a aquél.

⁵Téngase particularmente en cuenta que nos estamos refiriendo al proceso —donde se verifica una relación tripartita y equidistante compuesta por dos partes con intereses antagónicos y una autoridad imparcial— y no a otras figuras procedimentales —donde hallamos una relación bipolar integrada por el peticionante y la autoridad—, como los denominados actos de jurisdicción voluntaria o el procedimiento administrativo, en ambos casos mal llamados "procesos".

Para sortear los valladares señalados, preservar la supremacía de la Ley Eminente y resguardar nuestros derechos y libertad, proponemos examinar al proceso desde un ángulo lógico que contemple todas las salvaguardias constitucionales.

3. UN CONCEPTO FUNDAMENTAL: EL PROCESO

Sería óptimo que el proceso, aporte vital de nuestra disciplina tanto a la sociedad como a la seguridad jurídica de una nación, se encontrara definido de manera clara y uniforme. Pero esto no deja de ser una expresión de deseos rayana a la utopía. Aunque no por acechar un gris panorama dejaremos de esbozar ideas a modo de contribución.

A efectos de construir una concepción lógica, es indispensable establecer un punto de partida. Conforme a lo expuesto parágrafos atrás, podemos situarlo o bien en la jurisdicción o bien en la acción procesal. Esta elección es determinante: la primera alternativa es la preferida por un Estado centrado en la autoridad y la segunda por un Estado de Derecho.

Si lo que nos interesa es estudiar el proceso en un marco republicano, nuestro punto de partida será la acción procesal. Vale traer a colación que la Ordenanza alemana de 1937 -seguidora del modelo austro-húngaro de 1895-, el código procesal civil italiano de 1940/42 y los sucesivos códigos procesales soviéticos se inclinaban evidentemente por la jurisdicción: para un estado totalitario, nada mejor para entrometerse en los derechos y libertades de los particulares que dotar de máximos poderes a los jueces que, a su vez, dependen del poder político⁷.

No es antojadiza la fijación de la plataforma de lanzamiento en la acción procesal a fin de desarrollar un concepto lógico de proceso en un Estado de Derecho, debido a su intrínseca relación con la idea de instancia. La instancia, que emana de la garantía constitucional de peticionar a las autoridades, no es otra

⁶En la Argentina, la Constitución nacional fue forjada siguiendo mayormente el modelo de la norteamericana y, por ende, incorpora el sistema dispositivo. Empero, la tradición colonial e hispánica de corte inquisitivo influye notablemente en las normas inferiores adjetivas. Como no puede ser de otra manera, las fricciones entre uno y otro sistema —que son antagónicas— se presentan asiduamente, afectando la seguridad jurídica.

cosa que el derecho que tiene una persona de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido no puede precisarse de antemano. De todas las instancias posibles -petición, denuncia, reacertamiento, queja, querrela y acción procesal⁸-, la acción procesal es la única que enlaza a tres sujetos: actor, demandado y juez o árbitro. Las restantes, sólo muestran una relación bipolar establecida entre peticionante y autoridad⁹. Ergo, exclusivamente la acción procesal constituye una instancia bilateralizada.

Mediante el ejercicio de la acción procesal se transforma el conflicto -hallable en el plano de la realidad social- en litigio -pues pasa al plano jurídico-. Ello se cristaliza con la presentación de la demanda -documento continente de la pretensión procesal- ante la autoridad que la proyecta al demandado. Acción, pretensión y demanda son términos relacionados íntimamente, pero que no deben confundirse.

Si la demanda -que debe contener una pretensión procesal- es bilateralizada por la autoridad, no sólo provoca un fenómeno único e irrepetible en el mundo jurídico como la acción procesal¹⁰, sino que además da origen a un proceso. Proceso cuyo objeto es la resolución del litigio -merced el dictado de la sentencia- y su objetivo o razón de ser es asegurar la paz social.

Necesariamente, resultando el proceso una de las variantes del derecho constitucional de peticionar a las autoridades y la única instancia bilateral, debe adecuarse a la Ley Suprema, de tal suerte que:

- 1º) Sus reglas de juego sean conocidas con anterioridad por los protagonistas.
- 2º) Las partes actúen en igualdad de condiciones.

⁷ "El juez totalitario llegó a ser un funcionario más en el mecanismo administrativo que polarizaba el Jefe de Estado. Se distinguían los jueces del Estado nacionalsocialista de los demás funcionarios por su peculiar actividad. Era el Führer quien, según las conveniencias del Estado, designaba, trasladaba o jubilaba a los jueces. Podía ocurrir que un juez fuera destituido porque al pronunciarse en algún caso hubiera éste infringido las concepciones fundamentales del Estado. No existía —no podía existir— discrepancia ni desacuerdo entre la concepción nacionalsocialista del mundo y la del jefe del Ejército o de la Administración del Reich con relación a la voluntad del Führer expresada en la ley. Añádase a esto que el Führer era el juez supremo y que el derecho por él establecido se identificaba con el derecho instituido por la comunidad del pueblo... No hace falta recordar que el nacionalsocialismo acabó por destruir en absoluto la generalidad del derecho y junto con ella, la independencia de la judicatura y la prohibición de retroactividad". Conf. a Alberto M. Justo: *La Actitud del Pueblo hacia la Judicatura*. La Ley, t. 43. Ed. La Ley, Buenos Aires, 1946, pp. 1007/1008.

⁸ Siguiendo la clasificación del eximio procesalista mexicano Humberto Briseño Sierra. El destacado profesor argentino Adolfo Alvarado Velloso subsume la querrela en la acción procesal y por lo tanto entiende que son cinco las posibles instancias.

⁹ Debe considerarse como autoridad no sólo al juez, sino también al árbitro.

¹⁰ Concepto que sólo puede explicar el derecho procesal.

3º) Las partes, cuando se trata de materia transigible, dispongan del proceso imperio del sistema dispositivo-.

4º) Se desarrolle ante un tercero equidistante, independiente e imparcial que tenga exclusivamente facultades para conectar instancias y la obligación, si llega a corresponder luego de tramitado el proceso, de dictar sentencia para poner fin al litigio.

En consecuencia, el concepto lógico de proceso debe respetar los lineamientos fijados por la Constitución a través de las garantías que confiere. De allí que entendemos que el proceso es un método de debate dialéctico pacífico que sigue reglas preestablecidas y se desarrolla entre dos partes que actúan en condición de perfecta igualdad ante un tercero imparcial, imparcial¹¹ independiente con el objeto de resolver heterocompositivamente¹² un litigio.

Siguiendo la misma tesitura, se ha entendido que el proceso es “una serie lógica y consecucional de instancias bilaterales conectadas entre sí por autoridad -juez o árbitro-”¹³. Podemos apreciar con nitidez la importancia de “instancia”, concepto fundamental en el derecho procesal al imprimirle su carácter dinámico y ser el género de la especie “acción procesal”.

De la idea lógica de proceso, se desprenden dos aspectos dignos de mención:

a) Al entenderse como serie lógica, siempre sus etapas deberán conservar su orden inalterable -afirmación, negación y confirmación¹⁴-, sin que pueda suprimirse ninguna. Cada una es el precedente de la que continúa.

¹¹Neologismo que significa que “no ha de estar colocado en la posición de parte”. V. Adolfo Alvarado Vello *Introducción al estudio del derecho procesal*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, p. 261. Werner Goldschmidt refiere que la imparcialidad no significa el no ser parte, sino una especie determinada de motivación, consistente en que la declaración o resolución se orienta en el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justo legalmente. No ser parte lo denominaba “imparcialidad”. Véase su discurso *La imparcialidad como principio básico del proceso — “parcialidad y parcialidad”*, publicado en *Conducta y norma*, Ed. Valcrio Abeledo, Buenos Aires, 1955, p. 133.

¹²En los casos en que no funciona la autocomposición, la solución de un conflicto determinado se hará a través de heterocomposición, desde que el pretendiente ocurre a la autoridad para que sentencie una vez tramitado un proceso. Fiel tanto, como el proceso es un medio de debate que busca la heterocomposición, su objeto no es otra cosa que la sentencia.

¹³Cfr. a Adolfo Alvarado Velloso: *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*. Ed. Zeus, Rosario, 2003, p. 234.

¹⁴La fase de alegación puede o no ser admitida por el ordenamiento para el trámite de un proceso determinado. Si bien caben dudas de su utilidad para ciertos casos, su supresión puede aceptarse con el fin de abreviar plazos en litigios de menor relevancia. Lo que no puede admitirse en ningún supuesto ni para ningún proceso es eliminar siquiera alguna de las tres etapas que integran la serie lógica, pues dejará de ser proceso.

b) La actividad de la autoridad durante el proceso es la de procesar. Como hemos señalado, la sentencia no forma parte de la estructura lógica del proceso desde que es su objeto. Ergo, al finalizar el proceso como tal, la actividad de aquélla es la de sentenciar. Una vez dictado el decisorio, si no media cumplimiento espontáneo de la condena, a requerimiento de interesado puede desplegar la actividad de ejecutar lo sentenciado. Esto es importante para entender la cuota de poder que debe otorgarse a la autoridad en un Estado de Derecho: el juez o árbitro deben tener -y lo tienen- todo el poder para su actividad de sentenciar, al igual que el primero para ejecutar lo sentenciado llegado el caso -el árbitro queda excluido legalmente para ejercer esta actividad-. Pero si se trata de procesar, el poder primariamente debe recaer en las partes, porque de lo contrario se desmorona la igualdad e imparcialidad del juzgador. Por tal razón no aceptamos el ofrecimiento y producción de prueba de oficio ni el impulso de oficio, pues esa actividad la deben llevar a cabo solamente las partes, nunca la autoridad, quien en el desarrollo del proceso debe limitarse -como señalamos- a conectar instancias.

Un Estado de Derecho que entienda el proceso en el sentido expuesto deberá consagrar el sistema dispositivo -y su correlato en lo penal, el sistema acusatorio- pues es el único que contiene esta estructura tripartita -actor-acusador, demandado-acusado y autoridad- dispuestos cuales vértices de un triángulo equilátero, conformando la estructura mínima indispensable. El sistema inquisitivo no responde al concepto diseñado desde que la autoridad acusa, prueba y juzga, generando una estructura bipolar donde nunca cabrá el concepto lógico de proceso, sino meramente el de procedimiento. De allí la importancia de diferenciar correctamente proceso y procedimiento, pues sólo el primero será resguardo pleno de garantías.

4. LA DISTINCIÓN ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO

En la comentada ambivalencia del lenguaje procesal se encuentra una reiterada desorientación conceptual al emplear como sinónimos proceso y procedimiento. Adelantamos que éste constituye una realidad formal -de

carácter adjetivo- y aquél una realidad conceptual -sustantiva-.

Es dable considerar al proceso como continente de garantías procesales que posibilitan la tutela judicial efectiva a través del debido proceso sustantivo. El proceso encarna la justificación del procedimiento, siendo especie dentro de su género. De allí que todo proceso contiene un procedimiento, pero no todo procedimiento resulta ser un proceso. El procedimiento puede darse en todas las instancias posibles. El proceso sólo en la acción procesal y no en las restantes instancias.

Por lo general, las constituciones apoyan la protección de su supremacía en la forma, instrumentación de garantías y seguridad que le brinda el derecho procesal. Y en este punto se aprecia la importancia de la correcta distinción entre proceso -como sistema de garantías de carácter sustantivo- y procedimiento -como abstracción formal y adjetiva-.

El proceso vela por el respeto de las garantías de las partes en un plano de estricta igualdad. Igualdad que se consolida necesariamente a través de la imparcialidad del juzgador. El derecho de defensa en juicio, entonces, se sostiene sobre un trípode conformado por las garantías constitucionales, la igualdad y la imparcialidad¹⁵.

Por consiguiente, toda pretendida asimilación positiva del proceso con los procedimientos denominados “de jurisdicción voluntaria”¹⁶ origina grietas en el derecho de defensa. Reparemos en que el aludido derecho de defensa no es patrimonio exclusivo del demandado o acusado sino que incluye también al actor o acusador¹⁷.

Se advierte en este estadio la sustantividad del proceso comprometido con la realidad social y las garantías constitucionales por un lado, y la adjetividad del procedimiento de carácter netamente formal y atemporal por el otro.

¹⁵Tan saliente como característica es la imparcialidad del juzgador, que Humberto Briseño Sierra enseñaba: “...el sentido teórico del derecho procesal se constituye con otra nota que le diferencia de aquellas disciplinas que conocen de procedimientos conflictivos no procesales, por la imparcialidad del juzgador. Conviene recordar que no importa la ubicación del proceso, de manera que no cabe pensar que el derecho procesal limitase al proceso judicial, sino que implica al proceso donde quiera se presente, bastando que el juzgador aunque sea autoridad administrativa, sea imparcial”. Conf. a “Los 'principios' del procedimiento mexicano”. Revista Procesal de México, Año 2 —1973—, N° 1, p. 32. La imparcialidad se presenta como uno de los elementos diferenciadores entre proceso y procedimiento.

¹⁶Preferimos la denominación “de competencia necesaria”.

¹⁷No debe mezclarse el derecho de defensa, género que tienen ambas partes, con el derecho de contradicción, especie que sí es propia del demandado o acusado.

5. EL “DEBIDO PROCESO”

Habiendo bosquejado un concepto lógico de proceso para un Estado de Derecho priorizando la importancia que reviste para la defensa de la libertad y los derechos de sus habitantes, marcando luego las diferencias con el procedimiento, creemos oportuno a esta altura ver su correlato con lo que se conoce como “debido proceso”.

Si bien su alumbramiento legal fue producto de un prolongado derrotero iniciado en la Carta Magna de 1215 y que concluyó con la V Enmienda de la Constitución de los EE.UU. luego de más de cinco siglos, conceptualmente encierra una idea tan simple como importante: el debido proceso es el proceso respetuoso de las garantías constitucionales. Es, ni más ni menos, el proceso que venimos explicando: el proceso es debido proceso y viceversa. No son dos conceptos distintos, sino un mismo concepto -proceso- con una adjetivación de origen histórico innecesaria pues no le quita ni le agrega nada.

Pese a lo que sostienen ciertos autores publicistas, no aceptamos dos estadios o niveles diferentes de proceso, uno rotulado como proceso propiamente dicho y otro denominado debido proceso, pues esto no tiene otro significado que intentar justificar un pseudo-proceso violatorio de la Constitución nacional, tal como aparecen legislados en códigos o normas procedimentales inferiores en muchos países de Latinoamérica.

Si hacemos referencia a “debido proceso”, tendríamos que mencionar un “indebido proceso”, lo que no resulta razonable. Por tal fundamento, el proceso es uno solo sin interesar la adjetivación que se le agregue. O respeta a rajatabla los derechos y garantías consagrados en la Constitución, resultando consecuencia de ello la observancia de los pilares que mencionamos - pacificación y derecho de defensa- o no es proceso.

6. COROLARIO

Imaginemos por un instante un Estado cuyo ordenamiento jurídico

consagra todo tipo de derechos y garantías a favor de sus habitantes, pero no el proceso. Ante la menor afectación de aquéllos, no habrá forma de hacerlos valer, por lo que todos los derechos y garantías serán letra muerta.

Las reflexiones vertidas buscan alertar no sólo sobre la relevancia del concepto y su inconfundibilidad con el procedimiento, sino ofrecer algunas bases para su análisis a fin de responder un interrogante: ¿consagran nuestras normas procesales un verdadero proceso?

En algunos rincones de Latinoamérica soplan vientos esperanzadores que van abriendo paso al sistema acusatorio en la legislación adjetiva penal. Aunque, vaya paradoja, apenas una brisa se percibe en materia civil¹⁸. Peor aún, se insiste en reforzar un sistema que ha sumergido en crisis permanente a la administración de justicia toda. Se prefiere continuar en el fracaso a debatir ideas.

Ya llegarán los tiempos de cambio. Un gran avance se verificará cuando veamos en el proceso un bastión de la libertad y los derechos, exigiendo que el Estado lo garantice a todos sus habitantes.

¹⁸ Como la idea de gestar un código procesal civil modelo panamericano. Algunos de sus aspectos se debatieron en la Universidad Católica Santa María de Arequipa en las Jornadas Preparatorias Peruanas para el XX Encuentro Panamericano de Derecho Procesal a realizarse en Santiago de a fines de agosto de 2007, organizadas por CAE Juris AQP y EGACAL, donde se sumaron muchas voces a favor de la adopción de un sistema dispositivo.

LA PROPIEDAD INMOBILIARIA URBANA

Por: Javier Rodríguez Velarde*

Este artículo pretende analizar la formalización de la propiedad urbana, considerando las distintas implicancias jurídicas, cuando un propietario de un predio urbano no cuenta con título de propiedad, o cuando teniendo título dicha propiedad no se encuentra inscrita en los Registros Públicos y se tenga que tramitar la primera inscripción de dominio, o las situaciones de desmembraciones, acumulación o rectificaciones de área, etc.

I.- SEGURIDAD JURÍDICA

Uno de los mayores problemas que vivimos los peruanos es la falta de seguridad jurídica en materia de propiedad.

Ya en tiempos bíblicos proteger lo propio ha sido la principal preocupación del hombre. Abraham salió en busca de la tierra prometida, porque en su urbe natal ya no había terrenos sobre los cuales enseñorear. En Roma, la noción de propiedad tenía una raigambre religiosa (como todo en la antigüedad), pero afianzó los cimientos de su floreciente civilización, sobre la base de este respeto hacia los linderos. Igualmente ocurrió en Inglaterra, donde durante la Ilustración no se teorizaba sobre el concepto de propiedad, puesto que se daba por entendido: como el respeto por lo ajeno.

* Docente Principal de la Facultad de Cs. Jurídicas y Políticas
Doctor en Cs. Humanas: Derecho
Doctor en Derecho
Notario de Arequipa

Nuestra "tradición" legal ha ido por la senda contraria. Y, "nuestro" tradicional concepto de propiedad ha sido tan relativizado, que "nuestro" Derecho no nos da la protección que debiera. La principal función de los gobiernos es la de evitar que la turba lo asalte, mate o robe. Si un individuo no puede hacer valer su natural derecho frente a las pretensiones ilegítimas de los demás, no puede hablarse ni de estado de derecho ni de justicia, ni mucho menos de seguridad jurídica.

La intervención de los Notarios en el derecho de propiedad es precisamente para dar SEGURIDAD JURIDICA a los actos jurídicos que tienen que ver con la propiedad inmobiliaria, garantizando que éstos contratos produzcan certeza y veracidad.

Sin embargo muchas veces el Estado por razones políticas, y basados en principios sociales pone en riesgo la seguridad jurídica, al permitir que determinados contratos se celebren utilizándose los llamados formularios registrales (FOR) o la utilización de contratos privados con firmas legalizadas notarialmente, dejando de lado la escritura pública.

Vamos a revisar muy brevemente algunas secuencias jurídicas, que considero deben modificarse o en todo caso estudiarse algunos cambios.

II.- LA INMATRICULACION EN LA PROPIEDAD URBANA

El Proyecto de titulación e inscripción de propiedades prediales en Registros Públicos se realizó entre Octubre de 1997 y Febrero de 1998 con el nombre de "Plan Nacional de Formalización". El Banco Mundial fue convocado por el Gobierno del Perú para financiar y brindar soporte técnico a la ejecución del Proyecto. El Convenio de Préstamo y el Acuerdo del Proyecto se firmaron el 04 de octubre de 1998. El Proyecto Derechos de Propiedad Urbana (PDPU) inició sus actividades en el mes de marzo de 1999, dentro del marco del Convenio de Préstamo N° 4384-PE. El Proyecto es administrado por la Unidad Ejecutora 2 de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal - COFOPRI, participando además el Registro Predial Urbano - RPU como entidad coejecutora.

1. Objetivo del Proyecto

El objetivo fundamental del PDPU es generar un sistema que asegure a los pobladores de posesiones informales, el acceso a derechos de propiedad que gocen del reconocimiento del Estado y de la sociedad y que sean sostenibles en el tiempo. Uno de los principales beneficios es que la seguridad legal sobre la propiedad urbana contribuirá a mejorar los niveles de vida de los pobladores. Con ello también se busca fortalecer a aquellas organizaciones estatales responsables de ejecutar el programa a través de mejoras en el marco legal e institucional, entrenamiento de su personal y el desarrollo de estrategias de largo plazo y apoyar a la COFOPRI y al RPU en el Plan Nacional de Formalización de la Propiedad Urbana.

El PDPU contempla como principal actividad el establecimiento del Plan Nacional de Formalización originalmente en ocho importantes ciudades del país. El Plan Nacional abarca, en principio, las ciudades de Lima, Piura, Chiclayo, Trujillo, Chimbote, Huaraz, Iquitos y Arequipa, ampliadas a partir del 08 de junio del 2001 el Banco Mundial autorizó al Proyecto a incluir los departamentos de Ayacucho, Ica, Junin, Moquegua, Tacna y Ucayali, incluyendo inversiones en equipamiento, mobiliario, adecuación de oficinas, personal profesional, técnicos y de apoyo, capacitación y entrenamiento; así como sistemas informáticos adecuados al proceso, catastro y mapeo, entre otros.

Así mismo, el PDPU contempla los aspectos organizacionales que han permitido a ambas instituciones coejecutoras ejercer una adecuada administración en todo el país y que incluye un conjunto coherente de medidas. En resumen, el PDPU se ha hecho el compromiso de incorporar al circuito legal y económico las propiedades de aquellos sectores que habían estado excluidas por una razón de informalidad. El PDPU contribuye en el proceso de generación de un nuevo sistema de Derechos de Propiedad, que va más allá de la sola formalización.

2. Beneficios de la Formalización

Entre los beneficios del proceso de formalización a cargo de COFOPRI y el RPU y apoyado por el Proyecto, tenemos los siguientes:

Seguridad jurídica: La formalización permite garantizar que los derechos de propiedad sean incuestionables.

Herencia familiar: La formalización de la propiedad garantiza que los propietarios puedan dejar en herencia a su familia el patrimonio e inversión que han logrado acumular. De otro lado, la generación de procedimientos simplificados de formalización permite a su vez realizar independizaciones a bajos costos, proporcionando soluciones de vivienda a muchas familias que construyen en segundos pisos y en áreas libres de las viviendas de los padres.

Eliminación de conflictos: La formalización de la propiedad elimina conflictos a distintos niveles: entre el asentamiento como colectividad frente a terceros (otros asentamientos y en algunos casos titulares de derechos de propiedad privados), pero también al interior del mismo asentamiento. Los conflictos por la indefinición de linderos se resuelven en el proceso de formalización, de acuerdo a procedimientos legales que privilegian la posesión.

Incentivo a la inversión: El propietario que recibe un título de propiedad con todas las garantías sabe que no será desalojado y, por tanto, amplía sus fronteras de inversión. No sólo se preocupa por mejorar las condiciones de su vivienda, sino que también invierte en servicios públicos y acciones de salubridad que mejoren el valor de su vecindario. Desde otra perspectiva, las empresas proveedoras de servicios públicos reciben un impacto positivo de la formalización: por un lado, reducen el riesgo de las inversiones en servicios públicos si la propiedad se encuentra saneada. Asimismo, puede aprovechar la información generada durante los procesos de formalización

(planos, información topográfica y de campo) para mejorar sus instrumentos de planeamiento. El resultado final será la reducción del costo de las inversiones que redundará en la reducción del costo de los servicios a los usuarios.

La formalización supone darle a la propiedad no solamente un valor de uso sino también un valor de intercambio: Los títulos formalizados elevan el valor de mercado de las viviendas que pueden ser transadas sin restricciones. La seguridad legal que ofrece la propiedad formalizada permite que ella pueda ser utilizada para cumplir el requisito de garantías hipotecarias o, simplemente, el de garantía genérica e incluso el de domicilio, exigido en las diferentes operaciones de crédito a las que pretenda acceder el propietario formalizado. Los beneficios de los títulos de propiedad demuestran por su sólo mérito la permanencia en el predio y su ánimo de continuidad. La identificación de un domicilio estable que facilite la cobranza constituye un elemento básico para la provisión de créditos.

III.- INMATRICULACION CON INTERVENCION NOTARIAL

1. ALCANCES.

La Ley N° 27157 (Ley de Regularización de Edificaciones. Del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, permite que los Notarios puedan tramitar la PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y TÍTULOS SUPLETORIOS, como procedimientos de inmatriculación de propiedades inmuebles urbanas, que por primera vez se inscriben en Registros Públicos, lo que se rige por las disposiciones de dicha ley, por lo establecido en la ley Nro. 27333 y supletoriamente, por lo dispuesto en la Ley N° 26002, Ley del Notariado y en la Ley N° 26662 Ley de Competencia

Notarial en Asuntos No Contenciosos.

El 6 de Noviembre del 2006, se promulga el TUO del Reglamento de la Ley 27157 mediante el D.S. No. 035-2006-VIVIENDA, que ha introducido algunas modificaciones que las analizaremos a continuación:

2.- TRÁMITE NOTARIAL DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA INMOBILIARIA.

El procedimiento de declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio, previsto en el Artículo 21 de la Ley N° 27157, se tramitara exclusivamente, ante el Notario de la provincia en donde se ubica el inmueble, verificándose el cumplimiento de los requisitos establecidos en el primer párrafo del Artículo 950 del Código Civil, debiendo acreditar ser poseedor en calidad de propietario de un predio urbano, sin tener título auténtico, por más de 10 años, en forma pacífica, pública y continua, de acuerdo con el trámite siguiente:

A.- SOLICITUD.- Se presentará una solicitud con firma de letrado, en la que se precisará lo siguiente:

- Identificación del propietario solicitante, indicando su nombre completo, DNI, estado civil, domicilio, ocupación.
- Identificación del predio: ubicación, área y linderos.
- Fecha y forma de adquisición.
- Tiempo de posesión continua.
- Nombre y dirección de los colindantes.
- Certificado Municipal de registro de posesión o propiedad.
- Certificado Literal si el predio está inscrito o negativo de inscripción.
- Declaración de 3 a 6 testigos mayores de 25 años.
- Otras pruebas que se consideren necesarias.
- Si el terreno está edificado además se presentará:

- o Formulario Registral.
- o Planos de ubicación y perimétricos con coordenadas UTM.
- o Certificado de parámetros urbanísticos.
- o Informe técnico del verificador.

B.- NOTIFICACIONES.-

- A la persona que le transfirió el derecho de propiedad.
- A los propietarios de predios colindantes.
- Al titular registral.

C.- PUBLICACIONES.-

- Se publicarán tres avisos con intervalos de 3 días en los diarios El Peruano y en otro de mayor circulación del lugar del inmueble.

D.- CARTELES.-

- Se colocarán carteles en el inmueble, en un lugar visible.

E.- ANOTACIÓN PREVENTIVA.-

- Se solicitará siempre que el predio se encuentra inscrito, debiéndose presentar copia legalizada de la solicitud.

F.- ACTA DE PRESENCIA.-

El Notario se constituirá en el inmueble y dejará constancia:

- Descripción y características del inmueble.
- Manifestación o dicho de los colindantes.
- Declaración de los testigos.

G.- ACTA NOTARIAL DECLARATIVA.-

Vencido el plazo de 30 días sin que se haya producido oposición alguna, el Notario dará por finalizado el procedimiento levantando

un acta donde constará la evaluación de las pruebas y los actuados, y de haberse acreditado la posesión pacífica, pública y continua por más de 10 años, declarará la prescripción adquisitiva de dominio a favor del solicitante.

El acta se protocoliza y se incorpora al Registro Notarial de Asuntos no Contenciosos.

H.- INSCRIPCIÓN REGISTRAL.-

El Notario expedirá partes de la escritura de declaratoria de la prescripción adquisitiva, siendo título suficiente para la inscripción de la propiedad en el Registro de Predios y para la cancelación del asiento registral del anterior propietario de ser el caso.

I.- OPOSICIÓN.-

Cualquier persona puede oponerse al presente procedimiento, por escrito y hasta antes de emitirse el acta notarial que pone fin al procedimiento.

El Notario suspenderá el procedimiento, y dentro del plazo de 3 días deberá remitir todo lo actuado al Juzgado Especializado en lo Civil de turno, donde se adecuará el procedimiento a las normas del CPC.

3.- TRÁMITE DE LA FORMACIÓN DE TÍTULOS SUPLETORIOS

El propietario de un inmueble urbano que adquirió el dominio por contrato de compraventa, donación, herencia u otra forma legal y que lo posea por más de 5 años en forma pacífica, pública y continua, puede solicitar la formación de títulos supletorios para la primera inscripción de dominio.

Requisitos naturales:

- a.- Ser propietario de un inmueble urbano.
- b.- Que dicha propiedad haya sido adquirida por transferencia de su anterior propietario o sus respectivos sucesores.
- c.- Que el predio no se encuentre inscrito en Registros Públicos.
- d.- Tener la posesión pública, pacífica y continua por más de 5 años.

Trámite y procedimiento:

Presentada la solicitud con firma de letrado, el Notario le dará el mismo trámite previsto para la prescripción adquisitiva.

4.- TRANSFERENCIAS DE DOMINIO

El mayor número de transferencias de dominio de propiedades urbanas, proviene de la compraventa.

El contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, sin embargo para poderlo inscribir en Registros Públicos, se requiere de una de las siguientes formas:

- a.- Escritura pública.
- b.- Formulario Registral con firma legalizada por Notario.
- c.- Documento privado con firmas legalizadas por Notario (caso de la intervención de las Instituciones Bancarias).

En el primer caso la escritura pública es un instrumento público otorgado por un notario, quien garantiza la seguridad jurídica del contrato dando certeza y veracidad del acto jurídico celebrado.

El formulario registral creado por la Ley No. 27755, establece en su Art. 7 que toda inscripción en los Registros Públicos se realizará mediante escritura pública o el FOR (Formulario Registral) siempre que el inmueble tenga un valor menor de 20 UIT. Este formulario contiene la formalización de un contrato y que con la legalización de firmas por notario es suficiente título para inscribir la transferencia de dominio.

La utilización de formularios registrales expone a sus otorgantes a la falta de seguridad jurídica del acto jurídico celebrado, con muy malos resultados, con fue el caso de la transferencias de dominio de vehículos, que llegó al extremo de ser insostenible, y que con acierto se tuvo que modificar el sistema promulgándose el D.S. No. 036-2001-JUS que dispone que toda transferencia de propiedad de vehículos automotores se formalizará mediante ACTA NOTARIAL protocolar que se incorpora al Registro Notarial de Bienes Muebles Registrables, y establece que el trámite de inscripción Registral de toda transferencia vehicular deberá ser efectuada por el Notario o sus dependientes registrados.

Lo mismo ha sucedido con los Formularios Registrales creados por la Ley No. 28677 Ley de la Garantía Mobiliaria, que prácticamente ha sido modificada por el D.S. No. 12-2006-JUS que da seguridad jurídica a bajo costo al crear el FORMULARIO DE INSCRIPCIÓN, como instrumentos protocolar, que en la práctica resulta un ACTA NOTARIAL protocolar, similar a la Acta de Transferencia vehicular, con cuyo traslado notarial (partes notariales) es suficiente para su inscripción registral.

Igual situación sucede con los contratos privados celebrados por las Instituciones Bancarias, que conforme lo dispone el Art. 176 de la Ley No. 26702 (Ley General del Sistema Financiero) pueden inscribirse en Registros Públicos si su monto no supera las 40 UIT.

5.- ACUMULACIÓN O SUBDIVISIÓN DE UNIDADES INMOBILIARIAS

Para la acumulación (propietario de dos predios colindantes) o la subdivisión de terrenos urbanos, (independización) que significa abrir una partida por cada unidad resultante de una desmebración de terreno con o sin construcción, se puede optar por uno de los siguientes procedimientos:

- a.- Presentación del Formulario Registral, con certificación notarial.
- b.- Escritura pública.

En estos casos no es necesario ningún trámite administrativo, municipal o de cualquier otra clase.

De acuerdo con el Reglamento es necesario acreditar los siguientes requisitos:

- a.- Que el predio se encuentre inscrito en Registros.
- b.- Rogatoria expresa con firma legalizada
- c.- Acompañar Resolución Municipal que aprueba la sub división
- d.- Planos y código catastrales de cada una de las unidades desmebradas.

Tratándose de predios rurales bastará la presentación del FOR certificado por Notario y adjuntarse planos y código catastral de las unidades desmebradas.

6.- SANEAMIENTO DE ÁREAS Y LINDEROS

Según el Art. 13 de la Ley No. 27333, cuando sea necesario determinar el área, linderos y medidas perimétricas del terreno o cuando existan discrepancias entre el área real del terreno, sus medidas perimétricas y/o linderos con los que figuran en la Partida Registral, éstas podrán determinarse o rectificarse de acuerdo con los siguientes procedimientos:

- 1.- Por escritura pública.- Cuando existe mutuo acuerdo entre el propietario y los propietarios de todos los predios colindantes.
- 2.- Procedimiento notarial de saneamiento de áreas y linderos, que se sigue ante el Notario de la provincia donde se ubica el inmueble, y está sujeto a las reglas procesales previstas en la Ley No. 27157 y su reglamento TUO aprobado por D.S. 035-2006-VIVIENDA.

Se establece que si el área real es superior a la registrada, se deberá presentar obligatoriamente un certificado registral de que la mayor área no se superpone a otra registrada.

- 3.- Procedimiento judicial.- Se puede recurrir a la vía judicial para determinar o rectificar las áreas o linderos de predios, siguiendo el procedimiento previsto en el Art. 504 del CPC.

De todo lo analizado, podemos proponer las siguientes sugerencias:

PRIMERA.- Con el objeto de priorizar y prevalecer la seguridad jurídica sobre los costos sociales, debe modificarse el sistema de inscripción registral de las propiedades inmuebles, manteniendo un mismo procedimiento para inscribir predios urbanos y rústicos, dando la exclusividad de estos trámites a los Notarios, tanto para su adquisición, para la formación de títulos supletorios, la prescripción adquisitiva, independización o sub división, acumulación de predios y saneamiento de áreas y linderos.

SEGUNDA.- Para la primera inscripción en registros públicos de predios inmuebles sean urbanos o rurales deberá tramitarse previamente ante las Municipalidades Distritales la aprobación de una Urbanización, Asociación de Vivienda, Pueblo Joven, Pueblo Tradicional, Asentamientos Humanos, etc. tal como se hace en la actualidad con las habilitaciones urbanas.

De esta manera primero se inscribe en Registros Públicos en forma obligatoria, toda Urbanización , Pueblo Joven, Asentamiento Humano, etc. siendo suficiente para su inscripción la Resolución Municipal y los planos respectivos.

TERCERA.- Toda inscripción de propiedad de los lotes aprobados por la Municipalidad, será por ACTA NOTARIAL PROTOCOLAR de adjudicación o compraventa que le otorga la Asociación de Vivienda, la Urbanización o entidades gubernamentales autorizadas.

El Notario otorgará el acta siempre que la propiedad se encuentra inscrita en Registros Públicos y de acuerdo al área y linderos señalados en la Partida Registral.

El trámite de inscripción lo hará directamente el Notario empleando los partes electrónicos transmitidos a Registros por internet.

CUARTA.- Toda transferencia de inmuebles debería efectuarse mediante ACTA NOTARIAL protocolar si el valor del inmueble no supera las 20 UIT, y por ESCRITURA PÚBLICA si su valor fuera mayor.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Por: Ramiro Valdivia Cano*

EJECUCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA

ARTÍCULO 2106.-

La sentencia extranjera que reúna los requisitos establecidos en los artículos 2102, 2103, 2104 y 2105 puede ser ejecutada en el Perú a solicitud del interesado.

La globalización es un proceso mundial que tiene connotaciones de todo tipo. Debido a este proceso es cada vez mayor la interacción entre unos lugares y otros, por alejados que estén. Es, sin duda, un proceso de intensificación de relaciones políticas, culturales, sociales económicas. Y, notoriamente, de relaciones jurídicas; todo lo cual conduce a la globalidad.

La consecuencia de la globalización es la sociedad mundial, la civitas magna; que, a su vez, implica mayores relaciones internacionales, movimiento continuo de personas, bienes y capitales de un país a otro, adopción de hábitos y culturas extranjeras, etc. Es cierto que determinados efectos de la globalización tienen consecuencias con altos costos, tanto económicos como políticos, para determinados sectores o países. Ellas incluyen una intensificación de las relaciones de dependencia de los países periféricos hacia los centrales, la

*Profesor de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa

necesidad de inversiones extranjeras y aperturas mercantiles en territorios de los países de menores recursos. Estas condiciones, a su vez, implican devastadoras consecuencias en los países donde las condiciones son impuestas: desempleo, repatriación de las ganancias, debilidad en las instituciones del Estado, entre ellas la independencia del Poder Judicial, etc. A este respecto, se llega a pretender que las empresas multinacionales se desliguen --mediante la fragmentación del proceso productivo y otros mecanismos-- de toda responsabilidad.

Se hace evidente la tendencia de los juzgados y tribunales a asumir la consideración de las consecuencias internacionales que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma;...aunque no sea razonable que, en virtud de las posibles consecuencias que deriven de un fallo, pueda interpretarse arbitrariamente el ordenamiento jurídico.

Pero, mientras los implicados no estudien el problema con objetividad, no se puede emitir un juicio de opinión acerca de si la globalización es buena o mala, menos aún, incurrir en generalizaciones que devendrían rayanas en la frivolidad. Lo que es irrefutable es que la globalización es una realidad arrolladora que cada vez cobra mayor fuerza y que si los Estados, instituciones y personas no toman las debidas previsiones, esta fuerza puede traer consecuencias locales funestas.

Entre el sistema de inexecución absoluta y el de ejecución plena e inmediata, el Código Civil Peruano ha optado por uno intermedio: el de reciprocidad y ejecución amplia. Conforme a este sistema, la sentencia extranjera puede tener efecto extraterritorial de ejecución, siempre que exista la garantía de reciprocidad, legislativa o diplomática; la garantía que haga efectivo que pronunciamientos de los tribunales peruanos de igual índole serían aceptados en idénticos términos en el país de origen de la sentencia.

Se critica este sistema en el sentido que el Derecho Internacional Privado no puede descansar exclusivamente sobre la base de la reciprocidad, sea legislativa o diplomática; y, a fortiori, en una institución como el *exequátur*.

La reciprocidad es una técnica legislativa que puede ser aplicada a determinados casos, pero que no puede convertirse, por su fijeza o generalidad,

en un sistema jurídico de carácter legislativo o diplomático. Ello en el campo forense restringe notablemente la acción del Derecho Internacional Privado y puede dar pie a que se le considere como la legitimación de un acto de represalia de los Estados. Serían los justiciables quienes tendrían que asumir las consecuencias de un sistema tal, en el terreno del dominio privado. Se achaca al sistema de la reciprocidad el estar fundado en el recelo y la desconfianza.

Pese a las críticas, el sistema se encuentra consagrado bajo la forma legislativa en los artículos. 2102 y 2103 del C.C. El primero establece el principio de reciprocidad; y el segundo, la reciprocidad negativa. Este sistema está asociado al de poder de revisión, mediante el cual la autoridad jurisdiccional nacional rechaza las sentencias procedentes de países en los que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos. Están comprendidas en la regla de inejecución absoluta las sentencias que proceden de países en los que se revisa, en el fondo, los fallos de los tribunales peruanos. El Código Civil abraza simultáneamente el sistema de ejecución amplia. La sentencia extranjera produce en el Perú sus efectos, previo el procedimiento del exequátur. Dentro de este sistema se necesita que se haya cumplido ciertos requisitos considerados como esenciales en lo que se refiere a la seriedad y regularidad internacional del acto.

El efecto de fuerza ejecutiva conferido a la sentencia extranjera entraña la necesidad de ejecutar plenamente la sentencia en la forma en que ha sido ordenada por la autoridad jurisdiccional extranjera, previo el pronunciamiento del exequátur. Supone ello el empleo de la fuerza pública, si es necesario, para dejarla completamente cumplida. Mediante este efecto es posible ejecutar en forma compulsiva la parte dispositiva de la sentencia. Así, se pondrá embargar en Arequipa los bienes muebles que se encuentran en este territorio con fecha posterior a la del pronunciamiento del fallo extranjero; realizar, con el concurso de la fuerza pública si fuese necesario, la entrega de los bienes, que hubiesen sido determinados y que se encuentren en tales condiciones o bien podrán ser estimados en dinero dichos bienes cuando ellos no hayan podido ser habidos. De la misma manera podrán ser vendidos dichos bienes en pública subasta y producir, dicha sentencia extranjera, hipoteca judicial sobre los bienes del deudor.

Discutir el fundamento de la eficacia extraterritorial de las sentencias

extranjeras es referirse al fundamento del Derecho Internacional Privado; y dejar establecido que el Derecho Internacional Privado no es una rama del Derecho Civil. En este orden, existen dos grupos definidos de teorías para justificar la aplicación del derecho extranjero: Las teorías extra-jurídicas que comprenden la cortesía internacional o comitas gentium y la reciprocidad; y las teorías jurídicas que, a su vez, comprenden la teoría del respeto de los derechos adquiridos, la de la comunidad jurídica internacional y la de la justicia internacional.

Sea cual fuese el fundamento, la globalización jurisdiccional, la necesidad de justicia global, se hace irreversible y es el momento de enfrentar el fenómeno y tornarlo a favor de los intereses del hombre.

TEORÍAS EXTRA- JURÍDICAS:

1) La teoría de la comitas gentium o cortesía internacional.

Esta teoría tiene su fundamento en las consideraciones que se tienen los Estados entre sí para permitir la aplicación del derecho extranjero como propio. Está basada, por consiguiente, en el principio de la comitas gentium o cortesía internacional que cubre vacíos del Derecho pero no lo reemplaza puesto que ser cortés es más que todo una obligación de la sociabilidad de los pueblos, a lo sumo de carácter moral, pero nunca una obligación jurídica. Si al hombre en la sociedad lo obligan la urbanidad y buenas maneras a ser cortés, a los Estados los obligará sus condiciones de pueblo culto y civilizado, pero en ningún caso privará alguna consideración de carácter jurídico.

2) La teoría de la conveniencia.

Foelix, (V. Foelix et. Demangeat, "Traité de Droit International Privé") sostiene que "todos los efectos que las leyes extranjeras puede producir en el territorio de una nación dependen, exclusivamente, del consentimiento expreso o tácito de aquélla", explicando la raíz

utilitaria de la doctrina cuando expresa que “los legisladores, las autoridades públicas, los tribunales y los autores, al admitir la aplicación de las leyes extranjeras, se dejan guiar no por un deber de necesidad, no por una obligación cuyo cumplimiento puede ser exigido, sino únicamente por consideraciones de utilidad y conveniencias recíproca”.

3) Teoría de la reciprocidad.

Fundamenta la aplicación o los efectos jurídicos de determinadas relaciones de derecho cuando esos mismos efectos son aceptados recíprocamente por estos países extranjeros. Puede tratarse de reciprocidad diplomática o legislativa. Si bien un Estado, basándose en la *comitas gentium* permite la aplicación del derecho extranjero es con la posibilidad de que ese u otro Estado tenga igual miramiento con respecto a él. En la reciprocidad, esta aplicación está garantizada porque si no hay la certeza en forma fehaciente de dicha reciprocidad, esas disposiciones o relaciones jurídicas no se aceptan sino en las mismas condiciones en que son aceptadas las propias en el extranjero.

TEORÍAS JURÍDICAS:

1) Teoría de los derechos adquiridos.

Ciertas relaciones jurídicas, originalmente nacionales, por circunstancias posteriores se convierten en internacionales como es en efecto, el traslado del agente o sujeto de derecho de un país, donde ha adquirido un bien mueble, a otro donde reclama su condición de propietario o bien se trata de una relación jurídica originariamente nacional y que en forma incidental se invoca como válida en otra legislación, la cual no tiene más remedio que reconocerlo. En dichos casos se impone necesariamente el concepto del respeto de los derechos adquiridos, concepto que hace convalidar dentro del primer

caso el derecho adquirido anterior y que permite la declaración de la existencia de este derecho en el segundo. De acuerdo con las ideas expuestas por Pillet (V. A. Pillet, "Traité pratique de Droit International Privé" N° 41, p. 121) los derechos válidamente adquiridos bajo el imperio de determinada legislación se respetan, se les concede igual validez en el territorio de otro Estado como si se hubiesen logrado allí, en razón de la aceptación universal que debe dársele a los derechos legítimamente adquiridos. Los fundamentos de esta teoría son dos: Uno de hecho y es la seguridad que debe ofrecer el sistema jurídico que los derechos legítimamente adquiridos merecerán el respeto y protección de los demás sistemas legislativos extranjeros. El otro fundamento es de Derecho: La conciencia jurídica que debe existir entre los Estados garantiza el respeto y protección de los derechos adquiridos en el extranjero.

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979, ha establecido que las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado aparte, de acuerdo con todas las leyes con las cuales tuvo una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los otros Estados partes, siempre que dichos derechos adquiridos no sean contrarios a su orden público (Art. 7°).

2) Teoría de la comunidad internacional.

Según Savigny (V. su "Sistema de Derecho Romano Actual" 1849), cuando una relación jurídica pone en conflicto a dos ordenamientos jurídicos distintos, uno nacional y otro extranjero, no cabe aplicarse el concepto riguroso de soberanía que no permite que se aplique en su territorio un derecho extraño ni tampoco que el propio se extienda más allá de sus fronteras. Savigny encuentra la fórmula en el desarrollo propio del derecho, en su evolución, pues a medida que son "más numerosas y activas las relaciones entre los diferentes pueblos, más debemos convencernos que es preciso renunciar a este principio de exclusión para adoptar el contrario. Por esta causa se tiende a la reciprocidad en la apreciación de las relaciones derecho,

estableciendo entre nacionales y extranjeros una igualdad ante la justicia que reclama el interés de los pueblos y de los individuos. Si esta igualdad se hubiera realizado completamente no sólo serían accesibles los tribunales en cada Estado de igual manera a los nacionales que a los extranjeros, sino que, en los casos de colisión de las leyes, la decisión dictada sobre la relación de derecho sería siempre la misma, cualquiera que fuese el país en que la sentencia hubiera sido pronunciada”.

3.- Teoría de la justicia internacional.

Fiore afirma que el hecho de la existencia de la comunidad o magna civitas, exige la obligatoria aplicación del derecho extranjero. Desestima el carácter permisivo basado en la cortesía internacional o en la reciprocidad de las anteriores teorías. Pero hay que atender a la distinción de las leyes basada en los intereses públicos, y en los intereses privados que protegen y concordarla con la noción de orden público internacional y, por lo tanto, en la competencia exclusiva del Estado. En cuanto se considera que los Estados son entidades que conviven dentro de la magna civitas, están sujetos estrictamente a las exigencias del derecho y de la justicia. Este valor se impone no sólo a los individuos sino a los Estados mismos.

FORMALIDAD DE LA SOLICITUD DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA

ARTÍCULO 2107.-

La solicitud a que se refiere el artículo 2106 debe ir acompañada de copia de la sentencia íntegra, debidamente legalizada y traducida oficialmente al castellano, así como de los documentos que acrediten la concurrencia de los requisitos establecidos en este título.

RAMIRO VALDIVIA CANO

Los estudiosos del Derecho ven con interés cómo la globalización invade todas las actividades y sectores. Entre las preguntas frecuentes de los justiciables se encuentran las que inciden en la eficacia que tiene en el Perú el Derecho extranjero y, específicamente, la sentencia expedida en estrado judicial extranjero. Por sentencia se entiende el acto jurisdiccional emanado de autoridad competente en el cual se distinguen una parte narrativa, otra motivadora o considerativa y una última en la que radica su dispositividad. Una sentencia extranjera que se homologue para ser ejecutada en Arequipa, producirá necesariamente los efectos de la cosa juzgada o del documento probatorio; o se ejecutará en lo que indica su parte dispositiva. Al ser traídas u homologadas en Arequipa ellas producen efectos extraterritoriales. Ya que, pronunciada la sentencia para un país determinado, ella ha de producir sus efectos en otros Estados.

El Derecho Comparado indica que cada ordenamiento jurídico tiene establecido su propio sistema en cuanto al alcance dado al exequátur. Por lo tanto, son de diversa índole estos sistemas, los cuales podemos reducirlos a cuatro que son, el de inejecución absoluta, el de ejecución plena, el basado en la reciprocidad diplomática o legislativa y el de aceptación amplia de la sentencia extranjera, previo el cumplimiento formal del exequátur, estos dos últimos.

De esta forma, podemos imaginar un escenario en el que se haya establecido un sistema de inejecución absoluta conforme al cual un ordenamiento jurídico determinado no concede eficacia alguna a la sentencia judicial extranjera. Por lo tanto dicha sentencia no puede producir el efecto de la cosa juzgada ni ser ejecutada. Es el sistema de ineficacia absoluta, como si no se hubiese expedido ninguna sentencia o resolución. Por lo tanto, al reclamar y obtener lo que ya ha sido favorablemente decidido en el exterior tendrá que ser nuevamente promovido dentro de la jurisdicción interna como un nuevo juicio, independientemente del que se haya seguido en el extranjero; y, por ende, sin atender a sus conclusiones y sin que en ningún caso, por esa independencia, pueda tener efecto preclusivo sobre el nuevo proceso. A este sistema se adaptan aún las legislaciones de varios de los países anglosajones.

No obstante, en Inglaterra, según norma de 1933, actualmente en vigor en los Estados Unidos, pese a que la sentencia extranjera no tiene ningún efecto, ya que es de inejecución absoluta, no deja de tener algunos otros, de acuerdo a la

mencionada legislación, pues ella facilita la posición procesal del demandante en el nuevo proceso, ya que la sentencia extranjera le sirve de justificación de la demanda.

En Francia el exequátur es el único procedimiento que le da efecto de ejecución a la sentencia extranjera. Pero sus Códigos Civil y de Procedimiento Civil lo establecen sin reglamentación. Luego, es la jurisprudencia la que ha tenido que construir todo el sistema sobre la materia. El hecho de que la jurisprudencia francesa hubiese conferido desde el antiguo derecho un poder absoluto de revisión de la sentencia extranjera que prácticamente establecía un juicio en Francia distinto del extranjero, hace que pueda ser considerado dentro del sistema de inejecución absoluta. Pero la evolución doctrinal ha hecho aparecer como anacrónicas tales orientaciones y en sentencia del 7 de enero de 1964 la Corte de Casación ha enunciado por primera vez una enumeración limitativa de las condiciones del exequátur, estableciendo que con esas condiciones se encuentran satisfechas las exigencias de orden jurídico y de cualquier otro orden, objeto mismo de la institución.

Pero, en la senda de la globalización también se puede construir idealmente un sistema de ejecución plena inmediata. En esta creación, que ya va tomando cuerpo en el Derecho Comparado, la sentencia extranjera produce de plano sus efectos sin que sea necesario un procedimiento previo de homologación o nacionalización de la sentencia extranjera. Por consiguiente, sin ningún pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales nacionales, la sentencia extranjera, siempre que responda a ciertos requisitos formales, tendría plena eficacia extraterritorial. Esta eficacia se conservaría íntegra e indeclinable aún en el caso de que los órganos jurisdiccionales nacionales en un proceso autónomo o distinto de aquél en el cual se invoque la sentencia tengan que determinar si esa sentencia extranjera corresponde exactamente a las exigencias contenidas en el orden nacional. Pero la decisión que recaiga es de pura declaración de certeza sin que ello afecte en alguna forma la eficacia de la sentencia misma, pues ella se conservaría independiente de aquel otro proceso; siempre que no se encuentren vulnerados ciertos principios elementales considerados de orden público internacional.

El Derecho Comparado presenta legislaciones nacionales que imponen al exequátur condiciones entrabantes que lo hacen prácticamente nugatorio al

exequátur. Tal es el caso de las que imponen la revisión del fondo de la sentencia extranjera. Pero, por lo general, para que el exequátur sea procedente en la doctrina y en el derecho convencional general se acepta como condiciones necesarias que la sentencia extranjera conste en un documento auténtico. La autenticidad no es sino la calidad que ostenta el acto que ha sido dictado por la autoridad competente; que es la que tiene facultades como tal según el derecho territorial, de lo cual da fe indirectamente la legalización del funcionario diplomático o consular respectivo; dejando en claro que las legalizaciones no versan sobre cuestiones de fondo o forma del documento que legalizan y mal podría convalidar con su firma un documento que proviniese de las autoridades territoriales carentes de competencia para el caso.

El carácter de la autenticidad de un documento depende de la ley territorial donde se ha realizado. Un Estado extranjero acepta esta autenticidad cuando ella es legalizada por su respectivo funcionario diplomático o consular o de un país amigo cuando tal funcionario nacional no lo haya en ese momento. A veces esa autenticación resulta también del hecho de que los documentos hayan llegado por la vía diplomática al órgano jurisdiccional a través del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En el Perú, es suficiente la legalización y traducción de los pertinentes documentos y, por lo tanto, no se requiere seguir el proceso del exequátur para la tramitación de exhortos y cartas rogatorias que tengan por objeto practicar notificaciones, recibir declaraciones u otros actos análogos.

Otra condición necesaria para que la sentencia surta sus efectos en un país extranjero es que debe ser traducida por persona autorizada al idioma oficial respectivo del foro del juez al que se ha recurrido. Sobre este particular puede contrastarse lo dispuesto en el Art. 423 párrafos 5 y 6 del Código Bustamante; en el Art. 6 párrafo a del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 y el Art. 2 de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos y arbitrales extranjeros (Montevideo, 1979).

Hay otras exigencias y condiciones requeridas para que sea procedente el exequátur. Estos requisitos varían de un sistema jurídico a otro, según la

respectiva legislación y el sistema a que esté adherida tal legislación. Así, los requisitos para el exequátur a que alude el artículo 2107 del Código Civil peruano son los contenidos en los artículos 2102 y 2103 y, además, que las sentencias extranjeras cuyo reconocimiento se pretende:

1.- No resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva.

2.- Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional. La sentencia extranjera tiene que haber sido dictada por una autoridad judicial competente que también lo sea en la esfera internacional. La competencia internacional proviene del hecho de que lo que ha sido decidido, lo ha sido por un Tribunal o Autoridad Judicial extranjera que era competente para conocer y decidir dicho asunto según las normas o los principios del Derecho Internacional Privado del Estado donde se pretende ejecutar dicha sentencia o que produzca el efecto de la cosa juzgada.

Se pueden presentar cuatro casos en los cuales resulta evidente la incompetencia internacional:

a) Los Tribunales Nacionales son competentes en forma exclusiva o accidental.

b) Incompetencia de la ley extranjera aplicada el fondo por parte del Tribunal que conoció del asunto.

c) El Tribunal extranjero conoce y decide incompetentemente según las reglas del Derecho Internacional Privado del derecho nacional.

d) Los Tribunales Nacionales son incompetentes, pero la decisión extranjera proviene de una autoridad no jurisdiccional.

3.- Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y

que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse. Que haya habido citación de las partes. Este es un requisito esencial de orden público del juicio interno y, por lo tanto, es exigible que tal condición se haya cumplido en el juicio extranjero que dio lugar a la sentencia cuyo exequátur se solicita.

4.- Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso; es decir, que sea definitivamente firme y ejecutoria;

5.- Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia.

6.- Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anteriormente; según la rectificación hecha por la "Fe de Erratas" publicada el 24 de julio de 1984.

7.- Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres; y

8.- Que se pruebe la reciprocidad. Este requisito debe ser concordado con la presunción relativa que se incorpora en su artículo 838 al Código Procesal Civil. La presunción relativa se refiere a la existencia de la reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias pronunciadas en el Perú. Corresponde la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad. Como se recuerda, mientras el Código Civil fue promulgado en 1984, el Procesal Penal lo fue en 1992. No obstante, la Corte Suprema se pronunció en 1997 en el sentido que si con el país que pretende ejecutar un exequátur en el Perú, no existen tratados bilaterales o multilaterales, es indispensable acreditar que en la nación de donde proviene la sentencia rige el principio de la

reciprocidad; y que la carga de la prueba incumbe al demandante. Por ende, si la sentencia procede de un país en el que no se da cumplimiento a la jurisprudencia peruana, no tendrá fuerza alguna en el Perú.

Todos estos requisitos serán más o menos formales de acuerdo al sistema de reciprocidad o revisión del fondo de la sentencia extranjera que se encuentre establecido en una legislación determinada. Con relación al artículo 2107, la reciprocidad puede tener la consecuencia de permitir el efecto extraterritorial de la sentencia extranjera cuando recíprocamente está garantizada legislativa o diplomáticamente la ejecución de sentencias nacionales en ese país extranjero o bien esta misma reciprocidad está vinculada al poder de revisión por parte de la autoridad jurisdiccional nacional sobre el fondo de la sentencia, lo cual no se hará sino cuando existiese la garantía legislativa o diplomática de que tal revisión no se le hará tampoco a una sentencia nacional. El sistema de revisión del fondo de la sentencia entorpece el desarrollo del Derecho Internacional Privado, pues el concepto de soberanía a ultranza y la tendencia a la interpretación territorial del Derecho, dan como consecuencia tal entorpecimiento.

TRÁMITE PARA DECLARACIÓN DE EJECUTORIA DE SENTENCIA EXTRANJERA

ARTÍCULO 2108. –

El trámite para la declaración de ejecutoria se ajusta a lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles. Cumplido el trámite, la sentencia extranjera tendrá la misma fuerza ejecutoria que tienen las sentencias nacionales.

Las sentencias extranjeras que versen sobre asuntos no contenciosos de jurisdicción facultativa no requieren de exequátur.

RAMIRO VALDIVIA CANO

En los mismos términos en que ha evolucionado la comunidad internacional y la globalización, ha evolucionado también la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras. Se distingue diversas etapas. En la primera, la nota distintiva es la vigencia del antiguo aforismo jurídico *leges non valen extra territorium*, lo cual construye un verdadero y absoluto aislamiento, una hostilidad recíproca, una negativa rotunda a reconocer efectos a una sentencia extranjera. A tal reconocimiento se oponía la soberanía del Estado y el principio de la territorialidad de la ley y así como la ley no tenía valor sino dentro del territorio del Estado en el que había sido dictada, de la misma manera no era posible reclamar los efectos jurídicos de una sentencia en el territorio de otro Estado. Sólo excepcionalmente por *comitas gentium*, podía el soberano permitir la aplicación de tales efectos, siempre que con ello no se quebrantara en alguna forma el concepto de soberanía.

En una segunda etapa la nota distintiva es la noción de la comunidad jurídicamente organizada, en la cual la eficacia extraterritorial de la sentencia extranjera es aceptada con ciertas restricciones, pues ello constituye una carga de la comunidad internacional que ha sido organizada sobre la base del Derecho y que obliga a todos sus integrantes a soportarla como una consecuencia de esa convivencia jurídica internacional. Se trata de un sistema de reciprocidad legislativa o diplomática. Se toma en cuenta la necesidad de permitir y reclamar tales efectos extraterritoriales de sentencias, pero, para no proceder en forma altruista y sin correspondencia, se emplea este sistema mediante el cual se permite hacer efectivo tales efectos mediante la declaración de autoridad de cosa juzgada o de su ejecución, siempre que recíprocamente la legislación del otro Estado o el tratado suscrito entre ambos garantizará efectivamente que de la misma manera las sentencias de este último país serían aceptadas en el otro.

El carácter caprichoso y pragmático de estas concepciones, respectivamente, dio lugar a una noción mucho más jurídica para fundamentar ese efecto extraterritorial. Han obsolecido los criterios de soberanía estatal y de la territorialidad de la ley a ultranza, de complacencia o pragmatismo; imponiéndose el criterio de obligación jurídica individualmente compartida por todos los Estados que forman la comunidad internacional. De allí que baste con que la sentencia extranjera tenga los requisitos de forma y fondo exigidos por el tratado o la ley para que esa sentencia pueda surtir sus efectos de cosa juzgada o ser ejecutada.

Es el caso de las sentencias pronunciadas por Tribunales extranjeros a las cuales el Perú les reconoce la fuerza que les conceden los tratados respectivos. Si no hubiese tratado con el país en el que se pronunció la sentencia, ésta tiene la misma fuerza que en aquel país se da a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos. (V. Arts. 2102 y 2103 del C.C.)

Cuando en el extranjero hayan sido dictadas sentencias judiciales, definitivamente firmes en materia privada y de las cuales se pretende que tengan efectos extraterritoriales en otro Estado, el procedimiento judicial mediante el cual esa sentencia puede ser ejecutada en este último Estado, se llama exequátur. Por consiguiente, mediante este procedimiento, la sentencia extranjera se nacionaliza como dice Chiovenda (V. Chiovenda "Principii di diritto processuale civile", Nápoles, 1923, Tomo I, p. 307.).

Se concibe el exequátur como el mecanismo que hay que seguir para hacer cumplir los fallos dictados por los tribunales extranjeros en relación con la finalidad del Derecho Internacional Privado. En consecuencia, se llama exequátur al procedimiento judicial mediante el cual se pretende que tenga efectos extraterritoriales en otro Estado una sentencia judicial expedida por juez o tribunal extranjero, definitivamente firme en materia privada para que pueda ser ejecutada en este último Estado. Como gráfica Chiovenda, en su clásico "Principii di diritto processuale civile" mediante este procedimiento, la sentencia extranjera se nacionaliza.

A tenor de lo dispuesto en el Libro X del Código Civil peruano, no todas las decisiones extranjeras son objeto del exequátur. No todos los actos judiciales extranjeros pronunciados en forma de fallo o de sentencia son susceptibles de exequátur. Lo que se requiere es que dichas sentencias sean de carácter privado, es decir, civiles o comerciales y que además sean dictadas por autoridades judiciales competentes en la esfera internacional. La Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros amplía aún más este concepto tradicional, pues introduce expresamente las sentencias provenientes de procesos laborales. Pero al propio tiempo deja en libertad a los Estados para que en el momento de la ratificación puedan limitar esa eficacia a sentencias de condena en materia patrimonial, a resoluciones jurisdiccionales o que terminen el proceso y a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del

delito (V. Art. 1º de la citada Convención). Por lo tanto, no podrán ser objeto de exequátur decisiones dictadas por organismos que no sean órganos jurisdiccionales de alguna soberanía estatal.

En el Perú están expresamente exonerados del proceso de reconocimiento de resoluciones judiciales expedidas en el extranjero la actuación de exhortos y cartas rogatorias dirigidas por jueces de otros Estados que tengan por objeto practicar notificaciones, recibir declaraciones u otros actos análogos, bastando para ello que la solicitud esté contenida en documentos legalizados y debidamente traducidos, de ser el caso.

De la misma manera las decisiones administrativas están en principio fuera del alcance del exequátur. Sin embargo, en los últimos tiempos se ha podido notar cierta tendencia a someter a exequátur tales decisiones y ello es debido fundamentalmente a los grandes cambios económicos y políticos que se han operado en la comunidad internacional. La prognosis del Derecho Internacional Privado favorece esta tendencia a hacer susceptible de exequátur las decisiones administrativas. Así, en el siglo XX, Francia ha suscrito tratados con los Estados nuevos del África en los que se ha establecido dicho procedimiento para actos o decisiones administrativas. La derogación del antiguo principio se ha notado ostensiblemente en tratados integracionistas, principalmente en el tratado que instituye la Comunidad Económica Europea del 27 de septiembre de 1968, el cual prevé el exequátur en materia civil o comercial, cualquiera que sea la jurisdicción.

En principio, el exequátur referente a las sentencias penales sería inconducente. A su ejecución se opone la territorialidad de la ley penal y, por lo tanto, dictada una sentencia de ese carácter, ella debe cumplirse en el territorio donde fue pronunciada. Si el reo huye y se asila en un país extranjero sólo podrá ser llevado de regreso para que la cumpla a través de la extradición. Tampoco podría cumplir en el país extranjero ninguna condena a cuenta de la que deba cumplir en el país de origen. No obstante ello, ciertas sentencias penales pueden tener el efecto civil de una prueba en la jurisdicción de otro Estado, cuando la ley de este último país extrae consecuencias civiles de esa sentencia; como es el caso de la reparación civil. En cuanto a las sentencias penales, el Art. 2111 del C.C. Señala que lo dispuesto en el Título IV del Libro X (Reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros) rige, en cuanto sea aplicable,

también para resoluciones extranjeras que ponen término al proceso y, especialmente, para las sentencias penales, en lo referente a la reparación civil. Así también, tendría efecto civil de prueba una sentencia condenatoria de un individuo que fue condenado como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges y pretenda, cumplida la condena, celebrar matrimonio en el Perú con él o la cónyuge supérstite. Lo que tiene eficacia aquí es la prueba del homicidio (aspecto civil); no la condena del individuo (aspecto penal) puesto que el Art. 243 del Código Civil considera que constituye un impedimento relativo para contraer matrimonio.

En el Derecho Comparado y en la doctrina general así como en las legislaciones y tratados son requeridas ciertas condiciones para que el *exequátur* pueda considerarse procedente. Estos requisitos varían de un sistema jurídico a otro, según la respectiva legislación esté ubicada en uno u otro de los sistemas que acabamos de señalar. El trámite para la declaración de ejecutoria de sentencia extranjera actualiza el problema de la naturaleza del Derecho Internacional Privado que, como se sabe, es una rama autónoma, con historia, fuentes, métodos y estructuras de sus normas propias y diferente a todas las otras ramas del Derecho; sin olvidar que su influencia se extiende sobre todo el espectro del Derecho. No ha faltado tratadista que, incluso, considere que esta rama es tan antigua como la raza humana. Resulta obvio que el Derecho Internacional Privado no es una rama del Derecho Civil. La estructura de la norma típica del Derecho Internacional Privado es completamente diferente a la de una norma del Derecho Civil. Mientras, que las normas del Derecho Civil, por lo general son directas, las del Derecho Internacional Privado se caracterizan por ser indirectas.

Ubicar los dispositivos del Derecho Internacional Privado en un Libro del Código Civil es inducir a la confusión sobre su naturaleza; pues da lugar a que se interprete que en el Perú es una parte más del Derecho Civil, o que debe su existencia al Derecho Civil. Es por ello que las normas del Derecho Internacional Privado, al igual que en otros países, se encontraban ubicadas en el Título Preliminar del Código Civil. Aunque, lo correcto sería considerarlas en un Código especial y autónomo que reúna todas las normas dispersas en varias leyes y en los diferentes Códigos vigentes.

Es debido al error de ubicar las normas de Derecho Internaciona

Privado como un Libro más del Código Civil que el trámite para la declaración de ejecutoria se tiene que remitir a lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles. Cumplido el trámite, la sentencia extranjera tendrá la misma fuerza ejecutoria que tienen las sentencias nacionales. Esas normas son las contenidas en el Subcapítulo 11° del Título II de la Sección Sexta sobre Procesos No Contenciosos del Código Procesal Civil. Se trata del Subcapítulo “Reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero” que va desde el Artículo 837 al 840.

El Artículo 837 se refiere a la competencia. Establece que el proceso que se refiere el Título IV del Libro X del Código Civil, se interpone ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior en cuya competencia territorial tiene su domicilio la persona contra quien se pretende hacer valer.

El Código Procesal Civil, excluye del exequátur a los exhortos y cartas rogatorias. Según su Artículo 839, no se requiere seguir este proceso para la actuación de exhortos y cartas rogatorias dirigidas por Jueces extranjeros que tengan por objeto practicar notificaciones, recibir declaraciones u otros actos análogos, bastando para ello que la solicitud esté contenida en documento legalizados y debidamente traducidos, de ser el caso.

El Subcapítulo 11° concluye con la norma sobre la entrega de expediente de exequátur tramitado. El Artículo 840 dispone que, una vez terminado el proceso, se debe entregar copia certificada del expediente al interesado, manteniéndose el original en el archivo de la Sala.

VALOR PROBATORIO DE SENTENCIA EXTRANJERA LEGALIZADA

ARTÍCULO 2109. –

Las sentencias extranjeras debidamente legalizadas producen en el Perú el valor probatorio que se reconoce a los instrumentos públicos, no requiriendo para ese efecto del exequátur.

RAMIRO VALDIVIA CANO

En la doctrina del Derecho Internacional Privado, la sentencia extranjera puede ser ejecutada; en cuyo caso requiere de exequátur. O bien puede producir el efecto de simple hecho: las que han de producir el efecto de la prueba, el de cosa juzgada. El efecto de la prueba es aquél mediante el cual el interesado obtiene una confirmación jure et de jure de lo que sustenta como derecho preferente. Es, por lo tanto, la comprobación de un derecho irrecusable. Estas últimas no requieren exequátur; sino cierto control jurisdiccional a los fines de comprobar su regularidad internacional.

El efecto de hecho de la sentencia extranjera consiste en las consecuencias de esta última naturaleza que se desprenden de todo acto jurídico. El acto jurídico en tanto que tal puede producir o produce ciertos hechos de carácter irreversible en el extranjero que el Juez nacional no puede desconocer. Así, vale el ejemplo propuesto por Henry Batiffol y que se cita con frecuencia. Señala que un contrato no produce efecto en tanto que tal, es decir, como acto jurídico, sino entre las partes contratantes. Pero con respecto de los terceros, él existe como hecho que ellos no pueden desconocer y cuya existencia acarrea ciertas consecuencias, por ejemplo, la responsabilidad del tercero cómplice de la violación del contrato por una de las partes. Esta noción está emparentada con la de justa causa y es ella la que permite, que se pudiese intentar una acción en garantía en razón de la evicción resultante de una sentencia extranjera sin necesidad de que ella hubiese recibido exequátur o también que la sentencia extranjera podría constituir la causa justa de un contrato si las partes concluyesen un acuerdo sobre su ejecución o inversamente que el contrato que tuviera por causa el fraude a una sentencia extranjera se encontraría tachado de nulidad.

El efecto de prueba de la sentencia extranjera consiste en conceder que dicha sentencia es un documento que tiene las características de un documento auténtico o que lo es, gracias a un proceso de legalización, y que, además, proviene de una autoridad jurisdiccional competente con facultades para producir tales actos y, por lo tanto, sirve para producir los efectos de prueba en los mismos términos en que lo produce un documento de esta naturaleza.

Así, sin necesidad de previo exequátur, una sentencia extranjera puede presentarse como comprobación de un testimonio o de una confesión o de cualquier otro acto que reciba en la sentencia extranjera su confirmación. Este efecto es independiente de su eficacia territorial, pues el Juez no se encuentra

ligado por lo dispuesto en la sentencia sino que la aprecia como una prueba instrumental presentada a la causa. Es, entonces, su carácter de instrumento auténtico lo que debe tomarse en cuenta; no la sentencia en sí misma con sus efectos de cosa juzgada o ejecución. Los Tribunales de un país pueden sacar sus conclusiones de las presunciones provenientes de una sentencia extranjera no revestida de exequátur, a reserva de apreciar la fuerza probatoria de tal instrumento. De lo contrario sería un simple hecho que el Tribunal puede apreciar soberanamente. Pero si la sentencia extranjera se presenta en idioma castellano o traducido y debidamente legalizada por autoridad competente pero sin exequátur, el Juez puede apreciarla no en el efecto extraterritorial de su contenido sino como una simple prueba instrumental presentada a la causa.

VALOR PROBATORIO DE LA SENTENCIA EXTRANJERA

ARTÍCULO 2110.-

La autoridad de cosa juzgada de una sentencia extranjera puede hacerse valer dentro de un juicio si cumple con los requisitos establecidos en este título, sin necesidad de someterla al procedimiento del exequátur.

RAMIRO VALDIVIA CANO

El efecto es de carácter constitutivo o declarativo cuando la sentencia extranjera crea una situación jurídica nueva o declare una situación preexistente o que se la considere legalmente como tal.

El 3 de marzo de 1930 la Corte de Casación francesa generalizó este principio a las sentencias constitutivas relativas al estado y capacidad al decidir “que las sentencias dictadas por un Tribunal extranjero relativas al estado y capacidad de las personas produce sus efectos en Francia, independientemente de la declaración de exequátur”.

Pese a que tales sentencias constitutivas que no tenían fuerza ejecutiva, producían, sin embargo, por la intangibilidad y la subsiguiente realización del otro acto jurídico el efecto de la cosa juzgada, ¿cómo se podría explicar entonces esta derogatoria de los principios? ¿Cómo se podría permitir que una sentencia

extranjera produjera en Francia los efectos de la cosa juzgada sin declaración previa de exequátur? “Su dominio había naturalmente sugerido la idea, - expresa Batiffol (BATIFFOL, Henry y LAGARDE, Paul: Droit International Privé. 7ma. Edición. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1983) este respecto - que ella se justificaría por la competencia de la ley nacional en materia de estatuto personal”. En consecuencia, “se aplicarían en Francia de pleno derecho, tanto como la ley personal, la sentencia que estatuyera sobre el estado y la capacidad”. Pero esta asimilación de la sentencia a la ley no se impuso ciertamente, ya que atribuía a la competencia de la ley nacional unos efectos excepcionales que nada justificaban. Ella se resiente manifiestamente de la influencia de la Escuela de Mancini, limitando en buena lógica la solución a las sentencias emanadas de un Estado del cual el interesado está sometido a su jurisdicción, cuestión ésta no admitida por la jurisprudencia. Actualmente esta jurisprudencia derogatoria del derecho común ha sido abandonada.

Con relación al segundo efecto, es decir, el declarativo, es de doctrina general que cuando la sentencia extranjera produce ese efecto no requiere la formalidad del exequátur. Este efecto se produce cuando la sentencia extranjera declara ciertos derechos que preexistían, pero que no habían sido pronunciados jurisdiccionalmente o bien la sentencia lo que hace es declarar una situación o derecho que legalmente se consideraba como tal.

Como toda sentencia extranjera constitutiva es en el fondo declarativa, o bien viceversa, ha existido en la jurisprudencia francesa la aplicación de los principios concernientes a la sentencia extranjera constitutiva a la puramente declarativa, especialmente referidas a casos de estado y capacidad. Así, en sentencia de la Casación Civil de 9 de mayo de 1900, en el caso de Wréde, relativo a la anulación de un matrimonio, el supremo Tribunal civil, citada por Batiffol, en atención al principio secular de derecho interno según el cual el estado y capacidad, en razón de su permanencia necesaria, tienen en la sentencia que los ha declarado, la autoridad necesaria que los fija, decidió que “la anulación de un matrimonio legal y definitivamente pronunciado debe estar al abrigo de todo ataque, sea por parte de terceros, por parte de los esposos, porque el estado de las personas no puede quedar incierto”. En el mismo sentido, sentencia de dicha Corte en el caso de la anulación de un reconocimiento de un

hijo extramatrimonial de 7 de mayo de 1920.

La extensión de esta jurisprudencia que asimila la sentencia extranjera a la ley nacional a casos simplemente declarativos relativos al estado y capacidad de las personas se debe, como lo ha observado Batiffol, a una deformación del derecho interno en el campo del orden internacional. De allí que si las exigencias de orden interno no son suficientes para impedir la autoridad absoluta de las sentencias relativas al estado o capacidad, así mismo debe suceder con las de orden internacional. Esta justificación, fundada, sin duda alguna, en el orden interno, no lo es en el orden internacional y la situación nueva que declaren esas sentencias extranjeras pueden tener en algún sentido, bajo su forma declarativa, fuerza ejecutoria contra terceros. “La situación nueva que establecen esas sentencias, la fijación del estado de una persona, es reconocida en Francia sin exequátur, pero bajo reserva de un control a posteriori”. “Pero la necesidad de un exequátur subsanaría desde entonces que esas sentencias fuesen invocadas a los fines de ejecución sobre los bienes o de coerción sobre las personas” (BATIFFOL, Henry y LAGARDE, Paul: Droit International Privé. 7ma. Edición. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1983).

La doctrina se fundamenta en que la cosa juzgada es un concepto de firmeza e intangibilidad que proviene del hecho de ser la sentencia la consagración de la verdad jurídica misma, *res judicata pro veritate habetur* y, por lo tanto, no caben contra ella ninguna acción o recurso que pueda desvirtuarla. Se ha venido distinguiendo entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material.

Cosa juzgada formal.- Es aquel efecto de la sentencia que produce la firmeza de la cosa juzgada. Este efecto se reconoce sin previos pronunciamientos, tal como cuando se trata de las sentencias constitutivas o declarativas. Pero, es allí que la doctrina ha criticado tales jurisprudencias porque en un momento dado el efecto de la cosa juzgada, aunque sea en su efecto formal, siempre entraña la posibilidad de inactivar a un tercero afectado por una tal sentencia extranjera que produzca ese efecto.

Cosa juzgada material.- Es aquél efecto en el cual la sentencia produce ciertas consecuencias de carácter material en los bienes o coerción en las

personas. El deslinde entre uno y otro efecto se hace sumamente dificultoso porque a veces es cuestión de matices y, por lo tanto, con un efecto formal de cosa juzgada esgrimido como defensa se puede producir efectos materiales indirectamente. Por ello, la doctrina general y especialmente los tratadistas franceses, Batiffol, entre ellos se han pronunciado por la vigencia previa del exequátur, obligatorio en el caso de cosa juzgada material y necesaria en el caso de cosa juzgada formal, para evitar una de estas consecuencias ya señaladas.

No obstante, la solución que propone el Art. 2110 tiene la virtud de dar mayor dinamicidad al proceso de globalización jurisdiccional al que le da viabilidad y fluidez.

© 2007. RAMIRO VALDIVIA CANO

Página Web: www.geocities.com/valdiviacano

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA CONSULTADA

CÓDIGO CIVIL.- Tercera Edición actualizada y aumentada. Ed. Gaceta Jurídica. Lima 18, 2002.

BATIFFOL, Henry y LAGARDE, Paul: Droit International Privé. 7ma. Edición. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1983.

GARCÍA CALDERÓN, Manuel: Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial del Programa Académico de Derecho de la UNMSM. Lima, 1969.

VALDIVIA CANO, Ramiro: Panorama del Derecho Internacional Privado en el Perú. Editorial Mundo. Arequipa, 1995.

EL DEPÓSITO DE LAS MUJERES EN EL SIGLO XVII: ENTRE CORRECCIÓN Y PROTECCIÓN

Por: Ana María Amado Mendoza*

La situación y condición de la mujer en el Perú ha tenido matices y comportamientos que hoy nos llamarían profundamente la atención. Téngase presente que en este espacio-tiempo-historia, la mujer peruana sufrió menoscabo, indiferencia y deterioro en lo moral, psíquico y físico; desprotegidas de leyes, vivían entre el rigor, mandato y caprichos sui generis de los esposos; su rol de marginalidad nunca les permitió descollar, despuntar o sobresalir en una sociedad con características machistas.

Sin embargo, se encuentran matices que, de alguna forma, protegieron a las mujeres de la época. La historia nos habla de los recogimientos y depósitos. A partir del siglo XVII, el sistema de recogimiento cambió en algunas partes de América; de un sistema básicamente educacional a uno carcelario o disciplinario. Entre 1550 y 1580, en el Perú, el término recogimiento ya se asociaba con el concepto de redención y se utilizó para agrupar a las mujeres, especialmente a las mestizas, de las que se creía que debían estar separadas del mundo indígena y encerradas en una casa de recogimiento para educarlas en las costumbres ibéricas. Posteriormente el recogimiento reflejó un intento de controlar a las mujeres que escogían relaciones de vida alternativas. “Para este momento una recogida era más bien una mujer de cualquier grupo social que había violado las barreras morales y sexuales de una conducta inaceptable”¹.

En relación al depósito, se sostiene que “fue una institución jurídica de carácter persecutorio, implantado en el pasado e íntimamente ligado al divorcio”².

* -Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María
- Abogada. -Doctora en Derecho

¹ Memoria del II Congreso Internacional: El Manacato Femenino en el Imperio Español, p. 396

² OLIVERA, Nick, *el divorcio decimonónico y sus instituciones*, p. 291.

El objeto del depósito³ obedecía a dos circunstancias. En primer lugar, atender a la seguridad física de la mujer, ya que se le prohibía al marido inquietarla en su reclusión, bajo pena de excomunión. Y la segunda, reposaba en la desconfianza general que inspiraba la mujer sola, lejos del marido.

“Si manifiesta la mujer que no puede permanecer sin peligro en compañía de su marido durante el juicio de separación, debe hacer constar esta circunstancia por información sumaria (...) y proveerse y ejecutarse en su casa el depósito o secuestro de la mujer en un monasterio o en casa honesta y segura”⁴.

El código civil de 1852, regulaba el depósito de cosas y personas, en el caso del depósito de personas los casos más frecuentes eran: Derecho de la mujer que sigue un proceso de divorcio o del varón de solicitar el depósito de la mujer, derecho de la mujer en el caso de abandono y el de la mujer casada por causa del juicio de adulterio⁵.

En el caso de Arequipa, las mujeres eran reclusas, por orden del Juez Eclesiástico, en el Monasterio de Santa Catalina o en la Casa de las Recogidas, en el caso que se tratase de la sanción por haber cometido el delito de adulterio; pero si se trataba de mujeres que eran depositadas por haber de por medio un trámite de divorcio o nulidad de matrimonio podían permanecer en la casa de algún familiar o una persona “reconocida”. La fijación era realizada por el Juez, pues como afirma García Calderón: “Si se dejase a la libre voluntad de cualquiera de los cónyuges la designación del lugar del depósito, se podría abusar de esta facultad, ya ejerciendo el marido una venganza contra su mujer, ya eligiendo ésta un lugar que inspire temores al marido(...)”⁶.

Sabido es que la moral pública era objeto de especial defensa por parte de las autoridades españolas, y que en esta defensa fue característica la idea de que las mujeres, por constituir el llamado sexo débil, eran las más expuestas a caer bajo las tentaciones mundanas. Por eso, la mujer era tenida como símbolo de virtudes, pero también había que mantenerla apartada de las posibles causas de corrupción. El único medio que se consideró como más eficaz fue el de recluir a estas mujeres no en cárceles o prisiones, sino en unos centros correccionales, con

³El depósito era en buena medida un sustituto del control del marido sobre la esposa, y era por eso que no había mecanismo equivalente para la supervisión de los varones

⁴ESCRICHE, Joaquín, Diccionario razonado de la Legislación y Jurisprudencia, p. 566

⁵Artículo 264 y 264 del Código Penal

⁶GARCÍA CALDERÓN, Diccionario de la Legislación peruana, voz: “juicio de divorcio” p. 818

fuerte disciplina, que sirvieron para su reeducación, y una vez conseguida ésta, si no había orden en contra de las autoridades a la iniciativa privada⁷.

La técnica que para la corrección y reforma se empleaba era algo muy tenido en cuenta por los directores de aquellos centros y por las autoridades, a la hora de redactar los estatutos. En las casas de recogidas o en los depósitos se repartía el tiempo entre la oración, la penitencia y las labores, con cuyo producto se ayudaba a mantener el centro. Algunas de estas casas tuvieron fama de virtud y ordenada vida.

Muchos varones pusieron en depósito a sus mujeres con el objeto de evadirse del cumplimiento de su obligación; hubo quienes, abusando de su poder marital, manifestaban que estaban prontos a contribuirle alimentos a sus esposas, con tal de que éstas, que se hallaban viviendo en casa de algún pariente, los disfrutaran en el depósito, para que se atendiera a contenerlas en el libertinaje. Pensaban tal vez que la amenaza de reclusión las haría abdicar de sus reclamos.

Los días en el depósito transcurrían entre labores, costura, educación cristiana y adoctrinamiento sobre moderación en las costumbres, temor a Dios y mejor educación de los hijos. Las mujeres no acogieron esta medida de la mejor manera, pues recortaba su ya menguada libertad al disponer su encierro en un convento. Esta institución fue bastante temida por las mujeres de la época, sin embargo, las mujeres que no contaban con una adecuada condición económica vivían resignadas al encierro, mientras otras trataban de ser liberadas argumentando su inocencia o utilizando otras razones como es el caso de las enfermedades.

El Convento de Santa Catalina y la Casa de las Recogidas, guardan tras sus muros las historias de mujeres a las que se les limitaron sus derechos, que ya habían sido limitados con su nacimiento.

⁷América a partir del siglo XVI, lo mismo que en Filipinas: En Filipinas, la Santa Misericordia de Manila; en el Cuzco, San Juan de Letrán; en Lima, una para mujeres en trámite de divorcio o mujeres pobres, y otra el Recogimiento y Hospital de la Caridad; en Chile, una casa de recogidas fundada por el Marqués de Montepío; en México, la casa de Jesús de la Penitencia, fundada por varios caballeros particulares para mujeres españolas «arrepentidas», que recibió varios nombres: Santa Lucía, Jesús de la Penitencia o las Recogidas, no admitiéndose en ella más prostitutas desde 1667, y creándose para éstas el Hospital de la Misericordia. En Santo Domingo también se creó una casa en 1526. Ver Josefina Muriel, En España se fundaron, a partir del siglo XVI, en Sevilla, Zaragoza, Málaga, Valencia, Cádiz, Salamanca, y en el XXII en Barcelona, Alicante, Oribuela. En cuanto a Madrid, son también varios los centros creados, siendo el más famoso el de las recogidas de Santa María Magdalena de la Penitencia

BIBLIOGRAFÍA

ESCRICHE, Joaquín: Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Eugenio Mallifert y Cía., París, 1858

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Amaya, La mujer en la conquista y la evangelización en el Perú, Pontificia universidad Católica del Perú y UNIFE, Lima, 1997

GARCÍA CALDERÓN: Diccionario de la Legislación peruana, Segunda Edición, Lima, 1879

Memoria del II Congreso Internacional: El Monacato Femenino en el Imperio Español, monasterios, beaterios, recogimientos y colegios, Centro de Estudios de historia de México, marzo 1995,

OLIVERA GUERRA, Nick: El Divorcio Decimonónico y sus Instituciones, primera edición, Lima 2005

EL REGRESO AL DERECHO PENAL DEL AUTOR EN EL PERÚ

Por: Berly Gustavo Cano Suárez*

El Código Penal Nacional aprobado por Decreto Legislativo Nro. 635 quiso implantar un Derecho Penal del acto, en virtud del cual la sanción estaba prevista en referencia a los desvalores de la acción y del resultado y que mereciendo estos los calificativos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad generaban la consecuencia jurídica de una pena o medida de seguridad, además de una reparación civil y otras derivaciones accesorias; proscribiendo el Derecho Penal del Autor, que más bien sancionaba la peligrosidad individual antes que la actuación positiva u omisiva que lesionaba o ponía en peligro de lesión al bien jurídico tutelado por la norma.

Es así, el citado cuerpo codificado en su Exposición de Motivo consideró imperativo proscribir los institutos de la reincidencia y la habitualidad, por considerarlos como aberrantes formas de castigar que sustentaban su severidad en el modo de vida del autor; señalando expresamente que no existía lógica, humanidad ni sentido jurídico el incrementar las penas por delitos, vía reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas preexistentes, pase a que éstas ya se encontraban ejecutadas, conllevando incluso una violación del principio del bis non ídem que señala “nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito” y que se halla consagrado en el artículo 233^a inc.11) de la Carta Política.

La comisión encargada de elaborar el proyecto que se plasmó en el Citedo Código Penal, fue precisa al indicar que la experiencia demostrada que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad no sirvieron para atemorizar de conformidad con criterios de prevención

*-Docente asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. -Abogado. -Magister en Derecho Penal.
-Jefe Oficina de Cs. Jurídicas de la Universidad Católica de Santa María.

general, por lo que en notable avance del Derecho Penal, era imprescindible eliminar ese viejo rezago que el positivismo peligrosista auspicio con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social y que se traducían en la reincidencia y en la habitualidad como elementos justificatorios de un incremento en la pena.

No obstante lo expuesto y en un notable retroceso, el artículo VIII del Título Preliminar del glosado Código, que rezaba la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho y que la medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes, ha sido modificado por el artículo 1^a de la Ley Nro. 28730, publicada el 13 de mayo del año 2006 que establece que la disposición la pena no puede exceder la responsabilidad por el hecho, no rige para los casos de reincidencia o habitualidad del agente; introduciéndose en la Parte General y en virtud de la Ley Nro 28726, los numerales 46-B y 46-C, que definen respectivamente, a la reincidencia como la situación jurídica que registra el delincuente cuando después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, en cuyo caso el Juez podrá aumentarle la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo con la aclaración que no se computarán los antecedentes penales cancelados y al instituto de habitualidad, ubicándolo en el estado personal de quien incurre en nuevo delito doloso cuando ha perpetrado al menos tres hechos punibles en un lapso temporal que no exceda de cinco años, en cuyo supuesto el juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado en la norma.

Como se advierte el legislador peruano ha roturado la ideología humanista que estuvo impregnada en el texto original del Código Penal, olvidando que en el caso de la reincidencia, si el agente ya ha sufrido una pena privativa de libertad por mérito de la cual el Estado debió haber procurado la socialización, el hecho el condenado vuelva a cometer delito significa que no se cumplió la finalidad propuesta y que de acuerdo a la propia Constitución, involucra la reeducación, rehabilitación y reincorporación del individuo a la sociedad, surgiendo así la inquietud de determinar cuáles han sido las razones que han impedido el logro de tal finalidad, pudiendo ensayar la respuesta en la propia actuación del Estado de adoptar políticas que descuidan el tratamiento penitenciario de los reos, preocupándose únicamente de la seguridad y control en el régimen carcelario.

Si el fracaso de la resocialización corresponde al Estado, la reincidencia en que incurre el autor, debiere ser considerada más bien como una circunstancia atenuante, pues se habría producido una menor capacidad en el agente para motivarse en la norma.

Es cierto, que si bien estaríamos ante una circunstancia atenuante en el supuesto precitado, también es verdad no se puede desdeñar posibilidades se trate de casos de intensa sublevación contra el ordenamiento jurídico, en cuya hipótesis, se justificaría considerarse a la reincidencia como circunstancia agravante; empero ello no debe significar que injustamente y tal como lo ha hecho el legislador peruano con las modificatorias que se han mentado, siempre se califique la reincidencia en el sentido de darle al delito la calidad de calificado por agravancia.

Es notoria la influencia de Gunter Jakobs en el legislador nacional pues se advierte ya en nuestro sistema una prevalencia de la mayor alarma social en cuanto justifica una reacción oficial de mayor agresividad penal por parte del Estado, aún en los casos que la conducta de reincidencia obedezca a déficit de socialización y desde que se estima incorrectamente que en tal pretendido, es el propio agente quien debe superarlos y no la sociedad, por lo que se apela a la teoría de la advertencia en virtud de la que habría mayor culpabilidad en quien vuelve a cometer un delito estando previamente sancionado por otro u otros y por lo mismo, ha de deparársele una pena incrementada.

El legislador peruano en el caso de la reincidencia no obliga sino faculta al Juez a aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo, con el agregado de que no se deben computar los antecedentes penales cancelados.

En este punto, además de lo discrecional o potestativo del incremento de la pena, es indispensable recordar que la rehabilitación con sujeción al artículo 69ª del propio Código Sustantivo es automática, esto es, que el que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite, lo que incluye la cancelación de sus antecedentes por ese solo hecho. Si esto es así y previo estudio sistemático, el instituto de la reincidencia cuando el agente ya cumplió totalmente la pena por el anterior delito, pierde consistencia y se convierte en un elemento simbólico, ya que al funcionar automáticamente la rehabilitación, no se podrá en ningún caso, aplicar la agravancia de sanción que

fija el mentado artículo 46 B del Código Penal.

Tratándose de la habitualidad y entendida como la comisión reiterativa de delitos, se facultad el incremento de pena hasta enana mitad por encima del máximo legal para el agente que ha incurrido al menos en tres hechos punibles evidenciados en un lapso que no exceda de cinco años.

Se verifica que en tanto la reincidencia se aproxima a una culpabilidad por el hecho cometido, la habitualidad incorpora la particular conducción de vida que efectúa el delincuente, sin interesar si hay o no sentencia condenatoria, bastando sean tres o más los delitos independientes atribuibles a un solo responsable que externaliza así una inclinación a la criminalidad, emergiendo una intensificada forma de reminiscencia de un Derecho Penal de autor donde la valoración jurídico penal va más allá del hecho y se extiende groseramente a la persona del delincuente afectando su libertad y dignidad pues se le viene a enjuiciar anticipada y negativamente en su forma de vida en sociedad con criterios criminológicos de peligrosidad individual.

La agravancia de la habitualidad, de otra parte, marca un efecto multiplicador, pues no hay que soslayar la vigencia de la ley Nro 28730, que al ocuparse del concurso real o material de los delitos, abandona el sistema de acumulación jurídica y abraza el de acumulación material que impone la suma de las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de los hecho punibles, con un límite del doble del máximo de la pena prevista para el delito más grave, no pudiendo en ningún caso superar los 35 años, salvo que exista cadena perpetua.

Por tanto, si ya se establece suma de penas, se generaría una sanción reforzada si además se agrava la punición al agente, por ser tres o más el número de delitos que ha perpetrado en un determinado lapso temporal.

Lo expuesto, produce congoja y decepción pues en el Perú, en lugar de procurar avances en la normatividad penal, se profundiza un notorio retroceso que nace de la ignorancia e improvisación del legislador que ve en el Derecho Penal la prima ratio para resolver los álgidos y severos problemas que la criminalidad contemporánea genera en nuestro sufrido país; despreciando otros mecanismos de control social menos dañinos, pero que obviamente, reclaman de mayor capacidad de respuesta por parte del Estado y que éste no tiene voluntad política de brindar.

EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Por: Berly Gustavo Cano Suárez*

En las últimas décadas hemos transitado de un Estado controlista, protector y asistencialista hacia otro liberal que no propone y menos aún interviene en la vida económica del país reduciendo su actuar a una labor orientadora en el desarrollo de la nación y a la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura¹.

El vigente Código Penal (CP) de 1991, prevé nuevos delitos de naturaleza económica y empresarial como evidente advertencia punitiva sobre conductas infractoras dentro del modelo económico social de mercado, ratificado este último por nuestra Constitución en 1993². Este tipo de derecho punitivo surge como la necesidad de sancionar los delitos económicos, financieros y monetarios, de conformidad con una escala de bienes jurídicos protegidos y creados como intereses estatales de carácter supraindividual, a diferencia de los personales y patrimoniales que, con carácter de "tradicionales",

*-Docente asociado de la Facultad de Cs. Jurídicas y Políticas. -Abogado. -Magister en Derecho Penal.
-Jefe Oficina de Cs. Jurídicas de la Universidad Católica de Santa María.

¹Valdivia Cano precisan, con Domingo García Belaúnde y Fernando de Soto que, tocar el tema del liberalismo no consiste, únicamente, en el encuentro y aplicación de recetas "fondomonetaristas" de naturaleza puramente económica que afecten sólo al Estado, privilegiando a unos pocos en perjuicio de la mayoría, con agresión al propio sistema liberal que, se asume, debe ser respetuoso de la persona humana y de su libertad. El problema, hoy en día, radica en que el modelo liberal dentro de nuestra vigente experiencia, lo define la propia sociedad civil al desarrollar sus actividades en el mercado sin participación alguna del Estado. Por último "Mercado" siempre ha existido, mas no "Economía de Mercado" que se basa en una auténtica libertad y democracia al alcance de las mayorías. La intervención del Estado, entonces, es imprescindible cuando cumple su rol esencial (seguridad, administración de justicia, correcto e incorruptible actuar de sus poderes constituidos y el otorgamiento de servicios básicos. En suma, hacer un buen gobierno) Diccionario de Derecho Electoral Peruano, Ramiro y Juan Carlos Valdivia Cano, Ed. Horizonte, Lima 2001, pp. 173 y ss.

²La Constitución de 1993 (Arts. 58 y ss) trata al régimen económico propiciando la iniciativa privada dentro de una economía social de mercado regulada por las leyes de la oferta y la demanda, dejando al Estado mínima y potestativa capacidad de acción (orientador del desarrollo del país). Sin embargo, este último tiene como destino el encuentro del bien común para la nación, especialmente entre las clases marginadas, de manera que se den las condiciones necesarias para propiciar fuentes de trabajo y el equilibrio en los precios de productos de primera necesidad, entre otras funciones para crear el equilibrio de fuerzas productoras y consumidoras en un clima de paz social.

hemos venido conociendo en la evolución de nuestro derecho de castigo.

Las innovaciones a nuestro Código Penal tienen correlativa conexión con el modelo económico que hace de la libre competencia su base sustantiva. De aquí partimos, entonces, hacia la creación de bienes jurídicos protegidos con su plasmación legal sobre la defensa de normas pertinentes para mantener su vigencia contra acciones que afecten a la libre competencia, a los derechos de los consumidores y al correcto tráfico financiero. En resumen, nos encontramos en el campo de la persecución a la criminalidad económica con grandes efectos de dañosidad social, muchas veces más importantes en sus efectos que los delitos de carácter individual.

El entorno precitado nos conduce a aceptar que el Derecho Penal ha invadido la esfera económica a través del ejercicio de su función punitiva frente a agresiones contra bienes jurídicos preestablecidos, a la prevención del delito y demás elementos consubstanciales a sus principios. En especie, el Derecho Penal Económico (DPE) está ligado con el modelo político y económico desde la perspectiva de su rol; la persecución y punición de los delitos de orden económico, monetario y financiero, etc.

Ambos estamentos superestructurales (economía y derecho) sólo pueden funcionar con fluidez a través del equilibrio social sobre las bases administrativas y penales que permitan – disciplinariamente- el manejo económico dentro de los límites de la oferta y la demanda hacia una equitativa distribución de la riqueza y correlativo bienestar general. Estas formas ideales de composición social, económica y legal no se producen en la realidad vigente por diferentes causas entre las que se encuentra la nula actividad del Estado y sus instituciones para velar, en el caso que tratamos, por medio de una correcta administración de justicia, con respeto a bienes jurídicos preestablecidos y normas de conducta funcional entre los integrantes del sistema, aumentando así la criminalidad "cult" y "organizada" en perjuicio del consumidor.

Consideramos que el Estado y sus instituciones poco o nada vienen haciendo dentro del modelo económico vigente que evite o limite la comisión de delitos que afectan al sistema crediticio, a los derechos de autoría intelectual e industrial, a nuestros bienes culturales, al adecuado uso del poder económico, al orden financiero y monetario así como otros bienes jurídicos que en nuestro derecho penal se encuentran aún dispersos; ocasionando notorios daños en la

sociedad y, específicamente, a todos y cada uno de los ciudadanos-consumidores de bienes y de servicios³.

Entre el contexto del modelo económico que nos rige, y el contenido dogmático del derecho punitivo encontramos un notorio vacío que nos permite ubicar, conscientemente, la carencia de una cabal intención de la injerencia del Estado sobre las infracciones de naturaleza económica a través de sanciones administrativas y penales, convirtiendo a estas últimas en "leyes incompletas" o "leyes en blanco", muchas veces dependientes de pronunciamientos técnicos y previos para que el Estado ejerza acciones tendentes a una sanción que merezca su real función equilibrante entre los problemas sociales con la protección a los bienes jurídicos⁴.

Si partimos de los presupuestos conceptuales sobre la Economía Social de Mercado como una tercera vía de no llegar al capitalismo desenfrenado ni a una administración totalitaria; vía que transita con la creación de la libre competencia con garantías de libertad económica, garantía de pleno empleo, libertad en el comercio exterior, estabilidad del nivel de precios, independencia del banco emisor, estabilidad presupuestaria y equilibrio en la balanza de pagos y comercio exterior, nos encontramos con un "menú" que está plasmado en nuestra Constitución Política no sólo en su Art. 58º ya comentado sino en su propio contexto consignado en el Título III Régimen Económico, Capítulo I Principios Generales.

La Economía que nos rige es, constitucionalmente, "social". Este mecanismo que restringe la arbitrariedad en las acciones de agentes privados para establecer la optimización del principio de solidaridad, corrige

³La Constitución prescribe que el Estado "orienta el desarrollo" de la iniciativa privada. Este sesgo constituye, obviamente, una seria limitación al rol que necesita, en estos momentos, para equilibrar la crisis de consumo que el país experimenta. En apoyo de esta posición **Abanto Vásquez** afirma que "...una economía de mercado no significa una ausencia total del Estado en el campo económico, tal como predicaba el liberalismo clásico. Si bien se permite, fundamentalmente, un amplio campo de acción a los agentes económicos (productores, distribuidores, consumidores), para que de su accionar resulten mejores condiciones de precios y productos para todos, el Estado tiene que dar reglas de juego, es decir, regular o encauzar el libre mercado. En caso contrario el sistema corre el peligro de ser destruido por sus propios agentes económicos..." **Derecho Penal Económico**, Ed. IDEMSA, Lima 1997, p. 21.

⁴**Núñez del Prado, Alonso**, opina que el Estado no debe proponer una concepción, sólo para garantizar las libertades fundamentales que permitan a cada uno el que pueda buscar los fines que se haya fijado a partir de sus propias concepciones. Más bien debe permitir la coexistencia concurrente de estas diferentes posiciones, impidiendo que el uso que unos hacen de su libertad perjudique a las de los otros. La neutralidad del Estado, junto a la idea de gobierno limitado y a la distinción entre esferas pública y privada, resulta en una visión instrumental de la política, que no es entonces portadora de dimensión ética, ya que no se puede exigir ni promover en su nombre ninguna concepción del bien común. "**La concepción del hombre en las teorías liberales**", "El Comercio". suplemento "El Dominical" N. 436, Lima, 15 de julio de 2007.

–teóricamente– las deformaciones que se puedan producir en el mercado, permitiendo así una eficiente labor estadual para lograr el bienestar ciudadano.

Sin embargo de lo expresado, no encontramos correlato entre la disposición constitucional que además de ser prescriptiva es también normativa y con extensiones aplicativas en algunos tipos penales protectores de bienes jurídicos tales como el respeto al orden económico, siendo los actos típicos y antijurídicos del Art. 232 del C.P. sobre el abuso del poder económico, por ejemplo, los que muy bien podrían ser objeto o herramienta de estudio para actos económicos de trascendencia social.

En efecto, si nos proponemos tomar como cimiento de estas preocupaciones al Art. 58 de la Constitución, manejaremos el principio interpretativo del Derecho conforme a la naturaleza de la Carta Magna que se le otorgue a su objeto aspectos valorativos para colacionarlos con la aflicción penal, de ser el caso. Esta seguridad jurídica esperada podría verse afectada si la ley específica resulta contradictoria o inaplicable según la confianza que la Carta fundamental prescriba.

En la práctica, tomaremos el tema referido a la constante suba de los artículos de primera necesidad que viene preocupando a las clases menos favorecidas del Perú y si la rebaja o desaparición del cobro de aranceles por la importación de insumos de tales productos, influiría en la rebaja efectiva de sus precios al público y, en tal caso, si el Derecho penal podría tener influencia decisiva en la protección de bienes jurídicos preestablecidos por el Estado (El orden económico, en líneas generales así como, específicamente la honestidad en los negocios).

Apreciamos que el Art. 234 del C.P. pune las conductas antinormativas que atentan contra los bienes jurídicos detallados en el párrafo precedente es una ley imperfecta o en blanco como la doctrina señala. Tal disposición penal resulta contradictoria con el mandato constitucional pues, en un primer extremo, atenta contra la libre competencia que es fundamento del orden de nuestra economía social de mercado y, por el segundo punto, porque no existe a la fecha ninguna autoridad administrativa competente para fijar precios en los artículos de primera necesidad⁵.

En consecuencia,

1. Si el Derecho Penal Económico tiene relación con aspectos punitivos derivados de infracciones a bienes jurídicos preestablecidos por el Estado, la norma positiva consignada en la ley penal debe configurar modelos típicos concordantes o sopeditados a la norma constitucional.
2. Siguiendo los principios penales de Legalidad y de Determinación en la ley penal, el tipo debe ser preciso en su texto y contenido, respectivamente. No puede contradecir al mandato constitucional consignado su Art. 58° relativo al ejercicio de una economía social de mercado, donde su manejo práctico se plasma en la regulación de las leyes de la oferta y de la demanda.
3. El Art. 234 del C.P. sobre el delito de Especulación, no tiene relación alguna con el mandato constitucional comentado, por contradecir a los principios de este último. Se requiere una reevaluación de esta disposición penal para evitar la irradiación impune de conductas que los monopolios u oligopolios pudieran ejercer para burlar la persecución penal que, de otro lado, en el campo administrativo no se encuentra participación ni interés directo del Estado para regular punitivamente problemas como el que es objeto de comentario.

⁵El Art. 234 del C.P. prescribe en su primer párrafo lo siguiente: **"El productor, fabricante o comerciante que pone en venta productos considerados oficialmente de primera necesidad a precios superiores a los fijados por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con noventa a ciento ochenta días-multa"**.

APROXIMACIONES AL TRATAMIENTO JURÍDICO INTEGRAL DEL GRUPO DE EMPRESAS

Por: Manuel Alejandro Ruiz Paredes*

PRIMERA PARTE: DELIMITACIONES CONCEPTUALES

1. Punto de Partida: Concentración Económica, Concentración Empresarial y Criterios de Clasificación.

La globalización ha provocado profundos cambios en la forma de dirigir empresas, a tal punto, que hoy se habla de “empresa moderna”, como el ente económico partícipe por excelencia de éste nuevo entorno económico y social, ello, ha ocasionado que los mecanismos de hacer negocios evolucionen y se reinventen a cada momento estrategias empresariales. Este fenómeno acelerado de cambios, que en el ámbito de la economía si ha sido acogido oportunamente, definiendo y creando nuevos institutos aplicables en la práctica; no ha merecido la misma actitud proactiva en el Derecho. En nuestro campo de acción, la regla del legislador ha sido, esperar a que se susciten cambios en la vida cotidiana y en el mercado para consagrarlos en textos legales, actitud que es correcta puesto que el derecho no inventa realidades, sino mas bien, se redefine y adecua cada vez que se suscitan reformas sociales. El problema radica en la rapidez con que el derecho reacciona y da respuesta a una realidad cambiante. Las normas jurídicas ya no permanecen rígidas e invariables por mucho tiempo, se las debe actualizar constantemente y de modo acelerado, porque la ola de cambios y transformaciones no da tregua. “Es más que claro que los procesos económicos evolucionan con mucha mayor rapidez que las normas jurídicas (...) lo que provoca consecuencias sociales para las cuales el derecho carece en lo

*Abogado & Licenciado en Administración
janotmarp@yahoo.es

inmediato, de remedios adecuados”.¹

Bajo el concepto de concentración económica, se han agrupado muchas de las nuevas formas de hacer negocios (lo que implica cambios y nuevos retos para el Derecho) y, aunque la variedad hace difícil su definición y clasificación, es ésta la característica que justifica y hace relevante su estudio por el rol y grado de influencia que actualmente tienen en la vida práctica; y que ha sido impulsado principalmente por la globalización, ya que trajo consigo la progresiva eliminación de fronteras y, en consecuencia, la ampliación de los mercados, lo que renovó la vigencia del fenómeno concentracionista y ha ocasionado que adquiriera nuevos factores determinantes para su desarrollo.

Pero, a pesar del protagonismo que actualmente tienen los mecanismos de concentración, éstos no surgen a raíz de la globalización, sino más bien, tienen antecedentes mucho más lejanos. HUNDSKOPF EXEBIO explica, que es el progreso técnico lo que generó nuevas necesidades, entre ellas, la de reunir mayores capitales, hecho que obligó a los propietarios de las empresas a concentrar sus recursos formando así grandes empresas. Por otra parte, surgió la necesidad de compartir el empleo de maquinarias e instalaciones particularmente costosas, siendo la Revolución Industrial el referente histórico más destacable, ya que a partir de este acontecimiento se inicia una nueva etapa. Las empresas empezaron a desarrollarse aumentando sus dimensiones hasta llegar a convertirse en grandes compañías. Las modalidades que utilizaron fueron, entre otras: la absorción de las pequeñas y grandes empresas, la absorción, a través de la compra por parte de una empresa del activo de otras, o de los establecimientos; la fusión, mediante la integración de una empresa con otra del mismo tipo; y la incorporación mediante la cual se integra en una empresa, el patrimonio que transfieren una o más empresas a aquélla, desapareciendo como tales.²

Resulta visible entonces, que la concentración económica abarca numerosas manifestaciones que permanentemente se innovan, porque la realidad va cambiando y, por ende, se necesita que los nuevos mecanismos de concentración se adapten y sean idóneos a las variaciones del entorno. Así, desde

¹ DE BUEN, Néstor. “Grupos de Empresas en el Derecho del Trabajo”. Congreso Internacional sobre las Relaciones de Trabajo y Seguridad Social. Caracas: sin precisión de editorial, 1999, p.101.

² HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Derecho Comercial, Nuevas Orientaciones y Temas Modernos. Tomo III. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1999, pp. 218 - 221.

la simple acumulación de capitales a través de la sociedad anónima, han aparecido otras formas de concentración como la autofinanciación de empresas a través de acciones, franquicias, uniones estratégicas, fusiones, creación de subsidiarias, contratos de colaboración empresarial, entre otras.

Es tan amplio el número de manifestaciones en las que existe factores de concentración económica, que se puede abstraer de él, un sub-grupo, que reúna sólo a las uniones de empresas, el cual ha recibido el nombre de “concentración empresarial” y es definido en los siguientes términos: “La concentración empresarial es el fenómeno por el cual dos o más empresas convienen en unir esfuerzos y capitales para obtener un beneficio común”.³ Si quisiéramos ahondar en una sistematización más profunda e integral de las formas concentracionistas, encontraríamos que no son muchos los antecedentes doctrinarios y los autores que se han pronunciado, no han logrado unidad de criterio. Por ello, se ha considerado que “... el fenómeno de la concentración empresarial es un proceso dinámico, siendo imposible sistematizarlo. La diversidad de instrumentos de concentración empresarial existentes es tan amplia como la creatividad de los empresarios actuantes en el mercado mundial, que a cada momento crean nuevas figuras de integración empresarial”.⁴

Hecha la salvedad, no se intentará desarrollar una clasificación única e invariable de las formas de concentración económica, ni empresarial, porque resulta confuso agruparlas en su totalidad. Sin embargo, lo que sí se puede hacer, es tratar de unificar los criterios existentes,⁵ enlazándolos a través de sus puntos en común; solamente con fines ilustrativos, que ayuden a la mejor ubicación y comprensión del tema en cuestión, evitando, así, confusiones innecesarias.

³ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “La regulación Jurídica de los Grupos de Empresas”. Gaceta Jurídica. Lima: Gaceta Jurídica Editores, noviembre, 1997, p. 20-A.

⁴ AMIN FERRAZ, Daniel. La Concentración Empresarial en el Comercio Internacional. Consulta en Internet: http://www.tdx.cesca.es/TESIS_UV/AVAILABLE/TDX-0530105-131858//amin.pdf

⁵ Sobre el particular han escrito: HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Derecho Comercial, Nuevas Orientaciones y Temas Modernos. Op. Cit., pp. 222 y SS. MARTÍNEZ CASTILLO, Aureliano. Consolidación de Estados Financieros. Fusiones y Escisiones. Segunda Edición. México: Mc Graw Hill, 2001, pp. 48 y SS. AMIN FERRAZ, Daniel. La Concentración Empresarial en el Comercio Internacional. Consulta en Internet: http://www.tdx.cesca.es/TESIS_UV/AVAILABLE/TDX-0530105-131858//amin.pdf. ECHAIZ MORENO, Daniel. Nuevas Formas de Organización Corporativa Concentrada. Consulta en Internet: <http://ciberconta.unizar.es/leccion/der022/inicio.html>

Criterios de Clasificación

OTAEGUI, clasifica las concentraciones empresariales en dos grandes grupos: de coordinación y de subordinación. Las uniones de empresas por **coordinación** implican, como su mismo nombre lo indica, la actividad coordinada de las empresas integrantes del acuerdo. En este tipo de concentración empresarial no se afecta, ni se somete, la identidad jurídica de ninguna de las empresas comprometidas y comprende no sólo relaciones de coordinación, sino también de **cooperación y colaboración**. De otro lado, “las uniones de empresas por subordinación están fundadas en una dirección común o dicho en otras palabras, en una relación de dependencia entre ellas, de tal modo que, si bien las empresas vinculadas o controladas mantienen su individualidad jurídica, existe un control que ejercita sobre ellas otra empresa por lo que su voluntad se halla enervada”.⁶

Las concentraciones empresariales también pueden clasificarse como “horizontales”, “verticales” y de “conglomerado”. Los acuerdos horizontales congregan a empresas que realizan la misma actividad o actividades similares, es decir, se encuentran en directa relación de competencia. Por lo general, las concentraciones de tipo horizontal son introducidas en mercados que demandan un tamaño empresarial mayor para poder sobrevivir en él. Por su parte, los acuerdos verticales buscan la integración de esferas productivas, que pueden comprender desde la extracción de la materia prima hasta la comercialización del producto final. En otros términos, las empresas concentradas verticalmente tienen objetos sociales distintos pero complementarios entre sí. Por último, la concentración por conglomeración implica que las empresas agrupadas no mantengan ninguna relación, ni de competencia, ni de complementariedad. Se recurre a la conglomeración principalmente para diversificar el riesgo de la inversión.⁷

Es necesario mencionar, que los tipos verticales y horizontales pueden ser vistos desde una perspectiva distinta a los conceptos de regulación de mercado y competencia. Las relaciones de verticalidad y horizontalidad,

⁶ OTAEGUI, Julio César; citado por HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Derecho Comercial, Nuevas Orientaciones y Temas Modernos, Op. cit., pp. 226 y 227.

⁷ MASCAREÑAS, en el mismo sentido, afirma que las fusiones o adquisiciones [que son formas de concentración empresarial] pueden ser de tipo horizontal (entre empresas del mismo sector), de tipo vertical (cuando una empresa busca expandirse adquiriendo a las compañías que le proveen materia prima o bien a compañías que le permitirán acercarse más a sus clientes finales) y, en conglomerado (entre empresas de sectores distintos). MASCAREÑAS PÉREZ- IÑIGO, Juan. Fusiones y Adquisiciones de Empresas. Cuarta Edición. Madrid: Mc Graw – Hill, 2005, p. 7.

también pueden formarse de acuerdo a la interpretación del tipo de gestión que se desprenda del contrato o del acuerdo mediante el cual se unen. Por ejemplo, dentro de este esquema y bajo la regulación jurídica peruana, el “contrato de asociación en participación” es vertical, porque es el asociante quien concede participación tanto en las utilidades como en las pérdidas de su empresa al asociado, salvo pacto en contrario, integrándolo a uno o varios de sus negocios, por lo que la gestión de la empresa queda reservada al asociante, mientras que el asociado adquiere el derecho a participar en los resultados de la empresa o del negocio en función a su aporte. Queda en evidencia, entonces, que en la asociación en participación existe una relación vertical (el asociado se integra a la gestión del asociante). En cambio, en el consorcio, las relaciones pactadas son de carácter horizontal, porque las personas que intervienen participan en forma activa y directa en la gestión del negocio, correspondiendo a cada socio realizar alguna actividad; por lo tanto, la gestión es conjunta y horizontal.⁸ Para la clasificación de concentraciones empresariales utilizaremos este segundo criterio.

LE PERA, manifiesta que la concentración empresarial puede darse a través de uniones en la que una o más empresas pierden su personalidad jurídica o cuando como resultado de dichas uniones de empresas, ninguna de las participantes pierde dicha personalidad.⁹ Otro sector de la doctrina, aludiendo al mismo criterio, nombra a este tipo de uniones, concentraciones empresariales con concentración jurídica y concentraciones empresariales sin concentración jurídica.¹⁰

Ahora bien, las distintas manifestaciones de concentración empresarial pueden pertenecer al mismo tiempo a más de uno de los criterios doctrinarios

⁸ El contrato de asociación en participación y de consorcio en el Perú se encuentran regulados por la Ley General de Sociedades, Ley 26887, dada el 19 de noviembre de 1997 y publicada en el diario oficial El Peruano el 9 de diciembre de 1997. La norma jurídica en mención define a dichos contratos en los artículos 440° y 445° respectivamente, en los siguientes términos:

Artículo 440.- Contrato de asociación en participación

Es el contrato por el cual una persona, denominada asociante concede a otra u otras personas denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución.

Artículo 445.- Contrato de Consorcio

Es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía. Corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquéllas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.

⁹ LE PERA, Sergio; citado por HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Gaceta Jurídica. “La regulación Jurídica de los Grupos de Empresas”, Op. Cit., p.20 – A.

¹⁰ AMIN FERRAZ, Daniel. La Concentración Empresarial en el Comercio Internacional. Consulta en Internet: http://www.tdx.cesca.es/TESIS_UV/AVAILABLE/TDX-0530105-131858//amin.pdf

citados anteriormente.

Así, se puede establecer que el “**cartel**”, encuadra como una forma concentracionista, horizontal y de coordinación. El “cartel” es un acuerdo celebrado entre empresas que actúan en un mismo mercado (geográfico o material), a través del cual se busca la neutralización de la competencia, mediante prácticas como: venta concertada de mercancías, restricciones en la captación y registro de nuevos clientes, determinación de zonas o espacios geográficos reservados exclusivamente en beneficio de las empresas que integran el cartel, entre otras. Igualmente, se puede pactar, la reducción de la producción, generando una oferta decreciente y un incremento del precio de mercado. Por lo tanto, el cartel utiliza pactos que implican la labor coordinada de las empresas, manteniendo éstas, su independencia jurídica y económica; con lo cual pretenden eliminar o disminuir la competencia de un mismo sector, por lo que las empresas que participan en dicho acuerdo quedan en una perspectiva horizontal.

La **Franquicia** es considerada, de acuerdo a su naturaleza jurídica, un contrato de cooperación, considerado dentro de los mecanismos de concentración por coordinación. El franquiciante permite que su marca o licencia sea explotada por el franquiciado contra el pago de regalías, previa transferencia de su Know How. A lo largo de la relación contractual, la cooperación se puede dar a través de la capacitación de personal, asistencia financiera, apoyo en las ventas, supervisión de métodos de operación y de tecnología, etc.

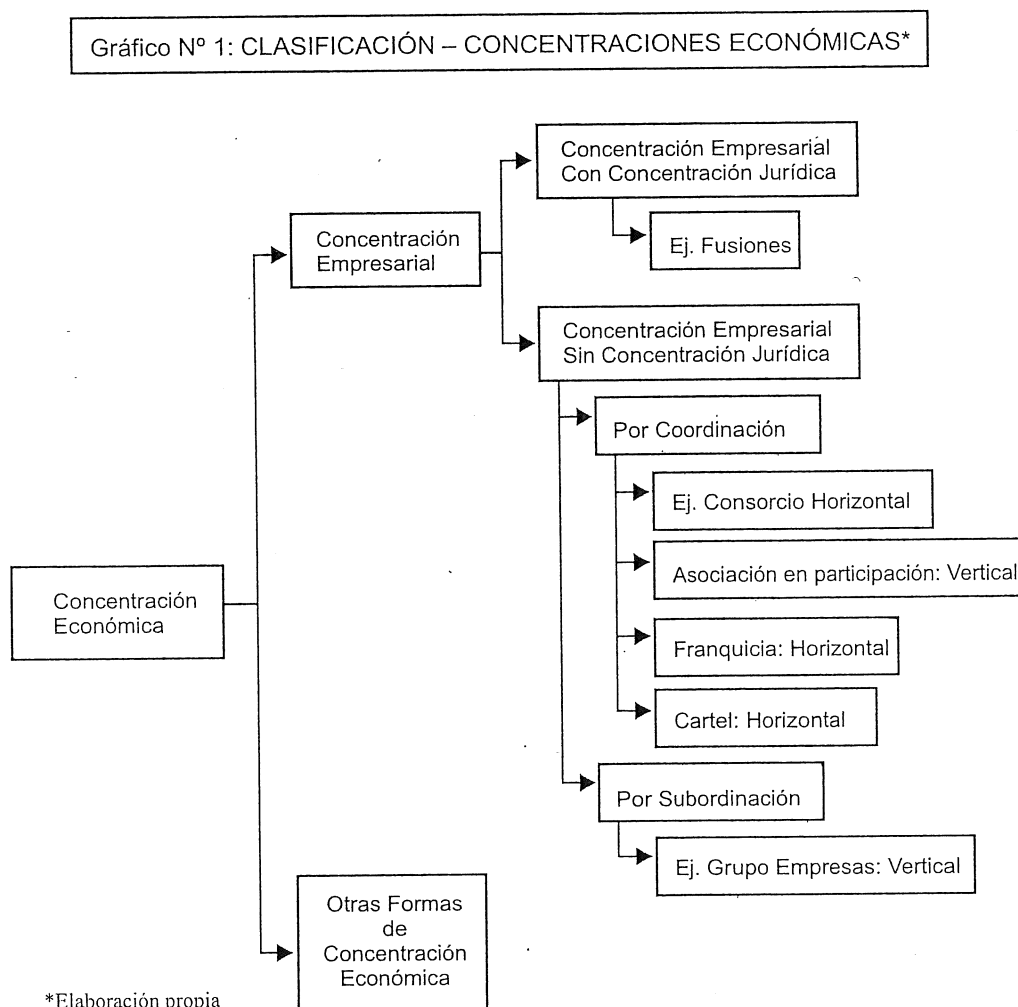
Los **Contratos Asociativos de Colaboración Empresarial**, regulados por la Ley General de Sociedades peruana, también son mecanismos de concentración empresarial. Como se explicó anteriormente, la Asociación en Participación es vertical y el Consorcio horizontal, pero, al mismo tiempo son contratos de coordinación. Mas allá de la relación vertical u horizontal que configure su gestión, este tipo de contratos nace por la necesidad que tienen las empresas de unir esfuerzos, para afrontar con éxito distintos negocios; para ello, previamente coordinan la forma en que colaborarán una de otra.

La **Fusión** es el nivel máximo de concentración empresarial, que implica la pérdida de la personalidad jurídica de la sociedad que es absorbida o de las sociedades que se fusionan para formar una nueva. La fusión es una

práctica recurrida por las ventajas que ofrece, por ejemplo, permite consolidar sinergias positivas, es decir, que las empresas en conjunto (fusionadas) tienen más valor que por separado¹¹. En la fusión, no se dan vínculos de subordinación o coordinación porque se ha sometido la identidad jurídica de las empresas fusionadas.

El **Grupo de Empresas** es una manifestación de concentración empresarial sin concentración o pérdida de la personalidad jurídica. Se trata de una unión por subordinación, ya que las empresas agrupadas, se hallan sometidas a la voluntad de otra empresa. Además, siempre son verticales, ya que la gestión está reservada a la matriz del grupo empresarial.

Gráficamente, los criterios antes citados y vinculados en sus puntos comunes, quedan representados de la siguiente manera:



¹¹ En concreto, se denomina sinergia positiva cuando el todo es mayor a la suma de las partes.

Diremos entonces, que la concentración económica se subdivide en dos subconjuntos: el primero reúne a todas las uniones de empresas, bajo la denominación de concentración empresarial y el segundo a las demás formas de concentración económica. A su vez, la concentración empresarial, congrega dos especies, las denominadas concentraciones empresariales con concentración jurídica y concentraciones empresariales sin concentración jurídica, éstas últimas, se pueden manifestar a través de vínculos de subordinación y de coordinación.

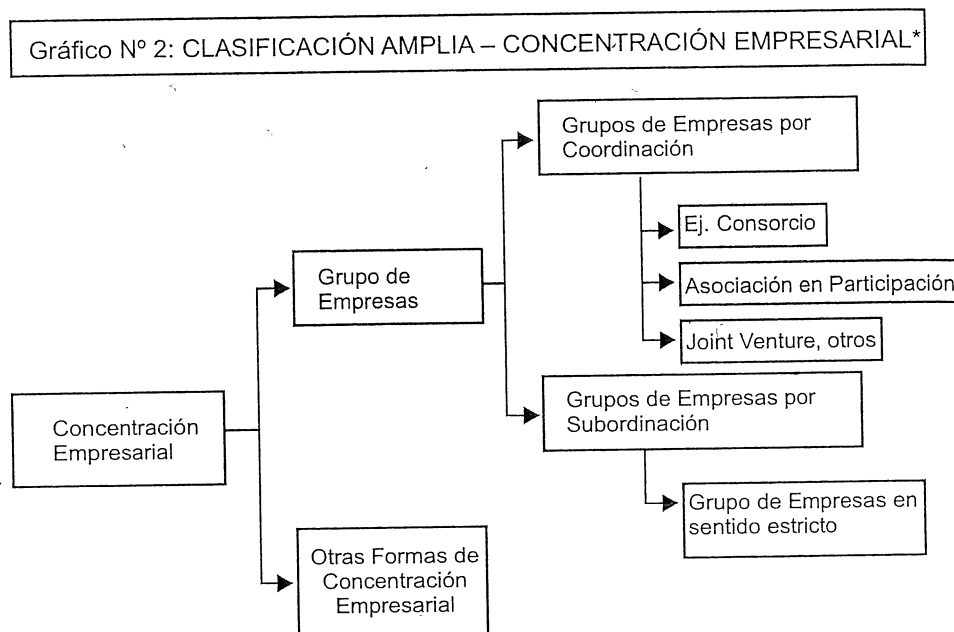
De esta forma, la labor de ubicar al grupo de empresas, dentro del amplio mundo de concentraciones económicas, permite mostrar sus primeras características, vale decir, que se trata de una forma de concentración en donde las empresas que integran el grupo mantienen su identidad jurídica, existe un vínculo de subordinación entre ellas y la estructura de su gestión es vertical debido a su dirección unitaria.

Sin embargo, es necesario mencionar que el grupo de empresas al ser un tema difícil de abordar por su estructura compleja y diversa, ha provocado que su elaboración doctrinal no goce de unidad y no sea una tarea sencilla, ni pacífica. A raíz de ello, se han propuesto otros criterios de clasificación en los que se concibe al grupo de empresas como un subtipo inmediato de concentración empresarial, lo que ocasiona que bajo el concepto de grupos de empresas se congregue tanto a las concentraciones empresariales por coordinación y subordinación, haciendo que la definición de grupo empresarial se *amplíe*, ya que estarían dentro de esta figura, por citar algunos ejemplos, el consorcio, la franquicia, la asociación en participación, etcétera. También, varían los requisitos que configuran un grupo empresarial, ya no es necesaria la dominación (control) que se origina por la relación de subordinación entre las empresas agrupadas. Dentro de este esquema, el “concepto jurídico del grupo de sociedades [léase grupo de empresas] se determinaría por la dirección unitaria; concepto que engloba tanto a los denominados grupos por subordinación como a los que están por coordinación, y que no plantean la necesidad de constatar la situación de dependencia, como elemento constitutivo del grupo de empresas”.¹²

Los cambios en la definición de grupo de empresas, quedan

¹² FALCONI CANEPA, Julio. Responsabilidad en los Grupos de Sociedades y Tutela de los Acreedores Sociales. Lima: Grijley, 2005, p. 4.

evidenciados aún más, si representamos gráficamente este criterio de clasificación.



*Elaboración propia

Con independencia del debate doctrinal latente sobre el tema, limito la definición de grupo de empresas y comprendo en ella solamente a las uniones empresariales por subordinación. Dos son las razones que explican esta decisión:

- a) La clasificación amplia de grupo de empresas no es un esquema adaptable a la realidad peruana en donde parte de las concentraciones empresariales por coordinación han sido reguladas bajo la denominación de “contratos asociativos”; además, este tipo de concentraciones doctrinalmente también han sido asumidas como “contratos de colaboración empresarial”. Es por eso, que concebir a dichas uniones empresariales como grupos de empresas, llevaría a confusiones innecesarias, ya que, por lo avanzando de su regulación y concepción doctrinal, un giro de esa naturaleza no sería lo más adecuado.
- b) La concepción amplia de grupo de empresas, es cuestionada preci-

samente por su amplitud, debido a que no es posible constatar la existencia de dirección unitaria en los casos de grupos de empresas por coordinación, bajo la siguiente premisa: “Sin un estado de dependencia, no es posible lograr una verdadera sujeción a una dirección unitaria”. En esa línea, se ha dicho, “La inexistencia de un estado de subordinación en el grupo de sociedades por coordinación, ha llevado a la doctrina a considerar que el grupo por coordinación no es otra cosa que un simple acuerdo de cooperación entre empresas, que no puede ser calificado como grupo en sentido estricto”.¹³

2. Grupo de Empresas

2.1 Definición.

Los criterios de clasificación expuestos, amplio y restringido, han provocado que el concepto de grupo de empresas, se juzgue también en dos sentidos:

2.1.1 Sentido Amplio o Impropio

Aquí, la expresión grupo de empresas, es utilizada como un término de referencia, que abarca todo tipo de uniones, de coordinación y subordinación.

2.1.2 Sentido Estricto o Propio

Grupo de empresas es un conjunto o agrupamiento de empresas que conservan sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas y sometidas a una dirección unificada general.

Como se mencionó anteriormente, esta investigación se circunscribe a la definición estricta de grupo de empresas, porque es la que verdaderamente

¹³ *Ibidem.*, p.7.

encarna a este fenómeno económico, a través de sus elementos constitutivos: autonomía jurídica, dirección unificada y dominación.¹⁴

Dentro de la visión de grupo de empresas en sentido estricto, se han dado numerosas definiciones. ECHAIZ MORENO, refiere por grupo de empresas a:

“Un fenómeno derivado de la concentración empresarial, de naturaleza multiarticulada, constituido por dos o más empresas jurídicamente autónomas, en el cual existe una dirección unificada destinada a la satisfacción del interés grupal y para lo cual se establecen relaciones de dominación dependencia, las que importan el control ejercido por uno o varios sujetos dominantes sobre la empresa o empresas dominadas.”¹⁵

Por su parte, HÉCTOR JAIME, comenta:

“Un grupo de empresas o grupo económico, como algunos lo llaman, es un conjunto de empresas, sociedades dotadas de personalidad jurídica, que actúan en forma autónoma o independiente, al menos de manera aparente, pero que conforman una estructura económica unitaria de carácter permanente al responder a un interés común y al estar sometidas a un control común”.¹⁶

En el mismo sentido, la legislación colombiana establece en el artículo 28 de la Ley 222,¹⁷ que hay grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, existe entre las entidades unidad de propósito y dirección. Señalando, que se configura unidad de propósito y dirección cuando las actividades de todas las empresas persigan la consecución de un objeto determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre

¹⁴ En relación con la posición adoptada, Francisco MESSINEO, señala: “no podrían considerarse como un grupo de empresas aquellas situaciones en las que no existen relaciones de subordinación a un control común”. Citado por JAIME MARTÍNEZ, Héctor Armando. “Los Grupos de Empresa”. Congreso Internacional sobre Relaciones de Trabajo y Seguridad Social. Caracas, 1999, p.78.

¹⁵ ECHAIZ MORENO, Daniel. “Análisis Jurídico del Control en los Grupos de Sociedades”. Tratado de Derecho Mercantil. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2005, p.1332.

¹⁶ JAIME MARTÍNEZ, Héctor Armando. Op. Cit., p.77.

¹⁷ Artículo 28 de la Ley 222, de 20 de diciembre de 1995, “por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio colombiano, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”.

el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

De lo anteriormente glosado, podemos concluir en definitiva, que el grupo de empresas es una manifestación de concentración empresarial, en el cual por razones de subordinación, una o más empresas permanecen sometidas a la dirección común que ejercen sobre ellas, una o más empresas en calidad de dominantes, conservando cada una su identidad jurídica, más no económica, que se encuentra, en el mejor de los casos, enervada en favor del interés grupal.

2.2 Precisiones Necesarias en torno a la definición de Grupo de Empresas

2.2.1 El término “Grupo de Empresas”

Se ha optado por utilizar el término “grupo de empresas” y no otras denominaciones, que se emplean con alguna frecuencia, como “grupo de sociedades” o “grupo económico”; debido a que dicho concepto permite comprender de forma integral el tema bajo análisis.

Si utilizamos “grupo de sociedades” en lugar de “grupos de empresas”, estaríamos abarcando sólo parte de la materia estudiada. Recordemos que no toda empresa es sociedad, pero si toda sociedad es una empresa, es decir, cualquier persona que quiera realizar una actividad económica puede, para ello, crear una sociedad u optar por hacerlo directamente, como persona física, en ambas situaciones estamos frente a una empresa. Es importante hacer ésta distinción, porque al formarse un grupo, no solamente, se unen sociedades, sino también, entes no societarios. Por eso resulta, para un mejor acercamiento a la materia, utilizar el término “empresas” por su carácter amplio y porque comprende toda clase de organización destinada a la actividad empresarial.¹⁸

Basándose en ello, se sugiere no optar por el término “grupo de

¹⁸ ECHAIZ MORENO, Daniel. Nuevas Formas de Organización Corporativa Concentrada. Consulta en Internet: <http://ciberconta.unizar.es/leccion/der022/inicio.html>. Por su parte, Oswaldo HUNDSKOPF EXEBIO explica que dentro del contexto jurídico peruano el vocablo “empresa” muchas veces es utilizado como sinónimo de sociedad, debido a la ausencia de su tratamiento legislativo (Derecho Comercial, Nuevas Orientaciones y Temas Modernos. Op. Cit., p. 230). A cerca de la situación jurídica de la empresa en el Perú, revisar también: FLORES NANO, Lourdes. La Empresa como objeto del Tráfico Jurídico. Revista Peruana de Derecho de la Empresa 30. Lima: Asesorandina, 1988.

sociedades”. Su empleo conduciría necesariamente a un error, ya que sólo se estaría comprendiendo a parte de las manifestaciones empresariales que podrían involucrarse en un grupo, por lo que en conclusión, dicho enfoque resulta limitado.

Otro de los términos empleados es el de “grupo económico”,¹⁹ el cual tampoco debe ser asumido por ser, de acuerdo a su naturaleza (economía) general y amplio, puesto que alude a toda actividad económica y; por tanto, no ayuda a la comprensión real de la materia estudiada, más aun si se tiene en cuenta, que toda actividad económica que es debidamente organizada se cataloga como “empresa”; por lo tanto, es este el término que se debe emplear por ser más específico y actual.

2.2.2 Interés Grupal

El motivo que ocasiona la formación de un grupo se halla determinado por el concepto de “interés grupal”, si éste es positivo entonces conviene realizar la concentración empresarial.

El “interés grupal” permite, justificar, legitimar y dar por válidas las directrices vinculantes que dicta la empresa dominante y que podrían perjudicar a las dominadas y, eventualmente, a sí misma, a cambio de fortalecer al grupo; por lo tanto, se produce un desplazamiento, sustitución o degeneración del interés social de cada empresa integrante. A partir del “interés grupal” se explican entonces, aquellos acuerdos que lesionan los intereses de cada sociedad, siempre y cuando, dichos acuerdos se tomen dentro del contexto y en beneficio de un grupo empresarial, puesto que sólo en este contexto, se justifica que el “interés grupal” prevalezca sobre el interés de cada empresa, en razón a que la totalidad de las empresas del grupo trabajan para su fortalecimiento, crecimiento y liderazgo.²⁰ Por lo tanto, este interés,

¹⁹ Véase, por ejemplo, el artículo 8 de la Resolución S.B.S. 445-2000, Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, aprobada el 28 de junio de 2000 y publicada en el diario oficial El Peruano el 6 de junio de 2000. “Entiéndase por grupo económico al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión”.

²⁰ ECHAIZ MORENO, DANIEL. Características Estructurales de los Grupos de Empresas. Consulta en Internet: <http://www.astrolabio.net/legal/articulos/10284818452199.html>.

supone la subordinación del interés social de cada una de las empresas miembro al interés social del grupo, el mismo que debe ser protegido en el marco de una acción empresarial y financiera conjunta.²¹

2.3 Elementos Constitutivos en la formación de Grupos de Empresas

2.3.1 Autonomía Jurídica

El primer elemento a constatar en un grupo es el de la conservación de la autonomía jurídica de las empresas concentradas. Consiste en una pluralidad de empresarios independientes (individuales o sociales) que conservan la titularidad sobre sus establecimientos, siendo; por consiguiente, los sujetos que, en principio, soportan con su patrimonio las consecuencias del ejercicio de la actividad empresarial conjunta.²²

La autonomía jurídica en los grupos de empresas, ha sido calificada como una autonomía “formal” y “no real”,²³ debido a que ella, sólo es aparente porque al interior y en el desarrollo de la actividad empresarial dicha autonomía no existe. Las facultades económicas de la empresa o empresas dominadas han sido debilitadas, existiendo autonomía sólo para efectos del derecho y no en el plano económico. En ese sentido, MORALES ACOSTA,²⁴ expresa que la autonomía jurídica tiene dos perspectivas: externa e interna. La primera, permite a la empresa integrante del grupo mostrarse al exterior como una organización desvinculada de otras; es decir, con autonomía jurídica y, en el plano interno, se verifica el control ejercido por una empresa que domina a las demás, percibiéndose así, el carácter relativo de la autonomía. La interpretación dual de la autonomía jurídica, permite

²¹ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “La regulación Jurídica de los Grupos de Empresas”. Op. Cit., p. 23-A.

²² HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Derecho Comercial, Nuevas Orientaciones y Temas Modernos. Op. Cit., p. 242.

²³ ECHAIZ MORENO, Daniel. “Análisis Jurídico del Control en los Grupos de Sociedades”. Tratado de Derecho Mercantil. Op. cit., p. 1333.

²⁴ MORALES ACOSTA, Alonso; citado por ECHAIZ MORENO, Daniel. *Ibidem.*, p. 1334.

explicar algunas contradicciones como la que se genera al afirmar que una empresa es controlada pese a que conserva su autonomía jurídica o que existe pluralidad de empresas autónomas pero que son dirigidas en forma unitaria por una de ellas. BUENO MAGANO, afronta estas contradicciones explicándolas con criterio similar al de MORALES ACOSTA: “La superación de la oposición entre autonomía y control se logra con base en la distinción entre la vida externa y la vida interna de las personas jurídicas”. En ese sentido, frente a “terceros las sociedades integrantes del grupo poseerían plena autonomía, pero internamente se pone de manifiesto el dominio o control ejercido por una de ellas[...]. De igual forma la cohesión unitaria [léase dirección unitaria] se manifiesta al interior del grupo, en tanto que el carácter plural y aparentemente autónomo, resalta frente a terceros”.²⁵ Por lo tanto, queda explicado como a pesar de las supuestas contradicciones, la autonomía jurídica puede existir junto a los demás elementos constitutivos del grupo de empresa, que manifiesta en los casos planteados, su carácter peculiar, provocando el desarrollo de una doctrina jurídica que lo contenga y lo explique, ya que ha quebrado algunos esquemas tradicionales del Derecho.

A pesar que la conservación de la identidad jurídica de cada una de las empresas del grupo es un elemento necesario de verificar para determinar su existencia, ésta no resulta suficiente, puesto que necesariamente tiene que ir aparejada con los elementos restantes: dominación dependencia y dirección unificada. Además, es preciso recordar que la autonomía jurídica es un requisito obligatorio pero de carácter formal, por lo que resulta ineludible verificar si en el fondo de la relación entre empresas encontramos una pluralidad empresarial, donde coexista a la vez, un estado de autonomía económica afectada.²⁶

²⁵ BUENO MAGANO, citado por JAIME MARTÍNEZ, Héctor Armando. Op. Cit., p.79.

²⁶ Por ello, se ha dicho: “resulta imprescindible [...] poner el acento en la pluralidad de empresas más que en la pluralidad jurídica, dado que esta última bien puede encubrir supuestos de grupos ficticios o fraudulentos. En el caso de estos falsos grupos, lo que se busca es fragmentar arbitrariamente en distintas personas jurídicas lo que en verdad es una única actividad empresarial. De ahí que, el requisito de la personalidad jurídica de las empresas que conforman la agrupación es un requisito que por ser formal resulta necesario aunque no suficiente para determinar la presencia de un grupo de empresas” (ARCE ORTIZ, Elmer. “El concepto jurídico de grupo de empresas en el Derecho de Trabajo. Aspectos Individuales de la cuestión. Asesoría Laboral 148. Lima: Caballero Bustamante, abril 2003, p.13). Generalmente se recurre a la descomposición de una actividad empresarial en varias sociedades, no para formar un grupo de empresas, si no más bien, para eludir el cumplimiento de obligaciones legales en un intento de fraude a la ley.

2.3.2 Relación de Dominación-Dependencia

La relación de dominación-dependencia es la capacidad que tiene el sujeto dominante, también llamado matriz, cabeza de grupo, empresa madre para influir decisivamente en la gestión de la empresa o empresas subordinadas o dependientes, a través de mecanismos de control que se hayan hecho efectivos.

Para considerar a la relación de denominación-dependencia como elemento constitutivo de un grupo empresarial, ésta debe revestir características de intensidad y duración en el tiempo. OSWALDO HUNSDKOPF, explica que la “influencia dominante debe ser duradera porque una situación transitoria no podría tener incidencia en la administración de los negocios o con la actividad de las empresas dominantes [...] y debe estar dotada de una particular intensidad; esto quiere decir, que tenga la posibilidad de imponer conductas económicas aún en contra de la voluntad de la controlada”.²⁷

2.3.2.1 Manifestaciones del control

Como se mencionó, el control es el mecanismo a través del cual se alcanza una relación de dominación-dependencia, quedando las empresas sometidas en calidad de subordinadas. El control proviene de dos fuentes: interna y externa, pudiendo en cada caso ser de hecho o de derecho.

a. Control Interno.

Es aquel que nace al interior de la propia sociedad controlada; es decir, que la dominante logra el control a partir de su intervención en la empresa controlada, la forma más frecuente de obtenerlo es a través de la participación social.

²⁷ HUNSDKOPF EXEBIO, Oswaldo. Derecho Comercial, Nuevas Orientaciones y Temas Modernos. Op. Cit., p. 246.

Se subdivide en control interno de derecho y control interno de hecho. El primero de los nombrados, “se presenta cuando el sujeto controlante tiene una participación de tal magnitud en el capital de otra sociedad que le permite, en última instancia, contar con el quórum y la mayoría absoluta de votos calculados sobre la totalidad de los posibles de ser emitidos en la asamblea o en el órgano de administración de la sociedad a la que controla”,²⁸ de tal forma que asegura jurídicamente la mayoría suficiente para hacerse del control. Se puede arribar a él a través de los siguientes mecanismos:²⁹

·Control absoluto: cuando se posea el cien por cien de las acciones o participaciones de la sociedad controlada.³⁰

·Control mayoritario: cuando se posea más del 50% y menos del 100% de las mismas.

·Control minoritario: cuando se posea menos del 50% de las acciones o participaciones de una sociedad y se celebre un pacto de sindicación de voto que conlleve al control de ella.

En el control interno de hecho, la mayoría suficiente para tomar decisiones en asamblea que determinen el control de la empresa dominada se logra, mediante el ausentismo o desinterés de los demás accionistas o participacionistas en tomar parte de la gestión de la empresa, hecho que determina que el control de la sociedad sea asumido por aquellos socios que no teniendo mayoría, consiguen el manejo con una participación minoritaria, siempre y cuando logren el

²⁸ FALCONI CANEPA, Julio. Op. Cit., p.13.

²⁹ Sobre las tres vías para hacerse del control interno de derecho, ver: ECHAIZ MORENO, Daniel. “Análisis Jurídico del Control en los Grupos de Sociedades”. Op. Cit., p.1340.

³⁰ Téngase en cuenta en sede peruana, que la Ley General de Sociedades vigente, exige pluralidad de socios para la formación de una sociedad, por lo que en primera instancia, no sería posible el control absoluto, puesto que una sola persona no podría poseer el 100% de las acciones o participaciones de una sociedad. Sin embargo, el control absoluto puede lograrse, a través de la participación conjunta de varias personas naturales o jurídicas independientes, que por separado no podrían ser catalogadas como entidades dominantes, acordando mediante la suma de sus participaciones o acciones, controlar a la empresa dominada, en cuyo caso estamos frente a un “control conjunto”. También, es necesario precisar, que existen excepciones al requisito de pluralidad societaria. Así, se permite al Estado formar una sociedad donde él sea el único socio. Otro caso de excepción a la regla, lo conforman las subsidiarias, ya que para su constitución no es exigible la pluralidad de accionistas (artículo 36 inciso 3, de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley 26702, promulgada el 06 de diciembre de 1996 y publicada en el diario oficial El Peruano el 09 de diciembre de 1996).

quórum necesario en la asamblea. Se trata de aquellas situaciones que permitan a un sujeto determinar de hecho la conducta de una sociedad en virtud de ostentar una posición que de forma habitual no gozaría.³¹ Por último, es preciso mencionar, que una situación de hecho no genera control cuando ésta es esporádica, sino sólo cuando es intensa y duradera en el tiempo.³²

b. Control Externo

Se genera control externo a partir de los vínculos, siempre contractuales, que causan que una empresa quede controlada por otra. También puede subdividirse en control externo de hecho y derecho.

El control externo de derecho está determinado por la celebración de un contrato cuyo único objeto es generar para una o varias empresas la dominación y para otra u otras la dependencia. Nos encontramos ante la figura de los “contratos de dominación”.

Por su parte, el control externo de hecho se configura a partir de contratos que no tienen por finalidad principal lograr el sometimiento de una o más empresas. Por lo tanto, el control externo de hecho se configura de modo indirecto como consecuencia secundaria de los efectos de un contrato. La situación más usual se revela alrededor de los contratos de mutuo que, en razón del derecho de crédito que ostenta el mutuante, puede llevar a una compañía a la insolvencia o quiebra, por lo que muchas veces pasa éste a dominar a la deudora,

³¹ FALCONI CANEPA, Julio. Op. Cit., p.14.

³² A modo de ilustrar las definiciones expuestas a continuación se citará casos concretos en los que se ha regulado al control interno, tanto de hecho como de derecho:

El Código de Comercio español, publicado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885, en su artículo 42, modificado por Ley 62/2003, publicada en el BOE de 31 de diciembre de 2003, regula las situaciones por las cuales una sociedad tiene la condición de dependiente, entre otras, cuando la sociedad dominante posea la mayoría de los derechos de voto (control interno de derecho), cuando pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto (control interno de derecho), o cuando se haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores (control interno de hecho).

La ley 222 de 1995 que modifica el Código de Comercio colombiano, establece en su artículo 27, que una sociedad es subordinada cuando más del 50% del capital pertenezca a la matriz, directamente o, por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto no se computan las acciones de dividendo preferencial y sin derecho a voto (control interno de derecho).

La Ley de Sociedades Comerciales de Argentina, Ley 19.550, de 3 de abril de 1972, regula en su artículo 33 inciso 1, el control interno de hecho y derecho, en los siguientes términos: “Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada, posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias”.

dirigiendo su actividad empresarial;³³ también, se puede presentar en los contratos de suministro de materia prima con cláusula de entrega en exclusividad, en donde la suministrada puede imponer condiciones al suministrante que influyan en su autonomía o, en sentido inverso, cuando el suministrante tenga el mismo grado de control sobre la suministrada, debido a que la materia prima que produce tiene el atributo de ser imprescindible y solamente él la fabrique. En todo caso, sólo se puede considerar que existe control externo cuando los vínculos contractuales entre empresas afecten la autonomía y la gestión de una de ellas, quedando en calidad de controlada.³⁴

2.3.3 Dirección Unificada

El tercer elemento necesario para determinar la existencia de un grupo empresarial es el de la dirección unificada; también llamada, dirección unificada común o dirección económica única. La dirección, tradicionalmente, consiste en intervenir en las actividades de los miembros de un segmento o de una organización entera.³⁵ En los grupos de empresas tal atribución, deja de estar en manos de la misma empresa y pasa a otra u otras empresas que la dirigen en función de un interés grupal, provocando que la empresa controlada persiga el objeto social para la cual fue creada en función ya no de sus objetivos y metas, sino en favor de los objetivos y metas del grupo.

Según FALCONI CANEPA, la dirección unitaria es el elemento más importante para la comprensión final del concepto de grupos y, a la vez, el elemento determinante, ya que el control (manifestación de una situación de dominación dependencia) no conduce

³³ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Derecho Comercial, Nuevas Orientaciones y Temas Modernos. Op. Cit., p. 250.

³⁴ En ese sentido la ya aludida Ley colombiana 222, hace mención al control externo de hecho (artículo 17) en los siguientes términos: "Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad". Del mismo modo, la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina, regula el control externo de hecho, mencionando: "Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada, ejerza una influencia dominante como consecuencia de (...) los especiales vínculos existentes entre las sociedades" (artículo 33 inciso 2).

³⁵ STONER, James A. F.; FREEMAN, R. Edward y GILBERT JR. Daniel R. Administration. Sexta edición. México Prentice Hall Hispano-Americana S.A., 2000, p.13.

necesariamente a la unificación de las gestiones, hecho que sólo se produce con una dirección unitaria.³⁶ Por lo tanto, el grupo de empresas no se forma solamente al generarse control efectivo, requiere del elemento adicional de dirección unificada, ya que sólo con su presencia se logra que el grupo funcione como un todo coordinado. Entonces, estamos frente al elemento integrador de las gestiones de las empresas del grupo, permitiendo la interrelación entre todas las partes que lo componen, generando una unidad.

La doctrina no ha consensuado aún sobre las situaciones suficientes mediante las cuales se considere que la empresa controlante haya conquistado para sí, la dirección unitaria del grupo.³⁷ ¿Será necesario que la matriz asuma todas las funciones inherentes a la gestión de las empresas agrupadas? o, por el contrario, ¿bastará que asuma los aspectos claves en la gestión de una empresa?. Asumo que no es necesario que se transfiera completamente el manejo de la gestión de las empresas subordinadas, porque para el logro de la dirección unitaria y; por tanto, la formación de un grupo de empresas, sólo basta que la empresa dominante logre dictar directrices que afecten la independencia de la empresa subordinada.³⁸ Sin duda, el área financiera y su planificación son el núcleo de las decisiones de cualquier empresa en torno al cual giran y dependen las demás áreas. Si la empresa dominante logra asumir la gestión de la tesorería de la empresa controlada y, por tanto, orienta sus recursos y objetivos en beneficio del interés grupal, habrá conseguido la dirección unificada

³⁶ FALCONICANEPA, Julio. Op. Cit., pp. 21, 22 y 23.

³⁷ La Superintendencia de Sociedades en Colombia, a precisado los alcances de dirección unificada en el grupo de empresas, en el oficio 220-50.925 de 1996: "Entiende este despacho que hay unidad de dirección cuando las entidades que conforman el grupo permiten que el poder de decisión lo ejerza un órgano aparte de sus integrantes, con el propósito de no romper el esquema de la personalidad de cada uno y sin que desaparezca su individualidad; órgano de decisión capaz de coordinar las actividades a desarrollar por las empresas que lo forman, en donde necesariamente prevalece el animus operandi y cuya función primordial es la de trazar la estrategia política y económica permanente a fin de que sus integrantes la pongan en marcha y con su desarrollo se logre su objetivo, como sería cuando las juntas directivas de todas las sociedades se encuentran conformadas por las mismas personas". REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Tomo I. Bogotá: TEMIS, 2004, p.561.

³⁸ Oswaldo HUNSDKOPF EXEBIO, (Derecho Comercial, Nuevas Orientaciones y Temas Modernos. Op.Cit., p.244) concuerda con este criterio indicando: "Para integrar el concepto de dirección unificada y para determinar la existencia de un grupo, no será preciso, [...] que se transfieran la totalidad de las actividades empresariales de las empresas integradas en el grupo". Más adelante comenta: "el grado de centralización del grupo variaría dependiendo de su política e intereses, de los motivos que lo impulsaron a construirlo y, algunas veces, de factores coyunturales, con lo cual la dirección unificada podría estar limitada únicamente a la indicación por parte de la empresa controlante de las directrices de política en general, dejando así libertad de actuación a las controladas de otras tareas propias de dirección".

a favor del grupo. Afectado el manejo financiero de la empresa, vendrá luego, dependiendo de la política general del grupo, la centralización de las áreas de recursos humanos, ventas, auditoría, planificación, logística, entre otras.

Por ejemplo, no es raro encontrar políticas que impidan que las empresas del grupo amplíen sus actividades a otros rubros, medida emitida con el fin de evitar que compitan entre ellas. También es frecuente encontrar directrices que limiten la capacidad de producción de las empresas a los requerimientos que disponga la matriz; frecuentemente se dan este tipo de indicaciones cuando la empresa tiene como única finalidad servir al grupo, ya sea como proveedor de materia prima o brindando algún servicio, como aquellas que se encargan de llevar la contabilidad en forma centralizada o de fiscalizar a todas las demás respecto del cumplimiento de objetivos grupales. Otra práctica consiste en crear un departamento único de compras con el fin de disminuir costos totales y lo que es más delicado, utilizar una empresa como medio de captación de recursos financieros del público para destinarlos a las actividades del grupo.

2.4 Empresas Controladas y Grupo de Empresas

Se ha dejado en claro que la definición de grupo de empresas exige la presencia concurrente de tres elementos constitutivos: autonomía de la voluntad, relación de dominación-dependencia (que sólo se logra utilizando mecanismos de control en un estado de subordinación) y dirección unificada (elemento unificador de las gestiones). La ausencia de alguno de los tres elementos basta para no estar frente a un grupo de empresas. En ese sentido, la doctrina y legislación comparada indican que cuando sólo se presentan los elementos constitutivos de autonomía jurídica y relación dominación-dependencia (control) se considera a dicho evento como una empresa controlada (o subordinada como se le conoce en Colombia) y no un grupo de empresas. Es importante hacer esta distinción ya que estamos ante supuestos diferentes, con consecuencias igualmente disímiles.

En el ámbito legislativo comparado la diferencia ya ha sido advertida y no precisamente desde hace poco. La Ley 222 de 1995, que modificó el Código de Comercio colombiano, introdujo la diferencia entre empresas subordinadas (controladas)³⁹ y grupos empresariales.⁴⁰ De otro lado, la ley de Sociedades Anónimas de Brasil, también ha regulado la materia diferenciando ambos conceptos, distinguiendo claramente tres momentos. En el capítulo XX se regula a las sociedades controladas y coligadas (en particular tratan el tema los artículos 243.1 y 243.2) y, en el capítulo XXI, en su totalidad, se regula a los grupos de sociedades (artículo 265 y SS.).⁴¹

Respecto a la regulación jurídica de las empresas controladas, se ha consensuado en los siguientes aspectos:

· Toda empresa controlada se constituye como tal, al generarse alguna de las presunciones *iuris tantum* reguladas (sean internas, externas, de hecho o derecho, directas o indirectas). Las hipótesis de control se configuran como un esquema de presunciones *iuris tantum*, puesto que siempre debe dejarse abierta la posibilidad de desvirtuar la presunción de hecho, con la demostración de que, no obstante la veracidad y comprobación de los presupuestos fácticos contenidos en la disposición, el poder de decisión de la compañía no se halla sometido a la voluntad de tercero.⁴² Por ello, el sistema de presunciones de situaciones de dependencia (control) de carácter *iuris tantum* son un eficaz instrumento para facilitar la constatación

³⁹ “Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamarán subsidiaria”. Texto del artículo 260 del Código de Comercio colombiano, modificado por el artículo 26 de la Ley colombiana 222 de 1995.

⁴⁰ “Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación exista entre las entidades unidad de propósito y dirección. Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la exigencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas. Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan”. Texto del artículo 28 de la Ley colombiana 222 de 1995.

⁴¹ La Ley de Sociedades Anónimas de Brasil, Ley 6404, dada el 15 de diciembre de 1976, establece en referencia a la materia tratada, lo siguiente: Coligación, cuando una sociedad sostiene el diez por ciento o más del capital de otra sin controlarla (artículo 243.1); control, cuando una sociedad de control tiene derechos en otra, directamente o por otras sociedades controladas, que permanentemente le aseguran predominio en la votación y el poder de decidir a la mayoría de directores (artículo 243.2), y por último, grupo de sociedades, una sociedad de control y sus sociedades controladas pueden constituir a un grupo de sociedades mediante un acuerdo para combinar recursos o esfuerzos para conseguir sus objetos sociales respectivos o participar en actividades comunes o tareas (artículo 265).

⁴² REYES VILLAMIZAR, Francisco. Op. Cit., p.534.

de hechos generadores de relaciones de dependencia y de la aplicación del régimen jurídico previsto para ellas.⁴³

Constatada la situación de control a la cual es sometida una empresa, surgen obligaciones para la controlante y la controlada, con el objetivo de resguardar los intereses de los accionistas minoritarios y acreedores, principalmente. Entre ellas podemos citar, la obligación de inscripción en el registro mercantil, con el fin de hacer públicos los vínculos entre empresas, así como la consolidación de estados financieros de las empresas vinculadas bajo sistemas de control.

La empresa controlada generalmente se forma con fines de inversión y de colocación de capitales, más no desarrolla una dirección única y centralizada. Además, la formación de un grupo de empresas, atraviesa siempre por la fase de “empresa controlada”. Inclusive en un contrato de dominación grupal, primero se establece el mecanismo de control (externo) y luego, las características de dirección única.⁴⁴

Advertida la diferencia existente entre empresas controladas y grupo de empresas, asumimos que se debe regular en el Perú ambos conceptos, contrastándolos uno del otro.

⁴³ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Derecho Comercial, Nuevas Orientaciones y Temas Modernos. Op. Cit., p. 252.

⁴⁴ Por ello, no es raro encontrar comentarios doctrinarios que distinguen también, el concepto de empresa de grupo y empresa controlada: “La realidad económica de las sociedades demuestra que la situación de dependencia (control constituye una situación intermedia, de transición, entre la situación de sociedad individual y la situación de la sociedad de grupo. Desde el punto de vista dinámico, se puede decir que la situación de dominio dependencia es una fase embrionaria de la formación de un grupo de sociedades”. AMIN FERRAZ, Daniel. La Concentración Empresarial en el Comercio Internacional. Consulta en Internet: http://www.tdx.cesca.es/TESIS_UV/AVAILABLE/TDX-0530105131858//amin.pdf

SEGUNDA PARTE

HACIA LA REGULACIÓN JURÍDICA INTEGRAL DEL GRUPO DE EMPRESAS

1. Derecho y Grupo de Empresas

*“...los modernos fenómenos de organización mercantil no encuadran exactamente en los moldes de las figuras clásicas del Derecho, de modo tal que la realidad económica supera el ámbito de las formas jurídicas, dejando innumerables cuestiones –cuanto menos transitoriamente– sin respuesta adecuada”.*⁴⁵

Hasta aquí, el análisis de la figura del grupo de empresas lleva necesariamente a aceptar que existe una nueva forma de organización empresarial, que ha superado los esquemas legales vigentes y clásicos, sobretudo del Derecho de sociedades, el cual plantea un enfoque de “sociedad individual” o “sociedad aislada”, que se gobierna por la voluntad que emana de sí misma y en función al interés social establecido en sus estatutos de creación. Es evidente que este enfoque no puede ni contener ni resistir a la dinámica impuesta por el grupo empresarial: las empresas integrantes dirigen sus actividades en función de un interés ajeno de naturaleza grupal y, el control y dirección, tampoco emanan de la misma sociedad sino más bien de otro ente que comanda toda la actividad económica. Resulta notorio entonces, que desde la actual Ley General de Sociedades peruana no se puede hacer frente de forma integral al grupo de empresas, puesto que parte de una realidad distinta. Las formas societarias comprendidas en la Ley aparecen aisladas de otras y son jurídica y económicamente autónomas; además, como es natural, se concentra sólo en la sociedad, no albergando a todas las formas de organización empresarial que pueden participar en un grupo. Por lo tanto, el grupo de empresas como tal, merece un marco regulatorio propio, que plantee soluciones específicas y

⁴⁵ MARTORELL, Ernesto. Los Grupos Económicos y de Sociedades. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1991, p. 28.

acordes con el fenómeno estudiado.⁴⁶

La regulación de grupos de empresas es necesaria no solamente por el impacto y trascendencia que actualmente tienen en la economía mundial, sino también, por los conflictos que acarrea su desarrollo generados por la laguna jurídica que se abre paso a raíz de una apatía legislativa. Así que, insistir en dar soluciones desde las fórmulas legales actuales y clásicas sólo nos llevará a lo que se ha denominado “la degeneración del Derecho de sociedades”.⁴⁷

De lo que se trata es de asumir retos legislativos y doctrinarios, para que el Derecho pueda dar respuestas adecuadas, tarea que, advertimos, resulta particularmente complicada, puesto que el grupo ha roto el paralelismo entre identidad jurídica e identidad económica de toda sociedad. Económicamente, el grupo tiene una sola identidad, fundada en el propio grupo. Jurídicamente, el grupo como tal no es reconocido, porque le corresponde, en la mayoría de casos, las normas de sociedades aisladas. El Derecho societario entra crisis cada vez que una sociedad participa en el capital de otra sociedad, de tal forma que la sociedad que ingresa expresará su voluntad sobre la base del interés social propio, si tiene una suma minoritaria será opuesto, pero si tiene mayoría se sobrepondrá al interés de la sociedad conquistada.⁴⁸

Dentro de los retos legislativos, el marco regulatorio que ampare a los grupos de empresas, debe tener en cuenta diversos factores.⁴⁹ Por un lado, se encuentran los intereses del empresario, que busca que el Derecho legitime la

⁴⁶ Distinta es la posición de la comisión peruana encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas, creada por Resolución Ministerial N.º 001-2000 JUS, trabajo al cual he tenido acceso sólo de manera parcial, gracias a los comentarios hechos por el presidente de dicha comisión OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO (El Contrato de Grupo. Razones para Regular los Grupos de Empresas Bajo un Contrato. *Ius Et Praxis* 31. Lima: Universidad de Lima, Enero – Diciembre, 2000, pp. 105-119). Es conocido que la Comisión concluyó que no era necesaria la expedición de una Ley de Grupos de Empresas, sería suficiente para ellos, la modificación de la actual Ley General de Sociedades peruana, agregando un contrato asociativo más, denominado “contrato de grupo”. Respecto de esta posición discrepo, puesto que como se ha expuesto, el grupo de empresas plantea una realidad distinta a la regulada por la Ley General de Sociedades, en pocas palabras plantea supuestos más amplios, propios de una organización pluriempresarial, como el referido a que una persona natural sea quien dirija a un grupo de empresas, supuesto que no puede formar parte de una ley de sociedades porque va en contra de su naturaleza. Además, el aludido anteproyecto regula al contrato de grupo como la única forma posible para su constitución, lo cual, como veremos más adelante, resulta no ser lo más acertado.

⁴⁷ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. *Derecho Comercial, Nuevas Orientaciones y Temas Modernos*. Op. Cit., p. 281.

⁴⁸ AMIN FERRAZ, Daniel. *La Concentración Empresarial en el Comercio Internacional*. Consulta en Internet: http://www.tdx.cesca.es/TESIS_UV/AVAILABLE/TDX-0530105-131858/amin.pdf

⁴⁹ Debe tenerse en cuenta que el grupo de empresas, como tal, no es un concepto creado por la ley, sino más bien, es producto de la práctica empresarial que intenta, principalmente, ampliar sus mercados a través de la diversificación de sus actividades, correspondiéndole al Derecho intervenir con el “fin de tomar nota de un fenómeno consolidado, para corregir algunos efectos distorsionados” (GALGANO, Francesco. “Los Grupos Societarios”. *Foro de Derecho Mercantil, Revista Internacional* 1.Lima: Legis Información & Soluciones, octubre – diciembre de 2003, p. 8).

nueva forma de organización estructural de sus empresas, lo que le permitirá expandirse a través de la diversificación de actividades o del apoyo que las empresas se brinden entre si. Al mismo tiempo, debe lograr que la política grupal no tenga efectos negativos en el mercado perturbando la libre competencia, debe cuidar los intereses de todas las sociedades subordinadas, principalmente de los accionistas minoritarios y acreedores que ya no se encuentren respaldados por un patrimonio seguro. Y por último, debe estar atento a que las políticas grupales no afecten el cumplimiento de normas tributarias, laborales, de protección al consumidor, entre otras.

Asimismo, el Derecho puede asumir distintas posturas frente al reto de regular el grupo de empresas. La primera de ellas, consiste en prohibir toda forma de control societario y de formación de grupos, propuesta que ha sido descartada, porque el fenómeno concentracionista está plenamente consolidado, de tal forma que el legislador estaría imposibilitado en dar marcha hacia atrás, por lo que es la postura más ineficiente que se podría adoptar. Por otro lado y, en sentido totalmente opuesto al anterior, aparece la actitud reguladora integral o global que abarca todos los ámbitos en los cuales el grupo tiene incidencia, además de establecer su definición y los elementos que lo constituyen. Una propuesta intermedia es la que pretende regularlos en forma parcial, poniendo énfasis en aquellos aspectos en los que el grupo repercute negativamente, es decir, cuando el grupo distorsiona la idea que ocasionó su creación. La postura intermedia en los aspectos no regulados recurre al derecho común, siendo por eso una solución tan sólo aparente porque, como se mencionó, el Derecho de sociedades, principalmente, ha sido elaborado basándose en otros supuestos (sociedad aislada). Ante una realidad distinta el Derecho también debe dar respuestas distintas, no debe insistir en aplicar los mismos criterios clásicos. Finalmente, GUIDO ROSSI,⁵⁰ plantea la posibilidad que legislador decida no regular el fenómeno y deje en manos de las autoridades judiciales la formación de criterios básicos, a través de la jurisprudencia que emitan.

El Perú ha adoptado una postura tibiadamente parcial. Lo demuestra la legislación dispersa de carácter especial y sectorial, emitida por la Superintendencia de Banca y Seguro (SBS), por la Comisión Nacional

⁵⁰ GUIDO ROSSI, citado por FALCONI CANEPA, Julio. Op Cit., p.32.

Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), así como en el aspecto tributario, el Texto Único Ordenado de la Ley de Impuesto a la Renta y el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto Selectivo al Consumo.

La posición adoptada por la legislación extranjera es variada. Alemania⁵¹ y Brasil⁵² han afrontado integralmente la problemática del fenómeno empresarial. Países como España⁵³ y Colombia⁵⁴ regulan la materia en forma parcial, desde distintas perspectivas. Argentina⁵⁵ y la República del Uruguay⁵⁶ han hecho el énfasis en el tema de vinculación empresarial y control societario, sin llegar a regular al grupo de empresas.⁵⁷

Por todo ello, es necesario crear un marco regulatorio acorde con el fenómeno del grupo de empresas en nuestro país, sólo así se acabará con la contradicción que existe actualmente, entre la enorme evolución y presencia de grupos empresariales y la carencia de una legislación que los contenga y reglamente. Para el logro de dicha misión, ya se ha establecido líneas arriba, que la actual Ley General de Sociedades no puede contener en si misma normas jurídicas que pretendan regular en forma global e integral la materia en estudio,

⁵¹ El antecedente más importante, en la evolución legislativa de los grupos de empresas lo constituye, la Ley de Sociedades Anónimas alemana de 6 de septiembre de 1965. Es el primer texto normativo que reguló el fenómeno grupal integralmente – aunque desde la perspectiva sólo de la sociedad por acciones –. En ella, se legaliza las operaciones de los grupos por subordinación clasificándolos como de derecho y hecho, estableciendo para ambos distintos efectos.

⁵² De otro lado, en 1976, en Brasil se promulga la Ley 6.404, que regula a las Sociedades Anónimas, la cual, dedica un capítulo a las empresas vinculadas, controladoras y controladas y otro, a los grupos de sociedades, distinguiendo también entre grupos de hecho, derecho y de integración.

⁵³ En España, el Código de Comercio de 1985, modificado por la Ley 62/2003, regula el régimen para la presentación de cuentas de los grupos de sociedades (Sección III, artículos 42 a 49) y establece las presunciones de dependencia y unidad de decisión. Posteriormente, se emitió la Ley 24/1988 de Mercado de Valores y aunque su aplicación es restringida, establece los requisitos generales para declarar la existencia de un grupo de sociedades, para ello exige, unidad de decisión y control.

⁵⁴ Como se mencionó anteriormente, en 1971, mediante Decreto 410, se promulgó el Código de Comercio colombiano, regulando a las matrices, subordinadas y sucursales (Capítulo XI, Sección II) y, mediante Ley 222 de 1995, se introdujeron nuevas presunciones de subordinación y la definición de grupo de empresas, que exige, además de algún supuesto de subordinación, la presencia de unidad de propósito y dirección en la gestión del grupo.

⁵⁵ La Ley de Sociedades Comerciales de Argentina de 1975, introduce en su legislación las definiciones de sociedades controladas y sociedades vinculadas (artículo 33) y de participaciones recíprocas (artículo 34).

⁵⁶ Finalmente, la Ley de Sociedades Comerciales de la República del Uruguay, emitida en 1986, regula en el Capítulo I, Sección VI, referida a los socios, los conceptos de sociedades vinculadas, controladas y el régimen de participación de una sociedad en otra sociedad.

⁵⁷ En general, la regulación jurídica de los grupos de empresas en el ámbito internacional se ha desarrollado durante el siglo XX pero, creemos que aún falta mucho por regular, debido a que el tema en análisis implica innovación profunda en la organización jurídica de cualquier país y, además, porque aún el grupo de empresas, como evento económico, se encuentra en pleno desarrollo y evolución. “Lo importante es aceptar que se trata de un fenómeno que por razón de los movimientos mundiales actuales adquiere cada vez mayor vigencia, resistiéndose a pasar de moda, lo que genera dificultades para acertar con exactitud el estado de la cuestión, circunstancia que imprime a la figura un carácter discutible que ha obstaculizado, sin duda, su comprensión jurídica”. ARRUBLAR PAUCAR, Jaime. BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo y CÓRDOBA ACOSTA, Pablo Andrés. La empresa en el siglo XXI. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p.122.

en ese sentido, es congruente proponer una ley propia de grupos de empresas, que lo consagre como una *nueva figura jurídica de organización empresarial moderna*, al lado de las tradicionales empresas unipersonales, sociedad individual de responsabilidad limitada y de las sociedades aisladas.⁵⁸

AMIN FERRAZ,⁵⁹ refiere que una ley de grupos empresariales debe estar orientada básicamente en dos coordenadas:

- a) Reconocimiento jurídico de la constitución y organización del grupo de empresas. Aquí se legitima el poder de dirección de la sociedad madre sobre las integrantes del grupo, además de la primacía del interés del grupo como unidad económica sobre los intereses individuales de las sociedades participantes.
- b) La segunda coordenada consiste en el establecimiento de un régimen jurídico destinado a la protección de las empresas filiales o agrupadas, así como de los respectivos socios y acreedores sociales por la legitimación de una situación de dependencia inter-societaria.

2. Modelos de Regulación.

Los modelos de regulación se refieren al mecanismo jurídico que el grupo emplea para constituirse como tal. Son dos los modelos que el Derecho comparado da a conocer: el modelo contractual, que congrega a los grupos constituidos a través de un contrato de dominación; y el modelo orgánico que reúne a aquellos grupos que existen de hecho, no visibles al exterior, sabemos de ellos sólo mediante la interpretación que se pueda hacer de la información que emitan.

2.1 Modelo Contractual.

El modelo contractual corresponde a aquellos grupos constituidos

⁵⁸ En ese sentido Oswaldo, HUNDSKOPF EXEBIO (Derecho Comercial, Nuevas Orientaciones y Temas Modernos. Op. Cit., p. 281) opina: “La manifestación madura del derecho positivo, en este caso, consiste en permitir la actuación de grupos de empresas y regularlos como un hecho real e insoslayable del comportamiento empresarial, pero sin protegerlo ni alentar su concreción, con el fin de no dar preferencia a una de las tantas manifestaciones de la actividad económica del país”.

⁵⁹ AMIN FERRAZ, Daniel. La Concentración Empresarial en el Comercio Internacional. Consulta en Internet: http://www.tdx.cesca.es/TESIS_UV/AVAILABLE/TDX-0530105-131858//amin.pdf

mediante la suscripción de un “**contrato de dominación**”,⁶⁰ en virtud del cual se determinan las líneas básicas sobre las que ha de discurrir el ejercicio del poder de dirección de la sociedad dominante.⁶¹ Es por medio de este contrato que se legitima a la sociedad dominante a impartir instrucciones, es decir, funciona como una declaración formal de integración empresarial.⁶² El modelo contractual da origen a los “grupos de derecho” y; por tanto con su ingreso, se incorpora la necesidad de hacer una distinción necesaria: existen a la vez, grupos que nacen de acuerdo al contrato establecido por ley (grupos de derecho) y aquellos que no, cuyo origen y desarrollo es de facto (grupos de hecho).

El modelo contractual ha sido regulado en la Ley Alemana de Sociedades Anónimas (contrato de dominación), en la Ley de Sociedades Anónimas de Brasil (convención) que adaptó el modelo Alemán y en el Código Portugués de Sociedades Comerciales (contrato de subordinación). En los tres países mencionados se ha regulado a los grupos de derecho con la finalidad de desalentar la formación de grupos de hecho, debido a que el esquema contractual es mucho más factible de vigilar (los grupos estarán debidamente identificados en un registro de inscripción), además, por medio del contrato se sabe con exactitud cual es el marco jurídico que regula a las partes. Por lo tanto, este modelo se revela como el más transparente y seguro. De otro lado, las legislaciones alemana, portuguesa y brasilera también han coincidido en

⁶⁰ El contrato de dominación constituye el instrumento jurídico más importante y el más conocido método de organización de un grupo de sociedades de base contractual. Se le define como “... aquel acuerdo de voluntades que rige el funcionamiento de un grupo de empresas y mediante el cual el sujeto dominante asume la facultad de impartir la dirección unificada del grupo, mientras que las empresas dominadas se obligan a acatar sus decisiones, aún cuando sean contrarias a su interés empresarial” (ECHAIZ MORENO, Daniel. *La Empresa en el Derecho Moderno*. Lima: Horizonte, 2002, pp. 112-113). Se puede abstraer claramente que el objeto del contrato de dominación es la reglamentación del funcionamiento y organización de las empresas que integran la unión, así como las repercusiones externas que genere el funcionamiento del grupo. También, se pueden precisar que existen dos partes: a) el ente dominante que puede estar conformado por una o más personas naturales o jurídicas (recordemos que puede existir control conjunto) y, b) una o más empresas dominadas o subordinadas.

Sin embargo, existen otras modalidades contractuales que no han tenido un desarrollo doctrinal amplio por su poca acogida y por que además, en su mayoría, quedan comprendidos en el contrato de dominación, ya que su objeto principal no es la legitimación de una situación de dominación dependencia y de dirección unificada, sólo inciden accidental y parcialmente en la organización de otra empresa. Se puede citar: a) Convención de atribución de beneficios, mayormente se utiliza como accesoria al contrato de dominación, mediante la cual se busca una integración económica más intensa. b) el contrato de cesión de explotación, aquí una empresa cede la explotación de su empresa a otra sociedad, contra el pago de un precio determinado. c) gestión de empresa, una sociedad gestiona los negocios de otra en nombre y por cuenta de ésta, a cambio de recibir una determinada comisión. A este grupo de contratos incluido el de dominación, se les suele reunir bajo la denominación de contratos de empresa. AMIN FERRAZ, Daniel. *La Concentración Empresarial en el Comercio Internacional*. Consulta en Internet: http://www.tdx.cesca.es/TESIS_UV/AVAILABLE/TDX-0530105-131858/amin.pdf. Sobre los contratos de empresa, también se ha pronunciado: HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. *Derecho Comercial, Nuevas Orientaciones y Temas Modernos*. Op. Cit., p. 259.

⁶¹ FALCONI CANEPA, Julio. Op Cit., p.33.

⁶² AMIN FERRAZ, Daniel. *La Concentración Empresarial en el Comercio Internacional*. Consulta en Internet: http://www.tdx.cesca.es/TESIS_UV/AVAILABLE/TDX-0530105-131858/amin.pdf

legitimar la posibilidad que las directrices o actos emitidos por la empresa dominante puedan perjudicar a las empresas dominadas en beneficio del interés grupal, siempre y cuando se trate de un grupo de derecho, quedando imposibilitados los grupos de hecho de introducir en su gestión políticas que vayan en contra de las empresas subordinadas.

Cabe señalar, que no existe consenso en cuanto a si debe o no preexistir algún supuesto de control interno (participacional, personal, etc.) a la celebración del contrato de dominación. Las legislaciones alemana y brasilera necesariamente requieren que las empresas se encuentren en estado de dependencia, mientras que la portuguesa, permite que el contrato de grupo sea utilizado como un medio de adquisición del control (control externo de derecho). Creemos que el contrato de dominación debe permitir ambas posibilidades, es decir, que sea válido tanto para aquellas empresas en las cuales se haya configurado alguna de las hipótesis de control y que, luego de ello, deseen legitimar a través de un contrato, la dirección unificada y el interés grupal que pretendan impartir en el grupo y; por otro lado, que también sea válido para las empresas en las que no habiéndose presentado algún supuesto de control, deseen formar o integrar un grupo, siendo necesario para ello la inclusión de una cláusula en el contrato de dominación que establezca el control externo y la especificación de la dirección única a la cual se someten.

Por último, para profundizar un poco más en la materia, señalaremos algunas de las obligaciones legales que rigen la celebración de un contrato de dominación en la Ley de Sociedades Anónimas brasilera:⁶³

· Ha de procederse a la inscripción del convenio en el Registro Mercantil, previa aprobación del mismo por parte de las sociedades que lo componen (artículo 271). El objetivo de la publicidad será siempre otorgar mayor seguridad jurídica al mercado, de tal forma que se resguarden los intereses de quienes entran en contacto con alguna de las empresas que integran un grupo, ya que conocerán de aquellos vínculos subyacentes que surgen de la relación entre empresas.⁶⁴

⁶³ FALCONI CANEPA, Julio. Op Cit., pp.109 - 111.

⁶⁴ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Op. Cit., p.545.

- El contrato deberá contener todos los requisitos exigidos por la ley (artículo 269) y su aprobación deberá verificarse en concordancia con las normas relativas a la modificación del contrato social o el estatuto; esto es, debe aprobarse por la junta general de cada una de las empresas participantes con los votos de los accionistas que representen al menos, la mitad de las acciones con derecho a voto (artículo 136).
- Los accionistas que se opongan al acuerdo tienen la posibilidad de separarse de la sociedad, debiéndoseles rembolsar el monto correspondiente a sus acciones (artículo 270).
- El contrato o convención debe definir las estructuras administrativa del grupo, pudiendo crear órganos de deliberación colegiada y cargos de dirección general. La representación de los socios ante terceros, salvo disposición expresa en la convención del grupo, corresponderá exclusivamente a los administradores de cada sociedad, de acuerdo con los respectivos estatutos o contratos sociales (artículo 272).
- Para que el grupo constituido por convención (contrato de dominación) se establece la obligatoriedad de consignar la palabra “grupo” o la frase “grupo de sociedades” (artículo 267).

2.2 Modelo Orgánico.

El modelo orgánico comprende todas aquellas situaciones de agrupación entre empresas que no hayan sido creadas y organizadas por medio del contrato de dominación; es decir, que el poder de dirección tiene origen en un mecanismo distinto al contractual.⁶⁵

El modelo orgánico congrega a todos los grupos de hecho, esto quiere decir, que este modelo se basa en la presencia económica, más no jurídica de los grupos empresariales. El poder de dirección es de facto, no hay un acuerdo de por medio y se ejerce en mérito a que han surgido los tres elementos constitutivos de todo grupo, situación que es aprovechada por el empresario para formar y dirigir

⁶⁵ AMIN FERRAZ, Daniel. La Concentración Empresarial en el Comercio Internacional. Consulta en Internet: http://www.tdx.cesca.es/TESIS_UV/AVAILABLE/TDX-0530105-131858//amin.pdf

una organización grupal. Estas circunstancias convierten a este tipo de uniones, formadas al margen de un contrato, en mucho más riesgosas. Por ello, es recomendable desarrollar y comprender al modelo orgánico, puesto que desde él se pueden dar soluciones a los riesgos que representan los grupos de hecho, a través de un sistema de protección mucho más riguroso y detallado.

La primera labor ha desarrollar para determinar la existencia de un grupo de hecho consiste en verificar en un agrupamiento, la presencia de los elementos caracterizadores de un grupo empresarial. En otras palabras, lo determinante aquí, es lograr la comprobación de un poder de dirección central y unificado en un ente dominante, la existencia de una de las presunciones de control y la independencia jurídica de sus integrantes. Esta constatación implica un esfuerzo mayor, a diferencia de los grupos de derecho, en donde la labor se inicia y culmina en la interpretación que se tenga del contrato de dominación grupal.

Para facilitar la labor de constatación de un grupo de hecho, es dable establecer ciertos mecanismos que permitan asegurar el éxito de dicha misión. Podemos mencionar los siguientes:

- a. La legislación colombiana, ha regulado sólo a los grupos de hecho. Uno de los mecanismos creados para facilitar la comprobación de su existencia consiste en trasladar a la empresa dominante del grupo, la obligación de inscribir, en el registro público correspondiente, a la totalidad de empresas que integran la organización grupal. La verificación de tal información en caso de incertidumbre corresponde a las Superintendencias de Banca, de Sociedades y de Valores.⁶⁶
- b. También es importante, en los grupos de hecho, otorgar facultades administrativas a órganos supervisores para que declaren, de oficio o a petición de parte, la existencia de un grupo empresarial.
- c. Otro de los mecanismos consagrados ha sido el establecimiento de

⁶⁶ Ley 222 de 1995, modificatorias introducidas al Código de Comercio colombiano. Artículo 30.- Obligatoriedad de Inscripción en el Registro Mercantil: Cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en un documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control (...). En los casos en que se den los supuestos para que exista grupo empresarial se aplicará la presente disposición. No obstante, cumplido el requisito de inscripción del grupo empresarial en el registro mercantil, no será necesaria la inscripción de la situación de control entre las sociedades que lo conforman”.

un procedimiento judicial de declaración de existencia del grupo, iniciado a petición de los socios, acreedores o los trabajadores de la empresa dependiente. En este tipo de proceso, es común trasladar la carga de la prueba a la empresa dominante ya que dispone de la información suficiente para demostrar la situación de dependencia y de dirección unificada, beneficio con el que no cuentan las empresas controladas.

2.3 ¿Modelo Contractual u Orgánico?

Las ventajas del modelo orgánico han sido resaltadas en el sentido que otorga una mayor eficacia en la aplicación del régimen jurídico de grupos de empresas, además del mejor seguimiento de los objetivos subyacentes al impedir que la empresa madre pueda engañar al sistema legal mediante un simple juego de los instrumentos de creación de dirección unitaria y de organización del grupo, lo que podría devenir en un sistema que sólo reconozca al modelo contractual. Pero, a la vez, es más inseguro porque depende de una sólida jurisprudencia y doctrina que colabore a su identificación y de un rígido sistema legal regulatorio.⁶⁷ Lo mismo ocurre con el modelo contractual, el cual es mucho más beneficioso porque obliga a las empresas a declarar la existencia de grupo, a través de un contrato de dominación, siendo el medio contractual la única vía posible para que puedan desarrollar la política grupal; lo que en teoría lo hace mucho más seguro porque los grupos estarían plenamente identificados. Sin embargo, este modelo no consagra roles supervisores constantes para determinar la veracidad de las operaciones grupales y los cambios en el contenido del contrato. Por otro lado, a pesar de lo lógico del modelo contractual, en nuestra opinión, éste no siempre es un método que calce con la realidad.⁶⁸ Hoy en día, en

⁶⁷ AMIN FERRAZ, Daniel. La Concentración Empresarial en el Comercio Internacional. Consulta en Internet: http://www.tdx.cesca.es/TESIS_UV/AVAILABLE/TDX-0530105-131858//amin.pdf

⁶⁸ Tómese en cuenta el fracaso del modelo contractual en Alemania, consagrado por primera vez en su legislación. Al respecto Julio FALCONI CANEPA (Op.cit., p.80), comenta: "las razones por las que puede haber fallado el sistema regulatorio de los grupos de sociedades en el sistema alemán son varias. En opinión de CERRAI los principales problemas del sistema de grupos contractuales deben examinarse en al menos tres perspectivas. La primera derivada de la posibilidad de que los accionistas externos de la sociedad dominada impongan a la sociedad dominante la adquisición de las acciones de las que son titulares. En especial, este mecanismo puede producir una situación financiera gravosa para la sociedad adquirente, en tanto que el margen de los socios minoritarios de la sociedad dependiente puede ser en algunos casos bastante amplio. La segunda se encuentra por el hecho de que el sistema de protección de los acreedores en los grupos contractuales no cumpla una labor de tutela efectiva y, finalmente, por cuanto la aplicación de la ley alemana se reduce a las sociedades por acciones".

el mercado económico peruano, vienen operando grupos de empresas sin necesidad de un contrato que legitime su constitución y desarrollo, hecho que debe ser corregido principalmente por los intereses que son afectados pero, ¿será el contrato grupal el único mecanismo idóneo?. Aparentemente no, porque para corregir los efectos negativos en los que incurren los grupos de empresas tal y como se presentan actualmente en el Perú (grupos de hecho) y en otros países que no han regulado integralmente el tema en cuestión, no necesariamente la vía contractual es el mejor recurso. Ubiquémonos en la hipótesis negada que una ley de grupos plantee que para la existencia de un grupo empresarial y; por tanto, para dirigir a las empresas en torno al interés grupal, la única forma de constitución sea la del contrato de dominación; ello, conllevaría a que grupos familiares como, Rodríguez Banda⁶⁹ o Graña y Montero,⁷⁰ por citar algunos, se vean obligados a celebrar un contrato de dominación; lo que ocasionaría sólo costos innecesarios para las empresas dominantes y dominadas. Celebrarían el contrato porque se trata de una obligación legal, más no para constituirse ya que actualmente vienen operando sin mayor problema y con cierto éxito. Por otro lado, el contrato de dominación se tornará en un instrumento bastante complejo de confeccionar si la magnitud del grupo es semejante a la del Grupo Brescia,⁷¹ por ejemplo. Desde esa perspectiva, lo recomendable sería acoger al modelo orgánico que reconoce a los grupos de hecho y a la vez establecer obligaciones y mecanismos rígidos que aseguren los derechos e intereses de accionistas minoritarios, acreedores y terceros.

Sin embargo, ambos modelos cuentan con fortalezas y debilidades, por ello, sobre la base de nuestra realidad y experiencia comparada, no es incongruente proponer la regulación de ambos modelos, de tal forma que el empresario, de acuerdo a su estrategia, decida por cual de los dos modelos optar, en función a sus objetivos grupales y a las ventajas que le ofrezcan. Es razonable pensar que los grupos de empresas formados sobre la base de lazos familiares recurran al modelo orgánico, como medio para legitimar su organización. No

⁶⁹ Rodríguez Banda, es un grupo empresarial, básicamente industrial, constituido por capitales peruanos e integrado por veinticuatro empresas con presencia en Perú, Bolivia, Colombia, Puerto Rico y Argentina. Participa en los sectores: alimenticios, principalmente lácteo, cementero, farmacéutico, de transporte y aduanero.

⁷⁰ El grupo peruano Graña y Montero esta conformado por dieciséis empresas agrupadas en cinco principales, sobre las cuales la holding Graña y Montero S.A.A (G&M) ejerce control directo. El grupo orienta sus actividades a los sectores de servicio de ingeniería, construcción pesada, servicios petroleros, servicios de outsourcing y mantenimiento informático.

⁷¹ Brescia, es el grupo empresarial peruano más diversificado, controla más de veinticinco empresas en distintos sectores económicos, entre los que destacan el minero, bancario y de seguros, hotelero, pesquero, inmobiliario y de construcción, entre otros.

necesitan de un contrato para consolidar su grupo, precisamente porque operan de hecho de acuerdo a las directrices que emitan los líderes de las familias (en el Perú es una práctica muy recurrida). Sin embargo, no se descarta que en un determinado momento, por ejemplo, para asegurar la continuidad y la transmisión del grupo familiar a una nueva generación (sucesión), recurran al contrato de dominación que contendrá en detalle, la forma en la que el grupo debe seguir operando. Cuando el grupo no tenga un origen familiar es más probable que se recurra al modelo contractual; puede ser el caso de dos accionistas minoritarios que hayan advertido la posibilidad de formar un grupo con la suma de sus porcentajes accionariales en distintas empresas, en específico se trataría de un control conjunto, por lo que el contrato de dominación sería una alternativa útil a fin de consolidar la unión. En suma, es recomendable regular ambos modelos, inspirados en la libertad de empresa. No se debe establecer parámetros en contra de la labor del empresario, ni obligarlo a organizar sus actividades empresariales con instrumentos que no le sean útiles (como la obligación de celebrar un contrato). Lo que si es necesario es una ley que legitime al grupo empresarial como tal, lo contrario implicaría que continúen existiendo en la clandestinidad, que los distintos intereses afectados no sean adecuadamente protegidos y, por tanto, no se pueda fortalecer los objetivos grupales, escenarios que se pueden constatar aún en el Perú.

Para dicho fin, será necesario establecer los mecanismos que ayuden a corregir sus imperfecciones. Para el modelo contractual será necesario establecer mecanismos que supervisen la veracidad de la información vertida en el contrato, así como también, que la ejecución del mismo se realice conforme a lo pactado. Para el modelo orgánico son más las precauciones que hay que tomar. Será fundamental que la empresa dominante informe la formación de un grupo en el registro correspondiente,⁷² con lo que se hace frente a la clandestinidad en la que muchas veces se desenvuelven. Por otro lado, es importante fortalecer los mecanismos de fiscalización de los organismos competentes, además de consagrar la inversión de la carga de la prueba en los procesos judiciales iniciados con la finalidad de conseguir la declaración de existencia de un grupo de hecho. Especial cuidado merece, la facultad que tiene la dominante para

⁷² La formación de un grupo en este caso, se origina no en la celebración de un contrato, ni de ninguna clase de acuerdo entre las partes involucradas, se presenta, tan solo de hecho, por que una o más empresas han tomado el control y han logrado impartir dirección unificada. Es en ésta circunstancia, que se configura la obligación de informar en un registro público.

perjudicar con sus decisiones a las empresas dominadas, en pro de favorecer al interés grupal. En la mayoría de casos se prohíbe tal facultad en medio de una situación de hecho, quedando reservada sólo para los grupos contractuales. Es razonable pensar que esto sea así, puesto que en los grupos de derecho la decisión de someterse a un interés grupal y entregar el poder de dirección a otro ente, que enrumbará el destino de la empresa hacia otros objetivos (grupales), surge y se legitima en el acuerdo convencional que es aprobado en la junta general de cada ente agrupado, en cambio en los grupos de hecho el poder de direccionamiento surge por imposición del sujeto dominante que ha logrado el control y el poder de dirección, por ello, se impide perjudicar a las dominadas. También se ha observado que el modelo orgánico, en afán de permitir el fortalecimiento del interés grupal en los grupos de hecho, puede desarrollar mecanismos que permitan a las dominantes tomar decisiones que beneficien al grupo y no a las dominadas, pero con ciertas restricciones que garanticen los derechos de los demás socios y de acreedores. Por ejemplo, la decisión de destinar activos en favor de una empresa del grupo, sería totalmente dable en grupos de derecho, en cambio en un grupo de hecho solo sería válida si se asigna la debida contrapartida. Nuestra propuesta, orienta la solución en otro sentido, se hace frente a la situación de hecho y a la incertidumbre que ello conlleva, mediante su inscripción obligatoria en el registro correspondiente, con lo que se hace pública la situación de dominio y se le equipara con los grupos de derecho cuyo contrato también se inscribe, lo que permitirá, en ambos casos, determinar la existencia de un grupo y por lo tanto aplicarles un régimen legal excepcional. Sólo a partir de su registro, la dominante puede dirigir las empresas en beneficio del interés grupal, pero acatando, en ambos modelos, los mecanismos de protección creados para resguardar los intereses de trabajadores, accionistas minoritarios, acreedores, etc.

3. Socios Minoritarios y Grupo de Empresa

Los intereses de los socios minoritarios sean de la empresa dominante o dominada, conocidos también como socios externos, merecen la protección especial del Derecho, debido a que pueden ser objeto de abusos por parte del ente dominante y es que, el medio en el que se desenvuelven ya no es el mismo, el socio minoritario ahora debe afrontar la pérdida de la autonomía jurídica de la

empresa a la que pertenece, lo que le podría generar perjuicios a costa del fortalecimiento del objetivo grupal. Así, pueden presentarse situaciones ya revisadas, como el menoscabo patrimonial de la dominada al apoyar financieramente a las demás empresas del grupo o como resultado de una nueva política de ventas, en la que se exija a una de las agrupadas tener como cliente exclusivo a la empresa dominante, rechazando por tanto, algunos contratos más beneficiosos. Todo ello, es permitido en grupos empresariales, porque se tiene como válidas aquellas operaciones que buscan la eficiencia económica a través de la organización conjunta de varias empresas, si eso no es legítimo, desaparece la razón de administrar subordinadas y por ende de formar un grupo.

Tal como hemos sostenido, los mecanismos de protección que actualmente resguardan a los minoritarios pueden resultar insuficientes y no acordes con la nueva forma de organización que impone un grupo. Me refiero, a la facultad que tienen los accionistas minoritarios de impugnar los acuerdos de la junta general cuyo contenido se oponga o lesione el estatuto o el pacto social de una empresa, accionar en contra de los directores que tengan conflicto de intereses o, suspender el derecho de voto a quien tenga por cuenta propia o de tercero, interés en conflicto con la sociedad (Ej. identidad de gerentes al interior del grupo).⁷³ Estas normas en un contexto grupal no deben ser aplicables, porque de lo que se trata es de fortalecer el interés de grupo, por ello, se deben establecer nuevos mecanismos de protección para los minoritarios.⁷⁴

Se han dado a conocer dos problemas que resumen los principales riesgos generados por la política grupal en contra del inversionista minoritario:⁷⁵

⁷³ En concordancia con los artículos 133, 139, 140, 161, 180 y 181 de la Ley General de Sociedades peruana, Ley 26887.

⁷⁴ En ese sentido JOSÉ ANTONIO PAYET comenta: “Un caso particularmente grave es el del artículo 133 de la Ley General de Sociedades, que establece que el derecho de voto en la junta general no puede ser ejercido por quien tenga, por cuenta propia o de tercero, interés en conflicto con la sociedad. Esta disposición impediría que el accionista mayoritario vote en una junta para aprobar una operación entre la sociedad de que se trate y el propio accionista controlador u otra sociedad controlada por él mismo. Lo grave es que la prohibición es absoluta: el acuerdo sería ilegal por el sólo hecho de la votación del accionista controlador, aunque la operación sea beneficiosa para la compañía. Como se comprenderá fácilmente, en la realidad económica actual, donde la existencia de grupos de sociedades es una realidad generalizada, privar al accionista controlador de la facultad de ejercer su derecho de voto en la junta en cualquier operación entre sociedades del grupo, y conferir el derecho de aprobar estas operaciones en exclusiva a los accionistas externos es, por decir lo menos, exagerado. Las posibilidades de extorsión provenientes de la consagración de esta regla de gobierno por la minoría son evidentes. Bastante más razonable sería una regla que permita la revisión de los términos de la operación y la impugnación del acuerdo sólo en caso que tales términos sean lesivos para la sociedad”. «Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de Sociedades: Reflexiones sobre la Protección de las Minorías». Consulta en Internet: http://www.prc.com.pe/np_publicaciones_2003_2004.htm.

⁷⁵ Sobre los principales peligros que afrontan los socios minoritarios: HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Derecho Comercial, Nuevas Orientaciones y Temas Modernos. Op. Cit., p. 208.

a. Los “deslizamientos” que consisten en asignar los beneficios de una o más empresas a otras, en favor del interés grupal, lo que genera un detrimento en el patrimonio o en el activo de la empresa perjudicada, de tal forma que pueden existir dentro del grupo empresas dedicadas al soporte de otras. Por ejemplo, “la empresa directriz (dominante) podría elegir libremente a la empresa a la cual se le imputarán los beneficios o pérdidas, [...] o que las ganancias del conjunto se acumulen en la empresa que a la dominante convenga hacer prosperar. [...] Igualmente, podrían presentarse supuestos de cierre de establecimientos, clausurados en consideración únicamente de las conveniencias del grupo”.⁷⁶

b. Ausencia de información, en vista a que pueden verse en la imposibilidad de conocer la situación económica real de la empresa a la que pertenecen. Pero, a la vez, en una situación de grupo el socio minoritario debe tener a su alcance la información necesaria que le permita conocer el origen del grupo, la finalidad que se persigue y las decisiones que se adopten o que se dejen de adoptar en cada una de las empresas vinculadas, lo que permitirá al minoritario, evaluar con mayor rigor su permanencia dentro del grupo.

Por último, es preciso señalar que las minorías no en todos los casos son perjudicadas; por el contrario, a través de una buena administración y gestión de grupos y de una legislación acorde con ello, se puede lograr que su condición mejore en términos económicos. Al respecto PABLO ANDRÉS CORDOVA, ha dicho:

*“Las anteriores consideraciones no implican a priori de que en la empresa de grupo, las sociedades subordinadas siempre resulten desfavorecidas, y con ellas sus accionistas minoritarios, pues es precisamente en forma de grupo como la empresa logra un mayor y mejor dinamismo para crear riqueza en consideración de la actividad de cada una de las compañías que se encuentran vinculadas de dicha manera”.*⁷⁷

⁷⁶ *Ibidem.*, p. 209.

⁷⁷ ARRUBLAR PAUCAR, Jaime, BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo y CORDOVA ACOSTA, Pablo Andrés. *Op Cit.*, 193.

4. Acreedores y Grupos de Empresas

La organización de grupo también puede tener alcances negativos que afecten a los acreedores, debido a que al impartir políticas que busquen la satisfacción del interés grupal eventualmente se puede poner en juego el capital que respalda a la empresa, y al afectarse el capital los acreedores se encontrarían menos garantizados respecto de los créditos que otorgaron, ya que la empresa en si misma no tendría forma de cumplir sus obligaciones debido a la decisión de desviar parte de su capital en favor de otra empresa del grupo, por lo tanto, el tema de acreencias también debe ser atendido y valorado, de tal forma que se proteja a todo acreedor que se relacione con el grupo y no solamente, a aquellos que se vinculan a las empresas dominadas. Recordemos que la empresa dominante también se puede ver afectada con las políticas que ella misma emite, así, en busca del fortalecimiento del grupo puede ser ella la que respalde con su patrimonio a otra o quizá, la que auxilie financieramente a las demás.

Además del capital, que es la cifra o monto que los socios ofrecen en metálico para limitar su responsabilidad, el acreedor también debe prestar atención a otras operaciones propias de la dinámica financiera, que pueden llegar a afectar el patrimonio total de la empresa y por ende el capital que es parte integrante de aquel.

La sociedad no decide infracapitalizarse de manera abrupta o repentina, lo hace a consecuencia de una serie de operaciones que han hecho que no pueda financiarse por si sola, ni con la ayuda de terceros; en esas circunstancias se decide hacer uso del patrimonio (capital, reservas, resultados acumulados, etc.), lo que impedirá, por algún tiempo, caer en insolvencia, pero a la vez, provocará una situación riesgosa para los acreedores quienes se encontrarían menos garantizados. Para que la infracapitalización no sea sorpresiva existen diversas técnicas que permiten monitorear la situación financiera de la empresa, que serán aún más útiles cuando nos encontremos dentro de un grupo por la permeabilidad patrimonial que sufren las empresas agrupadas en favor de la organización económica plurisocietaria.⁷⁸

⁷⁸ Se puede mencionar, por ejemplo, los índices de solvencia que miden la capacidad financiera de largo plazo con que cuenta la empresa para hacer frente al pago de sus obligaciones con regularidad. (FLINT BLANCK, Pinkas. *Derecho Concursal, Contratos Empresariales, Figuras Jurídico-Financieras, Aspectos Legales Del Replotamiento De Empresas: Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Concursal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p 457). Otra regla útil orientada a asegurar el capital es aquella que establece que el activo se encuentre por encima del pasivo en una cuantía al menos igual a la cifra del capital (FALCONICANEPA, Julio. Op. Cit., p.150).

Pero la circulación interna de capitales no siempre es perjudicial. Sus ventajas son aún más notorias en grupos multinacionales, por ejemplo:⁷⁹

- crediticias: obtener fondos en préstamos donde los intereses son más bajos, evitar políticas locales de restricción al crédito y sostener filiales deficitarias;
- impositivas: reducir la presión fiscal haciendo aparecer beneficios donde los impuestos a las utilidades sean bajos; y
- cambiarias: endeudarse en monedas con perspectivas de devaluación y tener movilidad extremadamente rápida para cubrirse de variaciones cambiarias.

En suma, podemos decir que la situación más riesgosa para el acreedor se presenta cuando el capital de la empresa va desapareciendo a consecuencia de las directrices que intentan beneficiar al grupo, situación que posibilita que el acreedor se encuentre sin su ulterior garantía, el capital.

Así las cosas, los peligros que genera la organización grupal en los acreedores, se pueden reunir en dos momentos. El primero se refiere a la formación del capital y el segundo a su financiación y conservación en las empresas agrupadas.⁸⁰ La formación del capital, es importante en tanto que se debe fijar el monto que asegure el desarrollo del objeto social, impidiéndose la formación de capitales fantasmas o ficticios. Respecto de la financiación y conservación del capital, existen los riesgos descritos en los primeros párrafos de este acápite, relacionados al menoscabo del capital por las decisiones adoptadas por el ente dominante en pro del interés grupal, principalmente relacionadas a las políticas de financiamiento que asuma el grupo.

5. Problemática en el Derecho Laboral.

Los trabajadores, como centro de intereses que podría ser afectado por

⁷⁹ TRAJTEMBERG, RAÚL. El concepto de Empresa Transnacional. Consulta en Internet: <http://decon.edu.uy/publica/1999/Dóc1099.pdf>

⁸⁰ FALCONI CANEPA, Julio. Op. Cit., p.145.

la dirección unificada del grupo, constituyen una preocupación para el derecho laboral, en tanto que éste tiene por finalidad superar los conflictos que surgen de la relación entre capital y trabajo. Entre los principales conflictos se puede mencionar, los siguientes:

a. La Falta de Información.

Al igual que los inversionistas minoritarios, los trabajadores o colaboradores como se les llama modernamente, enfrentan el problema de la incertidumbre acerca de la situación real de la empresa en la cual laboran por ser ésta parte de un grupo, lo que genera que el trabajador ya no conserve la misma posición, ahora le interesa no sólo que sucede en la empresa que lo contrató; sino también, la situación por las que atraviesan las demás, en tanto que pueden afectar su futuro laboral.

En esas circunstancias, se deben establecer los mecanismos adecuados para que todos los trabajadores sepan la situación por la que atraviesa el grupo, lo que les permitirá tener mejores elementos de negociación con el empleador, a la hora de fijar el contenido de la negociación colectiva de trabajo. El acuerdo colectivo en el contexto grupal adquiere particular importancia, porque a través de él, los trabajadores podrán solicitar los ajustes necesarios ante situaciones desventajosas que los perjudiquen directamente pero que benefician al interés grupal, igualmente, el empleador hará uso de la negociación colectiva para equiparar los perjuicios que les pudo haber causado, incluido, de ser el caso, el monto en metálico que permita compensar el detrimento en las utilidades de las que participan los trabajadores de empresas generadoras de renta de tercera categoría.⁸¹

Del mismo modo, es importante fortalecer la figura del sindicato al interior del grupo, para que sea este ente quien debidamente informado, fortalezca la protección a trabajadores afectados por la

⁸¹ En el Perú, la convención colectiva de trabajo se ajusta a lo regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo D.S. 010-2003-TR. Asimismo, el Decreto Legislativo 892, regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría.

dirección unificada; si la organización empresarial se forma a través de un grupo, debe existir a la par una organización sindical al mismo nivel. En Francia, por ejemplo, la Ley de Sociedades Comerciales, establece la necesidad de que el proyecto de contrato de grupo se someta a la consideración de los “comités de empresas” tanto de la empresa dominante como de las empresas dependientes, para que emitan su opinión.⁸² En nuestro medio, haciendo uso de las distintas clases de sindicato, regulados por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, se puede formar un ente que represente al grupo de empresas como unidad, de tal forma que todos los trabajadores agrupados queden integrados con los mismos derechos y obligaciones pactados en la convención colectiva, que será diseñada de acuerdo al interés grupal.

b. Circulación de Trabajadores.

La transferencia de personal al interior del grupo podría convertirse también en un perjuicio para el trabajador, por ello, es importante regular sus alcances. Al trasladarse a un trabajador a otra empresa del grupo, el empleador puede aprovechar de ese hecho para restringir algunos derechos laborales, como el computo de la antigüedad por la prestación de servicios, reducir la remuneración que perciba o, también, puede cambiar las condiciones de trabajo con el fin de hostilizarlo. Todo ello es posible ya que los supuestos de circulación no están regulados actualmente en el Perú.

Sin embargo, si la circulación de trabajadores es debidamente encausada, trae beneficios para ambas partes, por ejemplo, el trabajador a través de la circulación puede enriquecer sus conocimientos técnicos, adquirir nuevas experiencias en las empresas integrantes y conservar su empleo en tanto que por su especialización es muy útil para el grupo. Por otro lado, la empresa necesita de este tipo de trasferencias para consolidar la unidad de

⁸² HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Derecho Comercial, Nuevas Orientaciones y Temas Modernos. Op. Cit., p. 207.

dirección y para ello, se recurre en la mayoría de casos, a la transferencia estratégica de gerentes o funcionarios, con el fin de que fortalezcan la cultura organizacional de grupo. Por lo tanto, la circulación de personal ni puede prohibirse en forma absoluta, ni puede atenderse en forma condescendiente por los efectos que trae sobre los trabajadores.

Asimismo, es preciso señalar, que el grupo como tal, se encuentra desprovisto de personalidad jurídica, por lo que no puede suscribir contratos, serán las empresas componentes las que individualmente concretarán la circulación del personal, pero siguiendo las directrices que benefician el grupo en su conjunto.

Para el traslado efectivo de un trabajador necesariamente se necesita que las partes del contrato original lo modifiquen, con declaración de voluntad posterior, que permita la rotación de personal. ARCE ORTIZ,⁸³ explica que la circulación sólo podrá llevarse a cabo utilizando tres modalidades:

- La “cesión de contrato”, donde pese a variar el empleador en tanto sujeto de la obligación, esta última sigue vigente en todas sus condiciones. Claro está, que el trabajador “cedido” preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión. Simplemente existe una subrogación del nuevo empleador en la posición contractual del antiguo, sin alterar el contrato de trabajo primigenio.
- La extinción del contrato de trabajo y la firma de uno nuevo. Esta fórmula requiere que las partes originales del contrato lleguen a un mutuo acuerdo, de tal forma que sin mayor inconveniente culmine la relación laboral y el trabajador pase a otra empresa del mismo grupo.
- Cabe suspender temporalmente los efectos del contrato original, con el objeto de celebrar sucesivamente otro contrato de trabajo, mediando acuerdo mutuo de las partes.

⁸³ ARCE ORTIZ, Elmer. La circulación de Trabajadores en el Grupo de Empresas. Sevilla: Minerva Artes Gráficas, 2003, p.96-97.

La circulación, merece la implementación de derechos en favor del trabajador objeto de rotación. Al respecto, la transferencia de trabajadores no tiene porque afectar sus remuneraciones, ni alterar el computo de la antigüedad; es decir, bajo cualquiera de las modalidades que se utilicen para hacer efectiva la circulación de personal en un grupo de empresas, sea por cesión, suspensión o extinción del contrato de trabajo, se entiende que no se afecta la situación del trabajador. Por ficción, la relación laboral continúa o se prolonga, asinténdole los mismos beneficios y condiciones de trabajo (prima la realidad).

A manera de Conclusión.

El grupo de empresas, se ubica dentro de la amplia gama de concentraciones económicas, como una de sus manifestaciones en pleno auge y vigencia. Sobre esa base, resulta indiscutible promover el reconocimiento integral del grupo como una nueva forma de organización, en este caso pluriempresarial. Ese reconocimiento, conlleva necesariamente legitimar el interés grupal y reconocer mecanismos de protección para los distintos sectores afectados.

No son muchos los países que actualmente puedan preciarse de haber afrontado el problema de manera consolidada. En efecto, la mayoría de realidades ha regulado en materia de grupos desde una perspectiva parcial, fragmentaria y dispersa, haciendo el énfasis en los supuestos de control y vinculación empresarial. La realidad jurídica del Perú en materia de grupos, no dista de ser parcial por eso urge la necesidad de crear un marco jurídico integral que lo contenga y reglamente sin que sea desnaturalizada dicha práctica empresarial.

LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL A TRAVÉS DE LAS FUSIONES: UN ENFOQUE JURÍDICO DE UNA TENDENCIA VIGENTE EN EL MERCADO

Por: Pia Chirinos - Pacheco De Rivero*

Desde la década pasada, las fusiones en nuestro país se han convertido en transacciones que han modificado el ámbito empresarial como también han cambiado nuestras tradiciones y costumbres. Así tenemos que éstas responden a la apertura económica plasmada en el orden económico de la Constitución de 1993, no obstante dentro de estos procesos los peruanos hemos visto capitales extranjeros o la eventual pérdida de identidad de las marcas de ciertos servicios y productos, por ejemplo, la fusión de la compañías cerveceras Pilsen Callao y Cristal que no sólo acabo con la guerra de las cervezas sino que después cuando se produjo la compra de Cervesur hemos sido testigos no sólo de una nueva orientación en el mercado sino que la empresa dejó de ser «arequipeña» para ser parte del Grupo Backus. De esta forma se han visto muchas fusiones, unas de más impacto que otras, unas más sorprendentes que otras, sin embargo más allá del propio fenómeno de la concentración económica que generan las fusiones se pueden ver empresas viejas con una nueva imagen, por citar un ejemplo, el Banco Wiese, después de muchos intentos fallidos de permanecer en el mercado aparece como una nueva banca más accesible y competitiva a través de los nuevos dueños canadienses.

1.- La fusión como figura jurídica

Las fusiones permiten la concentración empresarial y la finalidad del

*Abogada. Especialización en Finances and Law Corporation en ESAN.
Maestría de la Maestría de Derecho de la Empresa en la Escuela de Postgrado de la UCSM.
Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María

uso de esta figura jurídica es la de que dos o más empresas valoradas conjuntamente tomen un valor superior a si operasen en forma independiente¹; en este sentido el uso de la fusión atiende a diferentes motivos, que en adelante van a ser motivo de desarrollo.

Esta figura jurídica está regulada en nuestro país dentro de la Ley General de Sociedades²; establece que «*por la fusión dos o más sociedades se reúnen para formar una sola...*³ Puede adoptar las siguientes formas: 1) *Fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad*», evidentemente esta forma de fusión implica la extinción de la personería jurídica de las empresas fusionadas e incorporadas a la nueva sociedad y ello genera por efecto la transferencia de la totalidad del bloque patrimonial a la nueva sociedad y «2) *Fusión por absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente y que origina la extinción de la personería jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas mientras que la sociedad absorbente asume a título universal los patrimonios de la sociedades fusionadas*». Es importante anotar, que para establecer en el acuerdo de fusión el precio de la sociedad⁴, las empresas deben ser valorizadas a fin de determinar los activos de cada empresa, los pasivos que la empresa nueva debe de asumir así como la relación del canje del accionariado de las empresas participantes en el proceso de una fusión. Siendo la fusión una transacción regulada no escapa a que la finalidad de ésta sea básicamente económica y financiera dentro del mercado, así «la fusión es la unión de dos o más empresas que se convierten en una sola unidad económica y legal»⁵. La fusión tiene como ya lo hemos indicado anteriormente dos formas: fusión por absorción y la fusión por constitución; en la primera la empresa no se liquida por

¹ Razones económicas de las fusiones y adquisiciones de empresas tomado Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas. Juan Mascareñas Pérez– Iñigo; ed. McGraw Hill Interamericana de España, S.A. 1993

² Ley General de Sociedades en su artículos 344° al 366° regula la fusión, la formas de fusión y los requisitos que deben observarse para concretar el proceso de fusión.

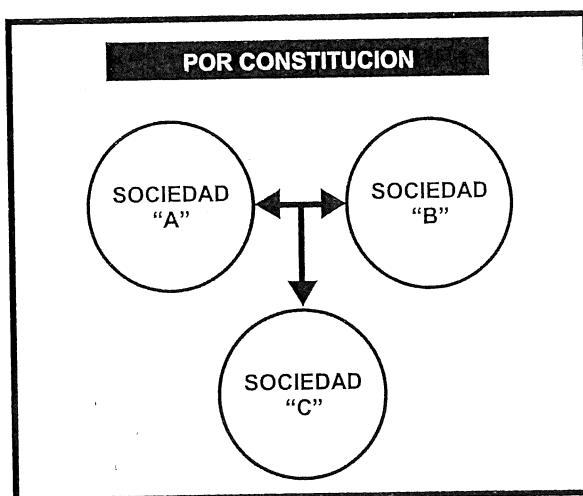
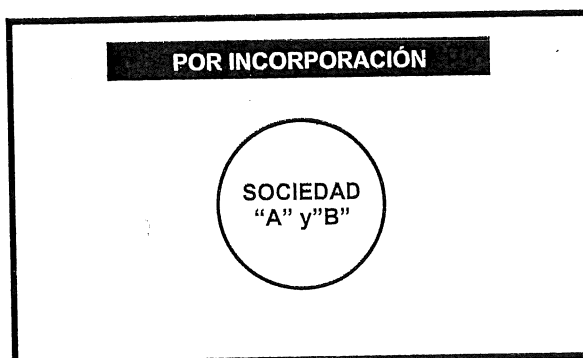
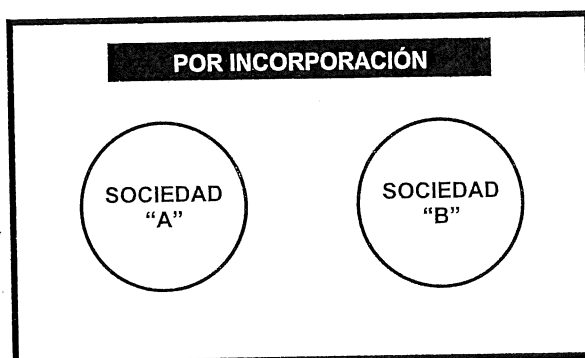
³ El artículo 344° de la Ley General de Sociedades señala el concepto de fusión así como las formas que se pueden adoptar bajo esta figura jurídica y que es aplicable a toda forma de sociedad incluyendo las empresas del sistema financiero, no obstante atienden a supervisión y regulación especial por su finalidad y naturaleza de intermediadores financieros.

⁴ El artículo 347° de la LGS establece el contenido del Proyecto de Fusión y en el inciso 4) establece «el número y la clase de las acciones o participaciones que la sociedad incorporante o absorbente debe emitir o entregar y en su caso, la variación del monto del capital de esta última» así como el inciso señala que dentro del proyecto de fusión debe explicarse el criterio de valorización de los activos para la determinación del canje entre las acciones o participaciones de las sociedades que participan en la fusión.

⁵ Nos aporta un concepto más técnico respecto a una operación de fusión ver en Finanzas Corporativas: un Enfoque para el Perú. David Wong Cam – Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 1998

que no existe realización del activo, solución del pasivo y división del patrimonio entre los socios mientras que en la segunda forma, se constituye una nueva empresa con el patrimonio de otras empresas que se disuelven sin liquidarse. En este sentido, tenemos dos enfoques que son importantes exponer, la fusión como una figura jurídica y como una transacción de carácter financiero.

Veamos los siguientes gráficos⁶



⁶ Gráficos tomados Reorganización de Empresas: Fusiones y escisiones. Materiales de Enseñanza ESAN 2001.

2.- La fusión como mecanismo empresarial

Uno de los aspectos más importantes dentro de las fusiones es establecer el criterio de la valorización de los activos de la empresa, a fin de establecer en cumplimiento de la Ley General de Sociedades⁷, el contenido del proyecto de fusión, veamos la finalidad de la valorización empresarial, desde el punto de vista de la regulación:

- a) El inc. 3) del artículo referido señala que la explicación de los principales aspectos jurídicos y económicos y los criterios de valorización empleados para la determinación de canje entre las respectivas acciones o participaciones.
- b) El número y clase de acciones o participaciones que la sociedad incorporante debe emitir o entregar en su caso, la variación del monto del capital de la incorporante.
- c) Las compensaciones complementarias, si fuera necesario
- d) El procedimiento de canje de títulos, si fuera el caso

A partir del contenido del acuerdo de fusión, la determinación del valor de las empresas (de todas las que participan en el proceso de fusión), es necesario e importante no sólo por que se trate a nuestro criterio de una transacción financiera por excelencia sino para poder establecer la relación de canje de las acciones si tenemos en cuenta que el valor de las acciones o participaciones de cada sociedad no va a ser igual, por lo que un criterio de valorización fiable garantiza a las partes la ejecución de las prestaciones de la forma más equitativa posible aunque en la realidad veamos que no es así. Es necesario precisar que por efecto directo de la fusión se produce un aumento de capital de la sociedad o empresa incorporante por que la fusión implica una transferencia de los activos de la empresa incorporada a la incorporante o a una tercera o nueva empresa;

⁷ El artículo 347° establece que el contenido del proyecto de fusión debe contener lo siguiente, revisamos los incisos 3) ... principales jurídicos y económicos y los criterios de valorización empleados en la determinación de la relación de canje entre las acciones o participaciones de las sociedades participantes; 4) El número y la clase de las acciones o participaciones que la sociedad incorporante debe emitir o entregar y en su caso la variación del monto del capital de la sociedad incorporante; 5) las compensaciones complementarias, si fuera necesario; 6) el procedimiento de canje de títulos, si fuera necesario

pueden además las partes pactar ciertas compensaciones de carácter económico que no afecten la relación de canje de las acciones así como el procedimiento de canje de éstas. Dentro de los procesos de fusión se han visto en más de una ocasión compensaciones económicas que la sociedad incorporante otorga alguno de los socios que se ve afectado por el proceso de fusión pues en la relación de canje un socio, que por citar, tiene un accionariado de 15% puede quedar como socio de la nueva empresa con sólo un 5% y por lo tanto pudiera eventualmente realizar actos que entorpezcan y retrasen un proceso de fusión haciéndolo más oneroso para la incorporante.

Existen criterios de valorización totalmente diferentes y en este caso las sociedades participantes deben establecer cual es el criterio más idóneo de aplicación para el proceso de fusión o de la compra de la empresa⁸. La finalidad de establecer la valoración de la empresa así como el criterio o método de valorización responde al cumplimiento del artículo 347° de la LGS así como a conocer la calidad de los activos y a la probabilidad de establecer una estrategia de crecimiento dentro de entornos muy competitivos como, por ejemplo, la necesidad de ajustar los valores contables históricos de una empresa puede responder a motivos de orden interno como ha determinar la participación de los socios ante la recomposición del accionariado por sucesión o herencia, aumentos de capital con aporte de los accionistas, políticas de dividendos, emisiones de deuda⁹, establecer la capacidad de endeudamiento o apalancamiento financiero que puede tener la empresa. De otro lado, existen aspectos externos para establecer como debe valorizarse una empresa, tenemos, por citar un ejemplo la posibilidad de una fusión por absorción, posibilidad de participación en otras empresas, venta, aumento de capital a través de financiamiento del mercado de valores¹⁰.

⁸ En nuestra legislación están contempladas dos formas de fusión no obstante la LGS no ha establecido la fusión como una compra o adquisición empresarial atendiendo a un criterio más jurídico que un criterio técnico, sobre todo si se tiene en cuenta que si las empresas listan o cotizan sus valores en bolsa se produce las denominadas OPAS (Ofertas Públicas de Adquisición).

⁹ Las emisiones de deuda son reguladas en la LGS. El artículo 304° establece que «la sociedad puede emitir series numeradas de obligaciones que reconozcan o creen una deuda a favor de sus titulares» y en forma complementaria en el DL. N° 861 Ley del Mercado de Valores.

¹⁰ Una de las formas de financiamiento más eficientes en el Perú, es a través del mercado de valores, por que permite a la sociedad emisora emitir bonos, acciones o cualquier tipo de papeles representativos de deuda inclusive con mecanismos más seguros como son las titulizaciones de activos con tasas de interés competitivas, financiamiento a largo plazo, no obstante se debe tener en cuenta que no todas las empresas están en condiciones de emitir deuda a través de este mecanismo sobre todo en el caso de nuestro país, pues si la emisión no es mayor a los diez millones de dólares los costos de transacción del Contrato de Underwriting y los contratos derivados como son las estructuraciones de los papeles de deuda son costosas, evidentemente cabe anotar que si la pequeña empresa pudiera acceder a esta forma de financiamiento, el crecimiento de esta sería más acelerado por los costos en las tasas de interés muy elevadas a través de las cuales deben de financiar sus actividades empresariales.

Existen varios métodos de valorización de la empresa, en este sentido Rappaport¹¹ señala que el «análisis de cash – flow descontado» o denominado también flujo de caja descontado, atendía a una forma de valorización empresarial típica de la década de los años ochenta, a través de este método no se crea valor para el accionista pues estuvo orientado a determinar el precio de las fusiones con una orientación de rentabilidad a corto plazo. Otro criterio para determinar el valor de la empresa es establecer el conjunto de todos los activos y de todos los pasivos y determinar el valor de la empresa teniendo en cuenta solamente los estados financieros, sin contar a los intangibles (el valor de la empresa dentro de la sociedad, del mercado y los recursos humanos que esta empresa tenga en el momento de vender), este método se utilizó para determinar que el valor de la Empresa Telefónica del Perú era de 700 millones de dólares en 1994 no obstante se cerró la operación por dos mil millones de dólares, ello equivale a establecer que existiendo criterios de valorización distintos, los accionistas deben establecer una valorización que atienda todos los aspectos de la empresa, es decir no sólo los activos y el conjunto de obligaciones, deudas o pasivos sino la potencialidad de la empresa en el sector y las expectativas de crecimiento dentro de entornos de una economía dinámica y en donde el precio de la empresa debe estar establecido sobre todo por el precio que está dispuesto a pagar el comprador.

2.1 Métodos y Criterios de Valorización empresarial

La valorización empresarial atiende a ciertos principios unificados y que constituyen la base de los métodos de valorización fundamentados en principios económicos; así tenemos una Norma Internacional de Contabilidad (la NIC 22 sobre Combinación Fusión de Negocios)¹² que es aplicable para establecer parámetros contables internacionales que también son aceptados y aplicados en el Perú.

La valorización es un proceso por el cual se cuantifican todos los elementos que constituyen el patrimonio de una empresa, la actividad, la potencialidad o cualquier otra característica de la empresa susceptible de

¹¹ Norma Internacional de Contabilidad NIC 22 – Combinación (Fusión) de negocios en Normas Internacionales de Contabilidad 2000. Libro 2 – Tomo I, NICs 2000, Lima – Perú, tomado de Material didáctico de ESAN.

¹² La creación de valor para el accionista. Alfred Rappaport; ed. Ediciones Deusto, España 1998

valorización¹³. La valorización entonces tiene un carácter técnico mientras que la finalidad obedece tanto a razones económicas como legales¹⁴ y está orientada a establecer a través de un valor definitivo el valor intrínseco de un negocio y no su valor en el mercado (como en forma errada se supone con frecuencia) ni su precio. Cabe precisar la diferencia entre el valor y el precio, mientras el valor tiene una referencia subjetiva el precio atiende a los hechos reales que se establecen a través de métodos de valorización, vamos a revisar en forma muy sucinta los principales y más utilizados, por que debemos tener en cuenta que más que conceptos jurídicos se trata de fórmulas financieras en las que no vamos a entrar a determinar como se establecen sino en realidad la utilidad de éstos métodos y criterios:

a) Métodos clásicos

Dentro de esta clasificación existen dos formas, la que está referida al valor sustancial y la que establece los beneficios futuros, vamos a desarrollar la primera por que aunque data de 1920, en el Perú a comienzos de la década pasada ha sido utilizada para determinar el valor a efectos de privatización de empresas del Estado. El valor sustancial es el valor real de los medios de producción independiente al financiamiento de éstos, no se consideran los bienes no operativos ni la estructura financiera de la empresa, es decir se suman el conjunto de activos operativos y se restan los pasivos, se halla el valor sin contar las condiciones de expansión, desarrollo, riesgo y posibilidades futuras de la empresa. Teniendo en cuenta que este método es antiguo, no se establecen los parámetros de valorización que se aplican en la actualidad y que otorgan un mayor valor a la empresa en posición de venta, privatización o fusión.

b) Métodos modernos

Los métodos nuevos a diferencia de los métodos clásicos y los

¹³ Ibid. pie de página 6.

¹⁴ Ibid. pie de página 15.

denominados mixtos (que no los hemos considerado en el presente)¹⁵; consideran a la empresa como «proyecto de inversión»; por lo que su valor se determina por el rendimiento futuro que los accionistas esperan obtener; los métodos nuevos se basan en buscar el valor de la empresa en función de la estimación de flujos de fondos futuros y que deben ser descontados en función al riesgo que tiene la inversión.

Para determinar el valor de una empresa a través de los nuevos métodos se tienen en cuenta parámetros comunes: a) flujo de fondos, b) tasa de actualización, c) horizonte temporal de la valoración, d) valor residual y e) descuento de flujo de caja libre¹⁶, veamos a continuación en forma muy breve los métodos modernos de valoración y como se aplican:

• **Descuento de flujo de caja:**

Es el flujo de fondos que sirven para la operatividad de la empresa sin tener en cuenta la deuda financiera después del pago de impuestos. Este método mide lo que queda disponible en la empresa después de haber reinvertido los activos necesarios.

• **Valor económico agregado:**

Cuando las empresas cotizan en bolsa tienen como finalidad maximizar el beneficio y mejorar el precio de sus acciones. Este método no solo sirve para determinar el valor de la empresa, sino que funciona como un mecanismo de control para los accionistas e integra el método basado en flujos de caja y la contabilidad actual de la empresa con la finalidad de comparar el rendimiento obtenido con el costo del capital.

¹⁵ Los parámetros comunes para llevar a cabo la valoración de la empresa son a) el flujo de fondos que es el conjunto de flujos disponibles para pagar a los inversionistas y acreedores después de haber realizado las inversiones necesarias, se tiene en cuenta el pago de los aportes de los accionistas si no existiese relación de canje y pago de las obligaciones de la sociedad; b) la tasa de actualización que se aplican en función de la necesidad de expresar flujos futuros a valor actual en base riesgo de la empresa más el apalancamiento financiero también denominado leveraged; c) el horizonte temporal de la valoración que es el tiempo en que se debe valorizar la empresa, así dentro de un proceso de fusión se puede tener una valoración al momento de inicio del proceso y otro distinto al momento de la aprobación del proyecto de fusión en cuyo caso se debe ajustar el valor al tiempo de producirse la fusión que si esta se lleva en plazos que excedan el año, las condiciones financieras de la empresa pueden variar en función al mercado y las condiciones económicas del país; d) el valor residual es el valor del negocio que éste tiene a partir del último período proyectado.

¹⁶ La opción es un contrato de compra o de venta de un activo subyacente que por el costo de una prima otorga a su poseedor la posibilidad de ejercer o no el derecho a comprar o a vender, a un precio futuro determinado, llamado precio de ejercicio, puede ilustrarse también a través del Caso Minera del Estado, ver en Finanzas corporativas: un enfoque para el Perú, David Wong Cam – Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 1998.

• **Beneficio económico:**

La diferencia de este método con el anterior es que no se hacen conversiones sino se establece el valor de la empresa en función al potencial de ésta para el accionista, tanto para el vendedor como al comprador.

• **Método de opciones:**

Cabe indicar que la opción es un contrato que otorga un derecho pero no la obligación de comprar o vender un activo subyacente¹⁷ a un precio de ejercicio. Las opciones de compra se les denomina «call» y a las de venta se les denomina «put». Las opciones se dividen en opciones financieras y opciones reales. Las opciones reales se encuentran en un proyecto de inversión cuando existe alguna posibilidad futura de actualización y las que se deben de tener en cuenta para la valorización son la ampliación o reducción del proyecto, plazo de la inversión, utilización de la inversión en usos alternativos, este método permite establecer el valor de las empresas que listan valores en bolsa¹⁸.

2.2 ¿Cómo se determina el Goodwill y el Badwill en un proceso de fusión?

La determinación de goodwill y del badwill¹⁹ que es un efecto en el proceso de fusión, se denomina goodwill a la diferencia entre el precio de la adquisición de la empresa y el valor del mercado de activos de la empresa adquirida denominada también como prima de adquisición²⁰ o excedente de valor total de la empresa y que representa una plusvalía en la transacción de fusión. Mientras que el badwill es el goodwill negativo, es decir la existencia de una diferencia negativa que puede darse por efecto de las contingencias legales

¹⁷ El artículo 294º de la LGS establece lo siguiente. «La sociedad anónima es abierta cuando se cumpla una o más de las siguientes condiciones, inciso 1) cuando ha hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones...» que en concordancia con el artículo 53º del DL. N° 861 (Ley del Mercado de Valores) establece que una oferta pública primaria es la oferta de nuevos valores que efectúan las personas jurídicas.

¹⁸ Ver en www.whartonuniversiaKnowlegde.com

¹⁹ Ibim pie de página 10. Normas Internacionales de Contabilidad sobre Fusión de Negocios.

²⁰ Reorganización de Empresas: Fusiones y Escisiones tomado de Andersen Legal en Materiales de Enseñanza de Esan, Lima 2001.

de la empresa absorbida, que pueden deberse a las obligaciones laborales y otros tipos de obligaciones legales como son: pago de impuestos, pago a acreedores, pago de utilidades, pago de tasas de interés a inversionistas.

Ahora bien podemos explicar que cuando el costo es mayor al activo menos el pasivo (activo – pasivo), estamos frente al goodwill que se produce por efecto de la fusión o adquisición empresarial mientras que cuando es costo es menor a la suma de los activos menos los pasivos (activos – pasivos) estamos hablando del badwill.

La determinación de estas plusvalías sean positivas o negativas son conocidas por los accionistas no solamente porque tienen un tratamiento contable a través de las Normas Internacionales de Contabilidad²¹ sino porque en base a ellas se suscribe el proyecto de fusión a efecto de establecer compensaciones de parte de quien adquiere, así como para establecer una relación equilibrada y justa en el canje de las acciones sobre todo si se trata que una fusión hostil como en nuestro país ha ocurrido en el sistema financiero.

2.3 ¿Cuándo se produce una fusión?

Hemos visto dos métodos de valorización de empresas, que responden sobretodo a estándares de valuación empresarial que se usan en forma indistinta, siendo un aspecto importante al desarrollado determinar la situación de la empresa; en este sentido tenemos las siguientes:²²

- Empresa en fase de liquidación: para determinar el valor de la empresa en este caso se debe determinar si el proceso de liquidación se debe a la voluntad de los accionistas, por una reducción de la cuota del mercado respecto a los bienes o servicios que comercializa o si se trata de un problema de sucesión y de los herederos. En este sentido anota el autor Santandreu que «los parámetros que se van a evaluar se someten al prejuizgamiento sobre la base de la obtención del valor sustancial de la empresa a futuro»; es decir se valorizará una empresa

²¹ Comentarios a la Nueva Ley de Sociedades – Ricardo Beaumont Callirgos, Gaceta Jurídica ediciones, Primera edición 1998.

²² Apuntes mínimos de interés sobre la figura del contrato asociativo, José Antonio Quesada Sánchez en www.noticiasjuridicas.com

en función de los valores que se asignen a los elementos en función del valor de la venta de los accionistas y que puede aportar en el futuro a los compradores. Debemos entender que dentro de los elementos de valor están establecidos el por qué la empresa se va a liquidar o se está liquidando además de las condiciones financieras de la empresa en fase de liquidación, los ratios, la liquidez, el apalancamiento existente y las posibilidades que éstos generen valor a futuro.

• **Empresa en normal funcionamiento**

En este caso, la valorización de la empresa reflejada en el balance debe ser estimada en función a las posibilidades futuras de la nueva empresa que puede ser de expansión o crecimiento, la estabilidad financiera de la empresa así como la tasa de retorno de la inversión.²³

• **Empresa con resultados negativos**

Cuando la empresa tiene pérdidas, debe establecerse si los resultados negativos corresponden a los últimos años, si la evolución de estos es creciente o decreciente, si las pérdidas son acumuladas o son recientes, así como debe establecerse la causa de las pérdidas que eventualmente están afectando al patrimonio de los accionistas, en este sentido el valor de la empresa debe estar determinado por los activos que tiene y el costo de las medidas que deban de adoptarse para generar rentabilidad en la empresa²⁴.

• **Empresa de reciente implantación**

En este caso se trata de empresas que no tienen datos contables históricos y por ello no es fácil establecer otro valor que el de los activos, el flujo de caja que puede obtenerse en el futuro, la evolución y participación de la empresa en el mercado como la decisión de los accionistas de vender la empresa.

²³ Valorización de Empresas, Prof. Samuel Immanuel Brugger Jacob en www.monografias.com

²⁴ Se denomina TIR (Tasa interna de retorno) o tasa de rentabilidad de una inversión y que es la tasa de interés que se calcula en función de un valor actual presente igual a cero y es calculado a partir del flujo de caja anual trasladado a cantidades futuras. Es una herramienta de toma de decisiones de inversión para establecer la factibilidad de diferentes opciones de inversión, ver en www.wikipedia.com

3. La fusión como contrato

Señala acertadamente Ricardo Beaumont Callirgos²⁵, citando a Rita Largo Gil que el proyecto de fusión es un contrato típico teniendo en cuenta que el proyecto de fusión está regulado en la LGS, sino que además como tal contiene estipulaciones y obligaciones de las partes teniendo en cuenta que la aprobación del acuerdo de fusión además implica la voluntad exteriorizada de los celebrantes. Ahora existen estipulaciones mínimas que deben de establecerse dentro del proyecto de fusión están en razón del propio proceso de la fusión o adquisición, como son: extinción de una o más sociedades; creación de una nueva; transmisión patrimonial a título universal y agrupamiento de socios mientras que el contrato de fusión tiene una naturaleza mixta ya que es considerado como un contrato de cambio y por ende se genera prestaciones y contraprestaciones de las partes y es un contrato de organización ya que modifica la sociedad existente. Pueden establecerse otras prestaciones adicionales a título de liberalidad de los accionistas que deben ser estipuladas a través de contratos paralelos al proyecto de fusión; y en este punto podemos citar como ejemplo, que el Grupo crédito se obligó a no ingresar dentro del rubro de las AFPs por un determinado plazo de tiempo mientras el Grupo Santander se quedó en el país a través de banca de inversión en forma exclusiva y con la AFP Unión vida que correspondía al Santander; levantada la restricción «pactada de mutuo acuerdo» el año 2005, Prima AFP salió al mercado.

La fusión se puede determinar como un «contrato» por que tiene los elementos que configuran a éste, en el Código Civil de 1984 el contrato es «el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial»; de esta forma podemos ver claramente que un contrato es un acto jurídico cuya finalidad es estrictamente patrimonial por que entraña la transferencia de bienes, servicios, derechos y obligaciones; por lo tanto podríamos decir que un contrato es una transacción por excelencia que debe cumplir con las formalidades prescritas bajo sanción de nulidad; en el caso de la fusión es preciso determinar que la formalidad prescrita es *ab solemnitate* conforme lo establece la LGS.

²⁵ Cabe precisar que «rentabilidad» alude al concepto que usamos en Derecho Societario referido a las utilidades como aquel capital excedente del ejercicio anual de la actividad empresarial; no obstante usamos el término por que nos parece más técnico dentro del desarrollo del tema.

Además, tiene los elementos del contrato de acuerdo a la Teoría Clásica del Contrato; el consentimiento implica que la aceptación y la autonomía privada de la voluntad, el objeto del contrato en este caso es la unión de empresas, sociedades y por último la forma del contrato que está limitada al mandato de la ley, es por ello que el proceso de fusión estando regulado además tiene un proceso que comienza con la aceptación de una empresa de ser absorbida por otra a través de una fusión o a través de una oferta pública de adquisición, el artículo 346° de la ley de sociedades peruana establece que «el proyecto de fusión» que debe ser aprobado por el directorio de las sociedades que participan en el proceso de fusión, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, además la ley señala en forma taxativa el contenido del proyecto de fusión y por último el acuerdo de fusión que es la manifestación de voluntad posterior dentro del procedimiento y mediante el cual entra en vigencia la fusión y en donde todos los aspectos jurídicos deben haber sido observados así como los aspectos contables y financieros a los que nos hemos referido por ser supuestos básicos dentro de esta figura jurídica. El último acto de acuerdo a ley es el contenido de la escritura pública que debe contener: a) los acuerdos de las juntas generales, b) el pacto social y estatuto de la nueva sociedad o las modificaciones del pacto social y del estatuto de la sociedad absorbente, en este caso las modificaciones son el aumento de capital, la recomposición del accionariado, el cambio de razón social salvo que éste no se produjera; c) la fecha de entrada en vigencia de la fusión, d) la constancia de las publicaciones referidas en el artículo 355^{o26} y e) los demás pactos que las sociedades participantes estimen pertinentes. Vemos que la autonomía de la voluntad es uno de los elementos más importantes dentro de la fusión por que implica la aceptación y negociación de las condiciones en que debe llevarse a cabo este proceso de acuerdo a las condiciones financieras de las empresas, debemos además anotar que si las empresas están sujetas a regulación especial este proceso debe trabajarse conjuntamente y bajo los lineamientos del ente supervisor; por citar ejemplos, si se trata de empresas financieras el ente supervisor es la SBS, si se trata de empresas que brindan servicios en telecomunicaciones lo es el MTC, salvo que las empresas no estén sujetas a regulación, el proceso se lleva de acuerdo a las condiciones y prestaciones que las partes previamente han establecido en forma

²⁶ El artículo 355° de la LGS señala a tenor lo siguiente: «Publicación de los acuerdos de fusión: cada uno de los acuerdos de fusión se publica por tres veces con cinco días de intervalo entre cada aviso. Los avisos podrán publicarse en forma independiente o conjunta por las sociedades participantes. El plazo para el ejercicio de separación empieza a contarse a partir del último aviso de la correspondiente sociedad»

La concentración empresarial a través de las fusiones: un enfoque jurídico de una tendencia vigente en el mercado

libre pero observando las normas de la LGS y si se trata de ofertas públicas de adquisición que implican fusiones, adicionalmente de lo establecido en el DL. N° 861²⁷, y se configura el tercer y último elemento del contrato que es la forma y lo que establece el Código Civil en el artículo 1354° es que «las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la norma legal de carácter imperativo»; en este sentido ya se ha anotado señalado cual es la formalidad prescrita por la ley; y en consecuencia este contrato de «cambio y organización» como lo denomina Beaumont está sujeto a la prescripción legal *ab solemnitate*.

4. ¿Y cómo van las fusiones en el Perú?

Si bien es cierto que el boom de la fusiones ha sido la década de los noventa no sólo en el Perú sino en otros países, y la economía parece estar estable a pesar de la incontrolable caída del dólar, no se avizoran las megafusiones que hemos visto a través de las OPAs. En otros países como en España la reciente OPA de ENDESA que además ha generado mucha especulación y suba de las acciones por encima del precio inicial, independientemente de los comentarios de la comunidad empresarial por las negociaciones de la transacción han generado las investigaciones a fin de determinar la transparencia de la operación y de evitar la especulación por el interés de varias empresas en la adquisición.

En los últimos años podemos anotar como las más importantes, la adquisición hecha por el Banco de Crédito del Perú de la cartera crediticia del Bank Boston tanto a nivel nacional como offshore por \$ 360 millones; la adquisición del 45% de Solución Financiera de Crédito S.A. que pertenecía a inversionistas extranjeros, proceso que culminó el 2004; el 2002 adquirió a través de una OPA el Banco Santander Hispano adquiriendo el 99,94% transacción se concluyó el 2003; la adquisición del Banco Wiese y Banco Sudamericano por Scotiabank por un monto de \$ 600 millones, la adquisición de Tim Perú por América Móvil valorizada en \$ 503 millones, dentro de la industria cervecera la venta de las cervecías regionales del Grupo Santo Domingo a

²⁷ El Decreto Legislativo N° 861 sobre Ley del Mercado de Valores.

SAB Miller en \$ 7,800 millones, la fusión de Southern Copper Corporation con Minera México valorizada en \$ 4,200 millones, la fusión de las generadoras Edegel y Etevensa del Grupo Endesa valorizada en \$ 730 millones, la adquisición del Bellsouth por el Grupo Telefónica de España y ahora en proceso de fusión Telefónica del Perú con Telefónica Móviles S.A.C, operación que está actualmente en proceso .

Si bien, las fusiones son transacciones comunes a nivel económico y conllevan además los efectos legales de la concentración económica que pueden afectar los derechos de libre competencia o eventualmente constituirse en empresas monopólicas y afectar al consumidor; otro efecto legal son las reducciones de personal porque necesariamente la sinergia y unión de empresas a través de procesos de fusión establecen lo que se denomina «personal excedente»; pero estas transacciones aunque hostiles en muchas ocasiones responden no sólo a la necesidad de competitividad sino también a la necesidad de las empresas de adquirir poder dentro del mercado frente a la apertura de nuevos mercados.

De otro lado las fusiones responden también a la necesidad de diversificar los riesgos en la inversión que es parte de las estrategias de crecimiento y expansión.

5. Formas contractuales de concentración empresarial en la Legislación Peruana

Ahora bien, dentro del Derecho Peruano existen otras formas de generar concentraciones empresariales como son los contratos asociativos cuya diferencia de las sociedades que se fusionan es principalmente que no constituyen personas jurídicas y que son de carácter temporal pues estos contratos tienen como objetivo determinar una comunidad de fin²⁸ que viene a ser la comunidad de intereses de los celebrantes y cuyo finalidad última responde a un fin esencialmente lucrativo.

Existiendo otras formas dentro de concentración jurídica que han sido

²⁸ «Consideraciones generales que inducen a la valorización de empresas por razones de orden externo» tomado de Manual Práctico de Valorización de Empresas. Eliseo Santandreu Martínez: ed. EADA, 1era. Edición, España, 1990.

La concentración empresarial a través de las fusiones: un enfoque jurídico de una tendencia vigente en el mercado

materia de regulación que atienda los aspectos formales, son usadas como formas eficientes de tener una mayor cuota del mercado y de responder favorablemente a los desafíos de la globalización económica como son el consorcio, el contrato de asociación en participación que son contratos atípicos y regulados en la LGS mientras que el Joint Venture es atípico y no por ello menos utilizado. Estas figuras contractuales permiten sin crear una nueva persona jurídica que varias personas naturales y/o jurídicas con actividad empresarial o empresas a través de un sistema de gestión que va a determinar la nominación y operatividad del contrato, la creación e integración de participaciones, aportes para nuevos negocios y empresas²⁹.

²⁹La LGS en el artículo 438° regula los contratos asociativos como aquellos que «regulan relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro.

JORNADA LABORAL DE TRABAJO EN LA MINERÍA

Por: Julio Salomón Virrueta Revilla*

En la Actividad Minera la jornada laboral de trabajo, tiene carácter extraordinario y especial, es decir que está sometida a sus propias Normas Legislativas aplicables dentro de la misma legislación, teniendo en cuenta los beneficios laborales comunes como son: Beneficios Laborales Sociales, Beneficios Económicos y Beneficios de la Salud; frente a esta clasificación los trabajadores mineros se sujetan a un rol de trabajo de acuerdo a las necesidades, prioridades y desarrollo de la actividad minera.

Frente a varias reclamaciones de los trabajadores en el campo minero, a mérito de sus reclamaciones, el tribunal constitucional ha emitido una sentencia, en la que resuelve, sustancialmente los derechos laborales mineros, positivamente.

En la sentencia del 17 de abril de 2006 del Tribunal Constitucional (TC) en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC seguido por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y anexos contra la Empresa Southem Perú Cooper Corporation, publicada el 9 de mayo y vigente a partir del día siguiente, se ha establecido con carácter vinculante que los trabajadores mineros “...en razón de las especiales condiciones de riesgo para la salud y la seguridad, que comporta el trabajo en las minas del Perú...” no pueden trabajar una jornada mayor de 8 horas diarias (Fundamento 28). Sólo en caso excepcional, verificable objetivamente podrían superar dicha jornada con el pertinente pago de horas extras.

Sin embargo, permite, tratándose de jornadas atípicas, que involucraría a las acumulativas que “... en cualquier tipo de actividades laborales...” no

*Docente Principal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Profesor-Abogado de la Universidad Católica de Santa María
Magister en Educación Superior

pueden superar el promedio de ocho horas diarias ni 48 por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas o más corto, conforme a la Constitución y al Convenio N° 1 de la OIT... (Fundamento 29).

Al resolver esta acción de amparo, el TC hace uso de dicha coyuntura para hacer extensiva su decisión a todos los sectores laborales, sin que necesariamente medie un análisis exhaustivo sobre las consecuencias de aquel fallo que podría considerarse con efecto normativo (artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), semejante al de una disposición legal, no obstante que tal tipo de pronunciamiento se expide previa investigación y citación para escuchar a las partes involucradas que pueden verse afectadas.

Esta interpretación está respaldada por el Fundamento 38: "... El derecho a la jornada de 8 horas diarias, reconocido y garantizado por la Constitución en su artículo 25° y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, no es un enunciado declarativo sino una disposición jurídica del más alto rango y cuya fuerza jurídica vincula no sólo a los poderes públicos y a la administración, sino también a los particulares.

Otra interpretación es que lo resuelto por el TC sólo afecta a la empresa demandada, no a las demás empresas mineras ni tampoco a las de otros sectores; y ello, porque lo resuelto por este tribunal es un precedente de carácter vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que obliga a la judicatura a resolver en el mismo sentido, pero que en modo alguno significa que la legislación sobre la materia haya sido modificada. Esa facultad no emana del control difuso en una acción de amparo.

En función de esa interpretación se podría sostener que las demás empresas mineras, o de otros sectores con regímenes de jornadas de trabajo y descansos acumulativos, podrían continuar con los mismos, y que sólo se encontrarían obligados a modificarlos conforme a la sentencia que se comenta, cuando en un juicio específico del que formen parte, el juez determine, aplicando el precedente del TC, que las jornadas y descansos acumulativos no pueden superar tres semanas de duración.

El TC debe formular las aclaraciones pertinentes en aras de la seguridad jurídica.

1. ¿A qué trabajadores mineros comprende el Fundamento 28 del fallo

del TC? A todos los trabajadores del sector minero, sin embargo, no se hace ninguna distinción cuando, en línea con lo resuelto por el tribunal, tendría que efectuarse. Aparentemente sólo comprendería a los trabajadores de socavón u de otras áreas de trabajo penoso, pero ello tendría que especificarse expresamente para evitar interpretaciones que sólo originan impredecibilidad y contingencias para los empleadores y para los propios trabajadores, más aún cuando se trata de una mina de “tajo abierto”.

2. Queda claro de los Fundamentos 28 y 29 que en el trabajo minero, así como “en cualquier tipo de actividades laborales” pueden haber jornadas acumulativas que, junto con los descansos acumulativos no pueden superar las 3 semanas a que se refiere el literal c) del artículo 2, del Convenio N° 1 de la OIT.

¿Cómo se compatibiliza esta restricción con el artículo 5° del Convenio N° 1 de la OIT; que prevé que en casos excepcionales se puede superar tal límite y que lo que se acuerde podrá tener fuerza de reglamento si el Gobierno así lo determina?

3. Es el caso de los trabajadores mineros o petroleros que usualmente prestan servicios en zonas alejadas de la ciudad y de sus hogares, lo que hace razonable que los períodos de trabajo acumulativos sean más largos para que justifiquen también un período de descansos acumulativos que permitan al trabajador trasladarse a su hogar y regresar al centro minero o petrolero dedicando un tiempo importante a la vida familiar.

¿No debió merecer un análisis más exhaustivo la razón de ser de las jornadas acumulativas o atípicas en el mundo de hoy que es muy distinto a lo que ocurría en 1919 cuando se aprobó el Convenio N° 1?

4. La restricción de tres semanas como máximo para jornadas y descansos acumulativos significa que en un período de 21 días, el trabajador minero trabaja 18 días continuos ocho horas para tener tres días de descanso también acumulativos.

Si las familias de esta clase de trabajadores residen lejos ¿qué posibilidad tendrán de visitarlas si apenas gozarán de tres días de

descansos acumulativos? Ninguna.

¿Cómo se compatibiliza la restricción impuesta por la sentencia del TC, con el derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso? ¿Qué es más favorable para el trabajador?

5. El tema de la exposición del trabajador a los riesgos de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, ¿no debería ser solucionado por una inspección más rigurosa acerca del cumplimiento de las normas de seguridad? El Tribunal Constitucional tiene la palabra.

LA IMPORTANCIA DE LA LECTURA DEL DIARIO OFICIAL POR LOS ESTUDIANTES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

Por: David Fernando Dongo Ortega*

Cuando al estudiante de secundaria se le pregunta ¿qué profesión quieres seguir? las opiniones son diversas, vagas, difusas, sin que exista una decisión definida, de ahí la necesidad de realizar los test para poder orientar conforme a la personalidad del alumno el perfil de la carrera que puede elegir. Muchos alumnos se deciden por la carrera de Derecho (para ser abogado), y cuando uno les pregunta ¿por qué eliges esta carrera?, las respuestas sobre el particular son distintas, como por ejemplo: porque tengo ancestros que la han seguido exitosamente; porque deseo impartir justicia; porque quiero conocer los derechos y obligaciones que como ciudadanos se tiene frente al Estado o terceros; o porque quiero ayudar a los demás por la vía del asesoramiento, respuestas tímidas que con el transcurso de los ciclos de estudio universitario se van consolidando, hasta que el alumno logra graduarse transformándose en el profesional requerido por la sociedad; sin embargo, debemos tener en cuenta lo siguiente: si la formación curricular del estudiante de derecho es buena, ésta no sólo resulta suficiente para afrontar los retos inmediatos que el profesional asume, de ahí que su preparación académica debe profundizarse en algunos temas más que en otros, siendo uno de ellos, el tema de este artículo, el que es que en la Universidad como en muchas otras Facultades de Derecho de otras Universidad a Nivel Nacional no se toma en cuenta la importancia que tiene la revisión y lectura del Diario Oficial de la localidad como El Peruano en relación a toda la gama jurídica normativa que en él se publica; nos referimos principalmente a la separata de normas legales ya que en ella encontramos desde

*Docente Principal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, de la Universidad Católica de Santa María.
Abogado.
Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

decisiones Legislativas, pasando por las Administrativas del Ejecutivo, Judiciales, Regionales, Locales y de los Organismos Autónomos Constitucionales que nos dan una amplia visión de la problemática jurídica normativa que se dicta para regular las relaciones del ciudadano con el Estado o con terceros. Esto nos permite si se trata de una Ley, ingresar en forma inmediata a su conocimiento y análisis sobre su texto, sea genérico o específico sobre determinada materia a nivel nacional, regional o local. Si este sistema se implementa en nuestra Facultad de Derecho a través de un Taller, el mismo que tendría resonancia de éxito en todos los estudiantes de la Facultad porque a la par de sus asignaturas curriculares, que como materias regulares se dictan en los ciclos correspondientes, el alumno acrecentará su conocimiento, lo refuerza y le da seguridad, porque se va creando el hábito de la lectura y de la constante actualización en la normatividad, que dicho sea de paso que de gobierno a gobierno cambia; y que dentro del propio gobierno de turno se efectúan modificaciones que en muchos casos por la ignorancia de la desactualización del profesional se hierra al interponer una demanda o en el trámite del proceso, lo que tiene como consecuencia que el mismo en su oportunidad sea declarado improcedente o infundado. Este Taller tendría duración permanente durante los ciclos semestrales y de obligatoria asistencia para los estudiantes, conducido por docentes de dedicación exclusiva, que seleccionen y distribuyan aquella normatividad recogida en el Diario oficial y que tenga interés contextual para la formación de nuestros alumnos. Serviría también para formar el criterio en la interpretación de las normas conforme a los distintos métodos de interpretación de las Leyes que se pueden dar, para la correcta fundamentación jurídica de un caso en concreto, orientado a la vez al estudiante en la selección de la especialidad que quisiera ejercer cuando ya sea un profesional. Digo todo esto porque con esta lectura diaria del Diario Oficial además de las leyes y resoluciones legislativas, se tendrían las propias del Poder Ejecutivo vía los ministerios de las respectivas carteras, que se publican, eligiéndose por los señores docentes aquellas que por su trascendencia para el ciudadano y la colectividad en general sea necesario su análisis y crítica; igual situación se presenta con las de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales o Municipales. La importancia de este taller también radicaría en el análisis lógico-jurídico de las sentencias constitucionales y judiciales, emitidas por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia de la República,

respectivamente, en las que el estudiante deberá analizar su argumentación jurídica de los hechos para que sean subsumidos al derecho en general, sobre las distintas pretensiones planteadas en una demanda y que son materia de estos pronunciamientos, lo que a la par iría con la enseñanza curricular de las materias que conforman la carrera de derecho en la formación del futuro profesional abogado; permitirá también, al estudiante de derecho conocer aquellas sentencias que tienen el carácter de vinculantes que deben ser observadas por los distintos órganos jurisdiccionales a nivel nacional en pretensiones similares que se planteen, poniendo estos conocimientos adquiridos en sus cursos de práctica forense interna y externa y continuarlos cuando sea ya un profesional, lo que se manifestaría en un asesoramiento que le abra las puertas hacia el camino del éxito en la especialidad elegida, dando pasos firmes que le permitirán asegurar el éxito de cualquier acción que pretenda iniciar, sobre un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica. Ahora bien, este Taller no sólo serviría para el estudiante del último año sino también para el estudiante de los primeros ciclos, ya que le permitirá fortalecer las percepciones obtenidas e inducirlo a la investigación sobre aquellos temas jurídicos de su interés, porque los pronunciamientos constitucionales y judiciales no sólo están abocados a los temas jurídicos tradicionales sino también a situaciones jurídicas modernas, como el derecho de la empresa o de índole comercial o ambiental, tales como regulación sobre los casinos de juego o a nivel local, sobre las competencias de los gobiernos locales con relación a tributación, o del estatuto o reglamento de la Policía Nacional o la competencia de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, entre otros y, otros que con el devenir del tiempo, la modernidad y el avance de las instituciones jurídicas puedan producirse en el futuro, de esta manera aseguramos un profesional con proyección exitosa por su hábito a la lectura del Diario Oficial.

POLÍTICA ANTIDROGAS: LAS IDEAS DE ALFREDO

Por: Juan Carlos Valdivia Cano*

“Adhiero de manera convencida a la propuesta de liberalización del consumo y de legalización del mercado de drogas que en el individuo no puede causar efectos más nocivos que los actuales, como lo demuestra el caso de los países en los que el consumo es legal (...)”

LUIS PÁSARA (Prólogo a Perú en Drogas de Alfredo Eduardo de Amat Chirinos)

Pese a que el ministro de agricultura José Salazar, (que firmó el acta de Tocache con los coccaleros para suspender las erradicaciones de cultivos de coca), actuó a nombre del gobierno, por orden del Presidente o con su respaldo tácito, y a pesar de las zigzageantes declaraciones de éste, no ha sido sólo la oposición y los medios sino los propios ministros quienes lo criticaron por sus declaraciones y su actuación, en el afán de salvar al presidente García que, por estas jugadas, las oportunas cortinas de humo y a pesar de las frecuentes “metidas de pata” o “errores”, no bajaba en las encuestas durante los primeros meses de gobierno.

Pocos se preguntaban, en ese momento, quién mandó a negociar con los coccaleros al ministro de agricultura, cuando el problema del narcotráfico no es un mero problema agrícola sino un problema primordialmente político militar, el más grave problema de Estado en el Perú actual. Tendría que haber

*Docente Asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María.
Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín.
Magister en Derecho Civil Universidad Católica de Santa María.
Abogado

representado al gobierno el del Interior o el Premier, o ambos. No es extraño que los compañeros ministros, que normalmente compiten tan afanosamente por el protagonismo mediático, palmo a palmo, hayan aceptado la representación de Salazar, porque después le dieron como piñata: Del Castillo, que “no se puede decir que no haya política”; Alva Castro, que “si tenemos plan estratégico”; García Belaúnde, que “hablar de fracaso es mucho”; Mulder, que “el concepto de zonas liberadas es absolutamente equivocado”.

La improvisación, que se perfila como uno de los rasgos más distintivos de este gobierno, era tan espectacular en ese momento que, al parecer, nadie sabía qué pensaba ni qué iba a hacer un ministro antes que lo mandaran en comisión, cuando los otros no querían quemarse. Ahora que han pasado algunos meses del “acta de Tocache”, que el narcotráfico ya no es noticia de primera plana y que podemos tomar cierta distancia del asunto, tenemos derecho a insistir en algunas preguntas: ¿ha desaparecido el problema? ¿hay política anti drogas o plan estratégico? ¿no ha fracasado eso que llaman así? ¿o será para el 2011? ¿o para las calendas griegas? ¿no hay zonas liberadas por los cocales y narcotraficantes? Eso ya no se lo creen ni los ministros más caídos del palto... como “chiquitín”..

Ya está claro a estas alturas que el presidente García, mientras pudo, siempre se las apañaba para trasladar el peso de sus errores a ellos, los ministros-piñata, como el de salud, como Salazar, (asesorado por siniestro amigote), como Garrido Lecca, como su vicepresidente Gianpietri, etc. Y dada la supuesta gravedad del error cometido por el de Agricultura y a pesar de haberse disparado aparentemente por su cuenta, cabe preguntar ¿por qué no cayó “chiquitín”, en un primer momento, como no cayó el de Salud tampoco en similar ocasión, o Garrido Lecca después? ¿por qué los mantiene y apoya el presidente? Sólo cayó la única ministra no aprista, a quien nadie sabe por qué la pusieron a Interior y no a Salud, porque no es aprista, claro. Y “chiquitín” solo cayó cuando su reincidencia provocó un escándalo mayúsculo: “chiquitín” buscaba la muerte

Lo que más dolió en ese momento es que el ministro de agricultura haya tenido el atrevimiento de decir una verdad monda y lironda: que la política anti drogas en el Perú —si es que existe algo que se pueda llamar así— es un completo fracaso. Que el 99% de la hoja de coca se utiliza para el narcotráfico. Y

que aparte de la voluntad del gobierno norteamericano, la única política consiste en hacer declaraciones, en meter preso a un pez gordo muy de vez en cuando y a decenas de burriers mensualmente, o en quemar unos cultivos y laboratorios por acá y por allá, para hacer creer a los desinformados que “se está combatiendo el narcotráfico”. ¡Dieciséis años repitiendo la misma cantaleta!: erradicación de cultivos y laboratorios cocaleros, y sustitución de la coca por otros productos. Es todo.

Pero para sustituir la producción de coca por otros productos, sin embargo, éstos tendrían que producir por lo menos las mismas ganancias, o habría que convencer a los cocaleros que deben sacrificarse y elegir un producto veinte veces menos rentable, y además eliminar los cultivos, a los narcotraficantes y a los socios terroristas. ¿Son posibles esas metas en las condiciones realmente existentes en el Perú? ¿son posibles siquiera en mejores condiciones que las nuestras? Que el problema se está agravando lo dicen todas las estadísticas, incluidas las del gobierno norteamericano y las noticias de todos los días. Además, los cocaleros que trabajan para el narcotráfico ahora tienen no sólo representación sindical sino también parlamentaria. Pero, además ¿actuó solo y por su cuenta, “chiquitin”, sin la venia del centralizador y egocéntrico presidente? ¿Para qué lo mantuvo entonces después de la monumental y selvática metida de pata? ¿Qué tiene que hacer un ministro aprista para que lo destituya el Presidente, después de lo que hizo chiquitín (y luego Garrido Lecca) y la dupla Gianpietri-Pandolfi?

Por supuesto que la suspensión de la erradicación favorece al narcotráfico. La hoja de coca no se usa sólo para hacer bolsitas filtrantes. Pero la realidad ha demostrado 16 años, es decir, demasiado tiempo, que la represión y la ilegalización no son una solución sino la causa del incremento de la violencia y del gasto millonario e infructuoso. Sin embargo, la mayoría de medios, comunicadores, columnistas, encargados y expertos, parecen estar de acuerdo con la política declarada (aunque no cumplida) por el gobierno, que es clonación de la política norteamericana. Y como no funciona ni puede funcionar la sustitución ni la erradicación, esa política se reduce únicamente a la represión policíaca y militar, que elimina a algunos narcotraficantes pero que no puede evitar que estos se reproduzcan inmediatamente como hongos. Chamba es

chamba. Y ésta es muy rentable.

Muy pocas personas (una de esas personas es nuestro paisano Mario Vargas Llosa) piensan en otras alternativas a la represión, a la erradicación y a la sustitución que siempre empiezan y nunca concluyen, produciendo más violencia. Por eso es tan importante y meritorio el que alguien tenga el coraje de ir contra la corriente y pueda ofrecer dichas alternativas como lo hace el libro "Perú en Drogas (Crítica a la política anti drogas en el Perú)", de Alfredo Eduardo de Amat Chirinos, un libro valiente, claro y notablemente bien fundamentado.

Es una respuesta al completo y evidente fracaso de la política anti drogas en el Perú. Como el mismo autor lo dice, la hipótesis de esta investigación no es la legalización sino algo mucho más amplio y más profundo, que va a ser expuesto a medida que se desarrolla una exhaustiva y razonable crítica de los aspectos relevantes de dicha política: la liberalización de las drogas. Como señala Luis Pásara en el Prólogo: "El argumento principal del libro es muy claro: la liberalización de las drogas es una exigencia proveniente de la libertad; el Estado no puede atribuirse la facultad de decidir por la persona aquello que es bueno o malo para ella".

En el segundo capítulo tenemos las líneas principales de la crítica a los fundamentos de dicha política; en el tercero, una explicación del método utilizado en esa crítica; en el cuarto, un comentario a la supuesta "inmoralidad" de las drogas; en el quinto, de las drogas en relación con la libertad; en el sexto, de la supuesta "irracionalidad" del consumo de drogas; en el séptimo, de la adicción; en el octavo, del consumo y la salud y, en el noveno, de la legitimidad de las leyes sobre drogas en el Perú.

Se examina prolijamente los prejuicios más frecuentes que se dan por aceptados en el sentido común (que no buen sentido) respecto al consumo de drogas. Como creer que se puede decir algo relevante hablando de "la droga" o "las drogas" en general. En el libro que comentamos se muestra con claridad por qué sólo se puede hablar de drogas específicas, legales o ilegales, de la heroína a la aspirina. Las generalizaciones a este respecto no son razonables porque, como dice el ilustrado jurista español Manuel Atienza, ser razonable es hacer diferencias cuando las hay. Y no es lo mismo la heroína que la aspirina. En

el libro de Alfredo Eduardo de Amat se hacen las diferencias entre esas y otras drogas. Y no se da a la palabra “droga” contenido tomado de la moral tradicional en el Perú, sino de la ética moderna.

El vocablo “droga” sólo tiene sentido cuantitativo, no significa sino dosis. El alcohol es una droga, de lejos la más nociva; pero una copa de buen vino después de las comidas, aún todos los días, es hasta saludable. Como puede ser mortal tomar todos los días, desde que amanece hasta que anochece, un mal “pisco”, como hacen algunos vecinos míos en el barrio. También existe el prejuicio que las drogas hacen el mismo efecto y producen las mismas consecuencias a todos los consumidores por igual y todos utilizan de la misma manera, con los mismos fines, etc. Y varios otros prejuicios que el lector encontrará aquí desnudos como el rey.

Però el autor no se ha limitado a la crítica. Aunque comienza con ella, éste es un libro básicamente afirmativo. Por eso puede leerse también como un “manual sobre drogas”, con todo lo que es necesario saber sobre ellas, (antes de hablar sobre ellas), en el sentido fisiológico, histórico, psicológico y ético jurídico; sentido este último que el autor distingue explícitamente de la moral cristiana o tradicional. Moral a la que el autor no deja de criticar duramente contrastándola con una ética moderna fundada en valores como la libertad y la dignidad, la potencia personal, la alegría y la salud.

Y a la salud entendida como un conjunto de condiciones sico físicas óptimas, basada en la moderación pagana más que en la abstinencia cristiana, es decir, más allá del bien y del mal moral. Abstinentes y adictos son igualmente fustigados por su fondo psicológico común: auto desconfianza, miedo y sentimiento de culpa. Es curiosa la coincidencia entre una ética moderna con una ética incaica o con una greco romana, basadas más en la salud que en la idea de pecado y sus tenebrosos alcances: “En la cultura andina, la alegría, la salud, la fertilidad, la generosidad, la capacidad de servicio son indicadores de un contacto estrecho con los espíritus de las montañas y de la Pacha Mama” (Carlos de la torre, “Chakana: meditación y oración en la cultura andina”, pag. 13. Asociación Intip Pacha Mamaq, Sicuani, Cuzco Perú, 2000, segunda edición).

Se comprenderá el valor de este “manual” (en el sentido noble de la

palabra) si se acepta que es mucho mejor informar bien a la juventud, que prohibir y satanizar. Lo que se puede aplicar también a los anti conceptivos, al aborto, a la píldora del día siguiente, a la eutanasia, etc. No son las cosas sino la ignorancia sobre las cosas lo que genera problemas. Antes de ver si son buenas o malas moralmente las drogas, hay que ver primero qué son.

Los peruanos tendrán que pensar en algún momento en otras alternativas a la “política anti drogas” actual, cuando hasta el más desubicado se convenza de la imposibilidad de solución por vía represión policíaca e ilegalidad, que generan mafias, carteles, violencia a raudales, y más corrupción. Como pretendió hacer el gobierno norteamericano alguna vez con el alcohol con la famosa “ley seca”, para luego desistirse ante las terribles consecuencias. Aunque no es coherente con ese desistimiento ahora, tratándose de otras drogas, como la cocaína.

Este libro arequipeño es un primer hito en ese viraje decisivo que el Perú debería dar.

EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Por: Alfredo Lovón *

1. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Previamente y para esclarecer cuestiones terminológicas corresponde hacer la distinción entre:

-Tutela jurídica y tutela jurisdiccional.-

La tutela jurídica es la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas¹, implica tanto la tutela que emana de las normas sustantivas como de las normas procesales.

La tutela jurídica puede tangibilizarse extra procesalmente e intra procesalmente, pues el derecho puede realizarse sin proceso con la simple observancia de las normas sustantivas, imponiéndose su cumplimiento dentro del proceso en caso del eventual incumplimiento de la referida norma sustantiva.

Por tanto, si la tutela jurídica se realiza mediante el proceso se trata de “tutela jurídica jurisdiccional”, empero el proceso requiere de una estructura y condiciones previas a su inicio y desarrollo por lo que la tutela jurisdiccional se desarrolla en dos planos de existencia: antes y durante el proceso tal y como analizaremos posteriormente. En conclusión la tutela jurídica es el género y la tutela jurisdiccional la especie.

* Docente Asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María.
Abogado. Magister en Derecho Civil.

¹ COUTURE, “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”, edición tercera, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1996 pag.479.

- Tutela judicial efectiva y tutela procesal.-

El deber de satisfacer el derecho a la tutela jurisdiccional emana del Estado y no del juez, quien es un medio para hacerla efectiva ya que su investidura jurisdiccional proviene del derecho y deber de jurisdicción como atributo inherente del Estado a través de sus órganos jurisdiccionales (pero no exclusivo).

Por tanto la tutela a los intereses de los justiciables ejercitada mediante el proceso es jurisdiccional y no judicial; pues no se trata de tutela concedida por el juez.

La tutela procesal, se refiere a la tutela que se persigue dentro del proceso y puede ser considerada como sub-especie de la tutela jurisdiccional, ya que ésta última también tiene efectividad antes del proceso.

1.1. Definición de Tutela Jurisdiccional Efectiva

A efecto de dar una definición de Tutela Jurisdiccional resulta idóneo considerar la postura de Ticona Postigo, quien define el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como “el derecho público, subjetivo y abstracto que tiene toda persona sea actor o emplazado que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez competente, independiente y responsable, con el fin de que en un plazo razonable y en forma motivada se pronuncie sobre las pretensiones y medios de defensa propuestos oportunamente y en su caso, se de plena eficacia a la sentencia”².

Para De Bernardis, “la tutela judicial efectiva constituye la manifestación constitucional de determinadas instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en cautelar el real, libre e irrestricto acceso de todos los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo de los órganos competentes del estado, a través de un debido proceso que revista elementos necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas vigentes...”³. Deseo destacar la calidad de irrestricto acceso a la prestación jurisdiccional.

² Citado por TICONA POSTIGO, Victor, ob.cit. pág. 37

³ ibidem.

El jurista Monroy Galvez define el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el sólo hecho de serlo, en tanto es sujeto de derechos, está facultado a exigirle al Estado tutela jurídica plena, que se manifiesta de dos maneras: el derecho de acción y el derecho de contradicción. El derecho a la tutela jurisdiccional durante el proceso, contiene el haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participe en un proceso judicial⁴.

Entendido de este modo, la tutela jurisdiccional efectiva, “es el conjunto de mecanismos otorgados por el Estado para proteger derechos otorgados y reconocidos por ley que sólo se hará efectiva ejercitándose dentro de un debido proceso”.

Como ya se expuso en el capítulo anterior el derecho a la tutela jurisdiccional comprende hasta tres categorías de derechos especies, como son:

- El derecho de acción, que corresponde al demandante.
- El derecho de contradicción, cuyo titular es el demandado o emplazado.
- El derecho al debido proceso, que corresponde tanto al demandante como al demandado.

Son sujetos del derecho a la tutela jurisdiccional: sujeto activo, toda persona que tenga la calidad de demandante o demandado, por tanto en forma directa o indirecta puede ejercitarlo; y sujeto pasivo es el Estado, a través de los organismos jurisdiccionales.

1.2 Características del Derecho a la Tutela Jurisdiccional.

El derecho a la tutela jurisdiccional tiene las siguientes características:

-Es un derecho fundamental.-

Es un derecho fundamental porque es inherente a la condición de persona que tiene todo ser humano o como puntualiza Morello “el derecho a la tutela jurisdiccional se configura como la garantía que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso, serán

⁴OBANDO BLANCO, Victor, “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia”, edición primera, Lima –Perú, Palestra editores, 2001, pág. 73, 74.

resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables. Y siendo un derecho fundamental tiene como contenido básico el obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta a las pretensiones planteadas y no manifiestamente arbitrarias ni irrazonables”⁵. Por tanto el Estado es el obligado a satisfacer y realizar este derecho a la tutela jurisdiccional, mediante los órganos judiciales competentes.

Creo que siendo evidente no cabe duda alguna que se trata de un derecho fundamental.

-Es un derecho público.-

Es público porque la persona hace efectivo su derecho a la tutela jurisdiccional recurriendo al Estado quien tiene deber de prestar tutela jurisdiccional con las garantías del debido proceso a través del órgano jurisdiccional competente⁶.

-Es un derecho subjetivo.-

El derecho a la tutela jurisdiccional es de carácter subjetivo porque interesa a toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, persona capaz o incapaz (a través de representante), es decir a todo sujeto de derecho.

-Es un derecho abstracto.-

Basta invocar la necesidad de intervención del órgano jurisdiccional para resolver el conflicto intersubjetivo o incertidumbre jurídica, es decir, invocar interés para obrar o interés procesal para acceder a una eficaz tutela jurisdiccional sin que sea relevante probar previamente ser titular del derecho sustantivo que se invoca en la demanda, por ésta razón no debe exigirse prueba al demandar⁷. Por esta razón de ningún modo puede admitirse un rechazo por cuestiones de fondo al calificar la demanda.

⁵ Citado por TICONA POSTIGO, Victor, ob.cit. pág. 39

⁶ Al respecto nos formulamos la siguiente interrogante, ¿cuando el justiciable recurre a otra vía que no sea la jurisdiccional, también el derecho a la tutela jurisdiccional tiene la característica de ser un derecho público?

⁷ Título Preliminar C.P.C. Art.4 “el proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. no requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos”. Ahora bien el Código Procesal Civil peruano exige la presentación de toda la prueba al demandar, lo que desvirtúa esta característica.

- Es un derecho de configuración legal.-

Esta característica implica que tanto el actor como el demandado formulen sus pretensiones y sus medios de defensa que les concierne en la oportunidad legal que les corresponde, siguiendo los preceptos señalados en las leyes procesales, sin que ello implique que esos requisitos sean lesivos a la tutela jurisdiccional efectiva, pero puede ocurrir y considero que ocurre con los artículos 424, 425, 426 y 427 del Código Procesal Civil Peruano.

Los requisitos procesales cumplen un papel ordenador del proceso y de consecución de seguridad a través de la legalidad, por tanto no pueden ser entendidos como obstáculos para impedir o dificultar el acceso efectivo a la justicia, por lo que deben ser entendidos en el sentido más favorable para las partes evitando vulnerar su derecho de defensa y de tutela jurisdiccional efectiva.

Esta es una recomendación dirigida especialmente a los operadores jurisdiccionales.

1.3. La Efectividad del Derecho a la Tutela Jurisdiccional

Conocemos que para dar inicio a un proceso se requiere de intereses contrapuestos o de incertidumbres jurídicas, que determinen la “instancia”⁸ del sujeto de derecho, para solicitar tutela jurídica a sus intereses.

Para Alvarado Velloso, la “acción procesal”, es la instancia por la cual toda persona puede recurrir ante la autoridad para presentar una pretensión que no puede ser satisfecha directamente por ésta sino por una tercera persona que, por tanto, deberá integrar la relación dinámica que se origine con tal motivo⁹.

Ahora bien, la acción procesal tiene el carácter de ser “proyectiva”, pues el juez proyecta la acción procesal hacia el tercero respecto de quien se afirma debe cumplir la prestación pretendida¹⁰. Por tanto se requiere del ejercicio del derecho a la acción procesal para que se de una efectiva tutela jurídica al litigio

⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción al estudio del derecho procesal” primera parte, Buenos Aires-Argentina Rubinzal – Culzoni editores, 1997, pag. 37. La “instancia” es entendida como el derecho que tiene toda persona (gente o ente) de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido no se puede precisar de antemano.

⁹ idem pag. 40

¹⁰ idem pag. 41

urgido entre las partes.

Para la doctrina española, la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional, requiere además de la garantía del acceso a la justicia, el pronunciamiento judicial de fondo sobre las pretensiones procesales deducidas¹¹. En este sentido para tutelar eficientemente los intereses de las partes, es necesario se propugne viables oportunidades de acceso a la justicia en pro de soluciones justas y accesibles, con un pronunciamiento sobre el fondo del litigio que asegure la tutela al derecho material invocado por las partes, por lo que se requiere la existencia de una eficaz y real regulación que permita dar cumplimiento al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que constitucionalmente tenemos reconocido. Considero que el rechazo liminar de la demanda atenta contra la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Por tanto para Obando Blanco, el derecho a la ejecución de sentencias es el componente más importante de la efectividad, es consustancial al derecho a la tutela judicial ya que una tutela que no fuera efectiva (real y verdadera) no sería tutela.

El exceso de formalismo impide una tutela efectiva para las partes debido a que coloca aspectos o cuestiones secundarias de la finalidad de la norma por encima del problema de fondo planteado. Ahora bien, el Código Procesal Civil peruano, considero es un código en exceso formalista, basta revisar las disposiciones sobre la demanda, o sobre las formalidades del ofrecimiento de prueba, entre otras instituciones, para advertir este grave defecto que limita los derechos de los litigantes.

Por tanto y estando a lo antes considerado la doctrina afirma la existencia de grados de efectividad, que son:

- a. Efectividad de primer grado que garantizaría simplemente al ciudadano la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional.
- b. Efectividad de segundo grado, que exigiría además que la respuesta del órgano jurisdiccional resolviera realmente el problema planteado.
- c. Efectividad de tercer grado, que garantizaría que la solución al problema planteado fuera razonable y extraída del ordenamiento

¹¹ OBANDO BLANCO, Victor, ob.cit. pág. 87

jurídico.

- d. Efectividad de cuarto grado, que aseguraría la ejecución de la decisión tomada¹².

1.4. Acceso a la Jurisdicción.-

La tutela jurisdiccional efectiva tiene como manifestación el acceso a la jurisdicción, la misma que no es absoluta e ilimitada, en tal sentido, sólo puede limitarse en aras de otro derecho o libertad constitucionalmente protegido, y en casos excepcionales y debidamente establecidos, pero siempre dentro del proceso, esto es con el imprescindible emplazamiento al demandado, lo que no ocurre con la regulación legal del Código Procesal Civil Peruano.

En suma debe existir razonabilidad en la norma procesal que establezca las causales por las que debe denegarse el requerimiento de tutela jurisdiccional y también es necesaria la razonabilidad en la interpretación de los hechos y las normas al momento de calificarse judicialmente la demanda, máxime si se tiene en cuenta que es el juez “solitario”¹³ quien evalúa la admisibilidad o improcedencia de la demanda sin oír a la otra parte demandada, es lo que se conoce con el nombre de “rechazo In limine de la demanda”¹⁴, postura con la cual estoy en total desacuerdo pues el no emplazamiento al demandado implica la no existencia de proceso, por tanto todo el camino procesal recorrido entre demandante y juez, sin demandado es simple procedimiento y crea pérdida de tiempo por la naturaleza de no vinculante al demandado de las resoluciones que dicte.

1.5. Contenido del Derecho a la Tutela Jurisdiccional.-

En lo que respecta al contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el tema es discutible y complejo doctrinariamente de modo tal que es trascendente resaltar la diferencia entre las implicancias del “Acceso a la justicia” y “Acceso a justicia”.

Al respecto Devis Echandía define el “Acceso a la justicia” como la

¹² CHAMORRO BERNAL, Francisco, “la tutela judicial efectiva” Barcelona, Boch. pág. 278.

¹³ Expresión usada acertadamente por la doctora Eugenia Ariano Deho.

¹⁴ La expresión es usada por el procesalista argentino doctor. Jorge W. Peyrano.

pacidad de recurrir al sistema judicial, en sentido amplio; mientras que el "acceso a justicia" es la posibilidad de obtener una solución justa sobre la controversia.

El doctor Ticona Postigo, considera que tanto el "Acceso a la justicia" como el "Acceso a justicia" pueden vulnerar al derecho a la tutela jurisdiccional en sus dos modalidades:

- a) Vulneración al derecho al proceso; cuando una demanda es rechazada en forma arbitraria e ilegal.
- b) Vulneración al derecho en el proceso; cuando sin motivo razonable se niega la oportunidad probatoria a cualquiera de las partes¹⁵.

Expuesto así el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva despliega sus efectos en tres momentos distintos:

- En el acceso a la justicia
- En el proceso ya iniciado
- En la ejecución de sentencia una vez iniciado.

Más adelante intentaré demostrar que el Código Procesal Civil peruano de 1993 no garantiza un acceso eficaz a la tutela jurisdiccional y tampoco brinda las garantías de un debido proceso.

2. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en los Instrumentos Internacionales

En la evolución de la consagración de los derechos humanos se tiene como un dato constante el progresivo reconocimiento por parte de la comunidad internacional de la importancia de contar con mecanismos y estándares procesales eficaces y confiables que garanticen la vigencia eficaz, igualitaria y

universal de los derechos humanos.

Tal es así que el ordenamiento jurídico peruano ha asumido los principios que rigen la normatividad internacional¹⁶ reconociendo como fundamental el derecho a la tutela jurisdiccional. Entre estas declaraciones podemos contar a las siguientes:

-La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ya referida ésta declaración en el capítulo I, nos remitimos necesariamente a ella en el aspecto puntual del Derecho a la Tutela Jurisdiccional.

En su artículo 10 expresa:

”Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Al artículo precedente hace referencia al proceso penal, es aplicable a todo punque eroceso judicial, pues consagra el derecho de toda persona a la tutela efectiva de sus intereses en sede jurisdiccional.

-El Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos.

Nos referimos específicamente a este pacto en lo concerniente a la tutela Jurisdiccional.

En su artículo 14, incisos 1 literales d) y e), e inciso 3 establece que:

Inciso 1) “Todas las personas son iguales ante los tribunales y Cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulado contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de

¹⁶ Al respecto en el capítulo I del presente trabajo se ha desarrollado ampliamente la consagración del derecho a la tutela jurisdiccional como derecho de orden internacional.

la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o en la medida estrictamente necesarias en opinión del tribunal, cuando por las circunstancias especiales del asunto la publicidad, pudiera perjudicar los intereses de la justicia, pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en los que el interés de menores exija lo contrario, o en actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a tutela de menores”.

Inciso 3) “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; A ser informada si no tuviera defensor del derecho que le asiste a tenerlo y siempre que el interés de la justicia lo exija. A que se le nombre defensor de oficio gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo.

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

En este caso se proclama el derecho de las personas a la tutela jurisdiccional y a la publicidad del juicio, salvo que se trate de derecho de menores o pleitos matrimoniales.

Establece además el derecho a la intimidad personal como limitante de la publicidad del juicio, cuando el juez determina que la actuación de los medios de comunicación, afectan el interés de la vida privada de las partes, o que pudiera perjudicar los intereses de justicia. Asimismo consagra el derecho de las personas a la igualdad ante la ley.

-Convención Americana sobre derechos humanos, de San José de Costa Rica.

Prescribe en el inciso 1 del artículo 8:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de

cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”

Del mismo modo preconiza las garantías del proceso referidas a la tutela jurisdiccional y el debido proceso.

3. - El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Constitución Política del Perú de 1993.

El ordenamiento jurídico peruano actual a través de la Constitución Política del Perú de 1993, reconoce el Derecho a la Tutela Jurisdiccional en su artículo 139 que se transcribe a continuación:

*Artículo 139. "Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
1. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional."*

El legislador le da a la tutela jurisdiccional no sólo el status de principio sino de derecho fundamental de las personas; en tal sentido constituye un deber del órgano jurisdiccional brindar una efectiva tutela para los justiciables. Al respecto Anibal Quiroga comenta que este principio de tutela efectiva de los jueces y tribunales no debe estar sólo en la postulación o su defensa, sino que su naturaleza fundamental debe preceder a todas las garantías procesales, constitucionales y legales de la Administración de Justicia, de modo que en todo momento estén presentes; pues de lo contrario no se cumpliría el precepto constitucional, dándose lugar indefectiblemente a una violación de un derecho fundamental constitucionalmente protegido¹⁷.

Por este motivo, la Constitución Política del Perú le brinda protección constitucional al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, a través del “amparo constitucional” siempre que la violación a tal principio provenga de un proceso

¹⁷ citado por OBANDO BLANCO, Victor, ob.cit. pág. 67

regular tal y como se tiene previsto en su artículo 200¹⁸, precepto que señala cuáles son las acciones de garantía constitucionales. En relación a este aspecto es muy ilustrativo el caso de Susana Higuchi con Alberto Fujimori en el que una Acción de Amparo, ante el rechazo de la admitir la demanda. La resolución se encuentra transcrita en el anexo 5.

Desde este punto de vista, como es unánime en los doctrinarios, el derecho a la jurisdicción es el derecho más fundamental de todos, pues de su vigencia y efectividad dependen la vigencia y efectividad de todos los demás derechos de los sujetos, ya que de nada sirve plantear una situación jurídica cuya tutela no puede ser solicitada por sus titulares.

El derecho a la justicia es un derecho humano y una necesidad humana básica motivo por el que resulta indispensable que exista debida observancia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y además del derecho al debido proceso, lo cual implica entre otros aspectos, que el individuo no este sometido a la indefensión.

La doctrina contemporánea regula y difunde la tutela jurisdiccional efectiva y no sólo el “Acceso a la justicia” (entendida como la capacidad de recurrir al sistema judicial); por ello se fundamenta en un emplazamiento directo de la demanda al demandado para que conteste los hechos de la demanda, lo que implica que la calificación formalista de la demanda por parte del juez, sin tomar en cuenta el principio del contradictorio constituye un caso de violación al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; por tanto consideramos que la demanda debe ser puesta en forma inmediata a conocimiento del demandado con una simple resolución de traslado y no necesariamente calificada a través de los juicios de “inadmisibilidad” o de “improcedencia”. Sobre éste punto me pronunciaré líneas adelante.

Es ilustrativo traer a colación el siguiente criterio “la noción de derechos humanos, se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público siempre debe ejercerse al servicio del ser humano, no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial”¹⁹.

¹⁸ Al respecto es ilustrativo el fallo del Tribunal Constitucional en el expediente de Acción de Amparo Nro.265-000-AA/TC, que obra en el anexo 5 del presente trabajo. En el cual la demanda fue declarada liminarmente improcedente, en primera y segunda instancia, para que finalmente, en forma acertada, el Tribunal Constitucional declare nulo todo lo actuado y reponga la causa al estado en que sea admitida la demanda.

¹⁹ Citado por TICONA POSTIGO, Victor, ob.cit. pág. 31

4. El derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva en el Código Procesal Civil Peruano de 1993.

4.1. Título Preliminar del Código Procesal Civil.-

El principio que inspira nuestro ordenamiento procesal y de modo específico a la tutela jurisdiccional efectiva es:

Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.- “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con sujeción a un debido proceso”.

Según lo dispuesto por el artículo precedente, la persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional mientras sea titular de derechos o intereses, de lo que puede inferirse contrario sensu, que si no es titular de esos derechos u obligaciones no tendría derecho a la tutela jurisdiccional efectiva²⁰.

Según la posición expuesta en el párrafo precedente el derecho a la tutela jurisdiccional sólo se hará efectivo si hay un pronunciamiento de fondo respecto de la pretensión planteada en la demanda; lo que resulta incongruente con la facultad del juez para “rechazar in limine la demanda”; pues para emitir dicha resolución, examina y juzga la facultad legal de pretender o la necesidad actual y concreta de tutela jurisdiccional, lo que considero de extrema gravedad pues se pronuncia respecto a si se tiene o no el derecho de discutir el aspecto material pretendido, que es precisamente lo que no debe juzgarse - máxime si como lo establece el artículo objeto de análisis - toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional de sus intereses en forma irrestricta. Al respecto, es pertinente referirnos a las resoluciones judiciales que se pronuncian sobre el fondo de la pretensión al tiempo de calificar la demanda²¹, que es lo que jamás debe hacerse.

4.2. Acción y Contradicción.-

El Código Procesal Civil peruano consagra en su artículo 2, los derechos de acción y de contradicción de las partes, cuyo ejercicio posibilita el

²⁰ MONTERO ORTELLS, J.L. Gómez, “Derecho Jurisdiccional, parte general”, España . 1994 pag. 263.

²¹ Ver anexo(s) N.º.....

acceso a la tutela jurisdiccional efectiva que tiene toda persona para dar solución al conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

Artículo 2 C.P.C.- “Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica.

Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción”.

De otro lado, en su artículo 3 el Código Procesal Civil establece que el ejercicio tanto del derecho de acción y de contradicción no son pasibles de limitación u obstaculización; sin embargo, en la práctica judicial pueden verse conculcados por aquellas normas que imponen condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción (tales como el rechazo in limine de la demanda –art. 427-como facultad de dirección del juez), o por normas limitativas o disuasorias del ejercicio de acciones y recursos - como se verá más adelante en el recurso de casación - siempre que carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la constitución²².

Citamos el artículo 3º del Código Procesal Civil peruano

Artículo 3 C.P.C.- “los derechos de acción y contradicción en materia en materia procesal, civil, no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en éste código”

Insisto, la calificación de procedencia de la demanda del artículo 427 es claramente limitativa del derecho de acción, el que incluso permite al juez facultades que el propio demandado carece.

4.3. Postulación al Proceso.-

La postulación del proceso es entendida como la etapa procesal en la

²² OBANDO BLANCO, Victor, ob.cit. pag. 68.

que se ejercita el derecho de acción ante el órgano jurisdiccional, a quien se le solicita la tutela efectiva de los intereses del accionante mediante la presentación de una demanda que contiene la pretensión y la etapa de contestación a la demanda o en su caso la declaración de rebeldía.

4.3.1. Calificación de la demanda.-

El Código Procesal Civil peruano faculta al juez para calificar la demanda atendiendo a los artículos 424, 425, 426, y 427 del acotado. Le faculta para declarar de oficio su inadmisibilidad o su improcedencia si verifica que se encuentra inmersa en las causales de los artículos ya referidos.

Según Monroy Galvez el legislador al imponerle al juez la calificación de la demanda tuvo como intención filtrar demandas “inútiles” y evitar procesos “estériles”, realizando así un control – inaudita altera parte - de los denominados presupuestos procesales (y también de las denominadas condiciones de la acción), haciendo preceder este control (de oficio) a aquel que el demandado podía provocar con las llamadas “excepciones”, y todo ello en nombre del “publicismo” del proceso y sus “principios” de autoridad, de economía, entre otras.²³

Algunos autores peruanos (por ejemplo el profesor Victor Ticona Postigo) afirman que la declaración de improcedencia que realiza el juez al momento de calificar la demanda, no afecta en forma alguna el derecho a un debido proceso en particular, ni el derecho a la tutela jurisdiccional en general pues su resolución de calificación negativa de la demanda, se sustenta en una norma expresa, es decir en el Art. 427 del Código Procesal Civil, de carácter imperativo y por tanto de cumplimiento obligatorio.

Al respecto, discrepo con la posición expuesta, pues la calificación de oficio de la demanda y en especial la declaración de improcedencia en mérito al artículo 427 del acotado código, afecta el derecho a un debido proceso y específicamente el derecho al contradictorio del demandado, pues ve “resuelta” una cuestión antes de tener la oportunidad de formular contradicción, asimismo respecto al demandante limita su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de sus intereses pues incide el inicio de la relación procesal como se demostrará mas

²³ Citado por ARIANO DEHO, Eugenia ¿jueces directores o jueces penélopes? “En Dialogo con la jurisprudencia”, Nro. 43, abril - 2003, pág. 63

adelante.

La resolución de calificación de admisibilidad y procedibilidad que realiza el juez, no es vinculante para el demandado, pues no se le corrió el traslado respectivo de la demanda, lo que involucra la carencia de sentido e inutilidad de la decisión admisorio del juez, pues nada impide al demandado proponer excepciones por cuestiones analizadas “de oficio” al calificar la demanda. Por tanto el juez al resolver la excepción planteada se pronuncia dos veces sobre lo mismo y lo que es más grave aún con la probabilidad de que sean pronunciamientos contradictorios y si no lo son, creará la sensación al demandado que su esfuerzo es inútil. Es especialmente ilustrativa en relación a este punto la casación N° 724-99 transcrita como anexo 1 en la cual es juez declaró improcedente la demanda por caducidad, la demanda fue admitida luego de 15 meses y el demandado dedujo excepción que luego fue amparada.

Expuesto así, considero que siendo la demanda una manifestación de voluntad del demandante, y teniendo en cuenta que la pretensión está dirigida al demandado, debería antes de ser calificada por el juez correrse el traslado respectivo al demandado, haciendo efectivo de este modo su derecho a la defensa y al contradictorio y evitar los graves “inconvenientes” que se mencionan.

Respecto a las causales de inadmisibilidad del artículo 426 del Código Procesal Civil, no es materia de análisis del presente trabajo, de lo que me ocuparé es de analizar las causales de improcedencia del artículo 427 del Código Procesal Civil cuyo numeral transcribo seguidamente:

Improcedencia de la demanda. Artículo 427 del Código Procesal Civil.-

“El juez declarará improcedente la demanda cuando:

El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar.

El demandante carezca evidentemente de interés para obrar

Advierta la caducidad del derecho.

Carezca de competencia.

No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio.

El petitorio fuese físico o jurídicamente imposible; o

Contenga una indebida acumulación de pretensiones

Si el juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declarará así de plano, expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos”.

ANÁLISIS SUMARIO DE CADA UNO DE LOS CASOS

- El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar (artículo 427 del Código Procesal Civil, inciso 1).-

El Código Procesal Civil peruano, sigue la posición que concibe a las condiciones de la acción como requisitos mínimos para el ejercicio válido y efectivo del derecho de accionar, por lo que el control de la legitimidad del demandante se realiza de oficio, y mediante la verificación de la existencia de una relación de correspondencia válida entre el demandante y la persona a quien en abstracto la ley concede el derecho invocado en la demanda.

Sin embargo, la legitimación para obrar activa, no necesita justificarse, es obvio que la verificación que realiza el juez no importa juzgar si el actor es o no titular del derecho sustantivo, ni menos aún se juzga la justicia de la pretensión contenida en la demanda (estos aspectos importan el juzgamiento de fondo que el juez debe hacer al expedir sentencia)²⁴ y no al calificar la demanda.

Lo trascendente para los efectos de este trabajo, en relación con la violación al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es que, con el pretexto de la ausencia de legitimación para obrar del accionante, se desestiman demandas que deberían ser admitidas y por tanto correr traslado al demandado, sin que ello impida a éste cuestionar la ausencia de legitimación y obtener de este modo una resolución vinculante.

- El demandante carezca evidentemente de Interés para obrar (artículo 427 Código Procesal Civil, inciso 2).-

Para Ugo Rocco, “toda demanda, llegado el caso y la necesidad, debe ser sometida a un doble criterio de utilidad, a saber: uno positivo, consistente en verificar si los efectos de la providencia requerida le producirán al accionante una utilidad actual respecto de una relación jurídica dada; y otro negativo, que radica en comprobar si la falta de la providencia jurisdiccional solicitada le ocasionará un perjuicio al accionante. Si el juicio de utilidad es adverso, el juez considerará que el demandante carece de interés para accionar”²⁵.

²⁴ Citado por TICONA POSTIGO, Victor, ob.cit. pag. 337

²⁵ Citado por PEYRANO, Jorge, ob.cit. pag. 218

En esta línea, el interés para obrar es consecuencia de la alegación de un daño o perjuicio en el derecho del accionante, que provoca por ello la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional como único medio capaz de procesar y posteriormente declarar una decisión respecto del conflicto de intereses intersubjetivos, debido a la imposibilidad de ver solucionado su conflicto de manera distinta a la peticionada y en el plano de la realidad social.

El Código Procesal Civil en el numeral objeto de análisis, dispone que el juez debe declarar la improcedencia de la demanda cuando el demandante carece “evidentemente” de interés para obrar. Esta situación puede acarrear un claro perjuicio a la parte demandante, puesto que el legislador deja al amplio criterio del juzgador el pronunciarse sobre situaciones “evidentes” no obstante se trata de una cuestión de naturaleza abstracta y primordialmente subjetiva, sin haber tomado en consideración que lo que es evidente para uno no lo es para otro, es claro que el juzgador puede incurrir en error y por tanto perjudicar al actor, cuya única alternativa es la apelación, con el evidente retraso de su proceso y el incremento de los gastos. La situación que la declaración de improcedencia de la demanda por ausencia de interés para obrar no es vinculante para el demandado, también se produce en este caso y todos los del artículo 427.

Reitero, la falta de interés para obrar, es un medio de defensa que puede utilizar el demandado a través de las excepciones y que no se justifica que el juez lo haga de oficio, con limitados elementos de juicio.

- Que el juez advierta la caducidad del derecho (artículo 427 del Código Procesal Civil, inciso 3).-

La caducidad es definida como la extinción, consunción o pérdida de un derecho o facultad por vencimiento de un plazo u ocurrencia de un supuesto previsto en la ley. Implica la extinción del derecho y la acción del solicitante²⁶.

El juez al calificar la demanda puede advertir la existencia de la causal de caducidad, a cuyo efecto declarará improcedente la demanda por carecer el demandante de interés para obrar, en razón de haberse extinguido el derecho que invoca en la demanda presentada y objeto de calificación.

Expuesto así, el juez puede – claro está – incurrir en error y de ser así,

²⁶ TICONA POSTIGO, Victor, ob.cit. pag.359

causar un perjuicio irreparable al demandante, asimismo hace ineficaz un acceso efectivo a la tutela jurisdiccional al revisarse su decisión por un juez superior para que pueda ser admitida, sin perjuicio que el demandado también deduzca este medio de defensa como excepción, o sea, un trabajo muchas veces inútil. Un caso ilustrativo de lo indicado constituye la casación N° 729 – 99, transcrita como anexo 01.

Se presentan casos en los que el juez al calificar la demanda encuentra que está viciada con causal de caducidad, lo que motiva la declaración de improcedencia de la demanda y consecuente nulidad de actuados y conclusión del proceso. Por ello el demandante que ve perjudicado su derecho apela dicha resolución. En tal sentido, la Sala en segunda instancia, revoca la apelada y dispone la admisión a trámite de la demanda. Queda claro el perjuicio que hubiera sufrido el demandante de no haber impugnado la resolución del juez de primera instancia (la conclusión del proceso); sin embargo, nada le impide al demandado plantear la excepción de caducidad, lo que implica un segundo y demoroso pronunciamiento del juez respecto a una cuestión ya debatida, y nada impide que se dicten como en efecto ha sucedido; pronunciamientos diametralmente opuestos.

- Que el juez carezca de competencia (artículo 427 del Código Procesal Civil, inciso 4).-

La competencia es el ámbito dentro del cual el juez ejerce válidamente su investidura jurisdiccional y está regulada en el Art. 35 del CPC. “Al declarar el juez su incompetencia, en una resolución motivada, el juez también declara la nulidad de todo lo actuado y da por concluido el proceso”.

El ordenamiento procesal peruano, faculta al juez para declarar su incompetencia en cualquier estado del proceso, lo que no se condice con su prerrogativa de “prevención” de futuras nulidades al examinar los presupuestos procesales de la demanda, tanto en su calificación como al evaluar la existencia de la validez de la relación jurídico procesal en el auto de saneamiento procesal. Además, igual que en los casos anteriores, nada impide al demandado plantear la excepción de incompetencia.

- No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio (artículo 427 del Código Procesal Civil, inciso 5).-

Es requisito para la admisión a trámite de la demanda que entre el petitorio y los hechos que la sustentan, debe existir una adecuada y lógica relación de correspondencia, la falta de dicha correspondencia o conexión, tiene el efecto de causar indefensión al demandado; asimismo, se manifiesta por la doctrina, que colocaría al juez en la imposibilidad de pronunciarse sobre el fondo del litigio.

En relación con éste supuesto soy de opinión que es exagerado que el juez pueda declarar – de oficio – la improcedencia de la demanda, cuando por la naturaleza del real o supuesto error lo más conveniente es conceder a la parte actora la posibilidad de la subsanación, supuesto que no es advertido por el Código Procesal Civil peruano, pues no contempla una excepción específica para éste caso. Es inconcebible que el juez pueda tener facultades que las propias partes no tienen.

El hecho se agrava si la improcedencia se declara por una instancia superior y siempre inaudita altera parte.

- El petitorio fuese física o jurídicamente imposible (artículo 427 del Código Procesal Civil, inciso 6).-

Es facultad del juez rechazar de plano la demanda si de la calificación de la misma percibe la existencia del petitorio física o jurídicamente imposible, para dicha calificación deberá determinar que el litigio se trate de un caso justiciable lo que implica la concurrencia de tres requisitos:

- a) Que se refiera a conflictos intersubjetivos de intereses
- b) Que este conflicto tenga relevancia jurídica.
- c) Que ese conflicto sea ventilable y resuelto en sede jurisdiccional, es decir, que en el ordenamiento jurídico no exista norma expresa que prohíba resolverse ese caso en un proceso jurisdiccional.

En tal sentido el género “caso no justiciable” comprende varias categorías:

- a. Derechos no justiciables, tal como ocurre en una deuda originada en un juego no autorizado. Aquí se reconoce al acreedor un derecho que el ordenamiento jurídico a la vez le niega la posibilidad de reclamarlo en la vía judicial.
- b. Cuestiones no justiciables, relativos a asuntos de carácter estrictamente políticos como la declaración de estado de emergencia, las decisiones presidenciales a propósito de una insurrección o la eventualidad de una guerra exterior²⁷.
- c. La falta o inexistencia de fundamentación jurídica, implica que el supuesto derecho material pretendido en la demanda, no está contemplado en el ordenamiento jurídico vigente como habilitante de las partes para acceder a la tutela jurisdiccional efectiva; se entiende además como la improponibilidad objetiva de la pretensión.
- d. La posibilidad física del petitório se refiere a que el efecto que persigue el demandante con su pretensión es inviable materialmente o sobre una conducta específica. Para que sea considerada como causal de improcedencia deberá ser originaria, es decir, anterior a la formulación de la demanda ante el órgano jurisdiccional, por lo que el juez al calificar la demanda, lo hace en circunstancias fácticas concretas y actuales a la presentación de la demanda.

Expuesto así el efecto de la calificación de improcedencia de la demanda, en amparo de la causal objeto de análisis, es también una verdadera amenaza al ejercicio pleno de recurrir ante el órgano jurisdiccional, ya que puede presentarse un juicio prematuro, inconcluso o anticipado, en que no se ha satisfecho la “expectativa de tramitación” con la que contaba el actor al presentar su demanda, la que consistía en que sustanciara dicha pretensión con el debido traslado al demandado de la demanda planteada.²⁸

El Dr. Alvarado Velloso precisa que la defensa del demandado puede basarse en excepciones, las que clasifica en: las que atacan a la acción, a la pretensión y a la oportunidad en la cual se debe sentenciar. Entre las que buscan

²⁷ TICONA POSTIGO, Victor, ob.cit. pag. 366-367

²⁸ PEYRANO, Jorge, “Derecho Procesal Civil de acuerdo al C.P.C. peruano”. Lima – Perú, Ediciones jurídicas, 1995. pag. 222; pero al fundamentar las bondades del rechazo in limine de la demanda,

la excepción de la acción procesal, se basan en la existencia de hechos impositivos de la formación misma del proceso. Estas excepciones son las de carencia de acción, caducidad y otros.

Es la primera - carencia de acción - la que nos interesa, se presenta en cuatro supuestos: a) cuando la propia ley prohíbe el procesamiento, b) cuando resulta manifiesta la carencia total de contenido jurídico de la pretensión deducida, c) cuando resulte evidente de la pretensión demandada que ella no se vincula en un supuesto efectivo de colisión de intereses, d) cuando la pretensión ostenta una exclusiva naturaleza política que como tal no es justiciable. La doctrina lo denomina de defecto absoluto en la potestad de juzgar. El mismo autor explica que, “por obvias razones lógicas debe ser propuesta y decidida antes que toda otra cuestión que plantee el demandado y de no ser así debe ser suplida oficiosamente por el Juez actuante en cualquier estado y grado del proceso”. Pero de ningún modo inaudita altera parte, esto es que serán deducidas cuando en el escenario procesal está prescrito el demandado.

La práctica judicial en el Perú muestra casos de “demanda – sentencia”; esto es, que interpuesta la demanda el juez se pronuncie sobre el fondo (juicio de fundabilidad) y no en los casos que la doctrina y no la norma prevén. O sea por cuestiones procesales ocurre que el juez declara que no es justiciable un caso que sí lo es. Nos remitimos a lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en el expediente de Acción de Amparo Nro. 265-000-AA/TC, obrante en el anexo 5 del presente trabajo, que bien ejemplifica el tema que abordamos, se trata de una demanda declarada improcedente por contener un petitorio “jurídicamente imposible”.

- El petitorio contenga una indebida acumulación de pretensiones (artículo 427 del Código Procesal Civil, Inciso 7).-

El juez al calificar la demanda procede a efectuar una interpretación racional a efecto de establecer si las pretensiones acumuladas en la demanda son contradictorias o incompatibles.

Si al calificar la demanda el juez considera que la acumulación de pretensiones planteada por el demandante es correcta, admite a trámite la demanda. Si, por el contrario, considera que es incorrecta o “indebida” como precisa el Código, rechaza la demanda por improcedente. Ahora bien el artículo

446 del Código Procesal Civil, referido a las excepciones no contempla excepción aplicable al caso, por lo que el demandado no tiene la posibilidad de cuestionar la acumulación de pretensiones que considere incorrecta. Entiendo que el legislador ha dejado tal prerrogativa a la discrecionalidad del juzgador sin considerar que atenta visiblemente contra el derecho de defensa del demandado. Al respecto el Dr. Alvarado Velloso indica que la indebida acumulación de pretensiones, a la cual denomina “excepción de inadecuada acumulación de pretensiones” es un caso de excepción que tienen por objeto lograr la paralización del proceso. En efecto precisa que son aquellas que el excepcionante deduce a base de afirmar la existencia de hechos impeditivos de la continuidad del proceso y que tienen por objeto la inmediata paralización del desarrollo íntegro de la serie procedimental incoada con la admisión de la demanda.

Con gran claridad de entendimiento precisa que la inadecuada acumulación de pretensiones por la existencia de pretensiones auto excluyentes, impide más que al Juez sentenciar debidamente, al demandado defenderse correctamente, y en esta tesitura resulta razonable sostener que debe ser opuesta en forma previa a la contestación de la demanda.

Sin embargo, a efecto de buscar una efectiva tutela a sus intereses - afirma el doctor Ticona Postigo - el demandado tiene la facultad de denunciar ésta, como causal de nulidad procesal para que el juez la declare de oficio²⁹, denuncia que el juez puede o no tomar en cuenta; pero desde el momento en que se denuncia, el pronunciamiento del juez ya no será de oficio y este caso de “nulidad” es una opinión valedera pero cuestionable.

Para el Código Peruano el juez que no percibió la proposición contradictoria u opuesta de pretensiones al calificar la demanda, está en el deber (sin denuncia o a pedido de parte) de declarar su improcedencia y consecuente nulidad de los actuados inclusive al momento de expedir la sentencia, como producto de haber verificado en el curso del proceso que la acumulación de pretensiones planteada en la demanda es indebida. Esta situación atenta contra el derecho de tutela efectiva de los intereses del demandado, sin embargo será mas grave aún si la declaración de improcedencia se realiza en una instancia superior ya que implica pérdida de tiempo, esfuerzo y nuevamente “inaudita altera parte”.

²⁹ TICONA POSTIGO, Victor, ob.cit, pag. 379

Adicionalmente a esto tenemos que, no se justifica de ningún modo, esta causal como de improcedencia sino, en el mejor de los casos como de inadmisibilidad para que pueda ser subsanada y no causar estos graves perjuicios al derecho a tutela jurisdiccional.

4.3.2. Resolución de excepciones y auto de saneamiento procesal.

Tal como expongo, las causales de improcedencia de la demanda contenidas en el artículo 427 del Código Procesal Civil peruano de 1993, constituyen una grave violación al derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes procesales, es muestra de autoritarismo, arbitrariedad y de “dilación indebida” del proceso. Sin embargo, lo que resulta aún más preocupante es la posibilidad de que el juez termine dentro de un mismo proceso pronunciándose dos veces sobre el mismo, aspecto calificado inicialmente.

A efecto de demostrar el supuesto expresado, es conveniente analizar las oportunidades que el juez tiene para cuestionar la relación jurídico procesal y son:

Resolución de excepciones.-

Sin perjuicio de lo expuesto en la calificación de la demanda, las excepciones se resuelven previo contradictorio efectivo e inobjetable ya que se corre el traslado respectivo a la parte demandante y demandada (de haber reconvención) antes de que el juez emita la resolución que resuelva la excepción.

Para el doctor Monroy Galvez, “La excepción está ligada a la validez de la relación procesal, el interés de su declaración es más intenso y trascendente que el interés de las partes; por tanto no hay razón para prohibirle al juez la facultad oficiosa de declarar la invalidez de la relación procesal”³⁰.

Al respecto nadie discute la viabilidad que tiene el juez de pronunciarse sobre los denominados presupuestos procesales, pues si ellos faltan no existe la posibilidad de un pronunciamiento válido de fondo. Sin embargo, lo que sí puede discutirse es como y cuando el juez tiene que ejercer ese “poder” de

³⁰ citado por ARIANO DEHO, Eugenia, ob.cit. p.p 6, pag. 64

pronunciamiento sobre un asunto de forma, como es la validez de la relación jurídico procesal.

Ahora bien, como se tiene dicho, la calificación de admisión de una demanda implica que ya fueron analizados los supuestos de admisibilidad del artículo 426 y de procedibilidad del artículo 427 del C.P.C., frente a ella el demandado plantea sus excepciones constituyéndose en la primera posible reacción del demandado frente a la demanda, pero la segunda efectuada en el proceso.

Surge de éste modo el inconveniente de que se termine emitiendo un doble juicio y probablemente contradictorio sobre lo mismo, el primero en la resolución que admite a trámite la demanda y el segundo al resolver la excepción,³¹ máxime si se tiene en cuenta que la mayoría de las excepciones implican que el demandado levante cuestiones de orden procesal³²; es decir que lo que se busca al plantear excepciones, es la declaración de nulidad y consecuente conclusión del proceso, pero de aspectos que el juez revisó oficiosamente, y de los cuales existe pronunciamiento expreso. (nuevamente invocamos al lector a revisar las ejecutorias transcritas por anexo del presente trabajo)

En tal sentido habría que determinarse la viabilidad de considerar vinculante o no a la resolución de calificación admisorio de la demanda (al parecer no es vinculante). Por tanto, de considerarla vinculante, se tiene que el juez al calificar “de oficio” la demanda (y sin correr traslado al demandado) ha verificado la inexistencia de causales de improcedencia e inadmisibilidad, motivo por el que el planteamiento de alguna excepción por el demandado implica cuestionar los presupuestos procesales analizados y resueltos previamente por el juez, lo que debe conducirnos a considerar que la excepción será declarada improcedente o infundada, pues se trata de una cuestión ya definida; por tanto deberá continuarse con el procedimiento, lo que evidentemente es contrario a la naturaleza de la discusión judicial (discusión de partes), al principio de igualdad y al derecho de defensa del demandado, lo que al parecer olvidó el legislador.

Si no se considera vinculante la resolución admisorio, la situación se

³¹ ARIANO DEHO, Eugenia, ob.cit.pag. 65

³² idem p.p.10 pag.65. Señala Fabbrini que “las excepciones procesales parecen encontrar su matriz y su natural terreno de encuadramiento sistemático en la esfera de la nulidad de los actos. (...) la teoría de la excepción procesal no es sino un perfil particular de la teoría de la nulidad de los actos procesales”.

complica, pues resulta que el juez podría declarar fundada una excepción mediante una resolución opuesta a la resolución admisorio de la demanda que puede incluso provenir de un mandato superior. En tal sentido dicha resolución de admisión no tendría sentido, pues el juez puede pronunciarse sobre el mismo aspecto las excepciones desvinculado totalmente de lo previamente resuelto. Por tanto ambas hipótesis resultan contrarias al desarrollo normal de un proceso, y lo que es peor, priva la esencia de vinculante a las resoluciones judiciales.

De otro lado si comparamos los supuestos de improcedencia del artículo 427 del Código Procesal Civil, en relación con el artículo 446, que establece las excepciones proponibles tenemos que:

- a. El inciso 3 del artículo 426 (inadmisibilidad por petitorio incompleto o impreciso) – y puede pensarse también en el inciso 5 del artículo 427 (no exista conexidad lógica entre los hechos y el petitorio) – corresponde a la excepción del inciso 4 del artículo 446 (oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda); aunque no regulan lo mismo puede llevar a lamentables confusiones.*
- b. El inciso 1 del artículo 427 (improcedencia por evidente carencia de legitimación para obrar) corresponde a la excepción del inciso 6 del artículo 446 (falta de legitimidad para obrar del demandante), en este caso plena identidad.*
- c. El inciso 2 del artículo 427 (manifiesta falta de interés para obrar del demandante) corresponde a las excepciones de los incisos 7 (litispendencia), 8 (cosa juzgada), 9 (desistimiento de la pretensión) y 10 (conclusión anticipada del proceso por conciliación o transacción) del artículo 446.*
- d. El inciso 3 del artículo 427 caducidad corresponde, obviamente, a la excepción del inciso 11 del artículo 446, caducidad.*
- e. El inciso 4 del artículo 427, incompetencia – debidamente concordado con el artículo 35 del Código Procesal Civil corresponde a la excepción del inciso 1 del artículo 446 (incompetencia).*

El juez no puede pronunciarse de oficio sobre las excepciones de prescripción y convenio arbitral. Hay que agregar que la incompetencia territorial no puede ser aplicada de oficio por el juez (art. 1992 Código Civil; artículos 15 y 16 de la Ley General de Arbitraje); artículo 35 del Código Procesal Civil.

Ahora bien, el supuesto del inciso 6 del artículo 427 (falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio) no se encuentra inmersa entre las excepciones del artículo 446, pues no se condice con la excepción de ambigüedad y oscuridad en el modo de proponer la demanda de su inciso 4. Asimismo el inciso 7 del artículo 427 (que la demanda contenga una indebida acumulación de pretensiones) no se encuentra inmersa entre las excepciones del artículo 446.

Es decir, en el caso de la indebida acumulación de pretensiones, pese a que el Código Procesal Civil peruano establece la posibilidad de que el demandante consigne en el petitorio de la demanda una o más pretensiones, cuando se presenten elementos comunes entre las pretensiones propuestas, o por lo menos elementos afines a ellas (artículo 84 del Código Procesal Civil); sólo el juez - sin que el demandado tenga posibilidad de cuestionar - puede considerar que la acumulación de pretensiones propuesta por el actor es o no la pertinente y por tanto en éste supuesto el demandado no tiene medio de defensa, lo que es verdaderamente alarmante, pues podría darse el caso que el proceso se desarrolle normalmente y sea el juez en la sentencia o aún en segunda instancia que declare improcedente la demanda por esta causal.

- El auto de saneamiento procesal.-

La ubicación de la etapa de “Saneamiento Procesal” dentro del procedimiento, se encuentra consolidado sobre la base de la inmodificabilidad del litigio planteado en los escritos de demanda y de contestación a la misma. Por tanto, la finalidad del saneamiento procesal es que sólo se ingrese a la actuación probatoria y a la etapa decisoria, cuando ya no exista la posibilidad de encontrar algún impedimento procesal para el pronunciamiento de fondo, pues esta etapa está destinada a que el juez verifique otra vez (la primera verificación se hizo al admitir a trámite la demanda y la segunda en la resolución de excepciones), la concurrencia de los presupuestos procesales, las condiciones de la acción así como la misma resolución que admite a trámite la demanda. (llama la atención “rescisiones” sobre lo mismo).

En este sentido, los principios y fundamentos que inspiran al Código Procesal Civil peruano anhelan que sus instituciones estén “creadas y desarrolladas” para evitar que el proceso sea “moroso, aleatorio y

antieconómico³³”. Sin embargo, del análisis práctico de la función que cumple el auto de saneamiento contenido en el artículo 465 del Código Procesal Civil peruano³⁴ en relación con el principio de economía procesal deviene en deficiente, ya que las partes están sometidas a rígidas preclusiones que no se aplican al juez, acarreando perjuicio evidente al derecho de defensa de las partes, tal como se explica en los puntos siguientes.

Se faculta al demandado para que sólo pueda plantear excepciones dentro del plazo establecido para cada “vía procedimental”, por ello, si se deja transcurrir el respectivo plazo y según lo prescribe el artículo 454 del Código Procesal Civil, “los hechos que configuran excepciones, no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandado que pudo proponerlas como excepciones”, evidenciándose de éste modo la imposibilidad del demandado de denunciar cualquier impedimento procesal (causales de excepción) percibido posteriormente a la emisión de la resolución de saneamiento procesal, por el contrario, el ordenamiento debería regular esta figura en sentido contrario, esto es que, si no se alegó la excepción, pueda ser planteada como nulidad.*

Para la emisión de la resolución de saneamiento procesal el juez sí toma en cuenta el principio del contradictorio, (que se hace efectivo con el planteamiento de excepciones del demandado). En caso el demandado no plantee excepciones o habiéndoselas desestimado, la ley concede al juez la facultad de verificar de oficio la existencia de los referidos impedimentos procesales. Por tanto si el juez declara saneado el proceso y válida la relación jurídico procesal, implica la conformidad del demandado que no cuestionó la relación procesal con el planteamiento de excepciones.

En tal sentido, desde que queda consentida la resolución de saneamiento, las partes están impedidas de alegar cualquier clase de impedimento procesal o petición referida directa o indirectamente a la validez de la relación, lo que colisiona con la facultad del juez de pronunciarse sobre la validez de la relación en la sentencia.

³³ Expresión usada acertadamente por la doctora Eugenia Ariano Deho.

³⁴ Art. 465 del C.P.C. “tramitado el proceso conforme a esta sección y atendiendo a las modificaciones previstas para cada vía procedimental, el juez, de oficio y aún cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución declarando:

1. la existencia de una relación jurídica procesal válida;
2. la nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos; o
3. la concesión de un plazo, si los defectos de la relación fueren subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental.

El problema del contradictorio en esta etapa procesal se da en el supuesto de que el juez al emitir su resolución de saneamiento procesal disponga la subsanación de observaciones, o que declare nulo todo lo actuado y concluido el proceso, sin dar la oportunidad a las partes de decir lo suyo, lo que vulnera abiertamente el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, ya que sus motivos no son previamente discutidos por las partes³⁵, y el único que les asiste es la apelación.

En síntesis, la institución del saneamiento procesal no contribuye a efectivizar los principios de celeridad y economía procesal, pues determina la preclusión sólo para las partes de poder plantear impedimentos procesales, ya que el juez si puede volver a pronunciarse sobre la validez de la relación jurídico procesal en cualquier etapa del proceso.

4.4. La Sentencia.-

Si tomamos en cuenta el análisis realizado en los puntos anteriores podemos fácilmente deducir la problemática respecto a la emisión de sentencias en las que el juez ha identificado una causal de improcedencia de la demanda que no percibió en el séquito del proceso³⁶. Puede declarar nulo todo lo actuado.

Como se tiene expuesto, el auto de saneamiento no tiene el carácter de vinculante para el juez, (al igual que la resolución admisorio de demanda) respecto a las cuestiones de forma, pues sólo determina la preclusión a las partes de volver a debatir etapas anteriores. Sin perjuicio de ésta limitación, el juez con la facultad de dirección del proceso, sí puede revisar sus decisiones, invalidarlas y volver a pronunciarse respecto a aspectos procesales inclusive hasta la emisión de la sentencia. Increíble!

Esta falta de barreras preclusivas contribuye a que el juzgador expida sentencias inhibitorias (meramente procesales), donde puede pronunciarse sobre la improcedencia de la demanda, luego de haberla admitido a trámite, resuelto excepciones y declarado la existencia de la validez de la relación procesal en el auto de saneamiento procesal; con ello se estaría emitiendo una sentencia que contraría abiertamente el derecho constitucional a la tutela

* Esto era posible en el Código Procesal Civil de 1912.

³⁵ ARIANO DEHO, Eugenia, ob.cit. pág. 69

³⁶ ver sentencia Nro. en anexos.

jurisdiccional efectiva, con procesos con nuevas sorpresas.

De este modo, el demandante no tiene porque esperar a que se expida la sentencia y por tanto a que se sustancie todo un proceso para que al final lesemboque en el rechazo de la respectiva demanda por cuestiones procesales, que no pudo advertir y que recién conoce en la sentencia.

Expuesto así tal y como se viene demostrando las instituciones del Código Procesal Civil peruano, atentan contra los principios de celeridad y economía procesal, además de vulnerar a cada paso el principio básico del contradictorio.

LAS GARANTÍAS PARA EL DESEMPEÑO PROFESIONAL DEL JUEZ Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL¹

Por: Gorki Gonzáles Mantilla²

PRESENTACIÓN

Las reglas que ordenan la actividad profesional del juez forman parte del ámbito de legitimidad normativa que resguarda el ejercicio de la función judicial. Esta articulación resulta particularmente relevante cuando se piensa en uno de los principios que describen en forma esencial la función de juzgar: la independencia.

En efecto, la relación entre carrera e independencia judicial describe un tipo de vínculo que influye en el modelo de juez y en la posición que se le asigna en el ordenamiento jurídico. Es el margen de actuación del juez el que está en cuestión cuando se le entiende asociado al tipo de carrera judicial y a la intensidad atribuida a la independencia del juez. Más aún, recuérdese en esta línea, que las reglas previstas en el sistema de carrera judicial, junto al principio de independencia, son un aspecto cuyo significado no puede prescindir del influjo ejercido por el proceso político y por el papel que las democracias constitucionales reclaman en la actualidad de los jueces.

El examen de las razones que justifican la relación entre la carrera judicial y la independencia del juez, desde el punto de vista del Estado Constitucional, es la razón que vertebra el desarrollo de las siguientes líneas. El

¹ Artículo publicado en el número 28 de la Revista Derecho & Sociedad de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año 18, 2007.

² Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa (Italia). Magíster en Derecho por la PUCP. Profesor principal de filosofía del derecho e introducción a las ciencias jurídicas de la PUCP. Coordinador de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la misma universidad.

Enfoque metodológico propuesto para tal efecto, se orienta por la necesidad de formular premisas y elementos de juicio que permitan comprender la relevancia de este problema, más allá de los diseños legales y los afanes reformistas, más allá incluso de los activismos sugeridos por la coyuntura.

1. Las dimensiones del problema

Las instituciones legales no se explican únicamente por las normas que las contienen. Son un conjunto de factores de tipo político, cultural e histórico, los que inciden en su origen y evolución. Por esa razón, las instituciones legales adquieren sentido sólo cuando se vinculan a la realidad, es decir, cuando sus efectos atribuyen identidad a las conductas y a las relaciones sociales, a la vez que se nutren de ellas³. Se entiende así que la carrera judicial y la independencia misma, se explican por su nexo específico con la organización judicial y con la posición atribuida a quienes forman parte de ella.

La función judicial se desarrolla en un campo delimitado por pautas institucionalizadas que asignan competencias y otorgan poderes legales. La carrera judicial es una de aquellas pautas y su configuración se asocia a la necesidad de resguardar y legitimar el ejercicio de la función judicial. Su conformación presenta una textura compleja, tejida a partir de los principios que fundamentan el ordenamiento constitucional y modelan la actuación del juez. Entre éstos, la independencia adquiere notoria relevancia, pues sus rasgos definitorios sólo se describen a través de garantías concurrentes y visibles en el sistema de carrera judicial.

Sin embargo, la racionalidad que impera en la relación entre carrera judicial e independencia no es homogénea y está configurada por trazos de distinto origen e intensidad ideológica. En efecto, superada la tesis de la neutralidad del Derecho y dejada atrás la idea de la imparcialidad per se del juez⁴,

³ FRIEDMAN, Lawrence. *The legal system. A Social Science Perspective*. New York: Russell Sage Foundation, 1975, p.8.

⁴ Al respecto, conviene recordar las expresiones de Montesquieu cuando sostiene: «Pero los jueces de la nación, como ya hemos dicho, no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su severidad». MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Madrid: Ediciones Istmo, 2002, Parte II, Libro XI, Capítulo 6, p. 253.

las garantías para el ejercicio de la función judicial se convierten en una herramienta crucial para crear el espacio institucional y establecer el contenido de las pautas que legitiman la actuación judicial. No otra cosa resulta de asumir que la relevancia substancial del juez en la definición de los derechos y libertades públicas a través de su actividad interpretativa⁵, lo convierten en un actor protagónico de las democracias constitucionales.

Se advierte así que la relación entre carrera judicial e independencia se produce en un escenario en el que convergen dos dimensiones, una de orden político y otra de orden técnico. Esta particularidad permite revalorar el sentido de la carrera judicial. En otras palabras, se trata de entender que la finalidad de ésta, sobrepasa el ámbito de los derechos, reglas y procedimientos que rodean el desarrollo profesional del juez. La carrera judicial proyecta una dimensión de tipo institucional que permite la realización de principios constitucionales, gravitantes para el funcionamiento de la democracia como un todo⁶, en particular, la independencia, que, como se ha dicho, expresa en forma vital el sentido de la función judicial.

2. La posición del juez en el ordenamiento como punto de unificación

Desde una perspectiva constitucional, se puede afirmar entonces, que la posición atribuida al juez, por los valores y principios que está llamado a realizar, debería encontrar una respuesta adecuada y conforme, en las distintas fases y modalidades a través de las cuales se produce su vida profesional en el ejercicio de la judicatura⁷.

2.1 El proceso de selección y la independencia del juez

Las diversas fases y modalidades previstas para el ingreso a la carrera

⁵ FERRAJOLI, Luigi. «Lo Stato di diritto fra pasato e futuro». En: Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica. Madrid: Editorial Trotta, 2000, pp. 354-355.

⁶ SUNSTEIN, Cass R. Legal Reasoning and Political Conflict New York: Oxford University Press, 1996, p. 6.

⁷ ROMBOLI, Roberto. «La nuova disciplina ed il ruolo del giudici oggi». En La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario. Foro Italiano. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, enero del 2006, p. 49.

judicial, tanto como lo relativo a su formación y evaluación, revisten un sentido técnico, pero al mismo tiempo —es importante reiterarlo— forman parte de un cuadro de carácter político. El proceso de selección para el ingreso incide directamente en el tipo de juez y en la relación que se espera exista entre éste y el resto de instituciones y actores políticos⁸. Y es que la valoración de una buena preparación profesional, influye directamente en la autoestima del futuro magistrado, pues además de crear «una fuerte identificación con el papel que se desempeña» en la sociedad, se convierte en un poderoso mecanismo de contraste contra los intentos de injerencia externa en la función de juzgar⁹.

Por esa razón, el sistema de selección, pero además, en general, el valor atribuido a la calificación profesional a lo largo de la carrera judicial, son un buen indicador del valor asignado a la independencia¹⁰, como factor esencial de todo sistema democrático¹¹.

El principio de independencia, vale la pena reiterarlo, tiene un valor instrumental orientado a proveer las garantías para la imparcialidad del juez.¹² Con la imparcialidad se alude, en todo caso, a las condiciones ex ante, que buscan garantizar al ciudadano que el juez que lo juzgará «no será seguramente parcial»¹³. En consecuencia, a través de la independencia, se busca impedir cualquier tipo de influencia o presión indebida, interna o externa, sobre el magistrado¹⁴. En cualquier caso, la independencia no garantiza, por sí sola, la existencia de imparcialidad¹⁵. Deducir esta relación en forma mecánica, puede resultar altamente engañoso, al traer implícita la necesidad de predicar la

⁸ PEDERZOLI, Patrizia y GUARNIERI, Carlo. *La democrazia Giudizaria*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1997, p. 26.

⁹ GUARNIERI, Carlo. "El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado". En: *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 26.

¹⁰ Véase: ROMBOLI, Roberto y PANIZA, Saule. Voz: «Ordinamento giudiziario», En: *Digesto Delle Discipline Pubblicistiche*. X, Torino: UTET, 1995, p. 381.

¹¹ En: FAMIGLIETTI, Gianluca. «Formazione iniziale, formazione continua, valutazione della professionalità de magistrati in chiave comparata». En: *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*. 2004 - III, Estratto, Torino: Giappichelli editore, p. 1489.

¹² ROMBOLI, Roberto y PANIZA, Saule. Voz: «Ordinamento giudiziario», En: *Digesto Delle Discipline Pubblicistiche*. X, Torino: UTET, 1995, p. 381.

¹³ Véase, ROMBOLI, Roberto. *El juez preconstituido por ley. Estudio sobre el significado y alcance del principio en el ordenamiento constitucional*. Lima: Palestra, 2005, p. 200.

¹⁴ SILVESTRI, Gaetano. *Giustizia e Giudici nel Sistema Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, pp. 141-142.

¹⁵ GONZALES MANTILLA, Gorki. "El juez preconstituido por ley en tiempos de constitucionalismo". En: *Prólogo a ROMBOLI, Roberto. El juez preconstituido por ley. Estudio sobre el significado y alcance del principio en el ordenamiento constitucional*. Lima: Palestra, 2005, p. 21 y ss.

imparcialidad de los fallos judiciales, no obstante que pudiera tratarse de una decisión substancialmente injusta¹⁶.

El objetivo que emerge de la independencia, es rodear al juez de las condiciones que le permitan ejercer su función de manera tal que sea posible asumir que sus decisiones sólo tendrán como referentes la Constitución y la ley. Ambas, independencia externa e interna, mantienen entre sí una relación articulada, pero es evidente que la primera es una condición esencial de la segunda y ésta a su vez, la base sobre la cual se desarrollan las garantías para la imparcialidad que permitirán al juez decidir en el caso concreto¹⁷. Entre éstas se encuentran precisamente los elementos esenciales de la vida profesional del magistrado desde su ingreso a la carrera judicial¹⁸.

De otro lado, los presupuestos del sistema de carrera, por su relación con la independencia, influyen de manera gravitante en la calidad global de la justicia¹⁹. Precisamente, porque es necesario contar con magistrados calificados para interpretar los cambios producidos en la realidad social, cambios frente a los cuales no pueden permanecer extraños, pues los casos judiciales son un resultado de aquellos, los jueces deben ser idóneos -con todo lo que esto implica, además, en términos de valores y principios²⁰- para desarrollar, con conocimiento, las diversas técnicas de interpretación y argumentación jurídica en el ordenamiento constitucional²¹.

Lo señalado apunta a justificar la idea de la evaluación como un proceso de fases articuladas en un espacio de tiempo razonable, de manera que sea posible valorar adecuadamente la idoneidad profesional y las aptitudes para el ejercicio de la función judicial²². En todo caso, la evaluación para el acceso, debe

¹⁶ GONZALES MANTILLA, Gorki. «Interés público y legitimidad del Poder Judicial». En: Derecho y ciudadanía. Ensayos de interés público. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 260.

¹⁷ ROMBOLI, Roberto y PANIZA, Saule. Voz: «Ordinamento giudiziario», En: Digesto Delle Discipline Pubblicistiche. Op. Cit., p. 381.

¹⁸ ROMBOLI, Roberto. «La nuova disciplina ed il ruolo del giudici oggi». En La legge di riforma dell'Ordinamento giudiziario. Op. Cit., p. 49

¹⁹ GUARNIERI, Carlo. «El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado». En: El acceso a la función judicial. Estudio comparado. Op. Cit., p. 23.

²⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 149.

²¹ FAMIGLIETTI, Gianluca. «Formazione iniziale, formazione continua, valutazione della professionalità di magistrati in chiave comparata». Op. Cit., p. 118.

²² GUARNIERI, Carlo. «El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado». En: El acceso a la función judicial. Estudio comparado. Op. Cit., p. 26.

ser concebida como una herramienta orientada a impedir que se produzcan formas de selección fundadas sobre prejuicios políticos, sociales o económicos²³. Su presencia está dirigida a evitar que se vulnere el principio de igualdad, como garantía para los candidatos y también para el ordenamiento constitucional²⁴.

A su vez, la formación, como instrumento que se integra al proceso de selección, debe servir para consolidar y articular los conocimientos y destrezas ya adquiridos con las demandas concretas del sistema judicial. Nuevamente, entonces, garantizar la independencia judicial desde esta fase, supone el reclutamiento de profesionales calificados para ser jueces²⁵.

Como puede verse, todos los mecanismos y procedimientos que integran el itinerario de la carrera judicial, están presididos por la necesidad de dotar a los magistrados de las herramientas necesarias para el ejercicio de la función con independencia. En esta dirección, el sistema de ingreso a la carrera y la evaluación de quienes ya son magistrados, no puede escindirse, pues ambos forman una línea de continuidad que se retroalimenta y refuerza con el resto de garantías que dan vida a la carrera judicial en un ordenamiento constitucional.

2.2. La promoción en la carrera para romper las jerarquías y afianzar la independencia

El sistema de reglas y procedimientos vinculados a la promoción de los magistrados, guarda estrecha relación con el problema de la independencia interna. En ésta tienen enorme influencia los distintos mecanismos que dan vida al sistema de carrera judicial.

En los términos indicados, un sistema de promoción que valore la experiencia y el mérito de los magistrados, estará más dispuesto a propiciar

²³ PIZZORUSSO, Alessandro. "Profili generali di organizzazione della Giustizia". En: *Ordinamento giudiziario e forense. Volume I: Antologia di scritti*. Pisa: Edizione Plus – Università di Pisa. A cura di Saulle Panizza – Alessandro Pizzorusso – Roberto Romboli, 2002, Op. Cit., p. 81.

²⁴ Loc. Cit.

²⁵ Loc. Cit.

niveles de estabilidad e independencia, compatibles con las demandas del Estado Constitucional. Por esa razón, los mecanismos de evaluación deben estar diseñados para acompañar al magistrado en el transcurso de la carrera. En otras palabras, deben servir para verificar que éste merezca la promoción²⁶. Al mismo tiempo, es importante anotar que estos mecanismos pueden servir como instrumentos esenciales para el control del desempeño de la función judicial²⁷, para mantener y enriquecer las propias cualidades profesionales de los jueces²⁸. El objetivo último debe ser mejorar la calidad de la justicia con el impacto individual y social que esto representa.

Ahora bien, lo dicho para el ingreso, en cuanto se refiere a las instituciones que participan en él, también es válido para el sistema de promoción. En consecuencia, la independencia –interna y externa- tendrá menos oportunidad de desarrollo en un sistema de promoción jerarquizado, debido al grado de influencia que tienen en él, ciertos órganos externos o internos, en la determinación de requisitos y vacantes para la promoción, así como por la subordinación que articula las relaciones de los miembros de todo sistema con jerarquías internas. Recuérdese que este tipo de juez corresponde a una tipología histórica de carrera judicial, también conocida como «burocrática»²⁹, cuyos orígenes se remontan a la idea de la separación de poderes y a la forma que ésta asumió luego de la Revolución Francesa. En este modelo, el juez es concebido como un funcionario sometido inevitablemente a los poderes reales del Estado (ejecutivo-legislativo), porque forma parte de una estructura jerarquizada y porque su función está limitada a la simple declaración del derecho –formulado por el legislativo-, sin posibilidad de contribuir a la labor de crearlo.

El «paradigma» de juez que subyace a este modelo, delinea a quien en el ejercicio de su actividad debe ser básicamente un «técnico», ajeno a las

²⁶ MARINI, Luigi y SALVI, Giovanni. "Le valutazioni dei magistrati: I miti da sfatare". En: *Questione Giustizia*. N° 4, Milano: Franco Angeli, 2005, p. 825.

²⁷ Loc. Cit.

²⁸ GUARNIERI, Carlo. "El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado". En: *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*. Op. Cit., p. 27 y ss.

²⁹ En efecto, la dominación burocrática se ofrece en forma más pura allí donde rige con mayor fuerza el principio del nombramiento de los funcionarios. Agrega que, una jerarquía de funcionarios electivos no existe en igual sentido que una jerarquía de funcionarios nombrados; por lo que la burocracia no puede ser tan fuerte allí donde el funcionario subordinado depende en igual forma que el superior de una elección, y no precisamente del juicio de este último WEBER, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica, 1969. pp.176-177.

influencias de la sociedad civil y la política.³⁰ Coherente con esta perspectiva, se predica un tipo de independencia judicial vinculada únicamente a la función de dirección del proceso decisorio: una independencia formal que reside exclusivamente en el sometimiento del juez al imperio de la ley³¹.

Por el contrario, será más proclive a fortalecer la independencia interna —y también externa— de los magistrados, un sistema donde la promoción tenga como base un proceso de evaluación objetivo, a cargo de un órgano autónomo, dotado de un nivel de representatividad constitucional como base de su propia legitimación y, a su vez, como instrumento que otorga legitimidad de origen a los miembros de la orden judicial. Por su naturaleza, esta entidad debe presentar una composición adecuada, en cuanto se refiere a la calificación de sus miembros, desde un punto de vista político-representativo y también profesional. Es preciso evitar que el Consejo de la Magistratura, como institución de selección y nombramiento e imaginado como un mecanismo que «permitiría superar los principales vicios del nombramiento y selección de los operadores judiciales»³², demuestre no sólo no ser inmune a esos vicios sino abierto a adoptarlos con inusitada facilidad³³.

3. La independencia judicial como la apuesta por los derechos: los ajustes a la carrera judicial

Supremacía política pero también supremacía jurídica, hacen de la Constitución una herramienta de legitimidad esencial para el Estado y el Derecho. El Estado Constitucional supone que todos los sujetos del ordenamiento, incluyendo el legislador, se encuentran sometidos a la Constitución. La misión de los jueces, por ello, estará signada por su lealtad

³⁰ PEÑA, Carlos «Sobre la carrera judicial y el sistema de nombramientos». En: Revista de la Academia de la Magistratura, N° 1, Lima, enero 1998, p. 12.

³¹ Durante el periodo del Estado liberal decimonónico y aún hasta los inicios de la Primera Guerra Mundial, los jueces tuvieron un escaso peso político y entendían que su independencia resultaba de su dependencia estricta a la ley. En: SANTOS, Boaventura de Sousa. «Los tribunales en las sociedades contemporáneas». Pensamiento Jurídico, N° 3, 1995, p. 9.

³² Sobre el particular, véase BINDER, Alberto. «Los oficios del jurista: la fragmentación de la profesión jurídica y la uniformidad de la carrera judicial». ¿Crisis en la Capacitación Judicial? En: Revista Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia, N° 1. Santiago de Chile: Centro de Estudios Judiciales para las Américas - INECIP, junio de 2001, p. 69.

³³ Loc. cit.

hacia la actuación de aquella, creando de esta manera una cobertura para la defensa de los derechos fundamentales y de las minorías frente a las instituciones político representativas y las eventuales mayorías que las controlan³⁴: los jueces tienen la tarea de afirmar el valor de la Constitución³⁵ aún en detrimento de la ley. Más aún, tienen la posibilidad de desarrollar las concepciones que orientan las bases del sistema legal, gracias al carácter normativo de la propia Constitución, que los obliga a interpretarla en los casos concretos, sea a través del control de constitucionalidad, siempre determinante en el contexto de las democracias contemporáneas³⁶, o bien de la actuación cotidiana de los principios constitucionales.

De la necesidad de configurar un magistrado consciente de esa responsabilidad, emerge la crítica a la independencia judicial «corporativa». Ésta, orientada hacia la defensa de los intereses y privilegios de clase de los jueces, se asumía coexistente con un desempeño judicial políticamente «neutralizado». En las democracias constitucionales, en cambio, la independencia judicial, se define por la defensa de los derechos fundamentales, esa es la condición del juzgador, como parte de su cuota de responsabilidad política³⁷ con la democracia, a través de un desempeño activo en la defensa de los derechos ciudadanos.³⁸

En el Estado constitucional, la función judicial se conecta con la noción de legitimidad. En efecto, aquella implica la capacidad atribuida y garantizada a un tercero –el juez– para que, en el ámbito del ordenamiento jurídico, adopte decisiones a través de la interpretación³⁹ y en relación con los principios del ordenamiento constitucional, con el fin de resolver un conflicto o *litis*⁴⁰. Esta

³⁴ GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patrizia. *La Magistratura nelle democrazie contemporanee*. Bari: Editori La Terza, 2002, pp. 168-169.

³⁵ GARGARELA, Roberto. *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Buenos Aires: Ariel, 1996, pp. 263-265.

³⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 163-164.

³⁷ Conforme al principio fundamental según el cual el ejercicio de un “poder” sin responsabilidad es incompatible con la naturaleza del sistema democrático. Véase: SILVESTRI, Gaetano. “La Responsabilità Política”, *Op Cit.* p. 334. En: *Ordinamento giudiziario e forense. Volume I: Antología di scritti*. Pisa: Edizione Plus – Università di Pisa. A cura di Saule Panizza – Alessandro Pizzorusso – Roberto Romboli, 2002. p. 334.

³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. “Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas”. En: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Tomo I*. Bogotá: Conciencias - Ediciones UNIANDES - Universidad de Coimbra - Instituto Colombiano de Antropología e Historia - Universidad Nacional de Colombia. Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 95.

³⁹ SILVESTRI, Gaetano. *Giustizia e Giudici nel Sistema Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 15.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 21.

posición se justifica, porque este tercero, cuenta con un tipo de poder institucionalmente reconocido y aceptado que le permite vincular el comportamiento de las partes. En ese sentido, el poder del juez, para ser tal, debe garantizar que sus fallos se basen en argumentos en los que se demuestre que la opción asumida está fundada sobre el Derecho y la razón⁴¹. En la tensión producida entre la interpretación de las normas legislativas y el contexto material de los hechos del caso, el juez debe conducirse de manera tal «que razonable ha de ser la conexión de la norma y las exigencias contingentes del caso; razonable, la valoración y la elección entre las diferentes alternativas que es capaz de realizar»⁴²; razonable igualmente tiene que ser «la justificación de las elecciones en las que se basa la decisión»⁴³, es decir, la argumentación sostenida en «buenas razones» para que el fallo sea aceptado.

La enorme responsabilidad del juez y el poder que ella representa hacen necesario, entonces, considerar la posibilidad de acentuar la concurrencia de herramientas diversas, para que la razón de los jueces sea un reflejo nutrido por las razones públicas, un eco articulado de las voces más vulnerables de la sociedad⁴⁴, lo cual hace aún más evidente, la relevancia de la argumentación jurídica como aspecto sensible para la integridad del sistema democrático⁴⁵.

De ahí que la función del Poder Judicial, constituya una importante fuente de estabilidad social y una vía para demostrar la identidad de los ciudadanos con el sistema legal y con la democracia como un todo⁴⁶. Si la

⁴¹ TARUFFO, Michele, "La giustificazione delle decisioni fondate su standards". En: La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico. A cura di Mario Bessone e Ricardo Guastini Padova: CEDAM, 1995, pp. 269-270

⁴² ZACCARIA, Giuseppe. "Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica". En: Razón jurídica e interpretación. Madrid: Thomson-Civitas, Trabajos compilados por Ana Messuti, 2004, p. 57.

⁴³ *Ibid.*, p. 58.

⁴⁴ GARGARELA, Roberto. La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Op. Cit., p. 263.

⁴⁵ Al respecto, debemos considerar la importancia de la justificación por su relación con la democracia, debido al carácter público de las decisiones judiciales y a la posibilidad de control y crítica que de ella deriva. Sobre el particular Häberle es enfático: "La publicidad de las actuaciones judiciales es una vieja exigencia de la democracia, al tiempo que una institución básica del Estado de Derecho. En el marco de ciertas excepciones y reservas perfectamente tipificadas, sirve para proteger a las partes interesadas (...). Democracia y Estado de Derecho exigen en idéntica medida lo público en las funciones judiciales (...). La publicidad de los votos minoritarios de jueces y magistrados representa una exigencia jurídico-política bien justificada al reproducir una parcela de democratización de la jurisprudencia en la medida en que ésta muestra abiertamente lo sucedido en el contexto de la res publica mediante un proceso público con todos sus cambios, abriéndose así a la crítica (...) Respecto a la publicidad en la función jurisprudencial, aquí también habría que otorgar a una minoría judicial la posibilidad de convertirse en mayoría, algo que sucede con la ayuda de lo público, especialmente de la crítica científica" HÄBERLE, Peter. Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002, p. 148.

⁴⁶ SUNSTEIN, Cass R. Legal Reasoning and Political Conflict. Op. cit., p. 6. Véase, igualmente, HÄBERLE, Peter. Pluralismo y Constitución. Op. Cit., p. 148

legitimidad de un sistema político radica en que las reglas que le dan vida, deben ser objeto de un proceso continuo de justificación⁴⁷, está claro que las respuestas del Poder Judicial, se integran y fortalecen al mismo.

Esta relación es aún más evidente, si se considera que en la actualidad, los jueces deben producir acuerdos en medio de profundas contradicciones sociales y pluralismo político⁴⁸. Como los conflictos o litigios son la expresión de ese contexto, entonces, las respuestas judiciales a los mismos, se vinculan de modo inevitable a los principios políticos fundamentales de la sociedad⁴⁹. Se explica entonces que la legitimación de la función judicial, se produce en la medida en que se orienta a desarrollar los derechos fundamentales⁵⁰ que están, igualmente, en la estructura del ordenamiento político.

El carácter racional y valorativo de las decisiones judiciales⁵¹, según lo descrito, no obedece a mecanismos de tipo consensual o mayoritario en su origen. Esta manera de entender la función judicial, se refleja incluso en el desarrollo institucional del propio Estado democrático, al punto que los jueces tienen el poder de censurar las leyes en cuanto sean valoradas como inconstitucionales⁵².

Parece evidente que un tipo de legitimidad como la indicada, no será posible sin reglas y procedimientos democráticos que la hagan viable, sin instituciones específicamente orientadas a cautelar el campo judicial, es decir, su organización y el modo a través del cual se configura. Se entiende, de este modo, la relevancia que adquiere el «poder de nombrar» a los actores de dicho campo a través del sistema de carrera judicial. Éste no constituye, por sí solo, fuente de legitimación de la función judicial, pero su caracterización tendrá un impacto decisivo en las garantías del sistema para que el juez actúe con independencia y para que sus decisiones puedan considerarse legítimas.

⁴⁷ SUNSTEIN, Cass R. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Op. cit., p 4

⁴⁸ Loc. Cit.

⁴⁹ Loc. Cit.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta 1995, pp. 856-857.

⁵¹ Ibid., pp. 68-69.

⁵² SILVESTRI, Gaetano. *Giustizia e Giudici nel sistema costituzionale*. Op. Cit., pp. 142-143.

4. Reflexión final

Las garantías que hacen posible el desarrollo de la actividad profesional del juez y su vínculo con la independencia judicial, plantean una relación que requiere para su correcto balance, valorar la existencia de una cultura judicial consciente del papel del juez en el sistema democrático y en esa medida, comprometida orgánicamente con el fortalecimiento de sus valores en el ámbito judicial.

Como se ha dicho al inicio de estas páginas, las instituciones legales no se explican por su contenido normativo sino por el sentido que adquieren en la realidad. Coherente con esa premisa, la independencia judicial requiere de la participación organizada de los jueces para que ésta se refleje en el contexto de la realidad judicial y se vislumbre a través de los fallos judiciales.

Y es que el carácter cultural del problema de fondo, demanda la concurrencia de los propios actores con el propósito de afirmar las condiciones de su entorno y superar los anacronismos del modelo de organización judicial que en el caso peruano, entremezcla, por su carácter ornamental, trozos de acervo premoderno y componentes de una visión anclada en la idea napoleónica de la función judicial, junto a los vicios y sedimentos de diverso origen que la crisis institucional de décadas ha ido generando en el sistema judicial.

Compromisos y actitudes de raigambre constitucional deberán formar parte de un discurso común, un posicionamiento ideológico, que debe articular el entramado profesional de los jueces y servir de eslabón con el servicio de justicia. Sin esta toma de posición será muy difícil concretar la idea de un sistema de carrera judicial definido por su relación auténtica con la independencia del juez. Será muy difícil predicar la existencia de fallos judiciales orientados por la tesis de los derechos ciudadanos. Sin un compromiso de este tipo, la imagen que se anticipa, por el contrario, no dista de lo que ya se conoce del pasado cuando se piensa en la función del juez: un sujeto socialmente aislado, corporativamente identificado para preservar el status quo, pero al final presa fácil de las presiones externas e internas, pues éstas, en los hechos, forman parte del «orden» en el que desarrolla su vida profesional: un escenario judicial debilitado en sus rasgos esenciales, donde la independencia y la imparcialidad del juez no son sino una ilusión.

San Miguel, mayo de 2007

DISCURSO DE ORDEN EN EL 45º ANIVERSARIO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Por: Dr. Héctor Delgado Castro*

Impresionado todavía por la sorpresiva consideración que me ha dispensado la generosidad del señor Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de esta Universidad, así como su Consejo de Facultad, vengo a honrar me al ocupar esta Tribuna de Honor y Prestigio, para modestamente dar cumplimiento a lo que considero de oportuna recomendación para promover el entendimiento y respeto por la ley, como una necesidad urgente en esta era de crecimiento dinámico y de adelantos sociales en la humanidad, en que resulta indispensable nuevas regulaciones legales, más si sopesamos que tenemos la enorme responsabilidad de formar jóvenes que han decidido orientar su vida profesional al ejercicio de la Abogacía y por ende el consecuente respeto de la ley, con un entendido de justicia social.

No sólo debemos conocer la ley sino su importancia, porque ella afecta cada aspecto de nuestras vidas. Porque el desarrollo económico cargado como está por su masa explosiva, necesita desesperadamente de garantías para las inversiones internacionales, en éste período en que la humanidad está siendo desorientada en distintas formas: la explosión demográfica, el agobio centralismo, la desocupación tecnológica, la revolución de las cosas espectaculares, el cambio científico, la disolución de los imperios, e surgimiento de nuevas naciones y la presión sociopolítica y económica por gobernar el mundo.

Es preciso hacer una visión panorámica de la sociopolítica y la economía del mundo que nos obliga a un nuevo sentido orientador y normativo de prevención legal, de modo que los hombres sientan profundo respeto por la ley.

*Docente Principal de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María.
Abogado. Doctor en Derecho. Ex Decano del Colegio de Abogados de Arequipa.

que garantice el orden público sea nacional o internacional; porque a todo hombre o nación llega el tiempo de decidir, porque el tiempo ha llegado y porque aún se proyectó el pensamiento de Pitt: "De salvarnos a nosotros mismos por nuestro esfuerzo y al mundo por nuestro ejemplo".

Esta recomendación -no la puedo ocultar- es colaborante con una nueva expresión, en orden a la creación renovadora, impulsada por el fenómeno del ahora que obliga al hombre a la preservación del porvenir, mediante el respeto a la ley, para el bienestar de la humanidad.

La ley por definición, como sabemos, es una regla social obligatoria, establecida por la autoridad pública. Es regla social, porque rige las relaciones de los hombres en sociedad y es obligatoria, porque su cumplimiento se impone, si es preciso coactivamente.

Si las leyes no fueran obligatorias, perderían su eficacia; y establecida por la autoridad pública porque sólo puede emanar de los organismos dotados de la facultad de sancionarla.

Mientras las normas jurídicas son respetadas y cumplidas con fidelidad, la justicia vive, existe, se realiza; cuando las personas, por excepción se ponen al margen del derecho o abusan de él, lesionando intereses ajenos, surge un desequilibrio, algo se desarticula en la columna humana, por el quebrantamiento de la ley.

Los Abogados de hoy y quienes nos han de suceder, a los que aquí formamos, por la elevación y nobleza de nuestra profesión liberal somos hombres de ideales y no debemos sentirnos simplemente unidos por reciproca consideración social o profesional, ni en actitud contemplativa de los acontecimientos, sino intervenir alturada y decididamente, asumiendo la responsabilidad que signifique el trabajo por el respeto a la ley y toda abnegada superación, en afán de renovar y restaurar, con idealista renovación sobre las bases orientadoras del respeto y la moral en satisfacción colaborante para la vida doctrinaria y legal de la nación y por ende de la humanidad.

No escapa al criterio de todos nosotros las continuas y flagrantes violaciones a la ley que con estupor podemos verificar diariamente, los transportistas promueven huelgas y toman las calles de la ciudad para exigir impunidad y no pagar las multas que se generan por infracciones de tránsito cometidas por ellos, estos mismos ciudadanos adoptan semejante conducta para

que se permita circular unidades que contaminan diariamente a la población, los maestros afiliados al SUTEP y los trabajadores del Poder Judicial promover huelgas para no ser evaluados a pesar de que saben que la ley los obliga a una permanente evaluación; los propietarios de casas de juego ejercitan acciones de amparo contrarias a la ley para exigir el funcionamiento de sus locales sin cumplir los requisitos que la normativa legal impone, con el agravante de que se acude al Organo Jurisdiccional en Trujillo para conseguir el funcionamiento de uno de estos establecimientos en la ciudad de Arequipa; los deudores irresponsables, de mala fe se asocian y consiguen personería jurídica con fines ilícitos cual es no cumplir con sus obligaciones, evadir el pago, no honrar sus deudas e impedir que se ejecute una sentencia judicial; en algunos casos los periodistas desinforman deliberadamente o cometen delito al violar el derecho a la privacidad de las personas a propósito de los llamados ampais; algunos malos estudiantes, felizmente pocos, suplantar a sus compañeros para rendir exámenes, cuando sabemos que todos estos hechos son deliberadas transgresiones a la norma legal.

Si en la Universidad se forjan los hombres que han de normar, dirigir y realizar las aspiraciones nacionales con sentido de responsabilidad, en mi concepto los gremios que los agrupan y las demás instituciones similares, incluso las de amistad y de servicio deben salir en permanente acción reguladora, de constante observación y crítica constructiva en orden al respeto y cumplimiento de las leyes.

Estas ideas obligan a hacer rebosamientos filosóficos sobre el tema del cumplimiento de la norma y el Estado, a pesar del sabor teorizante de la materia, creo que puede provocar la inquietud consiguiente, para la iniciación de un movimiento ideológico colaborante, de elevada significación principista, con la más absoluta ausencia de intención distinta, que pueda merecer la necesaria consideración, obligación que como docentes tenemos que imponer para que en esta Universidad y quienes egresan de ella salgan convenidos de que su formación cristiana y humanista los obliga al irrestricto respeto a la ley, con elevada concepción social de acuerdo a lo establecido en el Art. 70 de la Constitución.

Un examen sobre la protección del derecho empieza porque encontremos en el Estado, o sea la sociedad jurídicamente organizada, en su potestad de ordenamiento, cuyo fin primordial es el jurídico y otros fines de

cultura, de progreso en democrática acción y para el bien común, como una forma superior de convivencia humana, como una garantía de conservación social. Una entidad soberana, con personalidad jurídica responsable. Soberanía por razón de poder organizado y personería jurídica por razón de obligaciones y derechos.

Pretender determinar cuales son los fines normales del Estado, sería motivo de muchas conferencias. A nosotros por ahora nos interesa la finalidad social por el respeto a la ley, en el aspecto del fin jurídico.

Hoy el Estado, para que se respete la ley, multiplica sus esfuerzos, organiza las garantías del respeto individual y social; realiza también actos de cultura y de progreso colectivo, a tal punto que es casi imposible determinar la amplitud de los fines que el Estado puede realizar en la sociedad moderna, aún cuando hay que concretar que su objetivo primordial es el fin jurídico, de derecho, que es el básico de toda organización.

Me atrevo a alegar que aún cuando cada Estado viva en razón de su propia tradición y su historia, acontecimientos mundiales de carácter sociológico, económico, político y militar de los últimos 30 años, han venido a dejar establecido el principio de solidaridad de las naciones; por consiguiente la tendencia actual, debe ser la de intensificar el respeto a la ley, para el cumplimiento de amplios fines de justicia social; ¿pero la norma jurídica así conocida, cuyo cumplimiento corresponde al Estado organizado se cumple realmente?

Desde el punto de vista deontológico, es inadmisibles la interrogativa porque los hombres de derecho no podemos concebir el incumplimiento de la norma jurídica.

Sin embargo una sucesión de acontecimientos de carácter nacional, han venido a afectar el ordenamiento, con marcada declinación que atenta contra el respeto a la ley, lo que hay que deplorar y obliga a renovar la acción en gran preocupación institucional.

El poder jurídico, en mi opinión, debería estimular esta clase de planteamientos. Estoy seguro que, fuera de los elementos que constituyen su propio régimen, podría encontrar serias, elevadas, nobles y juiciosas iniciativas, que desgraciadamente, el interés político de algunos hombres hacen ocultar o detener.

Nuestra misión profesional, de recta conciencia y dignidad, no puede limitarse a defender pleitos con la verdad y con la ley, ni a dar consejos honorables que busquen satisfacciones a recíprocos intereses en pugna. Debemos practicar en los expedientes que nos ofrece la vida institucional judicial y política, para que cuando encontremos el incumplimiento de la norma expresarlo con respeto a la ley serena y alturadamente, con sentido colaborante y de consideración al poder público, en la seguridad de que el planteamiento que tenga solvencia intelectual, jurídica y moral, jamás podrá ser subestimado.

Debemos hacer corporativismo profesional e institucional, en función social de coordinación de la vida nacional e internacional y emprender vigorosa campaña por el respeto a la ley. Esta sería poderosa contribución democrática y eficientísima colaboración de afianzamiento de las instituciones, frente a la presión de las doctrinas disolventes opuestas a nuestra tradición histórica, social y política, de acuerdo con lo que hoy mismo se defiende por nuestra civilización.

El respeto a la ley, es necesario difundirlo desde la escuela, en el período de la preparación cívica del adolescente. Debe ser un gran capítulo de educación cívica, que permita encontrar al ciudadano en plena floración de conciencia sobre la importancia de la ley y su sentido de orden que hay que respetar.

También hay que difundirlo entre las masas, mediante conferencias organizadas por instituciones, con auxilio de los medios de comunicación, puesto que mientras el pueblo no ayude al Estado y no tenga plena conciencia de sus deberes, cualquier iniciativa organizada como cualquier ley normativa, perderá por desconocimiento, en la indiferencia popular.

Nadie podría atreverse a negar que estamos viviendo uno de los momentos cruciales de la humanidad, como es la actual revolución social que experimenta en todo el orbe y que están originando las más grandes crisis políticas y económicas de todos los tiempos.

Pienso en la existencia de los escépticos, de los indiferentes y los opositores. Pero sobre ellos está el ánimo emprendedor que impulsa el cumplimiento que hace eco y realidad el propósito de nuestras conciencias. Los hombres de ley, Abogados de profesión, que en nuestra madurez observado tenemos el deber y el derecho de orientar al mundo a esta nueva acción palpitante y urgente de impulsar el respeto a la ley para promover un nuevo entendimiento, como una necesidad urgente en esta época de crecimiento.

dinámico y de fermentación social.

Desde hace algunos años, en nuestro medio donde mora grande, respetable y desventurada familia humana, no puede pasar desapercibido el temple observador de la sociedad, la acción nociva de un extraviado o mal estilo de la literatura periodística informativa, en alguna prensa, que deja una sensación de agresividad intelectual, por no decir una crisis, que no sólo es causa de desequilibrio ambiental sino proclive a la abyección de la inteligencia y el espíritu.

No puede, en ningún caso, colocarse este asunto dentro de la genérica de la libertad de prensa, que por su naturaleza y respetabilidad, es otra cosa.

En un malhadado determinismo que no puede provenir de influencias telúricas sino de causas biológicas que padece la sociedad actual en gravitación de una crisis deplorable, dejándonos una sensación de amenaza y estallido y las consiguientes perturbaciones de orden ético y cultural, que van, a veces, hasta herir el honor de las personas. Esto no puede ni debe continuar siendo tranquilamente ignorado o tolerado.

En el estado del mundo convulsionado por tremenda contienda ideológica, que conmueve sus bases morales, sociales y económicas, hasta el punto de exprimir el genio de los hombres para la invención, en la paradoja de la sabiduría para salvaguardar la salud mental, la investigación científica, el avance genético de un lado y para la destrucción mediante conjunciones de átomos y megatones de otro, nos corresponde contribuir humildemente con nuestro pensamiento, con este aporte incidental que al mismo tiempo que lleva la expresión del profundo respecto que le inspiran las leyes de la libertad en todas sus manifestaciones, tiene la honda sinceridad de reclamar serenamente, la modificación o la extirpación del empleo de la licencia sensacionalista informativa, como un modo de propender al mantenimiento y superación de la cultura.

Gracias señor Decano y señores del auditorium por vuestra tolerancia y benignidad, al haberme dado esta honrosa oportunidad para expresar algunas ideas relacionadas al respeto de la ley.

Para concluir quiero que reparen en el contenido de esta frase de corte teológico "Para cumplir la ley de dios, previamente hay que cumplir la ley de los hombres".

Gracias

CALIDAD CON RESPONSABILIDAD SOCIAL

Por: Oscar Urviola Hani*

He recibido de las autoridades de esta prestigiosa universidad el honroso encargo de preparar el Discurso de Orden para esta especial ocasión en que la Universidad Católica de Santa María, mi Alma Mater, celebra el cuadragésimo sexto aniversario de creación, encargo que considero una distinción y que en mi condición de egresado, actual docente y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de esta casa superior de estudios, tiene especial significado personal, que me llena de orgullo y satisfacción, motivo por el cual les expreso mi especial agradecimiento, así como el renovado compromiso de seguir trabajando por su engrandecimiento.

Al celebrar este nuevo aniversario, luego de 46 años de fructífera existencia, caracterizada por un constante crecimiento y desarrollo, es importante destacar los nuevos retos, o desafíos que el momento actual y el futuro le imponen a nuestra universidad en términos de Calidad y responsabilidad social.

En primer lugar quiero rendir un especial homenaje a quienes desde su fundación hasta la actualidad han trabajado y trabajan para que nuestra universidad alcance los niveles de crecimiento y desarrollo que le permiten ser considerada como una de las mejores universidades del país, no sólo por la calidad profesional y académica de sus egresados, que obtienen notorio éxito en el país y en el extranjero, sino también por la calidad de su plana docente, que cada día se supera con diplomados, segunda especialidad, maestrías y

*Ex Decano del Colegio de Abogados de Arequipa.
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María.
Abogado
Doctor en Derecho

doctorados, como también por su administración, infraestructura y equipamiento, así como por los servicios que presta a la comunidad, cumpliendo con la proyección social que le corresponde a toda universidad. Mi especial recuerdo, homenaje y reconocimiento al Reverendo Padre Willian Morris Christy, Sacerdote Marianista, fundador, Primer Rector y Rector Honorario Vitalicio de esta universidad, a quien tuve el honor de tenerlo como profesor en los cursos de ética y lógica y con quien trabajé cuando ejercí una representación estudiantil en esta mi alma Mater.

La labor de su fundador, así como de las autoridades que le han sucedido a lo largo de estos 46 años, se acrecienta y amerita en su real dimensión, si nos remontamos al año de su fundación: 1961 y las cuatro décadas siguientes, para observar qué ocurría en el ámbito nacional, especialmente en el aspecto político y económico, que en definitiva marcan las condiciones para desarrollo de cualquier actividad. En efecto en la culminación del gobierno democrático de Don Manuel Prado Ugarteche, en que se funda la universidad, termina también un periodo de expansión y estabilidad económica, sin haberse asegurado ni siquiera el inicio de una estabilidad política, iniciándose por el contrario y por más de tres décadas la inestabilidad política, económica y social que ha marcado, para muchas instituciones, tanto públicas como privadas, designios fatales que determinaron su desaparición.

Pocas son las instituciones que a lo largo de esos años han podido hacer frente, por ejemplo, a la inflación que hacía inmanejable cualquier recurso disponible; tanto más grave aún, para una institución educativa como la nuestra. No obstante ello y la inseguridad jurídica que generan los constantes cambios en los modelos políticos y económicos, en los 40 últimos años, nuestra universidad, con la ayuda de Dios y demostrando una profunda fe en el futuro del país y su compromiso con la juventud, que representan el porvenir de la patria, no sólo ha subsistido, sino que ha crecido y se ha desarrollado de la manera como este magnífico recinto que nos rodea y otras instalaciones en el campus Las Esclavas, La Banda, Majes, Chapioco Parque Industrial, La Merced, La Casa del Corregidor Maldonado, el Centro Comunitario de Ciudad de Dios y Sachaca nos lo demuestran.

En los últimos seis años, coincidentemente, se inicia en nuestro país una nueva etapa de estabilidad política y crecimiento económico que se caracteriza

en lo político por la plena vigencia del Estado de Derecho y el fortalecimiento de las instituciones democráticas –que esperamos se prolongue indefinidamente – y/en lo económico por un crecimiento sostenido del orden de 8% para este año, que ya lleva 70 meses, el Perú parece dejar atrás décadas de populismo y decadencia. Se espera que el 2009 su producto interno bruto supere los 120 mil millones de dólares, más del doble de lo que era el 2001.

El Perú está aprendiendo a exportar valor agregado y ha demostrado capacidad de innovación, pese a que aún arrastra una pesada carga de políticas públicas ineficientes. Ahora que ha enmendado el rumbo, tiene grandes posibilidades de acceder a círculos de países como Chile y México, los únicos países con grado de inversión de la región.

Definitivamente el país está viviendo el mejor momento económico de su historia. Nunca antes, ni siquiera en la década de los 90, cuando emprendió reformas y privatizó una parte importante de sus empresas de servicios, había gozado de una bonanza así. Está recibiendo varios miles de millones de dólares en inversión extranjera, a punto de firmar un TLC con Estados Unidos, gozando de lo que significa tener una élite empresarial comprometida, un sistema financiero sólido y, lo que es más sorprendente, una gran estabilidad política.

Por primera vez estamos disfrutando de continuidad de las políticas económicas y fiscales, Antes se pasaba de un gobierno de izquierda a uno de derecha en forma tan radical, que no había tiempo de implementar un proyecto de inversión. La incertidumbre de volver a una economía intervencionista estaba siempre latente. Entre los 60 y 90 no hay un común denominador en materia económica. La población ha interiorizado la importancia de la estabilidad económica, lo que ha ayudado a que ya no tengamos un déficit fiscal del 10% de PIB como teníamos antes. Ya llevamos 15 años de inflación de un dígito.

En el ámbito regional y local se notan algunos síntomas de reactivación económica, el empleo ha crecido entre el 2006 y el 2007 en 9.9% y las posibilidades de crecimiento son expectantes si se tienen en cuenta el potencial minero, turístico y agroexportador, así como la ejecución de interesantes proyectos como el tramo V de la vía Interoceánica y Majes II y el anuncio de importantes inversiones en el sector privado vinculado a la actividad comercial.

En resumen pocos países del continente han crecido tanto en el último

tiempo, pero no todo da para alegrarse. La pobreza, la corrupción, el desprestigio de la política son todavía temas pendientes y podrían generar el descontento. El sismo del 15 de agosto que afectó la región de Ica, con lamentables pérdidas humanas y materiales, ha puesto en evidencia muchas carencias y defectos de la administración pública, que sin dudar se repiten a lo largo del territorio nacional.

Estas nuevas condiciones y experiencias generan para nuestra universidad y todo el sistema educativo, nuevos retos o desafíos que se deben enfrentar, a fin de poder satisfacer las demandas cualitativas y cuantitativas de una sociedad y un mercado que con la globalización ya no tiene fronteras; la innovación tecnológica es una exigencia, mediante la investigación en todos los campos de la ciencia y, fundamentalmente, en la calidad del servicio educativo y su vinculación responsable con la sociedad, en la que existe muchos problemas que hay que solucionar, como la pobreza, el hambre, la enfermedad, la exclusión, la violencia.

Por eso nuestra universidad ha asumido con mucha seriedad, en todos sus estamentos: autoridades, docentes, estudiante, administrativos y personal de servicios, el reto de brindar un servicio de calidad.

La calidad en la educación superior y la necesidad de evaluarla se ha convertido en uno de los temas prioritarios de las diferentes agendas políticas a nivel nacional y regional. La primera gran dificultad ha sido intentar lograr una idea común acerca de qué se entiende por calidad en la educación universitaria.

Existe mucho debate acerca de los aspectos conceptuales en torno a ella. Una de las definiciones que sintetiza a muchas otras es la que surge de la UNESCO, definiendo a la Calidad como la adecuación del Ser y Quehacer de la Educación Superior a su Deber ser. Aunque esta concepción de calidad pareciera centrarse en la institución, es importante reconocer que la calidad debiera ser una construcción social en la que además de las necesidades de la institución educativa se tomen en cuenta las necesidades de la sociedad.

La Universidad Católica de Santa María es una institución que aspira a la excelencia y lo hace en esfuerzo conjunto de profesores, estudiantes y administrativos, así como en diálogo con la sociedad y en contacto con el trabajo científico de otros que ya han ganado experiencia.

El trabajo universitario hoy, cuando la velocidad de los cambios, generación de nuevos conocimientos y el uso de nuevos y cada vez más poderosos instrumentos de análisis es sorprendente, constituye una variedad de posibilidades y un desafío muy grande y delicado. Está expuesto a una variedad de tentaciones por la presión de demandas múltiples y de formas sofisticadas: exigencias utilitarias, inmediatistas y hasta mercantilistas.

El trabajo universitario está amenazado de perder algunos de sus elementos que lo hacen grande, de soslayar el carácter ético de sus logros y sus fracasos y, por tanto de convertirse en una más de las unidades de producción en la sociedad. Esta vez, de producción de competencias y métodos más puntuales y de conocimientos y métodos inmediatos y fácilmente utilizables, se interrogarse sobre sus consecuencias ni indagar sobre sus posibles desarrollos.

La buena calidad del trabajo universitario, se entiende como el interés permanente de mejorar, de avanzar en el conocimiento y en la reflexión sobre sus contenidos y consecuencias sociales y éticas y esto, como una actitud permanente.

Por tanto, de plantear y de plantearse metas elevadas, aunque resulten fácilmente comprendidas y no aseguren grandes éxitos de convocatoria ni de ingresos económicos.

La Universidad debe ubicarse en el límite de métodos y conocimientos y a partir de esa posición generar en sus miembros, docentes y estudiantes, una actitud de apertura y búsqueda, de comunicación y diálogo en el contexto socio-histórico que le sea específico. Creo que en esto consiste la formación y no sólo en la comunicación, a veces atrasada, de conocimientos y de técnicas estandarizadas.

La urgencia de este tipo de trabajo se presenta para la Universidad Católica de San María, en circunstancias en que, entre otras razones fundamentales, hay una presión de demanda inherente al crecimiento de la población y por ello a la proliferación de instituciones denominadas universitarias o de educación superior. En muchas de ellas no se asegura el apoyo de madurez y de solvencia científica que supone la presencia de un profesorado competente y efectivamente dedicado a la institución. Tampoco se aseguran los medios y los equipos necesarios ni se crean las condiciones para una presencia

intensa y no discriminatoria de los estudiantes. La velocidad de aparición de centros universitarios por intereses o facilidades sociales y la aparentemente justificada pertinencia de su creación concurren al fenómeno, con resultados muy diversos.

Sin embargo, formalmente todas las universidades ofrecen, en principio, credenciales o diplomas que tienen el mismo valor legal, aunque no necesariamente social ni académico. Un profesional bien formado ostenta el mismo diploma que uno que no lo está en la misma medida y que por tanto no está en condiciones de asegurar un desempeño equivalente o igualmente útil para la sociedad.

Si bien es cierto que en buena medida, el mercado o la demanda de profesionales discriminan y en el fondo otorga un reconocimiento diferenciado a los profesionales según sus competencias, el mecanismo es algo incierto o aleatorio, ya que en todo caso sería un reconocimiento a posteriori, es decir, que no orienta claramente la elección inicial.

Una herramienta útil y que puede ofrecer esa orientación al mismo tiempo que sugerir los elementos que se deben corregir, superar o mejorar, es la acreditación, es decir el hecho de que un organismo externo, competente, independiente y honesto, pueda evaluar y calificar el trabajo que se realiza y distinguir dentro de la eventual denominación común, el valor y los logros del trabajo universitario y de las condiciones en que se realiza.

La acreditación supone autoridad, ganada por el prestigio académico y ético, y por ello puede identificar el buen trabajo universitario distinguiéndolo del que no lo es y con ello puede proteger a la sociedad y a quienes buscan la formación universitaria y tienen derecho a una respuesta adecuada a sus demandas o aspiraciones. No es un recurso de prestigio de las instituciones, sino un reconocimiento que supone un trabajo previo y permanente.

La responsabilidad social de la Universidad Católica de Santa María, nos obliga a situarnos como Universidad en el país de hoy, teniendo en cuenta el contexto internacional que lo atraviesa. En los términos contemporáneos el término de responsabilidad social permite a las organizaciones privadas, ver más allá de su propia visión e incorporar en su misión, el cuidado del medio ambiente, la participación de sus miembros en los procesos de producción, y la realización

de obras sociales y culturales para la comunidad.

Pero para la Universidad, como comunidad de docentes investigadores, estudiantes y egresados, funcionarios y empleados, no se trata de una preocupación nueva, porque ya fuera refiriéndonos a ella como “función social”, o “proyección social”, la preocupación por estar presentes y tomar en cuenta la realidad histórica en la que vivimos y en y con la que estamos comprometidos, viene siendo considerada, como una tarea propia, desde casi los días iniciales de su fundación; CEMPOS, la Clínica odontológica y Consultorio Jurídico gratuito, el Centro Comunitario de Ciudad de Dios, así como el Voluntariado Marianista, entre otros, son los ejemplos de esa responsabilidad social.

La responsabilidad social de la universidad nos lleva a realizar nuestra tarea educativa y de aprendizaje, de investigación e innovación teniendo en cuenta nuestros propios valores, que colocan a la persona en el centro de nuestra preocupación, y también las consecuencias de nuestras acciones, en la enseñanza, en la investigación, y en las decisiones que tomamos como parte de la Universidad y más allá de ella.

Quizá debemos mirar también la novedad del enfoque de responsabilidad social, vinculándola desde nuestra perspectiva católica cristiana a una tarea más participativa, que nos involucra a todos y no sólo a las humanidades y a las ciencias sociales, sino al derecho, las ingenierías, las ciencias, la administración y la gestión. Y también a buscar resultados más próximos de nuestras acciones.

Nuestra tarea común es la producción de conocimiento, su discusión y transmisión en la comunidad académica en la que no existen fronteras institucionales, y la búsqueda del impacto de esta práctica en la sociedad en la que vivimos, que hoy tiene una dimensión local insertada en un mundo sin fronteras.

La relación del conocimiento con la acción y de ésta con el conocimiento es un compromiso ineludible. La manera de actuar y pensar, parte fundamental de la cultura de los pueblos, se institucionaliza y transmite generacionalmente y allí radica su dinamismo y su vigencia. El Perú tiene hoy oportunidades muy precisas de ser mejor midiéndose con relación a su propia

rayectoria y en comparación con su región y con estándares internacionales.

Debemos avanzar, con la luz de la Fe Cristiana, construyendo caminos muchos que otros puedan transitar, y que nos lleven a puertos seguros. La descentralización y el desarrollo regional, es una aspiración antigua en el Perú, cuya senda ha sido abierta nuevamente y podemos seguirla. La Agenda para el Desarrollo de Arequipa que se ha elaborado, conjuntamente con la Universidad Nacional de San Agustín y la Universidad Católica San Pablo, es una clara muestra de nuestro compromiso con la región y su desarrollo.

La mejora de la educación en todos sus niveles es un tema prioritario para el país y una deuda con todas las generaciones, que toca directamente nuestro quehacer cotidiano.

Desde la Universidad Católica de Santa María, desde la docencia, la investigación, el aprendizaje, y gestión, debemos observar a los problemas del país, como problemas nuestros y dirigir nuestra acción académica a mejorar la vida de los peruanos hombres y mujeres, jóvenes y adultos, pobres y ricos, en cualquier lugar del mundo. Muchas gracias.

CUADRO DE HONOR

Puntaje acumulado al Semestre Impar 2007

SEXTO AÑO (Promoción)

1. María del Pilar, SÁNCHEZ CATERIANO
2. Lucía del Pilar, OCHOA BECERRA
3. Clara Mercedes, ARANGO VÁSQUEZ
4. Victor Andree, MANRIQUE PINO
5. Silvana Fiorella, ROCHETTI LEÓN
6. Mónica Patricia, VÁSQUEZ-CAICEDO NOGALES
7. Meili, KUONG MORALES
8. Andrea Alejandra, ZEGARRA LOZADA
9. Luis Alonso, ORTIZ PERALTA MURILLO
10. María del Carmen, ESTREMADOYRO SUCLLA

QUINTO AÑO

1. Yamila Johanny, OSORIO DELGADO
2. Lilia Lorena, VALDIVIA BECERRA
3. Rosa María, CAMPANA PALOMINO
4. María Angela, VÁSQUEZ PAREDES
5. Gabriela Alejandra, CABRERA JÁUREGUI
6. Natali, MARQUINA LIMA
7. María Alejandra, AMPUERO RETAMOZO
8. Gabriela, SOTO BUSTAMANTE
9. Sandra Lucía, CAMPOS OLIVERA
10. Yngrid UrsuJa, CÁRDENAS TEJADA

CUARTO AÑO

1. Angela Elizabeth, JUÁREZ NÚÑEZ
2. Claudia, RIVERA VERA
3. Rosa María, VELÁSQUEZ ARENAS
4. Laura Alejandra, INDACOCHEA CUSIRRAMOS
5. Rosmery Grimalda, CÉSPEDEZ PROVINCIA
6. Valeria, PRETELL REVEGGINO
7. Alejandra Ximena, PAZ RAMOS
8. Diego Alonso, CHÁVEZ AMPUERO
9. Katherin Grines, DELGADO AÑAMURO
10. Katherine Lourdes, LÓPEZ NÚÑEZ

TERCER AÑO

1. Milagros Elvira, ESPEJO VERA
2. Nélide Yanina, JUÁREZ DEL CARPIO
3. Bany Lucinda Takili, ARISTA BENAVENTE
4. Elizabeth Cecilia, FERNÁNDEZ CÁCERES
5. Leyda Ysabel, MUÑOZ RIVERA
6. Roxana Elizabeth, MARRÓN VERIA
7. María Isabel, OCHOA NÚÑEZ
8. Claudia Patricia, PINTO FLORES
9. Julia Verónica, ARCOS HUILLCA
10. Jorge Luis, SUMARI LAURA

SEGUNDO AÑO

1. Marina Lourdes, TAPIA MÁLAGA
2. Andrea Natalie, TEJADA MENDOZA
3. Henry Pierre, BEJARANO PÉREZ
4. Shirley Alexia, QUINTANILLA MORK
5. Shila Valeria, MENDOZA GAMERO
6. Claudia Alejandra, MEJÍA MARTÍNEZ
7. Carla Verónica, ZUMARÁN RAMÍREZ
8. Luz Rossmery, TAPIA FARFÁN
9. Tohana Yanina, ROCHA OROZ
10. María Alejandra, NÚÑEZ GONZÁLES

PRIMER AÑO

1. Roxana, LOVÓN QUISPE
2. Ángela Roxana, MELÉNDEZ LIPA
3. Leylam Ruvaly, RIVERA VARGAS
4. Katherine Justina, CÁCERES MIRANDA
5. Susan Victoria, SÁNCHEZ SUÁREZ
6. Diana Raquel, HUANCOLLO SUCAPUCA
7. Wilmer Anthony, DEL VILLAR GUERRA
8. Flor Marina Gloria, QUSPE CUEVAS
9. Ethel Ofelia, BUSTINZA LLERENA
10. Lilian Trinidad, CUSIRRAMOS RODRIGO



Imprenta
ELIGRAF E.I.R.L.

Jerusalén 312, Teléfono: 289463
Pizarro 306, Of. 106, Celular: 9830675
imp_eligraf@hotmail.com
Arequipa - Perú

Esta publicación
se editó e imprimió
en diciembre de 2007.